

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Júlia Vieira Froes

**O CONCEITO E OS LIMITES DO DANO MORAL:
UM ESTUDO SOBRE A RESSARCIBILIDADE DE OUTRAS CATEGORIAS DE
DANO NÃO PATRIMONIAL NO DIREITO BRASILEIRO**

Belo Horizonte

2022

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Júlia Vieira Froes

**O CONCEITO E OS LIMITES DO DANO MORAL:
UM ESTUDO SOBRE A RESSARCIBILIDADE DE OUTRAS CATEGORIAS DE
DANO NÃO PATRIMONIAL NO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Edgard Audomar Marx Neto.

Belo Horizonte

2022

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

F926c Froes, Júlia Vieira
O conceito e os limites do dano moral [manuscrito]: um estudo sobre a ressarcibilidade de outras categorias de dano não patrimonial no direito brasileiro / Júlia Vieira Froes. - 2022.
350 f.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.
Bibliografia: f. 317-346.
1. Direito civil - Teses. 2. Dano moral - Teses. 3. Danos (Direito) - Teses. 4. Responsabilidade (Direito). I. Marx Neto, Edgard Audomar. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 347.513



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

UFMG

ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DA ALUNA JÚLIA VIEIRA FROES

Realizou-se, no dia 11 de agosto de 2022, às 16:00 horas, por meio da plataforma virtual "Zoom", a defesa de dissertação, intitulada *O conceito e os limites do dano moral: um estudo sobre a ressarcibilidade de outras categorias de dano não patrimonial no direito brasileiro*, apresentada por JÚLIA VIEIRA FROES, número de registro 2020658008, graduada no curso de DIREITO/DIURNO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Edgard Audomar Marx Neto - Orientador (Universidade Federal de Minas Gerais), Prof(a). Juliana Cordeiro de Faria (Universidade Federal de Minas Gerais), Prof(a). Guilherme Henrique Lima Reinig (Universidade Federal de Santa Catarina).

A Comissão considerou a dissertação:

(x) Aprovada, tendo obtido a nota 100,00 (cem).

() Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 11 de agosto de 2022.

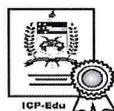
EDGARD AUDOMAR
MARX NETO

Assinado de forma digital por
EDGARD AUDOMAR MARX NETO
Dados: 2022.08.11 18:57:47
-03'00'

Prof(a). Edgard Audomar Marx Neto (Doutor) nota 100,00 (cem).

Prof(a). Juliana Cordeiro de Faria (Doutora) nota 100,00 (cem).

Prof(a). Guilherme Henrique Lima Reinig (Doutor) nota 100,00 (cem).



Documento assinado digitalmente
Guilherme Henrique Lima Reinig
Data: 18/08/2022 10:12:20-0300
CPF: 292.785.258-80
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

*Aos meus pais, Roberta e Eduardo. E ao meu
irmão, Luiz Eduardo.*

AGRADECIMENTOS

Todas as palavras do mundo, e as mais bonitas, não são capazes de expressar a minha gratidão a todos que, de algum modo, puseram as mãos neste trabalho. Insuficientes as palavras, contento-me com deixar-lhes esta pequena homenagem. Todo o resto permanecerá guardado na memória.

A Deus, porque d'Ele, por Ele e para Ele são todas as coisas.

Ao Professor Edgard Audomar Marx Neto, pela presença constante e orientação atenta e generosa. Os méritos que acaso existam nesta dissertação, modestos que sejam, cabem antes a ele que a mim.

À Professora Juliana Cordeiro de Faria, pelos conselhos valiosos e ensinamentos diários, a que certamente muito deve este trabalho. De um modo ou de outro, eles andam por muitas destas páginas, se não por todas.

À Professora Elena de Carvalho Gomes, por ser a primeira incentivadora desse sonho e depositar em mim mais fé do que mereço.

À equipe do escritório Humberto Theodoro Júnior, pela oportunidade de experimentar na vida cotidiana um direito justo, ético e incansável.

A Clarice Souza Zaidan e Carolina Paim Silva, pelas alegrias, dúvidas e ideias compartilhadas; pela amizade, sobretudo.

A Luiz Eduardo, Maria Madalena, Mariana, Luiza, Matheus, Cristiane, Ana Gabriela, por estarem sempre lá.

À minha família, por compreender as ausências e, ao mesmo tempo, multiplicar as presenças.

Aos meus pais, a quem devo tudo. Eles souberam transmitir, de modo sublime, as primeiras e mais importantes lições de vida. Nunca se contentaram com o suficiente, neles sempre coube o infinito.

RESUMO

A presente dissertação trata, de forma geral, do dano moral. Mais especificamente, trata dos vários tipos de dano não patrimonial que têm sido propostos no sistema jurídico brasileiro e acolhidos por doutrina e jurisprudência ou como espécies de dano moral ou como categorias autônomas de “dano extrapatrimonial”: dano estético, dano à imagem, dano moral da pessoa jurídica, dano existencial, dano moral por abandono afetivo, dano temporal, dano ambiental, dano moral coletivo e dano social. O principal objetivo do trabalho consistiu em verificar se essas modalidades de dano não patrimoniais criadas mais ou menos recentemente são, de fato, espécies de dano ressarcíveis no sistema jurídico brasileiro. Tal objetivo pretendeu-se alcançar em três passos: primeiro, buscou-se – valendo-se de uma análise legislativa e bibliográfica, feita sob a perspectiva histórica e comparativa – o conceito e os limites do dano moral. Nisto, principalmente, consistiu a primeira parte desta dissertação. Depois, procurou-se compreender o conteúdo e a abrangência das figuras de dano não patrimonial que se propôs a investigar, sistematizando-as. Para isso, utilizou-se da análise de conteúdo como principal procedimento metodológico, tendo-se servido de dados primários e secundários: análises legislativas, levantamento de decisões jurisprudenciais e consulta a material bibliográfico. Ademais, adotou-se método tanto descritivo quanto comparativo. Por fim, diante das premissas conceituais firmadas na primeira parte do trabalho, e em seguida à compreensão de cada uma das pretensas modalidades de dano não patrimonial estudadas, testou-se seu encaixe no sistema brasileiro de responsabilidade civil, visando a verificar se elas podem ser ressarcidas como dano moral propriamente dito ou como espécie autônoma de dano. Ao final, concluiu-se que, de todos os danos investigados, somente o dano estético e o dano à imagem consistem em dano moral e são, como tal, ressarcíveis – não são, contudo, categorias autônomas e sua indenização não deve ser cumulada à do dano moral. Os demais não se enquadram no conceito de dano moral, nem podem ser reparados como modalidades independentes de dano não patrimonial, de modo que não se justifica a substituição da noção de dano moral pela ideia, muito mais ampla, de “dano extrapatrimonial”, como gênero do qual são espécies tantos tipos de dano quanto seja possível imaginar. É preciso, pois, repensar o lugar que se tem dado a essas novas modalidades de dano no sistema brasileiro de responsabilidade civil.

Palavras-chave: Dano moral, dano estético, dano à imagem, dano moral da pessoa jurídica, dano existencial, dano moral por abandono afetivo, dano temporal, dano ambiental, dano moral coletivo, dano social.

ABSTRACT

The current dissertation deals, in general, with moral damage. More specifically, it deals with the various types of damage that have been proposed in the Brazilian legal system and accepted by doctrine and jurisprudence as species of moral damage or as autonomous categories of “non-pecuniary damage”: aesthetic damage, damage to the image, moral damages of the legal entity, existential damage, moral damage due to affective abandonment, temporal damage, environmental damage, collective moral damage and social damage. The main purpose of the work was to verify if these types of non-pecuniary damage created more or less recently are, indeed, species of damages recoverable in the Brazilian legal system. This purpose was intended to be achieved in three steps: first, it was sought – using a legislative and bibliographic analysis, made from a historical and comparative perspective – the concept and limits of moral damage. In this, mainly, consisted the first part of this dissertation. Afterwards, attempt has been made to understand the content and scope of the non-patrimonial damage figures that was proposed to investigate, systematizing them. For this, content analysis was used as the main methodological procedure, and it has drawn on primary and secondary data: legislative analyses, survey of jurisprudential decisions and consultation of bibliographic material. Furthermore, both descriptive and comparative methods were adopted. Finally, considering the conceptual premises established in the first part of this work, and after the understanding of each of the alleged modalities of non-pecuniary damage studied, it was tested its suitability in the Brazilian civil liability system, in order to verify if they can be compensated as moral damage as such or as an autonomous kind of damage. In the end, it was concluded that, of all the damages investigated, only the aesthetic damage and the damage to the image consist of moral damage and are, as such, recoverable – they are not, however, autonomous categories and their compensation should not be cumulated to the compensation of moral damage. The others do not fit into the concept of moral damage, nor can they be repaired as independent modalities of non-pecuniary damage, so there is no justification for replacing the notion of moral damage with the much broader idea of “non-pecuniary damage”, as a genus of which are species as many types of damage as it is possible to imagine. It is therefore necessary to rethink the place given to these new damages in the Brazilian civil liability system.

Keywords: Moral damage, aesthetic damage, damage to image, moral damage of the legal entity, existential damage, moral damage due to affective abandonment, temporal damage, environmental damage, collective moral damage, social damage.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Acórdãos do STJ sobre dano estético, por data de distribuição e julgamento	113
Figura 2 – Acórdãos do STJ sobre dano à imagem, por data de distribuição e julgamento...	121
Figura 3 – Acórdãos do STJ sobre dano moral da pessoa jurídica, por data de distribuição e julgamento	144
Figura 4 – Acórdãos do STJ e do TST sobre dano existencial, por data de distribuição e julgamento	206
Figura 5 – Acórdãos do STJ sobre dano moral por abandono afetivo, por data de distribuição e julgamento	226
Figura 6 – Acórdãos do STJ sobre dano ambiental, por data de distribuição e julgamento...	267
Figura 7 – Acórdãos do STJ sobre dano moral coletivo, por data de distribuição e julgamento	282
Figura 8 – Acórdãos do STJ sobre dano social, por data de distribuição e julgamento	300

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.: Artigo

CC/02: Código Civil brasileiro de 2002

CC/16: Código Civil brasileiro de 1916

CDC: Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90)

CF/88: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente

Min.: Ministro

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

TST: Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	13
I. PRIMEIRA PARTE	18
2. O DANO	18
2.1. O dano em sentido jurídico	21
2.2. O dano ressarcível	26
2.3. Da noção estrita à acepção ampla de dano ressarcível	31
3. O DANO MORAL	34
3.1. Resgate da essência e busca pelo conceito	43
3.1.1. <i>O dano moral no direito primitivo</i>	43
3.1.2. <i>O dano moral na Grécia e em Roma</i>	47
3.1.3. <i>O dano moral no direito hebraico e no direito canônico</i>	49
3.1.4. <i>O dano moral nas codificações modernas: França, Alemanha, Itália, Espanha e Portugal</i>	53
3.1.4.1. França	53
3.1.4.2. Alemanha.....	56
3.1.4.3. Itália	59
3.1.4.4. Espanha.....	64
3.1.4.5. Portugal.....	69
3.1.4.6. <i>O dano moral no Brasil</i>	71
3.2. Afinal, o que é dano moral?	83
3.3. A prova do dano moral	90
3.4. A função da responsabilidade civil por dano moral	94
4. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE	101
5. OS TIPOS ESPECIAIS DE DANO MORAL: O DANO À IMAGEM E O DANO ESTÉTICO	111
5.1. Dano estético	112
5.2. Dano à imagem	118
II. SEGUNDA PARTE	126
6. DO DANO MORAL AO DANO EXTRAPATRIMONIAL: A PROLIFERAÇÃO DOS DANOS RESSARCÍVEIS	126
7. O DANO MORAL DA PESSOA JURÍDICA	137
7.1. Direito e linguagem: a pessoa jurídica entre o símbolo e a realidade	137

7.2.	A controvérsia doutrinária e o esboço de um novo dano.....	139
7.3.	O entendimento do Superior Tribunal de Justiça.....	143
7.4.	Repensar o problema: pode a pessoa jurídica sofrer dano moral?	153
8.	O DANO EXISTENCIAL	160
8.1.	O surgimento e a trajetória do dano existencial na Itália.....	160
8.1.1.	<i>O preparo do caminho para o surgimento de um novo dano</i>	<i>160</i>
8.1.2.	<i>As críticas da doutrina italiana à figura do dano existencial</i>	<i>170</i>
8.1.3.	<i>A recepção do dano existencial na jurisprudência italiana</i>	<i>175</i>
8.1.4.	<i>A divergência jurisprudencial e a tentativa de contenção do dano existencial</i>	<i>184</i>
8.1.5.	<i>Notas conclusivas</i>	<i>189</i>
8.2.	A figura equiparável ao dano existencial no Peru: o chamado dano ao projeto de vida	192
8.3.	A importação do dano existencial e do dano ao projeto de vida pelo direito brasileiro.....	198
8.4.	O entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho.....	204
8.5.	O (des)cabimento do dano existencial ou do dano ao projeto de vida no direito brasileiro.....	209
9.	O DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO.....	217
9.1.	A tese da responsabilidade civil por abandono afetivo	217
9.2.	Os entendimentos do Superior Tribunal de Justiça acerca do dano moral por abandono afetivo.....	226
9.3.	Reflexões sobre a ressarcibilidade do dano moral por abandono afetivo	230
10.	O DANO TEMPORAL.....	236
10.1.	A proposição de um novo tipo de dano ressarcível: o despontar do dano pelo tempo perdido na doutrina brasileira	236
10.2.	Dano moral, dano existencial ou categoria autônoma de dano extrapatrimonial?	241
10.3.	O dano temporal na jurisprudência do STJ	244
10.4.	O tempo no direito.....	246
10.5.	Reflexões sobre a reparabilidade do dano pelo tempo perdido: dano ressarcível ou “mero aborrecimento”?	251
11.	OS DANOS COLETIVOS: DANO AMBIENTAL, DANO MORAL COLETIVO E DANO SOCIAL	257
11.1.	O dano ambiental	260
11.1.1	<i>A responsabilidade civil como instrumento de tutela do meio ambiente: o dano ambiental segundo a doutrina.....</i>	<i>260</i>
11.1.2	<i>O dano ambiental na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....</i>	<i>266</i>
11.2.	O dano moral coletivo	273

11.2.1	<i>Os contornos do dano moral coletivo segundo a doutrina brasileira</i>	273
11.2.2	<i>O acolhimento do dano moral coletivo na jurisprudência do STJ</i>	279
11.3.	O dano social	293
11.3.1.	<i>O despontar do dano social: a ideia original de Antonio Junqueira de Azevedo</i> ...	293
11.3.2.	<i>A recepção do dano social da doutrina brasileira</i>	295
11.3.3.	<i>O dano social na jurisprudência do STJ</i>	299
11.4.	Danos coletivos: pena privada?	303
12.	CONCLUSÃO. A TENSÃO ENTRE A LIBERDADE DE AÇÃO E A TUTELA DA PESSOA: LIMITES DO DANO MORAL RESSARCÍVEL	313
	REFERÊNCIAS	319
	Referências bibliográficas	319
	Referências jurisprudenciais	336
	APÊNDICE	350

1. INTRODUÇÃO

Está, pois, suficientemente esclarecido que a virtude moral é um meio-termo, e em que sentido devemos entender esta expressão; e que é um meio-termo entre dois vícios, um dos quais envolve excesso e o outro deficiência, e isso porque a sua natureza é visar à mediania nas paixões e nos atos.

Do que acabamos de dizer segue-se que não é fácil ser bom, pois em todas as coisas é difícil encontrar o meio-termo¹.

Um extenso território é atravessado por uma corrente d'água, abastecida por um antigo manancial. As condições fluviais impulsionam a exploração econômica do lugar, que, paulatinamente, abandona a economia agrícola e passa por um intenso processo de desenvolvimento industrial. Por tal razão, o curso d'água acaba tornando-se insuficiente, o que leva alguns especialistas a construírem diques, canais e outras engenhosas ferramentas capazes de melhor distribuir a escassa água. Mas, ao longo do tempo, vários arroios lamacentos, vindos de novas nascentes, confluem para aquela corrente miúda, até que um dia, de súbito, eis que ela transborda. São chamados novamente os especialistas, desta vez, para desenvolver um mecanismo de contenção das águas e evitar os riscos de enchentes e aluviões².

Com essa parábola, Francesco Busnelli pretendeu representar a história recente da responsabilidade civil. A corrente d'água é metáfora da evolução da própria responsabilidade civil, e o território por ela atravessado simboliza toda a área abarcada pelo direito privado.

Segundo Busnelli, a representação também poderia ser ilustrada num gráfico, igualmente por meio de uma parábola, no sentido geométrico do termo. O seu vértice corresponderia ao momento atual da responsabilidade civil, momento no qual se dá início às obras de contenção com as quais deve estar comprometida a moderna doutrina civilista³. Se, antes, foi preciso elastecer os tradicionais confins, demasiado estreitos, do sistema de reparação de danos, hoje, diante de sua exagerada ampliação, seria necessário repensar esse processo de expansão e corrigir os defeitos de coerência sistemática que se implantaram nessa área do Direito, tanto no plano funcional, quanto no plano estrutural⁴.

¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 42. Versão disponível em domínio público: <<https://abdet.com.br/site/>>. Acesso em: 18 mai. 2021.

² BUSNELLI, Francesco Donato. La parábola de la responsabilidad civil. trad. Leysser León Hilário. In: *Ius et Veritas*, n. 24, p. 12-36, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.

³ BUSNELLI. La parábola..., cit., p. 13.

⁴ BUSNELLI. La parábola..., cit., p. 13.

A parábola de Busnelli é pertinente e reflete a evolução da responsabilidade civil não só na Itália, como também em outras partes do mundo, inclusive no Brasil.

Foi sobre a categoria jurídica do ato ilícito que o direito civil brasileiro montou o regime da responsabilidade civil extracontratual⁵. Não obstante, nas últimas décadas, diante das significativas mudanças por que ela passou – inclusive com a erosão dos seus tradicionais elementos estruturantes, com o alargamento da noção de dano reparável e com a multiplicação de suas funções⁶, identifica-se um deslocamento do foco, antes conferido ao ilícito, para o dano. É o que Orlando Gomes, já em 1989, qualificara como “a mais interessante mudança de ângulo visual”⁷ no que diz respeito ao regime da responsabilidade: “o giro conceitual do *ato ilícito* para o *dano injusto*”⁸. Inverte-se, pois, a ordem dos pressupostos, o conseqüente torna-se o antecedente e vice-versa. Diante de um dano, empenha-se em encontrar os caminhos e as razões para a sua reparação, a fim de não deixar nenhuma vítima sem ressarcimento⁹.

Assiste-se, pois, a um constante movimento de extensão das fronteiras da responsabilidade civil, impulsionado pelo reconhecimento de novos direitos, pela multiplicação dos danos e pelo aumento da preocupação com a sua efetiva reparação¹⁰.

Nesse contexto, parte expressiva da doutrina¹¹ tem alardeado a insuficiência da categoria do dano moral para abranger todas as possíveis lesões a interesses não patrimoniais merecedores de tutela jurídica, e a conseqüente necessidade do surgimento de outros tipos de dano, espécies do gênero “danos extrapatrimoniais” ou “não patrimoniais”¹². Constata-se, pois, o progressivo abandono da noção tradicional de dano moral, enquanto categoria única e incindível, e a criação doutrinária e jurisprudencial de novas modalidades de danos

⁵ GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: FRANCESCO, José Roberto Pacheco di. (org). *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989.

⁶ ALPA, Guido. *Responsabilità civile e danno: lineamenti e questioni*. Il Mulino, 1991, p. 472; SCHREIBER, Anderson. *Os novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 82; MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Tratado de direito civil português*. V. 2. Direito das obrigações. t. 3. Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina 2010, p. 413; BUSNELLI. La parábola..., cit., p. 20.

⁷ GOMES. Tendências..., cit..., p. 293.

⁸ GOMES. Tendências..., cit..., p. 293. grifos do autor.

⁹ SILVA, João Calvão. *Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 107.

¹⁰ Segundo Cesare Salvi, há, atualmente, “tendências neoindividualísticas, que conduzem à proliferação (por via legislativa e, mais frequentemente, jurisprudencial) de novos ‘direitos subjetivos’, que traduzem em dinheiro o mal de viver, próprio da existência humana”. Nesse contexto, identifica-se o que o autor designa como “o paradoxo da responsabilidade civil”: “um processo de enorme expansão, e ao mesmo tempo de crise do instituto, resultante de uma entrada de demandas, que excede a sua capacidade de dar respostas racionais e efetivas”. (SALVI, Cesare. *La responsabilità civile*. Milão: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 314. tradução nossa).

¹¹ SCHREIBER. *Os novos...*, cit., p. 80; ROSENVALD, Nelson. Por uma tipologia aberta dos danos extrapatrimoniais. *Migalhas*, abr. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/325209/por-uma-tipologia-aberta-dos-danos-extrapatrimoniais>>. Acesso em: 15 jul. 2020. n.p.

¹² SCHREIBER. *Os novos...*, cit., p. 80; ROSENVALD. Por uma tipologia..., cit., n.p.

indenizáveis, cumuláveis entre si, com nomenclaturas várias e conteúdos que, por vezes, confundem-se.

Concretiza-se o temor, já prenunciado por alguns juristas¹³, de que essa multiplicação de novas figuras de dano dê-se de forma ilimitada e não criteriosa, com consequências graves sob o ponto de vista da segurança jurídica e da liberdade individual e econômica.

Não se pode esquecer que a responsabilidade civil, além de ser instrumento de tutela da pessoa e um – dos vários – meios de reação ao ilícito, não deixa de ser também um mecanismo limitador da liberdade de ação, que se opera e justifica para recompor o equilíbrio perturbado pelo dano a que se confere relevância jurídica. Por meio dela se “estabelece uma fronteira, que se pretende bem calibrada, entre a área do permitido e a do proibido”¹⁴.

Nesse sentido, a proliferação desordenada de categorias de danos não patrimoniais significa não só a ampliação da esfera de proteção das pessoas, mas também, na mesma medida, a redução da esfera de liberdade individual e econômica. Ao mesmo tempo que se atribui a alguém um direito à reparação, imputa-se a outrem uma obrigação (no mais das vezes, de não fazer) e, em caso de descumprimento, uma obrigação sucessiva (de reparar). Não se pode perder de vista esta outra perspectiva: é importante delimitar, com precisão, a responsabilidade, afinal, “joga-se a esfera de liberdade das pessoas”¹⁵.

É precisamente aí, na tensão entre liberdade e responsabilidade, que se encontra a relevância de se realizar aquela tarefa de contenção da qual falava Busnelli.

Esta é a finalidade que pretende alcançar o presente trabalho: sistematizar os tipos mais frequentes de danos não patrimoniais criados e aplicados no cenário jurídico brasileiro e verificar se de fato são ou não espécies de dano ressarcíveis.

Em vista da desordem causada pela proliferação de diversas modalidades danosas, cujos conceitos, características e limites sequer são bem definidos – e que, a rigor, são múltiplos sintomas de um mesmo problema –, optou-se por fazer um estudo de sistematização. Poder-se-ia ter elegido uma das novas modalidades de dano (o dano existencial, por exemplo) e dedicado uma inteira dissertação à análise de seu conteúdo, seus limites, seus traços característicos, seu cabimento e sua ressarcibilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Mas tal opção não responderia ao incômodo que inicialmente inspirou este trabalho, nem à latente necessidade de se compreender, num quadro geral, onde se acomodam, senão todos, ao menos os principais

¹³ Confira-se, por exemplo: ALPA. *Responsabilità...*, cit., p. 357.

¹⁴ MENEZES CORDEIRO. *Tratado...*, V. 2. t. 3., cit., p. 424.

¹⁵ MENEZES CORDEIRO. *Tratado...*, V. 2. t. 3., cit., p. 392.

tipos de dano não patrimonial que vêm sendo acolhidos pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras.

Há muitos estudos que, bem ou mal, analisam com alguma profundidade cada um desses danos, de forma apartada. Nenhum se encontrou, porém, que se dedicasse a fazer um apanhado geral das modalidades de dano não patrimonial a que se tem conferido ressarcimento, que permitisse uma visão minimamente completa do quadro do dano moral reparável no atual sistema jurídico brasileiro, e que propusesse uma análise de cada um desses novos danos sempre à luz das mesmas premissas conceituais.

Ficam assim justificadas as insuficiências que acaso se encontrem quanto ao aprofundamento dos tipos de dano aqui investigados. A opção por extensão, talvez em detrimento de profundidade em alguns momentos, fez-se para tentar satisfazer ao intuito de sistematização, organização e resgate da coerência metodológica do sistema de reparação de danos morais como um todo.

Para que se cumpra tal objetivo, é imprescindível voltar os olhos às origens do dano moral e regatar seu conceito, sobre o qual, a rigor, jamais se teve suficiente clareza. Uma análise crítica da ressarcibilidade das principais categorias de danos recentemente aplicadas não se pode fazer senão depois de fixar as premissas conceituais em que se funda o sistema brasileiro de reparação de danos.

Aí começa o presente trabalho. Numa primeira parte, busca-se o conceito de dano moral, tarefa que se propõe realizar mediante um atento olhar a tal categoria no tempo (perspectiva histórica) e no espaço (perspectiva de direito comparado). Alcança-se, então, uma definição, que norteará toda a análise empreendida posteriormente acerca das novas modalidades de dano. Por fim, faz-se um exame das figuras, já longamente conhecidas, do dano à imagem e do dano estético, a fim de averiguar se se enquadram como dano moral ou se consistem em espécies autônomas.

Passa-se, em seguida, a uma segunda parte, que se propõe a traçar os contornos das principais modalidades de dano não patrimonial recentemente criadas – e já aplicadas – por doutrina e jurisprudência no sistema jurídico brasileiro: o dano moral da pessoa jurídica, o dano existencial e o dano ao projeto de vida, o dano moral por abandono afetivo, o dano temporal, o dano ambiental, o dano moral coletivo e o dano social. Investiga-se, em princípio, as bases teóricas de cada uma dessas categorias e, depois, faz-se uma análise crítica do seu enquadramento como espécie de dano moral e da sua ressarcibilidade, sempre à luz das premissas conceituais firmadas na primeira parte do trabalho.

Ao final, apresenta-se um panorama das categorias de dano não patrimonial investigadas e de sua acomodação no sistema de responsabilidade civil brasileiro, propondo-se o resgate das bases conceituais e metodológicas dessa área do direito e a restauração de sua ordem sistemática. É esta a pretensão do presente estudo: provocar um despertar sobre a necessidade de se empreender esforços para conter a impetuosa proliferação de danos que têm sido artificialmente inseridos na responsabilidade civil e, assim, encontrar-se um ponto de equilíbrio entre a esfera de liberdade individual e a tutela da pessoa, que está a todo tempo sujeita a ser vítima e causadora de dano.

I. PRIMEIRA PARTE

2. O DANO

*Nature's first green is gold
Her hardest hue to hold.
Her early leaf's a flower;
But only so an hour.
Then leaf subsides to leaf.
So Eden sank to grief,
So dawn goes down to day.
Nothing gold can stay¹⁶.*

*O homem suporta muita coisa terrível na face da terra,
uma enormidade de infortúnios¹⁷.*

O dano, antes de ser fenômeno jurídico, é fato da vida: existe antes do direito e independentemente dele. Nesse sentido vulgar, costuma-se chamar de dano qualquer prejuízo, subtração ou apoucamento sofrido por alguém. Sua etimologia remonta ao latim, *demere*, cujo significado é diminuir, apoucar¹⁸. Definem-no assim os dicionários: “mal que se faz a alguém; prejuízo ou deterioração de coisa alheia; perda”¹⁹, “mal que provém de nos haverem diminuído o valor de alguma coisa que nos pertence”²⁰, “mal; prejuízo; perda”²¹, “mal ou ofensa que se faz a outrem; estrago; perda”²². O conceito, como se nota, é significativamente amplo e

¹⁶ “O primeiro verde da natureza é dourado,
Para ela, o tom mais difícil de fixar.
Sua primeira folha é uma flor,
Mas só durante uma hora.
Depois folha se rende a folha.
Assim o Paraíso afundou na dor,
Assim a aurora se transforma em dia.
Nada que é dourado fica”.

(FROST, Robert. *Complete poems of Robert Frost*. Nova York: Holt, Rinehart and Winston, 1964, p. 272).

¹⁷ DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Os irmãos Karamázov*. trad. Paulo Bezerra. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2012, p. 153.

¹⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 20.

¹⁹ SILVEIRA BUENO, Francisco da. *Minidicionário da língua portuguesa*. ed. rev. e atual. São Paulo: FDT, 2000, p. 214

²⁰ POMBO, Rocha. *Dicionário de sinônimos da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras, 2011, p. 227.

²¹ ROCHA, Ruth; PIRES, Hindenburg da Silva. *Minidicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Scipione, 2005, p. 216

²² SILVA, Adalberto Prado e; LOURENÇO FILHO, M.B.; MARINS, Francisco *et al* (coord.). *Dicionário brasileiro da língua portuguesa*. 3. ed. São Paulo: Mirador Internacional, 1979, p. 529.

acomoda dentro de si uma enormidade de situações diversas, que ocorrem com todas as pessoas, todos os dias, no decorrer da vida cotidiana²³.

Ao provocar uma alteração negativa na ordem das coisas, o dano rompe um equilíbrio antes existente. Por essa razão, sempre gerou algum incômodo aos homens, de modo que, desde os tempos primitivos, quando ainda não se conhecia ordem jurídica, os danos causados despertavam na vítima o sentimento de vingança e ela achava-se autorizada a devolver o mal com o mal²⁴. Esta não deixa de ser uma forma, ainda que bárbara, de tentar recompor a ordem perturbada pelo advento do dano.

Pelo mesmo motivo, o dano desperta a preocupação do direito. Busca-se restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico mediante a definição de critérios de imputação da obrigação de suportar o prejuízo, que é transferida do sujeito ofendido a outro sujeito²⁵. A rigor, é disso que se trata a responsabilidade civil: instituir as regras que indicam a quem, em determinadas circunstâncias, será transferido o ônus de responder pelo dano²⁶.

No entanto, sendo inúmeras e demasiado recorrentes as situações da vida em que verifica um prejuízo qualquer, a um bem qualquer, o direito não poderia cuidar de realocar tais prejuízos sempre. Na verdade, diante das constantes interações entre as pessoas e da efemeridade dos bens deste mundo, pode-se dizer, com Fernando Pessoa Jorge, que “a possibilidade de prejuízos – e mais do que a possibilidade, a probabilidade e até a certeza deles – constitui aspecto essencial de todos os direitos”²⁷. Por esta razão é que, ocorrido um dano, quem o suportará, em princípio, será a própria vítima²⁸. Em determinados casos, contudo, a ordem jurídica fará recair sobre outrem os prejuízos sofridos, imputando-lhe, assim, a obrigação de indenizar. No entanto, essa realocação dos danos não se pode fazer como regra, sob pena de comprometer a liberdade individual, inviabilizar o sistema econômico e hipertrofiar a judicialização dos conflitos.

Tendo isso em vista, o conceito de dano enquanto fato da vida não coincide com o conceito de dano enquanto fato jurídico. Como se sabe, nem todos os fenômenos do “mundo dos fatos” pertencem ao “mundo do direito”. A ordem jurídica, mediante a valoração dos fatos da vida e o estabelecimento de normas, escolhe alguns desses fatos, por apresentarem especial

²³ DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1946, p. 5.

²⁴ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. t. 1. 4. ed. Paris: Sirey, 1947, p. 28.

²⁵ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. V. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 42-43; DE CUPIS. *Il danno...*, cit., p. 263.

²⁶ PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 11.

²⁷ PESSOA JORGE. *Ensaio...*, cit., p. 33.

²⁸ PESSOA JORGE. *Ensaio...*, cit., p. 33.

relevância para as relações humanas, e confere a eles juridicidade²⁹. Ao fazê-lo, alça-os à categoria de fatos jurídicos, e os torna aptos a produzir efeitos jurídicos. O mesmo se passa com o dano: nem todo dano que se manifesta na ordem natural, enquanto fenômeno físico, tem relevância para o direito, mas apenas aquele que reúne determinadas características³⁰. Dizer que o dano é jurídico não implica negar a essência do fenômeno físico, mas adjetivá-lo e, assim, acrescentar-lhe uma nota de juridicidade, tornando-o capaz de atrair uma reação específica da ordem jurídica, a qual consiste na atribuição do dever de ressarcir³¹.

Este talvez seja o problema fundamental da responsabilidade civil: equilibrar a tensão entre a liberdade de atuação individual e a esfera de proteção dos bens da vida³², o que se faz mediante a delimitação clara dos pressupostos da responsabilidade civil e de seus significados. Em todo caso, sejam estes qual forem, certo é que o dano, em sentido jurídico, é conceito necessariamente menos abrangente que aquele correspondente ao dano em sentido vulgar. Como ensina Adriano De Cupis,

(...) Em nenhum tempo e em nenhum país o direito pretendeu reagir a qualquer dano; tem sido constantemente advertida a necessidade de estabelecer um critério de discriminação, capaz de distinguir o dano como fato jurídico do dano entendido simplesmente como um fenômeno de ordem física: aquele sempre se configurou como uma espécie deste³³.

Interessa determinar, então, o conceito de dano em sentido jurídico, o que importa, em igual medida, buscar o primeiro critério de seleção do dano ressarcível, uma vez que a identificação dos danos aptos, em tese, a atraírem uma resposta do direito já constitui uma primeira delimitação dos prejuízos que, de fato, deverão ser ressarcidos. Tal incumbência merece especial cuidado, uma vez que nos últimos tempos tem-se flexibilizado, cada vez com mais frequência – e nem sempre de forma acertada –, os demais pressupostos da responsabilidade civil. O dano ainda remanesce como o último pressuposto absolutamente imprescindível³⁴.

²⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 42-43.

³⁰ PESSOA JORGE. *Ensaio...*, cit., p. 55-56.

³¹ DE CUPIS. *Il danno...*, cit., p. 5-7.

³² DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de Daños*. Madri: Civitas, 1999, p. 43.

³³ DE CUPIS. *Il danno...*, cit., p. 7. tradução nossa.

³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 235. Registre-se, porém, que, apesar de o dano ser pressuposto essencial da obrigação de indenizar, tem-se visto algumas tentativas de construir uma responsabilidade civil sem dano. A propósito, pode-se conferir: LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFG*. V. 31, p. 33-59, jan./jun. 2007, Goiânia.

2.1. O dano em sentido jurídico

O termo “dano”, em direito, comporta certa ambiguidade: diz-se que é dano a repercussão negativa ocorrida na esfera jurídica da vítima, em razão da violação de um seu direito³⁵. Nesse caso, dano é sinônimo de prejuízo. Mas também se diz dano a lesão, subtração ou apoucamento de um bem jurídico.

No direito francês, a ambiguidade inexistente, na medida em que se distingue *dommage* (o atentado, em si, a um bem) do *préjudice* sofrido pela vítima em razão daquele atentado³⁶. A reparação só se justificará quando houver prejuízo: “Sem prejuízo, sem responsabilidade civil”³⁷.

Os italianos, por sua vez, para corrigir a dubiedade, desenvolveram as noções de *danno evento* e *danno conseguenza*. O primeiro corresponde ao evento material que é consequência do comportamento e aspecto constitutivo do ato ilícito. O segundo refere-se propriamente às consequências experimentadas em decorrência do ilícito. É certo que, sob determinada perspectiva, o dano é sempre consequência: o próprio evento danoso é resultado do comportamento ilícito. Todavia, como se explica na *Sentenza n. 184 da Corte Costituzionale*, de 30 de junho de 1986:

(...) vale distinguir, mesmo no direito privado (...) o evento material, naturalístico que, embora seja consequência do comportamento, é momento ou aspecto constitutivo do fato, das consequências danosas, no sentido próprio, deste último, ligado a todo o fato ilícito (e, portanto, também ao evento) por um ulterior nexo de causalidade³⁸.

No Brasil, assim como sucede em Portugal, “dano” e “prejuízo” são palavras empregadas, em geral, como sinônimos. Daí a ambiguidade a que se referiu: o termo “dano” é usado ora para referir-se à lesão de um bem jurídico, ora para referir-se às consequências negativas que a lesão provoca na esfera jurídica do sujeito. Mas dano ressarcível só existe quando há tanto o evento lesivo quanto o prejuízo.

Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br>>. Acesso em 26. mar. 2021; THIBIERGE, Catherine. Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir. In: *Recueil Dalloz*, n. 9, p. 577-582, 2004.

³⁵ NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. In: *Revista de Direito Civil, imobiliário, agrário e empresarial*, São Paulo, a. 17, V. 64, p. 12-47, abr-jun/1993, p. 20.

³⁶ MAZEAUD; MAZEAUD. *Traité...*, cit., p. 31-32; CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. Todo dano é dano indenizável? In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017, p. 129-139, p. 131.

³⁷ LALOU, Henri. *Traité pratique de la responsabilité civile*. 6. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1962, p. 85.

³⁸ CORTE COSTITUZIONALE. *Sentenza n. 184, 30 giugno 1986*. Pres. Livio Paladin, Rel. Renato Dell'Andro. Pubblicazione in “Gazz. Uff.” n. 35/1 s.s. del 23 luglio 1986. Disponível em: <<https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>>. Acesso em 14. set. 2021. tradução nossa.

Pode-se questionar se essas noções de “dano-evento” e “dano-prejuízo” poderiam ser usadas no direito brasileiro, se não seriam indevida ou dispensável importação do direito italiano. Se usadas com intuito estritamente didático, não o são. Trata-se de ideias úteis ao desfazimento de inúmeras confusões causadas pela ambiguidade do termo “dano”, o qual, a rigor, constitui-se nesses dois momentos. Não se pretende defender a importação de tais categorias para o direito brasileiro, nem conferir-lhes valor normativo, mas apenas reconhecer-lhe alguma valia pedagógica para a compreensão do que é o dano (sobretudo o dano moral), em sua inteireza. A rigor, o dano não é cindível. Esses dois “momentos” integram-no e constituem-no. Mas esse fatiamento ajuda a esclarecer alguns problemas que se identificam no Brasil, porque desfaz a ambiguidade que tantas vezes turva a apreensão do dano na prática. Afinal, costuma-se chamar de “dano” tanto o evento lesivo, por si só, quanto o prejuízo, também por si só, quando, na verdade, só há dano, propriamente, quando se está diante de ambos: do evento lesivo e de suas consequências danosas.

O “dano-evento” não se equipara simplesmente ao ato antijurídico. Este consiste no comportamento contrário a direito – tanto a direito objetivo quanto a direito subjetivo –, e perfaz-se, no mais das vezes, mas não sempre, em lesão a um bem jurídico. Nos casos em que o ato contraria direito subjetivo, o seu aperfeiçoamento acaba por coincidir com o próprio evento lesivo (é nesse sentido que a *Corte Costituzionale* se refere ao evento como momento estático do fato constitutivo do ilícito). Assim, por exemplo, o uso não autorizado da imagem de outrem (comportamento antijurídico) acaba-se confundindo com a lesão do direito à própria imagem.

Por outro lado, nos casos em que o ato é desconforme ao direito objetivo, o evento lesivo pode ou não ocorrer. Nesse caso, a ação e o resultado lesivo não necessariamente estão interligados e podem suceder em momentos distintos. É que a antijuridicidade da conduta satisfaz-se com a violação de uma norma jurídica, da qual pode ou não resultar lesão a bem jurídico. Se o agente avança o sinal vermelho, infringindo norma de trânsito, pratica ato antijurídico, mas se não há colisão ou acidente, inexistente lesão a bem jurídico. Do mesmo modo, se um fabricante comercializa alimento com defeito, há ato antijurídico, mas se o consumidor não o ingere não há lesão.

Assim, quando o ato antijurídico se perfaz em evento lesivo do qual advém prejuízos, configura-se propriamente um dano em sentido jurídico (ou estrito).

Mas não é qualquer evento lesivo que é capaz de gerar um dano, em sentido estrito. O primeiro filtro que se estabelece para identificar, entre os milhares de danos que ocorrem no mundo dos fatos, aqueles que apresentam relevância para o direito é a qualificação do objeto

danificado. Em sentido jurídico, o dano continua vinculado a uma diminuição, subtração, apoucamento, sentidos comumente apontados pelos dicionários. Mas diminuição, subtração, apoucamento de quê? Não basta que seja atingida uma condição favorável qualquer. O dano que tem relevância para o direito é apenas aquele que fere um *bem jurídico*.

Este é um ponto a respeito do qual há alguma controvérsia doutrinária. Para De Cupis, o objeto do dano em sentido jurídico não pode ser senão um interesse juridicamente tutelado³⁹. Bustamante afirma o mesmo, usando palavras semelhantes⁴⁰. Ainda, de acordo com Menezes Cordeiro, o dano estaria na “subtração ou diminuição de uma situação favorável, reconhecida ou protegida pelo Direito”, ocorrendo tanto quando se atinge um direito subjetivo, quanto nos casos em que é afetada uma vantagem garantida pelo ordenamento jurídico, mas que não consiste propriamente num direito subjetivo, caracterizando-se, simplesmente, como “interesse protegido”⁴¹.

A compreensão do dano como lesão do interesse já vinha de Carnelutti⁴² e tem sido preferida por parte da doutrina recente. Segundo Anderson Schreiber, dano conceitua-se como “lesão a um interesse tutelado”⁴³ e, para Nelson Rosenthal, é uma “lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela, seja ele patrimonial, extrapatrimonial, individual ou metaindividual”⁴⁴.

De acordo com a teoria clássica, o direito subjetivo compreende, anatomicamente, um sujeito, um objeto e a relação que os liga⁴⁵. O objeto de direito, em si, não coincide com o *interesse* do sujeito, mas com um *bem*, que é sempre uma utilidade, isto é, um meio hábil para o alcance e a realização dos fins pretendidos pelo sujeito⁴⁶. O interesse, por sua vez, pressupõe

³⁹ DE CUPIS. *Il danno...*, cit., p. 24-25.

⁴⁰ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 9. ed. ampl. y actual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 238.

⁴¹ MENEZES CORDEIRO. *Tratado...*, V. 2. t. 3., cit., p. 511.

⁴² Segundo Carnelutti, “a consideração estática do fenómeno jurídico registra, a par das pessoas que se chamam sujeitos, qualquer coisa mais. Não existe fotografia do jurídico na qual não se encontrem, além das pessoas, traços de um *quid* a que respeita logicamente, em contraposição àquelas, a designação de objecto. Que assim tenha de ser resulta da análise funcional do direito, o qual, como se disse, só se compreende como destinado a compor conflitos de interesses; e o interesse, como também se disse, é uma relação entre uma pessoa e um *quid* que fica fora dela. Precisamente porque o interesse é uma relação económica, com origem nas necessidades do homem, tal *quid* define-se como um bem; e porque sobre êste, exactamente para satisfazerem as suas necessidades operam ou tendem a operar os sujeitos, define-se êle também, noutro ponto de vista, como objecto”. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. trad. A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. Coimbra/São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & C^a. Editores, 1942. § 76, p. 221.

⁴³ SCHREIBER. *Os novos...*, cit., p. 102.

⁴⁴ FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO. *Curso...*, cit., p. 241.

⁴⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Rio – Francisco Alves, 1980, p. 56-57.

⁴⁶ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 315.

a existência de um bem, na medida em que consiste precisamente no elo entre o sujeito de direito e o bem de que necessita para realizar determinado fim⁴⁷.

Ao bem, objeto de direito, portanto, associa-se a ideia de interesse. Este exprime o valor do bem à luz da relação entre o sujeito e os seus fins, isto é, a medida da utilidade específica que aquele bem tem para a consecução dos fins de um determinado sujeito⁴⁸.

A ideia de interesse talvez seja, por isso, muito extensa e difícil de ser objetivamente compreendida. O que o dano atinge diretamente é o bem (o objeto do direito), e ao fazê-lo acaba comprometendo, é verdade, o interesse, mas sempre por via reflexa. Qualquer lesão a um bem jurídico implica, conseqüentemente, uma lesão também ao interesse do sujeito de direito⁴⁹. Mas não se vê como poderia ser ferido o interesse objetivamente tutelado pelo direito sem que o fosse, antes, o próprio bem.

De Cupis, de modo divergente, entende que o dano poderia recair tanto sobre o bem (e, neste caso, atingiria necessariamente o interesse), quanto sobre o interesse, apenas. O exemplo que oferece deste último caso, contudo, não convence: segundo o autor, se o sujeito tivesse seu relógio roubado, haveria uma lesão ao interesse, porque surgiria um empecilho à satisfação dos fins ou necessidades que aquele bem proporcionaria, sem que este tivesse sido alterado em sua essência⁵⁰. Mas não há como negar que, também neste caso, o bem foi diretamente atingido pelo dano, afinal, este se configura quando há diminuição ou perda das qualidades do objeto de direito, mas também quando há a sua subtração.

Nesse sentido, mais acertado é o conceito de dano (enquanto evento lesivo) como “diminuição ou subtração de um bem jurídico”, tal como conceitua Wilson Melo da Silva, citando Formica⁵¹. Definição esta similar àquela de Fischer, para quem o dano se configura como “todos os prejuízos que o indivíduo sujeito de direito sofra em sua persona e em seus bens jurídicos, com exceção dos que se cause o próprio prejudicado”⁵². Agostinho Alvim, fazendo uma distinção entre o conceito de dano em sentido lato e em sentido estrito, ensina que, em

⁴⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 200-222.

⁴⁸ VANNI, Icilio. *Lições de filosofia do direito*. trad. Octávio Paranaguá. São Paulo: Poca Weiss & C., 1916, p. 84.

⁴⁹ SILVA. *O dano...*, cit., p. 325.

⁵⁰ DE CUPIS. *Il danno...*, cit., p. 26-27.

⁵¹ SILVA. *O dano...*, cit., p. 324.

⁵² FISCHER, Hans A. *Los daños civiles y su reparación*. trad. de Rocés Suárez. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018, p. 11. tradução nossa.

acepção ampla, dano é a “lesão de qualquer bem jurídico”⁵³. Similar definição se encontra em Caio Mário da Silva Pereira⁵⁴, Teresa Ancona Lopez⁵⁵ e Sérgio Cavalieri Filho⁵⁶.

Acrescenta-se que, atingido o bem objeto de direito, fere-se também, evidentemente, o próprio direito.

Assim, em apertada síntese, o dano como evento lesivo é aquele que consiste numa lesão, sofrida pelo sujeito de direito, em seus bens jurídicos. Partindo daí, já se excluem do conceito as lesões que atinjam uma vantagem, um interesse ou um bem qualquer, e que, embora sejam também referidas como “dano”, apenas o são em sentido vulgar. Seria, por exemplo, o caso de um sujeito que, dirigindo-se a um estádio de futebol para ver a final do campeonato que consagrou campeão seu time do coração, tem seu carro atingido por outro veículo e, em razão do acidente, acaba perdendo o jogo. Supondo que, do evento lesivo, tenha resultado apenas a deterioração do automóvel, não há dúvidas de que se configurou um dano patrimonial. Mas só. O sujeito tinha “interesse” em assistir ao jogo, o que lhe permitiria satisfazer um desejo ao qual se costuma atribuir alguma significância, mas nem por isso se está diante de dano no sentido técnico, ressarcível, já que o “interesse” lesado, ou a “vantagem” subtraída, não são bem jurídico, objeto de direito subjetivo, e não são, pois, exigíveis.

Contudo, como já mencionado, não basta que se verifique tal lesão. Apenas haverá dano indenizável quando esta repercuta negativamente na esfera jurídica do sujeito, isto é, quando exista propriamente um prejuízo⁵⁷. Assim, dano, em sentido jurídico, é a repercussão

⁵³ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro - São Paulo: Editora Jurídica e Universitária Ltda., 1965, p. 171.

⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. 12. ed. rev. atual. e ampl. versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2018, n/p.

⁵⁵ LOPEZ. *O dano...*, cit., p. 20.

⁵⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 77.

⁵⁷ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Danos: uma leitura personalista da responsabilidade civil*. Caiscais: Principia, 2018, p. 71 e 73. Ainda nesse sentido, confira-se a explicação contida no *Digesto delle discipline privatistiche*: “(...) as definições usuais de dano, quando não se mantêm no nível genérico da indicação de um fato danoso para determinado sujeito, seguem dois caminhos: procuram identificar o tipo de conseqüências danosas que se supõem relevantes; ou se concentram sobre o contraste do evento com regras ou princípios estabelecidos para proteger o interesse lesado. Na primeira perspectiva, por dano se entende a alteração negativa de uma determinada situação da vítima, econômica, ou mesmo física ou psíquica. Na segunda, o dano é definido como uma lesão do direito ou do interesse protegido.

Aliás, ambas as perspectivas indicam elementos essenciais para uma noção completa de dano; nenhuma delas, contudo, é por si só suficiente. O mero prejuízo (econômico ou de outro gênero) que um sujeito sofre pelo fato de terceiro não é, por si só, idôneo para acionar qualquer forma de reação do ordenamento jurídico: esta intervém somente após a formulação de um juízo de desvalor sobre o fato danoso, e, portanto, sobre a exigência de intervir. E de intervir no sentido e na direção de eliminar, na medida do possível, as conseqüências desfavoráveis que o evento produziu em relação a determinado sujeito. Nisso consiste justamente a função particular do remédio correspondente ao ressarcimento, que o diferencia de outras técnicas de tutela (inibitória, restitutória, etc.). Por outro lado, e precisamente pela razão que acaba de ser assinalada, o dano não pode tampouco ser identificado como lesão da esfera jurídica alheia. Nem sempre que tal lesão ocorre, de fato, é concedida à vítima tutela indenizatória; mas somente quando o fato danoso tiver conotações tais que o caracterizem como causador, de fato,

negativa na esfera jurídica da vítima decorrente da lesão a um bem jurídico. A uma noção completa de dano apenas se chega quando se consideram seus dois aspectos constitutivos: a lesão a bem jurídico, de um lado, e o prejuízo que se manifesta na esfera jurídica da vítima, de outro.

2.2. O dano ressarcível

O direito estabelece filtros que separam o dano reparável dos demais. Sempre foi tarefa árdua determinar sob quais condições o dano ascende à categoria de fato jurídico. As ordens jurídicas ao redor do mundo o fizeram de forma distinta ao longo dos anos. Basta ver que nos primórdios do direito romano, diante da ausência de uma cláusula geral de responsabilidade civil, a reparação não se fazia senão em caso de infrações específicas⁵⁸.

Foi com os estudiosos da Escola de Direito Natural que se passou a vislumbrar um conceito abstrato de dano⁵⁹. Hugo Grotius, apontando o dano como uma das três fontes dos direitos, ao lado dos pactos e da lei, escreveu que toda culpa, não importa se comissiva ou omissiva, faz nascer a obrigação de reparar sempre que, em razão dela, tiver ocorrido um dano. Este significa, então, uma supressão indevida de algo que ao homem corresponde seja por natureza, seja por um fato civil, seja por lei. Diante disso, tornou-se o delito – enquanto ato ou omissão que fosse antijurídico por sua própria natureza ou que estivesse proibido por lei – a pedra angular da responsabilidade civil⁶⁰.

A reformulação da lógica da reparação de danos feita pelos jusnaturalistas exerceu forte influência nos juristas franceses que precederam o Código Civil de 1804, e foi por eles continuada. Com Jean Domat, aperfeiçoa-se a concepção de dano como categoria abstrata e uniforme, e desenvolve-se um princípio geral de reparação, cuja amplitude era temperada pela exigência da culpa⁶¹. A codificação, na França, consolidou a cláusula geral de reparação de

de um «dano», ou seja, daquele tipo de prejuízo que o ordenamento jurídico considere suscetível de reparação” (SACCO, Rodolfo *et al.* *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), 1989, p. 63-64).

⁵⁸ MAZEAUD; MAZEAUD. *Traité...*, cit., p. 31.

⁵⁹ DÍEZ-PICAZO. *Derecho...*, cit., p. 76.

⁶⁰ GROCIO, Hugo. *Del derecho de la guerra y de la paz*. trad. Jaime Torrubiano Ripoll. t. 3. Capítulos XVII-XXVI, livro 2, capítulos I-III, livro 3. Madrid: Editorial Reus, 1925, p. 7-8.

⁶¹ Segundo Domat, “é uma lei natural que aquele que causou algum dano seja obrigado a repará-lo”. Mas é, igualmente, uma lei natural a “que não permite que os homens respondam pelos eventos imprevistos, que são antes efeitos da ordem divina e de casos fortuitos, do que fatos que se lhe possam ser imputados razoavelmente”. DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*. t. 1. 2. ed. Paris: Jean Baptiste Coignard, 1695, p. 81-82. Ainda segundo Domat, “todas as perdas e todos os danos que possam ocorrer por ato de qualquer pessoa, seja por imprudência, leviandade, ignorância do que se deve saber, ou outras faltas semelhantes, por menores que sejam, devem ser reparadas por aquele cuja imprudência ou outra culpa lhe causaram. Porque é um mal que ele fez,

danos, fundada na noção de *faut civile*⁶², no que foi seguida, mais tarde, pelo direito brasileiro⁶³, cujo sistema de responsabilidade civil delitual é construído a partir da categoria do ato ilícito, integrado pela culpa⁶⁴.

Diferente caminho trilhou a codificação alemã, que, seguindo a tradição pandectista, não estabeleceu uma responsabilidade geral por culpa, limitando a responsabilidade civil aos casos em que há violação a direitos absolutos ou em que a lesão é causada com dolo⁶⁵. Influenciado pelo sistema de reparação de danos codificado no BGB, o Código Civil italiano de 1942, ao mesmo tempo que previu uma norma geral de ressarcimento por ato ilícito, acrescentando, contudo, a fórmula da injustiça do dano (art. 2.043), restringiu a reparação dos danos não patrimoniais aos casos determinados em lei (art. 2.059).

Acima se viu que o dano, para ter relevância jurídica, deve atingir um direito ou um bem jurídico. Ainda assim, não é todo prejuízo decorrente da lesão aos bens jurídicos de alguém que constitui um fato jurídico capaz de surtir o efeito consistente no ressarcimento. Dito de outro modo, a qualificação dos bens atingidos como *jurídicos*, isto é, reconhecidos e protegidos pelo direito, conquanto delimite a noção jurídica de dano e reduza, assim, a esfera do dano ressarcível, não o faz de modo suficiente, visto que deixa, ainda, vasto espaço aos danos capazes de, em tese, atrair alguma resposta do direito.

Tanto assim que, sobretudo nos ordenamentos em que não se confinou a reparabilidade dos danos aos casos específicos previstos em lei, preocupou-se em estabelecer critérios outros a fim de delimitar os danos indenizáveis e compensar, dessa forma, a largueza da cláusula geral. Neste contexto, merece menção a *injustiça* do dano, expressamente prevista pelo legislador italiano, mas não indicada, nesses termos, como condição da reparação no direito brasileiro⁶⁶.

Ao atribuir ao dano que merece ressarcimento o adjetivo “injusto”, o ordenamento italiano colocou-se a meio caminho entre os sistemas de cláusula geral (como o francês) e os

mesmo quando não tinha a intenção de prejudicar”. DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*. t. 2. 2. ed. Paris: Jean Baptiste Coignard, 1695, p. 149-150.

⁶² VINEY, Geneviève. Introduction à la Responsabilité. In: *Traité de Droit Civil*. GHESTIN, Jacques (dir.). 2. ed. Paris: LDGJ, 1995, p. 13.

⁶³ O CC/02 fez opção por albergar uma cláusula geral de responsabilidade civil, fundada, ao menos via de regra, no ato ilícito: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (CC/02, art. 927).

⁶⁴ GOMES. Tendências..., cit., p. 293.

⁶⁵ DÍEZ-PICAZO. *Derecho...*, cit., p. 88.

⁶⁶ AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade...*, V. 1, cit., p. 887. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1; TEPEDINO, Gustavo. O art. 931 do Código Civil e a antijuridicidade do dano injusto. Editorial. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, V. 22, p. 11-13, out./dez., 2019, p. 12; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Breves notas sobre a (des)patrimonialização da responsabilidade civil: ainda a fundamentalidade do dano. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017, p. 176-189, p. 177.

sistemas de tipicidade do ilícito (como o germânico)⁶⁷. É precisamente mediante a aferição da injustiça que o dano adquire, para os italianos, relevância jurídica⁶⁸.

Tradicionalmente, interpretou-se a injustiça do dano como critério seletivo dos bens merecedores de tutela jurídica e considerou-se que apenas os danos consistentes em lesão de direitos subjetivos de caráter absoluto poderiam ser considerados injustos e, por conseguinte, ser ressarcíveis⁶⁹. Sob essa perspectiva, o sistema italiano se aproximaria do direito alemão.

Mais recentemente, contudo, não se admite que a exigência da injustiça limite a reparação aos danos aos casos de lesão de direitos subjetivos absolutos. O critério da injustiça do dano continua tendo por finalidade “circunscrever a área dos danos ressarcíveis e evitar que uma propagação irracional dos mecanismos da tutela indenizatória tornem necessário o ressarcimento provocado por qualquer atividade humana”⁷⁰. Mas se alterou a interpretação do seu significado. Injusto é o dano *non iure e contra ius*, ou seja, o dano que é, a um só tempo, (i) proveniente de um fato que não constitua exercício de direito e (ii) lesivo de um bem alheio protegido pelo ordenamento⁷¹.

O papel desempenhado na Itália pela injustiça do dano é cumprido, no Brasil, pela antijuridicidade da conduta lesiva. Em outras palavras, não é a injustiça, mas a antijuridicidade que se apresenta como requisito de ressarcibilidade do dano no ordenamento brasileiro. É antijurídico o dano que deriva de um ato humano contrário a direito. A antijuridicidade pode significar tanto contrariedade ao direito subjetivo quanto ao direito objetivo, mas implica sempre um juízo de desvalor do resultado da conduta lesiva. Diante disso, a fim de que se configure o dano reparável, deve haver não só agressão ao direito de outrem, mas também ausência de um direito equivalente ou maior que justifique a lesão⁷². É nesse sentido, inclusive, que os italianos costumam referir-se ao juízo de injustiça como uma ponderação entre o interesse lesivo e o interesse lesado⁷³.

A noção de antijuridicidade, portanto, de forma semelhante à ideia italiana de injustiça, restringe a esfera dos danos ressarcíveis àqueles que não apenas consistam na violação de um bem jurídico, mas que sejam também causados por ato humano antijurídico, sem respaldo em nenhuma causa de justificação⁷⁴.

⁶⁷ SCOGNAMIGLIO, Claudio. L'ingiustizia del danno (art. 2043). In: BESSONE, Mario (diret). *Trattato di diritto privato. Illecito e responsabilità civile*. V. 10. t. 1. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005, p. 33-34.

⁶⁸ SCOGNAMIGLIO. *L'ingiustizia...*, cit., p. 33-34.

⁶⁹ DíEZ-PICAZO. *Derecho...*, cit., p. 296; SACCO. *Digesto...*, cit., p. 68.

⁷⁰ DíEZ-PICAZO. *Derecho...*, cit., p. 296.

⁷¹ DíEZ-PICAZO. *Derecho...*, cit., p. 296; SACCO. *Digesto...*, cit., p. 69; ALPA. *Responsabilità...*, cit., p. 115.

⁷² DíEZ-PICAZO. *Derecho...*, cit., p. 294-298.

⁷³ SACCO. *Digesto...*, cit., p. 68.

⁷⁴ TEPEDINO. O art. 931..., cit., p. 12.

Refere-se aqui a “antijuridicidade” e não a “ilicitude” porque aquela expressa simplesmente uma contrariedade a direito, abrangendo toda violação de dever jurídico, enquanto esta, para muitos autores, é constituída também por um elemento subjetivo (culpa), além daquele elemento objetivo (violação de dever jurídico)⁷⁵. Assim, para Pontes de Miranda, o suporte fático do ato ilícito compõe-se da conjugação entre contrariedade a direito e culpa⁷⁶.

É relevante notar que, conforme aponta o mesmo autor, “há mais atos ilícitos ou contrários a direito que os atos ilícitos de que provém obrigação de indenizar”⁷⁷. É que os atos ilícitos se dividem, quanto aos efeitos que provocam, em ilícitos indenizativos, caducificantes e invalidantes. Indenizativos são os atos ilícitos clássicos, aqueles que geram o dever de indenizar ou reparar os danos dele advindos. Caducificantes são os que resultam na perda de um direito, como se passa com o pai ou a mãe que perdem o poder familiar em virtude de castigo imoderado ao filho ou em razão de seu abandono, nos termos do art. 1.638 do Código Civil brasileiro (CC/02). Por fim, invalidantes são os atos jurídicos praticados em desconformidade ao direito e que, por tal razão, são privados de validade⁷⁸.

Nota-se, então, que nem todo ato contrário ao direito gera o dever de indenizar, embora, normalmente, o dano reparável advenha de um ato contrário a direito.

Assim, para ser indenizável, o dano deve resultar, via de regra, de ato antijurídico⁷⁹. Não obstante, também o dano não antijurídico pode provocar, ainda que excepcionalmente, a reação do direito. Isso ocorre, por exemplo, nas hipóteses em que o ordenamento considera que, conquanto um determinado direito prevaleça sobre outro, justifica-se a compensação do sujeito lesado pelo interesse sacrificado⁸⁰. Assim, por exemplo, o dano causado em legítima defesa, exercício regular de direito ou estado de necessidade não é antijurídico⁸¹, mas, a despeito disso,

⁷⁵ Por todos, veja-se: PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. t. 53. Parte especial. Direito das obrigações: fatos ilícitos absolutos. Atos-fatos ilícitos absolutos. Atos ilícitos absolutos. Responsabilidade. Danos causados por animais. Coisas inanimadas e danos. Estado e servidores. Profissionais. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p. 47-48; e PESSOA JORGE. *Ensaio...*, cit., p. 61-70. Segundo este último autor, “a omissão do comportamento devido, objectivamente considerada, não chega para definir a ilicitude. É necessário o *aspecto subjectivo*, que consiste na *atribuição ou imputação da falta de cumprimento à vontade do agente*, de forma a poder formular-se a respeito da sua conduta o referido juízo de reprovação; numa palavra, exige-se a *culpabilidade*”. (p. 69, grifos do autor).

⁷⁶ Nas palavras do autor: “A contrariedade a direito, o ir contra o conteúdo da regra jurídica, não é elemento da culpa. É elemento da ilicitude do ato: contrariedade à direito *mais culpa igual a ilícito*. Tal o suporte fático”. PONTES DE MIRANDA. *Tratado...*, t. 53, cit., p. 47.

⁷⁷ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. t. 2. Parte geral. Bens. Fatos jurídicos. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 201.

⁷⁸ MELLO. *Teoria...*, cit., p. 315-318.

⁷⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. In: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB)*, a. 3, n. 9, p. 7074-7122. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, p. 7087.

⁸⁰ DE CUPIS. *Il danno...*, cit., p. 13.

⁸¹ Conforme dispõe o CC/02, em seu art. 188: “Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”.

ordena-se que os prejuízos sofridos pelo sujeito cujo interesse foi sacrificado sejam compensados⁸².

Todavia, como se disse, é apenas de forma excepcional – e, portanto, com amparo em específica previsão legal – que o dano não antijurídico pode ser ressarcível. Afinal, admitir uma reação geral do ordenamento jurídico a esse dano inviabilizaria a convivência social. Como ensina De Cupis, “em princípio vale, e é bom que valha, o princípio de que o dano não antijurídico deve ser suportado definitivamente pelo sujeito cujo interesse esse atinge”⁸³.

Diante disso, compreende-se que não bastam as repercussões negativas decorrentes da violação de um bem jurídico para que se transfira da vítima a um terceiro o dever de suportar o dano. Para ser reparável, o dano deve ser antijurídico. Isso, contudo, ainda não é suficiente. É preciso, ademais, que o dano reúna outras características, especialmente: alienidade, certeza e um mínimo de gravidade⁸⁴.

Por *alienidade*, entende-se que o dano deve recair sobre a esfera jurídica de pessoa diferente do autor da violação. Ou seja: exige-se que os prejuízos sejam alheios⁸⁵, o que, além de ser intuitivo, não suscita dúvidas na legislação brasileira, a qual prevê a imputação da obrigação do dever de reparar a quem causa dano *a outrem* (art. 927 do CC/02).

Além disso, o dano deve ser *certo*. Não merece reparação o dano meramente eventual ou hipotético, que pode vir a ocorrer no futuro. O simples perigo ou a ameaça de dano, portanto, não bastam. É necessário que a existência do dano seja certa (ou, pelo menos, provável, quando se trata, por exemplo, de lucro cessante), ainda que não possa ser de imediato estimada a sua extensão⁸⁶.

Outro requisito do dano reparável diz respeito a um mínimo de *gravidade*. O dano insignificante não dá lugar à reparação. Isso não significa que apenas os prejuízos de valor elevado sejam dignos de ressarcimento, mas que os danos demasiado pequenos, a ponto de se considerarem irrisórios, não o são. É verdade que a exigência de uma gravidade mínima não se encontra prevista expressamente na legislação, mas como ensina Pessoa Jorge, tal requisito decorre do bom-senso e da boa-fé⁸⁷. Acrescente-se que a negativa de reparação aos danos

⁸² Conforme dispõe o CC/02, em seu art. 929: “Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram”.

⁸³ DE CUPIS. *Il danno...*, cit., p. 17. tradução nossa.

⁸⁴ PESSOA JORGE. *Ensaio...*, cit., p. 385.

⁸⁵ PESSOA JORGE. *Ensaio...*, cit., p. 386.

⁸⁶ ORGAZ, Alfredo. *El daño resarcible* (actos ilícitos). Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1952, p. 96.

⁸⁷ PESSOA JORGE. *Ensaio...*, cit., p. 387.

insignificantes é imposição da vida em sociedade, em que se depara, inevitavelmente, com inúmeros e frequentes dissabores e adversidades. *De minimis non curat praetor*⁸⁸.

Nesse sentido, observa-se que o dano que é pressuposto da responsabilidade civil não é qualquer dano, mas apenas aquele que (i) consiste nos prejuízos decorrentes da violação de um bem jurídico (dano em sentido jurídico); (ii) é causado por um ato humano antijurídico sem que haja alguma causa de exclusão da antijuridicidade; (iii) é suportado por sujeito diferente do autor da violação; (iv) é certo; e (v) é minimamente grave.

2.3. Da noção estrita à aceção ampla de dano ressarcível

A concepção de dano como repercussão negativa advinda da lesão a um bem jurídico é mais ampla do que aquela que existia tradicionalmente e que se identificava como diminuição ou menoscabo patrimonial. Segundo Agostinho Alvim, dano, em sentido estrito, é a lesão do patrimônio⁸⁹. Assim, o dano que originalmente era o fator constitutivo e determinante do dever jurídico de reparar era, fundamentalmente, o dano patrimonial⁹⁰, cuja definição dependeria do que se compreende por patrimônio.

Há, também em relação a esse instituto, um duplice conceito. Em aceção ampla, patrimônio é um complexo formado por uma entidade patrimonial ativa, na qual se insere o conjunto de direitos apreciáveis em dinheiro, e por um passivo patrimonial. Em sentido estrito, o patrimônio consiste apenas no conjunto de bens economicamente úteis que se encontram à disposição de uma pessoa⁹¹. Esta última definição, que fornece um conceito mais econômico que propriamente jurídico de patrimônio, acaba-se revelando útil para a compreensão do dano patrimonial, na medida em que tem em consideração o valor dos bens⁹². Assim, em resumo, pode-se afirmar que o dano patrimonial envolve sempre a violação a um bem de valor econômico.

Não obstante, diante da mera destruição ou deterioração de uma coisa que possua valor, não se pode dizer, juridicamente, que exista dano. É preciso que haja um sujeito prejudicado, cuja esfera jurídica tenha sido afetada, uma vez que o bem tenha perdido a sua medida de utilidade, a sua capacidade de satisfazer uma necessidade daquele que lhe é titular.

⁸⁸ ORGAZ. *El daño...*, cit., p. 53.

⁸⁹ ALVIM. *Da inexecução...*, cit., p. 171.

⁹⁰ FISCHER. *Los daños...*, cit., p. 12.

⁹¹ ALVIM. *Da inexecução...*, cit., p. 171; FISCHER. *Los daños...*, cit., p. 16-18; AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. V. 2. 10. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 797-798.

⁹² FISCHER. *Los daños...*, cit., p. 21.

Em síntese, “a existência e o valor dos danos patrimoniais só podem ser estabelecidos em relação à pessoa que os experimenta”⁹³.

Assim, em princípio, era muito recorrente a definição de dano que o circunscrevia a uma diminuição ou subtração patrimonial, a ser aferida mediante a comparação entre o patrimônio da vítima anteriormente à ocorrência do dano e o patrimônio que existiria caso não houvesse acontecido o dano⁹⁴. Trata-se da teoria da diferença, que põe em foco não o bem concretamente atingido, mas o prejuízo total experimentado no patrimônio do lesado⁹⁵.

Essa compreensão que restringia o dano à diminuição patrimonial alastrou-se entre os juristas⁹⁶ por influência das fontes romanas e autoridade de Paulo, a quem se atribui a seguinte definição: “*damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt*” (D 39, 2, 3)⁹⁷. O dano *stricto sensu* é a subtração e diminuição do patrimônio. Indenizar (isto é, tornar indene⁹⁸) é restituir ao patrimônio o que foi subtraído; por isso, tecnicamente só podiam ser indenizados, assim se pensava, os prejuízos redutíveis a valores pecuniários⁹⁹.

Apesar disso, é verdade que mesmo o direito romano conhecia danos que, embora não se enquadrassem no conceito restrito de Paulo, mereciam ressarcimento. Colocar a lesão a bem jurídico no centro da noção de dano, como se notou ao longo do tempo, tem a vantagem de permitir o alargamento do conceito e fazê-lo transcender os prejuízos patrimoniais¹⁰⁰. Nada obstante, tem-se notado também que essa dilatação traz consigo a desvantagem de deixar mais obscuras as fronteiras que separam o dano ressarcível do irressarcível.

Já se vê, pois, que uma das tarefas mais árduas com que se defrontaram, desde o princípio, os estudiosos da responsabilidade civil – e que continua a lhes desafiar hoje, não menos que antes –, é escolher, dentre os danos diversos que ocorrem no cotidiano da vida, aqueles que podem ser alçados à categoria de fatos jurídicos e, assim, uma vez reunidas as necessárias características, merecer reparação. É, dito de outro modo, definir o tênue limite que separa o mundo dos fatos e mundo do direito, para encontrar, mais que o conceito de *dano*, o

⁹³ FISCHER. *Los daños...*, cit., p. 21.

⁹⁴ CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 44.

⁹⁵ DÍEZ-PICAZO. *Derecho...*, cit., p. 309.

⁹⁶ Agostinho Alvim aponta que seguiram o entendimento de Paulo juristas como Polacco, Pacifici Mazzoni e Giorgi. (ALVIM. *Da inexecução...*, cit., p. 170).

⁹⁷ CASILLO. *Dano...*, cit., p. 44; TJSP, Ap. 113.190-1, 2ª C., j. 28.11.89, rel. Des. Walter Moraes. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 61, V. 444, p. 11- 28, out. 1972, p. 65.

⁹⁸ Conforme ensina Maria Celina Bodin, “Indenizar’ é palavra que vem do latim, “*in dene*”, que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas consequências” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 145).

⁹⁹ TJSP, Ap. 113.190-1..., cit., p. 65.

¹⁰⁰ CASILLO. *Dano...*, cit., p. 45.

sentido de *dano reparável*, que ao longo do tempo deixou de ser excessivamente restrito para tornar-se, talvez, demasiado extenso. A virtude, como sói ser, está no meio do caminho¹⁰¹.

¹⁰¹ ARISTÓTELES. *Ética...*, cit., 2001.

3. O DANO MORAL

*Fuera del dinero hay otros bienes a los cuales el hombre civilizado concede un valor que quiere sea protegido por el derecho*¹⁰².

Até muito recentemente – no Brasil, até meados do século XX –, como se viu, o dano que o direito mandava reparar era, fundamentalmente, o dano patrimonial. Contudo, paulatinamente se foi percebendo que havia outros bens de significativo valor para os homens, embora não redutíveis a cifra pecuniária, e que, quando lesados, não podiam ficar desprovidos de tutela jurídica. Passou-se a reconhecer que, em algumas situações, poderia haver dano sem repercussão patrimonial ao qual se deveria reconhecer relevância jurídica. Assim, nota-se, a partir das primeiras décadas do século XX, uma tendência comum a diversos ordenamentos jurídicos: o reconhecimento, primeiro doutrinário e jurisprudencial, depois legislativo, da reparabilidade do chamado dano moral ou dano não patrimonial.

A mudança, como era de se esperar, não se fez de forma abrupta ou repentina. Antes, travaram os juristas acirrado debate, não tanto sobre a existência em si desses danos, mas sobretudo acerca da possibilidade de vê-los como fatos jurídicos, merecedores de reparação. Os fundamentos invocados para negar tal possibilidade não eram poucos nem inconsistentes. Argumentava-se, sobretudo, que seria imoral compensar com dinheiro a dor humana, e que, não sendo possível estimá-la em pecúnia, conferir-se-ia aos magistrados demasiado arbítrio para fixação do montante da indenização. A isso se acrescia a ausência de um efeito penoso durável, a insegurança quanto à efetiva violação de um direito, a dificuldade de descobrir a existência do dano e a incerteza do número de pessoas lesadas¹⁰³.

Esses argumentos foram refutados, um a um, pela doutrina que defendia a reparabilidade dos danos morais e que está muito bem representada por Melo da Silva¹⁰⁴. O jurista esclareceu, com inegável precisão, que as razões elencadas frequentemente pela corrente negativista não justificavam a rejeição do dano moral ao terreno do irreparável.

À falta de um efeito durável causado pelos danos morais, respondeu que não seria a maior ou menor duração do efeito danoso a definir a qualidade ou não da lesão e do dano; a questão apenas teria pertinência para se definir a extensão da reparação. Ademais, não seria

¹⁰² “Além do dinheiro há outros bens aos quais o homem civilizado atribui um valor que deseja que seja protegido pelo Direito”. tradução nossa. (JHERING, Rudolf Von. *3 estudios jurídicos*. Del interés en los contratos; La posesión; La lucha por el derecho. trad. Adolfo Gonzáles Posada. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1947, p. 49).

¹⁰³ PIRES DE LIMA, Z. Responsabilidade Civil por danos morais. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 37, V. 83, p. 216-227, jul./1940.

¹⁰⁴ SILVA. *O dano...*, cit., p. 336-386.

certo que os efeitos do dano moral são sempre mais fugazes que os do dano patrimonial. Ao contrário, as lesões ao patrimônio imaterial produzem, muitas vezes, consequências infundáveis.

No que tange à incerteza da existência de um direito violado, aclarou que os danos morais decorriam sim da violação a um direito, pois não era possível negar que os bens atingidos por esse tipo de dano, sendo objeto de direitos originários, eram também alvo de proteção jurídica. Não se sustentava, pois, a objeção de Savigny, para quem o direito do homem sobre si mesmo, originário da simples condição de ser humano, direito inato, não poderia ser considerado “direito próprio e verdadeiro”¹⁰⁵. Na verdade, o fato de terem tais direitos posição proeminente entre todos os demais, em vez de despi-los de proteção jurídica, justificaria a sua especial tutela¹⁰⁶.

Quanto à dificuldade de se descobrir a existência do dano moral, objetou que, na maioria dos casos, seria possível constatá-lo por meio de seus sinais exteriores. A existência de um sofrimento, ainda que interior, seria aferível mediante a observação de efeitos fisiológicos. Aquele que sofresse o dano apresentaria visíveis sinais de fadiga e tristeza, anemia, descoloração da pele, perda de força muscular, queda capilar. Em síntese, a perturbação das funções orgânicas do indivíduo refletiria o seu estado interior de angústia e, assim, viabilizaria a comprovação não apenas da existência como também da intensidade do dano.

Neste ponto, contudo, faz-se a seguinte ressalva: a solução encontrada por Melo da Silva para refutar o argumento em questão explica-se sobretudo pela noção de dano moral existente à época, relacionada a dor e sofrimento. Contudo, seja este ou outro o conceito que se acolherá, permanece, e ainda está longe de ser superada, a dificuldade enfrentada quanto à prova do dano moral. Poder-se-ia exigir da vítima a prova dos prejuízos experimentados em sua esfera psíquica? Seria aceitável presumir a existência desses a partir da demonstração da ocorrência

¹⁰⁵ SAVIGNY, Federico Carlo di. *Sistema del Diritto romano attuale*. trad. Vittorio Scialoja. V. 1. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1886, p. 338-346. tradução nossa. Assim explica o autor: “O homem, diz-se, tem sobre si mesmo um direito, que começa necessariamente com o seu nascimento e não pode extinguir-se nunca, enquanto ele vive, e, por isso mesmo, é chamado *direito inato*; em oposição a todos os outros direitos, os quais só mais tarde e de forma contingente podem acessar o homem, e são de natureza transitória, e por isso são chamados *direitos adquiridos*. (...) Se a questão é então transferida para um terreno mais fácil, isto é, limitando esse direito de propriedade do homem ao seu ser visível, ao corpo humano e aos seus membros individuais, certamente tem um significado, o de excluir qualquer ofensa aqui certamente possível; mas não por isso o conceito de propriedade é menos inútil, na verdade, deve ser rejeitado, pois entre suas outras consequências lógicas leva ao reconhecimento de um direito ao suicídio. (...) Em primeiro lugar, pode e deve certamente ser posto fora de dúvida que o homem tem o direito de dispor de si mesmo e de suas próprias forças; que, além disso, essa faculdade é precisamente a base e o pressuposto de todos os outros direitos próprios e verdadeiros, já que, por exemplo, as propriedades e obrigações têm valor e significado para nós apenas como uma extensão artificial de nossas próprias forças pessoais, como novos órgãos, que são adicionados artificialmente à nossa essência natural. Mas esse poder sobre nós mesmos não precisa ser reconhecido e determinado pelo direito positivo; e o erro da doutrina acima exposta está no fato de que esse poder natural deveria, tão inutilmente, quanto erroneamente, ser colocado no mesmo patamar que essa extensão artificial dele e ser tratado da mesma maneira”.

¹⁰⁶ SILVA. *O dano...*, cit., p. 322.

do evento danoso, pouco importando se há efeitos exteriores e perceptíveis? A tais problemas se voltará mais tarde.

Ao argumento relativo à indeterminação do número de lesados, o autor responde que todos aqueles que efetivamente sofreram o dano teriam direito à reparação, sendo possível que esta fosse concedida mesmo aos amigos próximos e à concubina, desde que fizessem prova do dano por eles suportado. Em favor do cônjuge e dos parentes mais próximos, haveria uma presunção *juris tantum* da existência do dano. A explicação parte, uma vez mais, da premissa segundo a qual o dano moral consistiria em dor e sofrimento, estando relacionado à alteração do estado anímico do sujeito. Caso se altere a perspectiva sobre o conceito de dano moral, altera-se também o modo como se encara esta quarta objeção e a resposta a ela. Se o dano moral decorre da lesão ao direito da personalidade de um sujeito, é a ele, apenas, que será concedida a indenização, ao menos em regra. Sob essa perspectiva, é apenas o titular do bem jurídico lesado que terá direito à compensação, de modo que o problema da pluralidade de prejudicados apenas surgirá de modo excepcional.

Por fim, para derrubar os principais argumentos invocados pela doutrina negativista, relacionados à imoralidade de se compensar a dor com dinheiro, bem como à impossibilidade de se avaliar em pecúnia, com rigor, os danos morais, bastou uma pergunta: sendo impossível ou imoral a compensação da dor com dinheiro, mais justo seria que se deixasse sem reparação as lesões sofridas pelo sujeito em seus bens de natureza ideal? É verdade que o reconhecimento dos danos morais traz consigo muita dificuldade, pois a unidade de medida do dano não equivale àquela dos bens econômicos. Mas isto não implicaria a impossibilidade de se compensar o prejuízo suportado, senão a necessidade de adequação dos meios de reparação, que, neste caso, apenas em última hipótese seriam os mesmos empregados na indenização dos danos patrimoniais.

Desse modo, a impossibilidade de se estabelecer uma perfeita equivalência entre a medida do dano moral e a medida da reparação pecuniária exigiria a adaptação da reparação com o intuito de aproximar o quanto possível essas medidas e proporcionar uma compensação, ainda que mínima, ao dano sofrido. Muito embora a reparação não possa aplacar os prejuízos, pode proporcionar condições para aliviá-los. O dinheiro não serve, portanto, para pagar a dor, mas consiste num lenitivo, numa indireta compensação a ela.

E, assim, justamente por não ter o dano moral extensão que seja possível precisar tão facilmente, mas, ao mesmo tempo, não se lhe poder negar reparação, é que o arbítrio do juiz na fixação da indenização se trata de um daqueles males necessários, que pode ser remediado ou contido, mas não completamente evitado.

Venceu, ao final, a doutrina que defendia a reparabilidade do dano moral. Se o dano, em sentido lato, consiste na lesão a bens jurídicos, e se os bens jurídicos mais valiosos são, precisamente, aqueles não redutíveis a valores pecuniários, os quais são objeto de direitos originários e guardam íntima conexão com o indivíduo e sua personalidade, não há razão em negar reparação ao dano que atinge tais bens.

Mas há décadas já se encontra superada a discussão sobre a ressarcibilidade do dano moral, motivo pelo qual não cabe alongar a exposição dos argumentos que se opunham a tal possibilidade e dos que lhe eram favoráveis. Basta anotar que todas as razões invocadas para continuar restringindo a noção de dano reparável ao dano patrimonial foram sendo superadas – embora não completamente refutadas – até não subsistir nenhuma com força suficiente para impedir o já inevitável reconhecimento do dano moral e sua reparação nos ordenamentos jurídicos por todo o mundo.

Consolidada a reparabilidade do dano moral, persiste o problema de definir o seu conceito e delimitar as condições para a sua compensação. A opção por acolhê-lo no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive de forma muito ampla, fez-se antes de se aprofundar o seu significado e precisar a sua abrangência. A questão primordial, por conseguinte, permanece em aberto: em que consiste, afinal, o dano moral?

Pode-se apontar quatro grupos de definições que aparecem recorrentemente em doutrina e jurisprudência. Uma parte dos juristas confere ao dano moral um conceito negativo¹⁰⁷; em contraposição ao dano patrimonial, seria moral todo dano que não tivesse repercussões patrimoniais. Assim, por exemplo, afirma De Cupis:

(...) se se quer dar uma noção lógica e completa dos danos não patrimoniais, não se deve limitá-los ao campo do sofrimento físico ou moral, mas, em vez disso, concebê-los de modo a compreender todos os danos que não se enquadram no outro grupo de danos patrimoniais: ou seja, sua noção não pode ser senão negativa¹⁰⁸.

Agostinho Alvim, citando Formica e Gabba, diz que dano moral é aquele que, causado injustamente a outrem, não diminua o seu patrimônio¹⁰⁹. E até por isso, menciona, prefere-se, às vezes, a expressão “dano não patrimonial” à habitual “dano moral”. Apesar disso, para o jurista, o dano moral pressupõe a dor. Aguiar Dias, também inclinando-se ao conceito por

¹⁰⁷ Alguns contentam-se com esse conceito (a propósito, confira-se: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, V. 19, p. 211-218. jul.-set. 2004; DE CUPIS. *Il danno...*, cit., p. 31). Outros apontam o caráter negativo do dano moral como seu atributo principal e unificador (exemplificativamente, citam-se: ALVIM. *Da inexecução...*, cit., p. 215; AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade...*, V. 2, cit., p. 729).

¹⁰⁸ DE CUPIS. *Il danno...*, cit., p. 32. tradução nossa.

¹⁰⁹ ALVIM. *Da inexecução...*, cit., p. 215.

exclusão, ensina que se diz dano moral aquele aos quais não correspondem as características do dano patrimonial¹¹⁰; e acrescenta: “Com os danos não patrimoniais, todas as dificuldades se acumulam, dada a diversidade dos prejuízos que o envolvem e que de comum só têm a característica negativa de não serem patrimoniais”¹¹¹.

É claro que é mais fácil recorrer ao conceito de dano patrimonial para evitar penetrar a natureza do dano moral, mas um conceito pela negativa, além de ser muito amplo, pouco diz.

Outra parte da doutrina¹¹², muito embora ouse propor um conceito, por assim dizer, “afirmativo”, associa dano moral, simplesmente, à ideia de *pretium doloris* e o compreende como modificação no estado anímico do sujeito, comparando-o a dor, sofrimento, humilhação. Esta concepção, como se verá em seguida, tem raízes históricas e foi a primeira definição de caráter sistemático e consistente repetidamente expressa por juristas estrangeiros e brasileiros. Não se trata de acepção inconciliável com aquela outra; ao contrário, os que veem o dano moral como dor, não deixam de reconhecê-lo como dano cujos efeitos são não patrimoniais.

Ao colocar-se a dor no centro do conceito, identificando-a como conteúdo desse tipo de dano, o que se faz é especificar o seu significado e, por consequência, reduzir um pouco a sua abrangência. Não basta, pois, que os prejuízos causados sejam não patrimoniais, é necessário, ainda, que consistam em dor, sofrimento, humilhação, angústia, tristeza, enfim, num sentimento negativo ou uma alteração desfavorável no estado de ânimo do sujeito.

Enquanto o dano patrimonial atingiria o patrimônio de outrem, isto é, o conjunto de seus bens econômicos, o dano moral atingiria o seu patrimônio ideal, os bens da alma, os valores que são de ordem espiritual. Justamente por isso é que, naturalmente, causariam dor. Nesse sentido, Pessoa Jorge, depois de aclarar que os prejuízos não patrimoniais ou morais seriam aqueles relativos a interesses não suscetíveis de avaliação pecuniária, assevera que estes representam a lesão de interesses de ordem espiritual, consistindo, propriamente, na dor ou no desgosto¹¹³.

Para Melo da Silva, são “lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal”, entendido este como o conjunto de tudo que não possa ser estimado em valor econômico. Contudo, os danos morais se caracterizariam não tanto pela qualidade do bem atingido, senão pela natureza do prejuízo final, cujo elemento característico seria a dor,

¹¹⁰ AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade...*, V. 2, cit., p. 729.

¹¹¹ AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade...*, V. 2, cit., p. 729-730.

¹¹² PESSOA JORGE. *Ensaio...*, cit., p. 373; AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade...*, V. 2, cit., p. 729-730; LOPEZ. *O dano...*, cit., p. 114; ALVIM. *Da inexecução...*, cit., p. 216; THEODORO JÚNIOR. *Dano...*, cit., p. 1-7; SILVA. *O dano...*, cit., p. 1-2.

¹¹³ PESSOA JORGE. *Ensaio...*, cit., p. 373.

compreendendo-se esta em sentido lato, de modo a abranger tanto os sofrimentos físicos quanto morais propriamente ditos¹¹⁴.

Ainda no mesmo sentido, Cahali ensina que o dano moral consistiria na privação ou diminuição daqueles “bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos”. Tal dano, portanto, afetaria a alma humana ou os valores fundamentais inerentes à personalidade do sujeito, e se evidenciaria na dor, angústia e tristeza¹¹⁵.

Muito embora este entendimento segundo o qual o dano moral estaria associado a uma modificação do estado anímico e se materializaria na dor venha sendo bastante criticado, ainda aparece com frequência nas decisões proferidas pelos tribunais brasileiros¹¹⁶.

A crítica ao referido conceito tem a sua razão de ser. Mas, embora tal concepção tenha seus vícios, tem também algum mérito, e permite entrever a essência do que é o dano moral. Disso se tratará mais adiante, no momento oportuno.

Além dos conceitos a que já se aludiu e que são os mais frequentes entre os juristas clássicos, doutrina mais moderna tem definido o dano moral – e parece que esta seja uma tendência – como lesão a direitos da personalidade, entendimento este que, naturalmente, é mais recente que os outros e vem ganhando lugar na jurisprudência¹¹⁷.

¹¹⁴ SILVA. *O dano...*, cit., p. 1-2.

¹¹⁵ CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 20.

¹¹⁶ Uma pesquisa jurisprudencial no banco de dados do STJ por acórdãos apenas do último ano (01/01/2020 a 01/01/2021), utilizando-se da chave de busca “dano moral” e “dor”, resulta em 48 acórdãos dos quais 26 expressamente definem o dano moral como dor, angústia e sofrimento, ou o associam a tais sentimentos negativos. Veja-se, a título exemplificativo: “A negativa administrativa ilegítima de cobertura para tratamento médico por parte da operadora de saúde só enseja danos morais na hipótese de agravamento da condição de dor, abalo psicológico e demais prejuízos à saúde já fragilizada do paciente”. (AgInt nos EDcl no REsp 1842234/RS, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020); “Em relação aos danos morais, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o simples descumprimento contratual, por si só, não é capaz de gerar danos morais. É necessária a existência de uma consequência fática capaz de acarretar dor e sofrimento indenizável por sua gravidade”. (AgInt no AREsp 1701482/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 30/11/2020, DJe 02/12/2020); “Sobre o tema, importa salientar que ‘a jurisprudência desta Corte entende que, quando a situação experimentada não tem o condão de expor a parte a dor, vexame, sofrimento ou constrangimento perante terceiros, não há falar em dano moral, uma vez que se trata de circunstância a ensejar mero aborrecimento ou dissabor’” (AgInt no REsp 1309924/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 15/06/2020, DJe 18/06/2020).

¹¹⁷ Uma pesquisa jurisprudencial no banco de dados do STJ por acórdãos apenas do último ano (01/01/2020 a 01/01/2021), utilizando-se da chave de busca “dano moral” e “personalidade”, resulta em 51 acórdãos. Destes, 44 definem o dano moral como lesão a direitos da personalidade, ou admitem que a sua configuração pressupõe tal lesão. A título exemplificativo, confira-se: “[...] para que haja a responsabilização civil, exige-se que o ato tenha violado o direito da personalidade da parte, causando-lhe sofrimento, dor, abalo psicológico ou humilhação consideráveis, e não quaisquer dissabores da vida”. (AgInt no REsp 1862380/DF, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 07/12/2020, DJe 11/12/2020); “Segundo entendimento jurisprudencial vigente nesta Corte Superior, o descumprimento contratual não pressupõe a existência de dano moral, o qual só pode ser reconhecido quando, mediante análise dos fatos e das provas dos autos, ficar demonstrada situação excepcional violadora de direito da personalidade”. (AgInt no REsp 1888967/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze,

Assim, para Ana Mafalda Barbosa, os danos não patrimoniais, ou morais, seriam consequências negativas da lesão ao direito geral de personalidade ou a uma componente dele, e atingiriam, pois, a dimensão espiritual da pessoa¹¹⁸. Cavaliere Filho, por sua vez, entende que o dano moral envolve “diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social”, de modo que teria deixado de restringir-se à dor e passado a significar agressão a um bem ou atributo da personalidade¹¹⁹. Para Judith Martins-Costa, o “dano extrapatrimonial” decorreria, principalmente, da lesão “a direito da personalidade, entendida em seu amplo espectro, compreensivo de três esferas, atinentes ao ser humano biológico, ao ser humano moral e ao ser humano social”, embora também pudesse advir da ofensa a outros direitos extrapatrimoniais¹²⁰.

Aqui se encontram algumas variações. Na maioria das vezes, a fim de não se limitar o dano moral aos casos em que há lesão aos direitos da personalidade propriamente ditos, define-se aquele como ofensa à pessoa humana, à sua esfera existencial, ou à sua dignidade¹²¹. Assim, por exemplo, segundo Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto, o dano moral é “uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela”¹²². O conceito, neste caso, de tão mínimo conteúdo, torna-se infinitamente abrangente, de modo a impossibilitar o esboço dos seus contornos. E isto não é despropositado: justifica-se que o dano assim definido serviria como uma espécie de cláusula geral, que permite ao Judiciário verificar, em cada caso concreto, se o interesse violado é merecedor de reparação, sobretudo face ao interesse que se lhe contrapõe¹²³.

Uma concepção como esta ameaça em igual medida a liberdade de ação individual e a segurança jurídica; além disso, é pouco ou nada útil, uma vez que nenhum conceito pode ser tão vago que não remeta a nenhum referente¹²⁴ e, por conseguinte, não seja capaz de exprimir

Terceira Turma, julgado em 07/12/2020, DJe 11/12/2020); A caracterização do dano moral exige que a comprovação do dano repercuta na esfera dos direitos da personalidade. (AgInt nos EDcl no AREsp 1669683/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 23/11/2020, DJe 30/11/2020).

¹¹⁸ BARBOSA. *Danos...*, cit., p. 88-89.

¹¹⁹ CAVALIERI FILHO. *Programa...*, cit., p. 90.

¹²⁰ MARTINS-COSTA. *Dano moral...*, cit., p. 7084-7085.

¹²¹ Nesse sentido, confira-se: BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. In: *Revista da EMERJ*, n. 40, V. 10, p. 247-283, 2007. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista40/revista40_sumario.htm>. Acesso em: 26. fev. 2021; COGNAMIGLIO. *L'ingiustizia...*, cit., p. 280; MORAES. *Danos...*, cit., p. 160; CAVALIERI FILHO. *Programa...*, cit., p. 88-89.

¹²² FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO. *Curso...*, cit., p. 241.

¹²³ SCHREIBER. *Os novos...*, cit., p. 138; FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO. *Curso...*, cit., p. 241.

¹²⁴ “(...) é o sentido das palavras (nomes ou expressões) que nos permite identificar, localizar, perceber entidades no mundo extralinguístico. O termo referência se aplica à associação que nomes e expressões linguísticas contraem com entidades do mundo extralinguístico. O termo referente, por sua vez, designa as entidades que são identificadas, localizadas, percebidas, constituídas pela referência”. (Centro de Alfabetização, Leitura e Escrita (CEALE). *Glossário CEALE: termos de Alfabetização, Leitura e Escrita para educadores*. Belo Horizonte:

um significado passível de ser compartilhado. É porque tem uma clara denotação, isto é, um significado literal e estável, que um vocábulo é capaz de designar um determinado conjunto de entidades extralinguísticas. Assim, quando se diz “cadeira”, projeta-se na mente de todo e qualquer receptor um objeto com um suporte, um assento e um encosto, que serve para uma pessoa sentar-se. Pode ter ou não braços, pode ser ou não acolchoada e ser feita de madeira ou plástico ou acrílico, mas não pode ser banco nem sofá.

A ideia de que o dano moral se definiria satisfatoriamente como simples lesão a um interesse existencial (o que é tudo e nada a um só tempo), cujo merecimento ou não de tutela jurídica apenas poderia ser aferido no caso concreto, torna o instituto tão fluido que, ao fim e ao cabo, despoja-o de significado.

Há, ainda, uma teoria que pode dizer-se mista, porquanto combina ambos os conceitos acima apontados¹²⁵. Segundo ela, poderiam distinguir-se duas categorias: os danos morais subjetivos e os danos morais objetivos. Aqueles afetariam os indivíduos em sua subjetividade, em seus afetos e sentimentos íntimos, causando dor e sofrimento. Estes, por sua vez, atingiriam a parte social do patrimônio moral, referindo-se aos prejuízos derivados da violação aos direitos da personalidade. Tanto um quanto outro seriam reparáveis.

Maria Celina Bodin de Moraes, por acreditar que o dano moral não poderia ser reduzido nem aos efeitos não patrimoniais da lesão a um direito subjetivo – e, portanto, à alteração do estado anímico do sujeito –, nem à lesão a um direito da personalidade, defende que ele se configura sempre que haja “violação à cláusula geral de tutela da pessoa humana”¹²⁶. De forma semelhante, Lopez propõe uma segmentação do dano moral em três espécies. De um lado, haveria os danos morais objetivos (aqueles que atingem a pessoa em sua esfera privada ou pública e, portanto, em seus direitos da personalidade, direitos fundamentais ou direitos de família); de outro, o dano moral subjetivo (aquele consistente, propriamente, na dor e no sofrimento decorrentes da ofensa aos valores íntimos e às afeições do sujeito). O dano moral poderia, ainda, configurar-se como dano à imagem social.

Como se nota, a mesclagem acaba por conferir ao dano moral um conceito dúplice, o que resulta no seu alargamento, e, inevitavelmente, revela artificialidade e deságua em contradições.

Faculdade de Educação da UFMG. Disponível em: <<http://www.ceale.fae.ufmg.br/app/webroot/glossarioceale/>>. Acesso em: 16 set. 2021).

¹²⁵ MORAES. *Danos...*, cit., p. 156-157; DÍEZ-PICAZO. *Derecho...*, cit., p. 325-326.

¹²⁶ MORAES. *Danos...*, cit., p. 183-184.

A rigor, talvez nenhum dos conceitos que têm sido apontados por doutrina e jurisprudência seja plenamente acertado, nem de todo equivocado. É possível que cada qual tenha uma justa razão de ser e, por conseguinte, uma parcela de razão, a ponto de seus fragmentos propiciarem uma aproximação da definição de dano moral que, mesmo se não for perfeita, é mais apropriada que as demais.

Em que consiste, efetivamente, o dano moral, é algo que não está claro. Apesar disso, tal problema, conquanto seja logicamente antecedente ao estudo de qualquer outro que esteja a ele associado, não tem merecido a necessária atenção. Por se tomar o conceito de dano moral de forma irrefletida ou moldá-lo de maneira a garantir reparação ao maior número possível de situações lesivas – conforme a tônica que hoje tende a inspirar a responsabilidade civil¹²⁷ – tem-se visto em jurisprudência e doutrina uma grave deturpação de sua essência e uma artificial dilatação do seu alcance, a ponto de esvaziá-lo de todo significado. Por conseguinte, tem faltado coerência ao tratamento dispensado a diversas questões associadas ao dano moral, que são igualmente difíceis, mas que, evidentemente, só podem ser encaradas de modo apropriado quando se tiver logrado delinear, com alguma precisão, o que é o dano moral.

Díez-Picazo, já em 2008, alertara:

Nos últimos tempos, se foram proferindo – ou se estão proferindo – decisões judiciais em que a figura do dano moral foi aplicada – ou é aplicada – com escassa coerência. Não é o mais grave a trivialização que se faz desse enormemente difícil conceito, mas a deformação que é consequência disso, de modo que, se era compreensível que nunca tivéssemos tido uma ideia particularmente clara do que se deve entender por “dano moral”, essa ideia é hoje menos clara do que nunca, como ocorre quase sempre quando os conceitos jurídicos complexos caem nas mãos de juristas desprovidos da necessária experiência¹²⁸.

O conceito de dano moral – é preciso reconhecer –, é um dos mais difíceis conceitos jurídicos. A sua exata definição talvez nunca tenha sido de fato e por completo compreendida pelos juristas de qualquer tempo e lugar. A banalização do conceito e a sua aplicação irrefletida,

¹²⁷ Esta tendência não é difícil de ser percebida mediante a leitura das inúmeras decisões que, sem obedecer a qualquer método e dispensando prova de pressupostos da obrigação de reparar, concedem indenizações às vítimas de um dano. Também já foi notada por alguns juristas. Para Moraes, por exemplo, o “princípio maior da responsabilidade civil contemporânea” consiste em que “a vítima não pode ficar irressarcida”. (MORAES. *Danos...*, cit., p. 151). Tepedino, por sua vez, constata que “A ênfase milenarmente atribuída ao ofensor deslocou-se, nos últimos 20 anos, para o ofendido, ampliando-se formidavelmente as hipóteses de reparação”. (TEPEDINO, Gustavo. O futuro da responsabilidade civil. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Editora, V. 24, 2004, p. 1. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2012/09/RTDC.Editorial.v.024.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2020). Não é diferente o que percebe Schreiber, que identifica como causa da flexibilização dos pressupostos da responsabilidade civil a “crescente necessidade de assistir a vítima em uma realidade social marcada pela insuficiência das políticas públicas na administração e reparação dos danos”. (SCHREIBER. *Os novos...*, cit., p. 79).

¹²⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis. *El escándalo del daño moral*. Pamplona: Thomson Civitas, 2008, p. 13-14. tradução nossa.

despreocupada com a delimitação dos seus contornos, somadas, mais recentemente, ao afã de se reparar todo dano a qualquer custo, acabaram por ofuscar ainda mais o seu significado e distanciá-lo da sua essência. Se à época em que escreveu Díez-Picazo a ideia do que seria dano moral era menos clara do que nunca, hoje, pode-se dizer, é ainda menos clara do que antes.

A fim de melhor compreender o que seja, então, dano moral, convém voltar um pouco no tempo e resgatar o sentido a ele atribuído desde os tempos em que ainda nem se ensaiava a positivação de sua existência e reparabilidade.

3.1. Resgate da essência e busca pelo conceito

3.1.1. O dano moral no direito primitivo

Embora se diga que o dano moral é figura recente no direito – e de fato o é, sob uma perspectiva¹²⁹ –, seus traços já estavam presentes no direito antigo. E, ainda que não se lhe desse o nome que hoje tem, certo é que era de algum modo conhecido e reparado em determinadas hipóteses, desde antes do direito romano.

O Código de Ur-Nammu é um dos mais antigos códigos de que se tem notícia. Tendo sido redigido por volta de 2100 a.C., na velha Mesopotâmia, é anterior, inclusive, ao conhecido Código de Hammurabi. Ur-Nammu foi o fundador da terceira dinastia de Ur (2112-2095 a.C.), responsável por reunificar a região da Mesopotâmia, que estava sob o domínio dos acádios e dos gútios, e promover a compilação das leis do império sumério. O seu Código, cuja redação é atribuída ao próprio rei ou ao seu filho e sucessor do trono, Shulgi, apenas foi descoberto em 1952 pelo assiriólogo e Professor da Universidade da Pensilvânia, Amuel Noah Kramer¹³⁰.

Embora apenas o seu prólogo e menos de quarenta de suas leis se tenham preservado, em razão da deterioração das tábuas em que foram gravadas, podem ser identificadas disposições que prescreviam penas pecuniárias para delitos¹³¹. Nesse sentido, o Código de Ur-Nammu revela-se menos atroz quanto à prescrição dos castigos e, sob esse aspecto, mais avançado¹³² que a Lei das XII Tábuas, dos romanos, embora esta lhe tenha sucedido – o que,

¹²⁹ Veja-se, por exemplo, que, no Brasil, o dano moral apenas aparece expressamente reconhecido na legislação e torna-se amplamente reparável a partir do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962).

¹³⁰ ROTH, Martha T. *Law collections from Mesopotamia and Asia Minor*. 2. ed. Atlanta: Scholars Press, 1997, p. 13.

¹³¹ ROTH. *Law...*, cit., p. 13.

¹³² SILVA. *O dano...*, cit., p. 15.

por si, contradiz o hábito que se tem de crer que tudo que é mais moderno é também mais evoluído, como se a história marchasse inexoravelmente em direção ao progresso.

Em vez de se devolver o mal pelo mal – olho por olho, dente por dente, segundo a lei de talião –, condenava-se o transgressor ao pagamento de uma quantia em dinheiro. Assim, lê-se, entre as leis remanescentes, por vezes incompletas, o seguinte:

Se um homem detiver (?) (outro), esse homem será preso e pesará e entregará 15 siclos de prata.
 Se um homem se divorciar de sua primeira esposa, ele deve pesar e entregar 60 siclos de prata.
 Se um homem acusa outro homem de... e ele o tiver trazido para a divina Provação do Rio, mas a divina Provação do Rio o inocentar, aquele que o trouxe (ou seja, o acusador) (...) pesará e entregará 3 siclos de prata.
 Se um homem acusar a esposa de um jovem de promiscuidade, mas a Provação do Rio a absolver, o homem que a acusou deve pesar e entregar 20 siclos de prata.
 Se [um homem] cortar o pé de [outro homem com...] ele deve pesar e entregar 10 siclos de prata.
 Se um homem quebrar o ... -osso de outro homem com um porrete, ele deve pesar e entregar 60 siclos de prata.
 Se um homem cortar o nariz de outro homem com ..., ele deve pesar e entregar 40 siclos de prata¹³³.

Nota-se, pois, das prescrições acima, que havia preocupação com determinadas ofensas causadas à liberdade, à reputação e, sobretudo, à integridade física dos homens. A tais ofensas se respondia com a condenação do infrator ao pagamento de uma quantia, a qual, àquela época, não se poderia distinguir em pena ou reparação.

O Código de Hammurabi, cerca de 300 anos mais velho que o Código de Ur-Nammu, continha também alguns preceitos que apontam para o reconhecimento de algo muito próximo do que depois se convencionou chamar dano moral. As normas que o compõem foram compiladas no final do reinado de Hammurabi, sexto governante da Primeira Dinastia da Babilônia, responsável pela maior expansão política do império e pela organização de um sistema de governo complexo e organizado. O seu Código é o mais longo e o melhor ordenado entre todos aqueles da Mesopotâmia. Consiste num prólogo, seguido de cerca de 300 leis, e um epílogo¹³⁴.

Ali, como era a regra nas legislações dos povos primitivos, consagrava-se a lei de talião¹³⁵. É possível que a retaliação, em medida proporcional ao prejuízo sofrido, fosse a forma que então se conhecia de reagir à ruptura do equilíbrio causada pelo dano. Assim, dispunha o seguinte:

¹³³ ROTH. *Law...*, cit., p. 17-23. tradução nossa.

¹³⁴ ROTH. *Law...*, cit., p. 71.

¹³⁵ SILVA. *O dano...*, cit., p. 13-15.

1. Se um homem acusa outro homem de homicídio, mas não pode apresentar provas contra ele, seu acusador deve ser morto. (...)
14. Se um homem raptar o jovem filho de outro homem, ele será morto. (...)
21. Se um homem invadir uma casa, eles devem matá-lo e enforcá-lo [...].
22. Se um homem cometer um roubo e for pego, esse homem será morto. (...)
130. Se um homem prender a esposa virgem de outro homem que ainda mora na casa de seu pai, e o pegarem deitado com ela, esse homem será morto; essa mulher será libertada. (...)
195. Se uma criança bater em seu pai, eles cortarão sua mão.
196. Se um *awilu* [pessoa livre] cegar o olho de outro *awilu* [pessoa livre], deve-se quebrar este osso. (...)
200. Se um *awilu* [pessoa livre] arrancar o dente de outro *awilu* [pessoa livre] de sua própria categoria, deve ser arrancado seu dente¹³⁶.

Nada obstante, também se encontram no Código de Hammurabi normas que, excepcionando o princípio da vingança privada, estabeleciam para a vítima o direito a uma indenização. Disso são exemplos estes preceitos:

203. Se um membro da classe *awilu* [classe de pessoas livres] bater na bochecha de outro membro da classe *awilu* que seja seu igual, deverá pesar e entregar 60 *shekels* de prata. (...)
209. Se um *awilu* [pessoa livre] agride uma mulher da classe *awilu* e assim faz com que ela aborte seu feto, ele deve pesar e entregar 10 *shekels* de prata para seu feto¹³⁷.

Saindo da Babilônia e indo à Índia, encontram-se, no Código de Manu, disposições que também se destinavam a reparar o que hoje seriam danos morais. As Leis Escritas de Manu – ou, em sânscrito, *Mānava Dharmasāstra* – eram parte de uma coleção de livros bramânicos¹³⁸, redigidas por volta do século II a.C. ao século II. d.C., e reuniam preceitos relativos a diversos aspectos da antiga sociedade hindu, que iam da criação do mundo aos deveres sociais dos homens de cada casta. Era, em síntese, um texto sobre o *dharma*, sobre o que era a vida neste mundo e como ela deveria ser vivida¹³⁹.

O Código é uma compilação do trabalho de diversos autores e de princípios da sabedoria popular, mas a sua história mitológica – que, como de costume, é mais fascinante que a versão realística –, atribui a sua redação a alguém chamado *Manu*. Em sânscrito, “Manu” significava algo como “o sábio”, e esta figura mítica era, para os hindus, o ancestral da raça humana. Assim, *Mānava* designa os descendentes de Manu e, portanto, a humanidade¹⁴⁰.

¹³⁶ ROTH. *Law...*, cit., p. 81-132. tradução nossa.

¹³⁷ ROTH. *Law...*, cit., p. 81-132. tradução livre.

¹³⁸ O brahmanismo é a religião da antiga Índia, que, modificada ao longo do tempo, transformou-se no hinduísmo.

¹³⁹ DONIGER, Wendy; SMITH, Brian K. *The Laws of Manu*. London: Penguin Books, 1991, p. 13; OLIVELLE, Patrick. *Manu's Code of Law. A critical edition and translation of the Mānava-Dharmasāstra*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 3-8.

¹⁴⁰ DONIGER; SMITH. *The Laws...*, cit., p. 13-14.

De forma semelhante à disposição do Código de Ur-Nammu acima mencionada, o Código de Manu, em seu livro VIII, previa o pagamento de noventa e seis *pennies* a quem desse em casamento uma mulher com “defeitos”. Mas, ao contrário, o homem que injustamente acusasse uma mulher de não ser virgem era condenado ao pagamento de cem *pennies*. Assim se previa:

[224] O próprio rei deveria impor uma multa de noventa e seis (*pennies*) a quem der em casamento uma moça defeituosa sem anunciar o defeito.

[225] Mas se um homem, por ódio, diz de uma virgem: ‘Ela não é virgem’, mas não pode mostrar seu defeito, ele deve ser multado em cem (*pennies*)¹⁴¹.

Ainda, em caso de os ministros ou juízes encarregados de sentenciar um caso cometerem um erro de julgamento, o rei não apenas deveria revisar o caso e corrigir a sentença, mas também aplicar aos responsáveis uma condenação ao pagamento de mil *pennies*:

[233] Sempre que algo foi resolvido e alguém punido, e ele souber que foi feito com justiça, ele não deve deixar que seja reiniciado ou anulado.

[234] Mas se os seus ministros ou o juiz interrogador resolverem um caso de outra forma, então o próprio rei deve resolver e ele deve multá-los em mil (*pennies*)¹⁴².

Todos esses conjuntos de leis revelam que algumas das situações em que hoje se costuma ver a configuração do dano moral não passavam despercebidas pelos sistemas jurídicos e sociais da época. Neles já se encontravam preceitos que, a rigor, relacionam-se com a moderna concepção de dano moral. Não eram, evidentemente, regras amplas e gerais, mas normas limitadas a casos específicos, previstas circunstancialmente. Algumas vezes, diante do prejuízo sofrido, ordenava-se o pagamento de uma quantia em dinheiro, a qual, contudo, não se pode chamar de reparação, no sentido que hoje atribuímos à palavra. Pena e reparação eram uma só coisa. A ausência dessa distinção, que veio a se aperfeiçoar apenas muito mais tarde¹⁴³, não apaga o fato de que o que hoje se diz dano moral, desde as primícias da civilização, ainda que intuitivamente e de forma esparsa, mereceu alguma reação do direito. E fosse esta qual fosse, consistia numa maneira de tentar restabelecer, o quanto possível, o equilíbrio rompido pelo dano, ainda que não patrimonial.

¹⁴¹ DONIGER; SMITH. *The Laws...*, cit., p. 152. tradução nossa.

¹⁴² DONIGER; SMITH. *The Laws...*, cit., p. 181. tradução nossa.

¹⁴³ Foi apenas no século XVIII, mais especificamente em 1795, com o Código de Delitos e Penas de Brumário, que surgiu, na França, uma verdadeira ação civil de responsabilidade, separada da ação penal, momento a partir do qual se concluiu a separação entre pena e reparação. (VINEY. *Introduction...*, cit., p. 113).

3.1.2. O dano moral na Grécia e em Roma

Na Grécia antiga também se encontram traços do dano moral. Na memorável Odisséia, Homero narra o episódio em que Hefesto, ao ter notícia de que sua esposa, Afrodite, a belíssima deusa do amor, traía-o com Ares, foi ferido em seu coração e retirou-se para a sua forja, “remoendo no espírito profundos pensamentos”¹⁴⁴. Tomado pela ira, preparou uma armadilha para os amantes e surpreendeu-lhes em flagrante. Aos pés do leito onde se encontravam, reuniram-se os deuses e, atendendo à reivindicação de Hefesto, condenaram Ares a pagar-lhe, pelo adultério, “toda a recompensa que aprouver aos deuses imortais”¹⁴⁵.

A história contada no poema épico é um vestígio de que as feridas da alma, que apenas se manifestavam no plano espiritual, na esfera psíquica do homem, mereciam uma recompensa quando causadas injustamente (embora esta se assemelhasse mais a uma pena do que propriamente a uma pura reparação). O que seria isto senão o gérmen do dano moral?

Conta-se, ainda, entre os gregos, que Eschine teria publicamente reprovado Demóstenes, por ter recebido um punhado de dinheiro em resposta a uma bofetada que lhe dera Mídias¹⁴⁶. Reforça-se, pois, a hipótese de que algumas ofensas, ainda que fossem a bens imateriais, com consequências tão somente extrapatrimoniais, não deixavam, por isso, de merecer algum tipo de compensação.

Em Roma também se encontra o embrião do que viria a ser o dano moral. Eram quatro as espécies de delito privado que os romanos conheciam: *furtum*, *rapina*, *damnum injuria datum* e *injuria*. Esta, embora expressasse, em sentido amplo, tudo o que se fazia sem direito (*in*[não]–*jus*, *juris*[direito]), em sentido estrito consistia num ato voluntário que ofendia a honra de um indivíduo¹⁴⁷. Não importava que fosse grave ou leve, a *injuria* atingia a pessoa do indivíduo em sua reputação e dignidade ou em seu corpo.

A vítima por ela atingida podia dispor de uma ação pretoriana, de caráter penal, chamada *injuriarum aestimatoria*, mediante a qual se reclamava ao juiz a fixação de uma soma em dinheiro a ser paga pelo ofensor, arbitrada em conformidade com uma estimativa feita sob juramento pela própria vítima¹⁴⁸.

A *injuria* não se confundia com o *damnum injuria datum*, porque, enquanto aquela se dava contra a pessoa do ofendido, em sua esfera física ou moral, esta se verificava contra o seu

¹⁴⁴ HOMERO. *Odisséia*. trad. Frederico Lourenço. Lisboa: Quetzal, 2018. Canto 8, verso 270.

¹⁴⁵ HOMERO. *Odisséia*, cit., Canto 8, verso 345.

¹⁴⁶ SILVA. *O dano...*, cit., p. 17.

¹⁴⁷ SILVA. *O dano...*, cit., p. 19.

¹⁴⁸ SILVA. *O dano...*, cit., p. 21.

patrimônio¹⁴⁹. Assim, a *actio injuriarum* teria a finalidade precípua de proteger a personalidade contra ofensas intencionais e antijurídicas, oferecendo, assim, uma compensação ao ofendido pelas atribuições suportadas, muito embora tenha, mais tarde, deixado de destinar-se à compensação dos danos não patrimoniais e adquirido caráter patrimonial¹⁵⁰.

Já na Lei das XII Tábuas se encontravam previsões sobre a *injuria* causada a outrem em seu corpo e em sua honra. Na sétima tábua, que trata dos delitos, lê-se:

10. Se alguém difama outrem com palavras ou cânticos, que seja fustigado.
11. Se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se houver acôrdo.
12. Aquele que arrancar ou quebrar um osso a outrem deve ser condenado a uma multa de 300 asses, se o ofendido é um homem livre; e de 150 asses, se o ofendido é um escravo¹⁵¹.

Ainda que os preceitos relativos à reparação da *injuria* na Lei das XII Tábuas fossem circunscritos a algumas hipóteses escassas, o pretor poderia conceder ações formulárias nos casos em que se configuravam outros tipos recorrentes de lesões, tendo sido o elenco de danos corporais ou danos à honra e à reputação posteriormente acrescidos de outros que ganharam expressa previsão na *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*¹⁵².

Valendo-se da *actio injuriarum aestimatoria*, o ofendido, especificando a lesão de que reclamava, deduzia o seu pleito perante o juiz. Este, se convencido da procedência da queixa, condenava o infrator ao pagamento de uma quantia em dinheiro, que era estimada pela própria vítima e ajustada, se fosse o caso, pelo julgador¹⁵³.

Jhering, ao tratar dos interesses não econômicos reconhecidos e protegidos pelo direito romano, aponta, por exemplo, (i) quanto às afeições de família, a *actio injuriarium* pela ocasião de uma *injuria* inferida ao filho ou à esposa; (ii) quanto aos sentimentos de piedade do herdeiro para com o testador, a *actio injuriarum* por difamação da memória do testador ou violação do seu cadáver; (iii) quanto a interesses cujo fim se radica na própria pessoa, a *actio mandati* relativa a interesses não patrimoniais e a ação em caso de lesão corporal produzida por animais selvagens, que concedia ao lesado um ressarcimento estimado de acordo com as suas circunstâncias individuais e em consideração, inclusive, à lesão corporal produzida¹⁵⁴.

¹⁴⁹ SILVA. *O dano...*, cit., p. 22.

¹⁵⁰ AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade...*, V. 2, cit., p. 746; FISCHER. *Los daños...*, cit., p. 203-205.

¹⁵¹ MEIRA, Sílvio A. B. *A Lei das XII Tábuas*. Fonte do direito público e privado. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 171-172.

¹⁵² VINEY. *Introduction...*, cit., p. 8.

¹⁵³ SILVA. *O dano...*, cit., p. 23-24.

¹⁵⁴ JHERING. *3 estudios...*, cit., p. 31-47.

Assim, não foi à toa que concluiu Jhering – talvez com um pouco de exagero – que os romanos estabeleciam uma condenação pecuniária não apenas às lesões de interesses e bens de valor econômico, mas também de outros, de caráter não patrimonial, igualmente dignos de reparação. Mesmo nesses casos, o juiz arbitraria uma indenização em dinheiro que, além de servir como pena, tinha também uma função de satisfação¹⁵⁵.

Apesar do entusiasmo de Jhering, os romanos (assim como se passava entre os gregos), embora já acolhessem a ideia do que viria a tornar-se o dano moral, não o compreendiam como instituto amplo, nem ordenavam a sua reparação de forma sistematizada e abrangente¹⁵⁶. De todo modo, por meio da *actio injuriarum*, tentaram fundamentalmente proteger, contra danos antijurídicos, a personalidade.

3.1.3. O dano moral no direito hebraico e no direito canônico

O Pentateuco, nome grego, refere-se aos cinco primeiros livros da Bíblia e é parte comum ao Livro Sagrado dos judeus e dos cristãos. Por apresentar diversos trechos que tratam das leis e dos costumes do povo hebreu, reunidos a partir de Moisés, recebeu também o nome de Torá – em hebraico, *torah*, que significa “ensinamento, instrução”¹⁵⁷.

O Gênesis, como o nome revela, é o primeiro desses livros, e narra a criação do mundo e a história da humanidade. No seu capítulo 20, conta-se que Abraão, em seguida à destruição de Sodoma e Gomorra, partiu em direção ao deserto do Negueb e habitou entre Cades e Sur, tendo vivido como migrante em Gerara. Com receio de ser morto, não dizia que Sara era sua esposa, mas lhe apresentava como sua irmã. Assim, Abimelec, o rei de Gerara, tomou Sara para si. Deus, contudo, apareceu-lhe em sonho e, revelando-lhe a verdade, impediu que tocasse Sara e ordenou que lhe devolvesse a Abraão.

Abimelec, ao despertar, chamou Abraão, devolveu-lhe Sara e entregou-lhes bens e dinheiro como compensação pela ofensa que involuntariamente cometera. Assim narra a Bíblia:

Abimelec tomou então ovelhas e bois, escravos e escravas e os deu a Abraão. Devolveu a Abraão a sua mulher Sara e lhe disse: “Tens minha terra à tua disposição; mora onde bem entenderes”. E para Sara disse: “Olha, dei a teu irmão mil moedas de prata. Sirvam-te elas como reparação moral diante de toda gente, e assim estarás justificada”¹⁵⁸.

¹⁵⁵ JHERING. *3 estudos...*, cit., p. 48.

¹⁵⁶ SILVA. *O dano...*, cit., p. 37.

¹⁵⁷ BÍBLIA. Português. Bíblia Sagrada. trad. CNBB. 11. ed. São Paulo: Canção Nova, [s.d.], p. 11.

¹⁵⁸ Bíblia Sagrada, cit., Gênesis, 20, 14-16.

A passagem bíblica tem tanto relevância histórica quanto valor simbólico: desde a gênese da humanidade, ou ao menos da civilização, percebeu-se, ainda que de forma mais intuitiva ou moral do que consciente e legal, que há algumas ofensas que atingem o homem no que ele é, e não necessariamente no que ele tem. Malgrado os bens ofendidos, nesse caso, não sejam redutíveis a valores econômicos e não possam ser exprimidos em moeda (não o são justamente por consistirem nos bens mais preciosos e inestimáveis de uma pessoa), nem por isso poderiam deixar de ser compensados. Num dado tempo, a pena do talião, em outro, a soma em pecúnia, eram resposta ao dano antijurídico e visavam servir tanto como retribuição ao ofensor pelo mal cometido quanto recompensa ao ofendido pelo prejuízo suportado. O equilíbrio perturbado pelo dano, repercutisse ele no patrimônio ou na psique, deveria ser restabelecido.

No Livro do Êxodo, encontra-se a lei divina antiga, também designada lei mosaica ou lei da aliança, a qual é composta de preceitos morais, cerimoniais e seculares. Os primeiros desses preceitos são aqueles do Decálogo, que correspondem à lei natural. Os cerimoniais são os que tratam dos ritos e do culto divino. Por fim, os seculares consistem em preceitos de justiça que o homem deve seguir na vida social¹⁵⁹. Ensaaiou-se ali uma verdadeira classificação dos delitos, que compreendia desde aqueles praticados contra a divindade até os cometidos contra os outros homens (dentre os quais se encontram atentados à vida, à integridade física, à propriedade, à verdade e à honra).

Entre tais preceitos são elencados todos os decretos que, por ordem de Deus, Moisés promulgou. Alguns deles correspondem ao que hoje se identificaria como uma obrigação de reparar o dano moral. Assim, por exemplo, prescreve-se que “quem ferir mortalmente um homem, será punido de morte”¹⁶⁰; o atentado à vida pagava-se com vida.

Lê-se, ainda: “Se alguns homens ao brigarem atingirem uma mulher grávida, fazendo-a abortar mas sem maiores danos, o culpado será multado de acordo com aquilo que o marido da mulher exigir e os juízes decidirem.” – note-se que o valor da “multa” era estabelecido pelas vítimas e arbitrado pelos magistrados. “Se, porém, houver dano maior, então pagarás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferimento por ferimento, contusão por contusão”¹⁶¹; era o acolhimento da prática de talião.

Em casos de estupro, como era costume também entre outros povos, o infrator era condenado a pagar à vítima o dote: “Se um homem seduzir uma virgem que ainda não tenha

¹⁵⁹ DIP, Ricardo. *ABC do direito natural*. São Paulo: Editorial Lepanto, 2020, p. 56-60.

¹⁶⁰ Bíblia Sagrada, cit., Êxodo, 21, 12.

¹⁶¹ Bíblia Sagrada, cit., Êxodo, 21, 22-25

noivo e dormir com ela, pagará o seu dote e se casará com ela. Se o pai se recusar a lhe dar a moça, o sedutor pagará o dote que se dá pelas virgens”¹⁶².

A reparação pelo que viria a ser o dano moral também era ordenada em favor dos escravos lesados em sua integridade física. A recompensa pelo dano sofrido, neste caso, era a liberdade. “Se alguém ferir o olho do escravo ou da escrava e o cegar, deverá dar-lhe a liberdade pelo olho perdido. E se quebrar um dente do escravo ou da escrava, deverá dar-lhe a liberdade pelo dente quebrado”¹⁶³.

Os judeus rabínicos, mediante a hermenêutica talmúdica (cujo objetivo era encontrar, por meio de um método adequado, uma compreensão mais precisa do significado das Escrituras), abrandaram o rigor da lei mosaica e lograram substituir a pena de talião por compensações de natureza econômica¹⁶⁴. Se a Bíblia previa, pelas lesões corporais e ferimentos causados a outrem, indenização pelo tempo que a vítima ficou inativa e pelos gastos da convalescença¹⁶⁵, a Lei Talmúdica acrescentou a tais hipóteses outros tipos de reparação, inclusive em consideração à afronta moral experimentada pelo sujeito lesado¹⁶⁶.

Nesse sentido, instituiu cinco tipos de indenização pelas feridas sofridas. A primeira delas, *Nezek*, considerava o dano propriamente dito; a segunda, *Tzaar*, leva em conta a dor suportada; a terceira, *Shevet*, aplica-se pelo período em que a vítima ficou sem trabalhar em razão da lesão; a quarta, *Ripui*, referia-se às despesas com o tratamento médico; por fim, a quinta, *Boshét*, era devida pela afronta em si e àquilo que ela podia significar para a vítima: vergonha e humilhação, por exemplo¹⁶⁷.

A forma através da qual se devia calcular cada uma dessas indenizações é estabelecida no *Tratado de Babá Camá* (8º *Perek*), onde se lê:

Como se estima do dano? Supondo que o indivíduo tenha feito a pessoa perder o olho ou quebrar uma perna: estima-se o valor que a vítima teria sem o ferimento, se tivesse sido vendida como escrava pelo seu trabalho, e o valor que ela tem no presente; o culpado pagará a diferença. Como a dor é estimada? Estima-se o que um homem como a vítima quereria receber para suportar tantos sofrimentos. É preciso também que o culpado dê o necessário para curar a vítima (...). Enfim, é preciso pagar pela afronta, para a qual o valor varia de acordo com a honra ou posição social do culpado e da vítima¹⁶⁸.

¹⁶² Bíblia Sagrada, cit., Êxodo, 21, 15-16.

¹⁶³ Bíblia Sagrada, cit., Êxodo, 21, 26-27.

¹⁶⁴ SILVA. *O dano...*, cit., p. 45-46.

¹⁶⁵ Bíblia Sagrada, cit., Êxodo, 21, 19.

¹⁶⁶ GOLDSTEIN, Mateo. *Derecho Hebreo*. Última entrega. Capítulos 17 al 27. Israel: Ediciones Fundación Internacional Raoul Wallenberg, 2010, p. 409.

¹⁶⁷ GOLDSTEIN. *Derecho...*, cit., p. 410; SILVA. *O dano...*, cit., p. 47.

¹⁶⁸ GOLDSTEIN. *Derecho...*, cit., p. 101-102. tradução nossa.

Assim, das cinco indenizações que, segundo a Lei Talmúdica, um homem era condenado a pagar no caso de ter ferido outro homem, duas têm evidente caráter de reparação moral: a *Tzaar*, que é compensação pela dor física, estimada de acordo com o que a vítima quererá receber para suportar tal sofrimento, e a *Boshét*, calculada de acordo com a honra e a posição social da vítima. Ambas eram atribuídas em consideração às repercussões do dano não no patrimônio, mas na esfera íntima e, a rigor, espiritual ou imaterial, do sujeito, seja na perspectiva individual ou subjetiva, seja na perspectiva social ou objetiva.

Se na Bíblia, interpretada pelos rabínicos, encontram-se regras de reparação do que hoje seriam os danos morais, no direito canônico não é diferente¹⁶⁹. Nos Decretais do Papa Gregório IX, uma compilação de decretais papais publicada em 1234 e que integra o *Corpus Iuris Canonici*, o rapto da mulher ainda não esposada estava sujeito à reparação. O raptor era condenado a casar-se com ela (uma forma, à época, de reparar o mal cometido), pagando o dote. Se o pai da donzela, contudo, não consentisse com o casamento, o infrator ficava obrigado a pagar uma soma em dinheiro, equivalente ao dote usualmente recebido pelas mulheres virgens¹⁷⁰.

Além disso, na versão original do *Codex Iuris Canonici*, prescrevia-se regra ampla de ressarcimento de danos no cânone 2.354, §1º, onde se lê:

Um leigo que tenha sido legitimamente condenado pelo crime de homicídio, sequestro de impúberes de ambos os sexos, venda de uma pessoa como escrava ou para outro fim maligno, usura, roubo, furto qualificado ou não qualificado em matéria de grande importância, incêndio ou destruição de coisas, feita com malícia e em quantidade muito considerável, de mutilação ou lesão ou violência graves, deve ser considerado *ipso iure* excluído dos atos legítimos eclesiásticos e de qualquer cargo que possa ter na Igreja, permanecendo a obrigação de reparar os danos¹⁷¹.

É verdade que, nesta disposição, não se distinguem danos patrimoniais e morais, de modo que a ordem de reparação poderia ater-se àqueles prejuízos em sentido estrito, redutíveis a valor econômico. Mas o Código Canônico, em outras passagens, expressa de forma mais clara a ressarcibilidade de danos que não sejam patrimoniais.

Em relação aos danos decorrentes de injúria ou calúnia, por exemplo, no art. 2.355, dispõe o seguinte:

¹⁶⁹ SILVA. *O dano...*, cit., p. 39-44.

¹⁷⁰ DECRETALES D. Gregorii Papæ IX: svæ integritati vna cum glossis restitutæ, ad exemplar Romanum diligenter recognitæ. ed. vltima. Lugduni (Lyon): Sumptibus Horatij Cardon, 1613. título XVI, cap. I, p. 1719/1720.

¹⁷¹ CÓDIGO Derecho Canónico, 1917. Texto latino y versión castellana. Com jurisprudencia y comentarios por los catedráticos de texto del código en la Pontificia Universidad Eclesiástica de Salamanca: DOMÍNGUEZ, Lorenzo Miguélez; MORÁN, Sabino Alonso; DEL ANTA, Marcelino Cabrero. Salamanca: Ilustración Divina, 2020, p. 440. tradução nossa.

Se alguém, não com atos, mas com palavras, por escrito ou de qualquer outra forma, injuriar alguém ou lhe prejudicar em sua boa reputação, não só pode ser obrigado, nos termos dos cânones 1.018 e 1.938, a dar a compensação devida e reparar os danos, mas também pode ser punido com penas e penitências proporcionais, inclusive, se se tratar de clérigo e o caso exigir, com suspensão ou privação do cargo e benefício¹⁷².

Diante disso, vê-se que o direito hebraico e o direito canônico também mandavam reparar danos de lesões à pessoa, sobretudo em sua integridade física e honra, para além das consequências patrimoniais negativas. Uma vez mais, convém acentuar que não se tratava, ainda, de um princípio geral e abrangente de ressarcimento do dano moral, nem era possível identificar um conceito uniforme desse tipo de prejuízo. Também não era possível separar, entre as sanções imputadas a quem praticasse o dano, o que se tratava de mera punição e o que consistia propriamente em reparação. A despeito disso, como nota comum dos danos que, mesmo não sendo patrimoniais, eram mandados ressarcir por esses povos e pelas civilizações antigas, tem-se a existência de uma lesão injusta à pessoa, que se manifestava em sua esfera espiritual (ou anímica ou imaterial ou psíquica, que são, a rigor, uma única dimensão, embora lhe possa ser dado o nome que se preferir), e que, por conseguinte, era notada através da dor, do sofrimento, da humilhação e da angústia interior, sinais perceptíveis desse dano.

Todavia, foi só bem mais tarde que se passou a conceber a existência do dano moral como categoria geral e abstrata e acolher a sua reparabilidade nas legislações civis ao redor do mundo.

3.1.4. *O dano moral nas codificações modernas: França, Alemanha, Itália, Espanha e Portugal*

3.1.4.1. França

O Código Civil francês, de 1804, contém uma norma geral de reparação do dano causado por *faute*, sem estabelecer distinção entre dano patrimonial e dano moral. Prevê-se simplesmente o seguinte: “Qualquer ato do homem, que cause dano a outrem, obriga aquele por culpa de quem ocorreu, a repará-lo”¹⁷³ (art. 1.382).

Como a legislação não era clara quanto à ressarcibilidade ou não do dano moral, travou-se, também lá, intenso debate quanto a essa questão. A possibilidade de se reparar tal

¹⁷² CÓDIGO Derecho Canónico, cit., p. 441. tradução nossa.

¹⁷³ Tradução nossa.

dano, bem como o seu conceito e sua abrangência, dependeria do que se entendesse por *dommage*. Este compreenderia todos os danos, enquanto diminuição ou subtração de um bem jurídico, ou consistiria, conforme a doutrina de Paulo, nos prejuízos de ordem patrimonial, apenas?

A interpretação segundo a qual *dommage* deveria ser compreendido em sentido amplo, abarcando todos os tipos de dano e não apenas os patrimoniais, tinha em seu favor o elemento histórico. Ainda nos debates travados quanto ao projeto do que viria a ser o Código Napoleônico, Bertrand-de-Greuille, em relatório feito acerca da norma de responsabilidade civil, afirmou:

Que todo indivíduo responde por seus atos, é uma das primeiras máximas da sociedade, donde decorre que, se o ato causar a outrem algum dano, aquele que o produz é obrigado a repará-lo. Este princípio, consagrado pelo projeto, não admite exceções; compreende todos os crimes, todos os delitos, em suma, tudo quanto fere direito de outrem; e conduz mesmo à consequência da reparação do dano, que não é senão o resultado da negligência ou da imprudência¹⁷⁴.

O mesmo confirmou Tarrible em seu discurso na sessão do dia 08 de fevereiro de 1804:

Quando um dano é cometido por culpa de alguém, se se põe em balança o interesse do infeliz que o sofre com o do homem culpado ou imprudente que o causou, um grito súbito de justiça se levanta e responde que esse dano deve ser reparado por seu autor. Esta disposição abrange em vasta latitude todos os tipos de danos e os submete a uma reparação uniforme, que é medida pelo valor do prejuízo sofrido. Do homicídio ao ferimento leve, do incêndio de um edifício à lesão de um doente, tudo está sujeito à mesma lei; tudo é declarado suscetível de uma apreciação que indenizará a pessoa lesada por quaisquer danos que tenha sofrido¹⁷⁵.

Os pareceres de Bertrand-de-Greuille e Tarrible revelam que, já à época da redação do Código, a palavra “*dommage*” tinha, juridicamente, dupla acepção¹⁷⁶. Assim, desde o princípio, criaram-se condições para que se interpretasse de forma abrangente a cláusula de reparação de danos albergada no Código Civil. E, a despeito de todo o debate que, ainda assim, teve lugar entre os franceses, ao final se sagrou vencedora a corrente doutrinária que defendia a tese da reparabilidade. Sempre se entendeu, contudo, que a indenização apenas era cabível nos casos

¹⁷⁴ BERTRAND-DE-GREUILLE. Communication Officielle au Tribunat. Rapport fait par M. Bertrand-de-Greuille. In: FENET, Pierre-Antoine. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. t. 13. Paris: Imprimerie de Marchand du Breuil, 1827, p. 474.

¹⁷⁵ TARRIBLE, Jean Dominique Léonard. Discours prononcé par le tribun Tarrible. In: FENET, Pierre-Antoine. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. t. 13. Paris: Imprimerie de Marchand du Breuil, 1827, p. 487-488.

¹⁷⁶ FISCHER. *Los daños...*, cit., p. 211.

em que do dano (enquanto evento lesivo) resultasse prejuízo. Eram os chamados *dommages-intérêts*¹⁷⁷.

Assim, juristas como Aubry et Rau¹⁷⁸, Demolombe¹⁷⁹ e Laurent¹⁸⁰ afirmavam que o conceito de dano do art. 1.382 não comportaria distinção, referir-se-ia a dano patrimonial ou moral. E, com eloquência, afirmava este último autor: “O espírito da lei não deixa qualquer dúvida: ela quer salvaguardar todos os direitos do homem, todos os seus bens; ora, não são a nossa honra, a nossa consideração, os mais preciosos dos bens?”¹⁸¹.

A jurisprudência também acolhia a possibilidade de serem reparados os danos morais. Em decisões das primeiras décadas do século XX, encontram-se diversos casos em que se mandava ressarcir tais danos, relacionados, por exemplo, a atentados de reputação, violação de correspondência, sedução, ruptura de sponsais, atentados à integridade física, ao pudor, à liberdade, ao direito moral de autor¹⁸².

A reparação dos danos morais fez-se, pois, na França, com fundamento na amplíssima previsão do art. 1.382 do Código Civil, sem que se tivesse uma precisa definição de tal instituto.

Para Marty e Renault, o dano moral seria aquele que atentasse contra interesses extrapatrimoniais ou não econômicos, lesando o que se costuma qualificar como direitos da personalidade¹⁸³. A despeito disso, o dano estava sempre associado a dor e sofrimento, e o debate acerca de sua ressarcibilidade acabava por envolver a questão relativa à possibilidade de se compensar, com dinheiro, a dor moral¹⁸⁴.

Pierre Keyser entendia que a classificação dos danos como morais ou patrimoniais dependia da natureza do direito lesado. Se se tratasse de um direito da personalidade ou de família, estar-se-ia diante de um dano moral. Se, ao contrário, fosse lesado um direito real ou pessoal, configurar-se-ia um dano patrimonial¹⁸⁵. Na verdade, tal ideia não é completamente acertada, porque a distinção entre os danos morais e patrimoniais se faz antes pelos prejuízos

¹⁷⁷ CARRÁ. *Todo...*, cit., p. 131.

¹⁷⁸ AUBRY, C.; RAU, C. *Cours de Droit civil français*. D’après la méthode de Zachariae. 4. ed. t. 4. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Marchal & Billard, 1871. §445, p. 748-749.

¹⁷⁹ DEMOLOMBE, Jean-Charles-Florent. *Cours de Code Napoléon*. V. 31, t. 8. *Traité des engagements qui si forment sans convention. Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*. Paris: A. Lahure, 1868, p. 575.

¹⁸⁰ LAURENT, François. *Principes de droit civil*. t. 20. 2. ed. Bruxelles: Bruylant-Christophe et Cie, 1876.

¹⁸¹ LAURENT. *Principes...*, cit., n. 395, p. 415. tradução nossa.

¹⁸² SILVA. *O dano...*, cit., p. 161.

¹⁸³ “O dano moral é o dano que atinge os interesses extrapatrimoniais e não econômicos da pessoa, ferindo os chamados direitos da personalidade”. MARTY, Gabriel; RENAULT, Pierre. *Droit civil: Les obligations*. 2. ed. t. 1. Les sources. Paris: Sirey, 1988, p. 463.

¹⁸⁴ SILVA. *O dano...*, cit., p. 127-189.

¹⁸⁵ KAYSER, Pierre. Les droits de la personnalité: aspects théoriques et pratiques. In: *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris: Éditions Sirey, a. 70, n. 2, jul-set, 1971, p. 318.

suportados que pela natureza do bem ou do direito lesado¹⁸⁶. Tanto assim que a lesão a um direito da personalidade pode provocar também danos patrimoniais.

É relevante, contudo, o alerta que fez o referido jurista a respeito da necessidade de se compreender a relação existente entre os danos morais e os direitos da personalidade, e de buscar o regime desses direitos¹⁸⁷.

O dano moral no direito francês apresenta certa ambiguidade, na medida em que tem como enfoque, a um só tempo, a perturbação dos sentimentos do sujeito, o padecimento anímico, e as lesões a direitos da personalidade¹⁸⁸. Não é algo diverso do que se passa no Brasil, como já se expôs acima. A ambivalência e a incerteza quanto à essência e ao conteúdo do dano moral é um problema que enfrentam sistemas jurídicos de todo o mundo e que se arrasta no tempo. Percebe-se, contudo, que para os franceses, o dano moral, ressarcível *ex art.* 1.382 do Código Civil, estava ligado, por um lado, a dor e sofrimento – prejuízo resultante do dano –, e, por outro lado, a lesão aos direitos da personalidade – evento lesivo causado pelo comportamento ilícito.

3.1.4.2. Alemanha

O sistema de responsabilidade civil que acabou sendo codificado no *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) reflete, em larga medida, a tradição pandectista, fiel aos institutos romanos. Embora a tendência do Código alemão inicialmente tenha sido pelo modelo de cláusula geral, optou-se, ao final, por um regime de responsabilidade baseado em suportes fáticos fundamentais conjugados com regras específicas¹⁸⁹. Assim, por meio dos §§ 823 e 826, restringiu-se a responsabilidade por atos ilícitos a lesões dolosas ou culposas de direitos absolutos, a infrações de leis que se destinem à proteção da pessoa e aos danos causados dolosamente mediante uma ação contrária aos bons costumes.

Em síntese, não havia, fora dos casos de lesão a direitos absolutos, uma responsabilidade geral por culpa, mas apenas por dolo. A opção por tal regra reflete também a intenção de se impedir a construção de um sistema demasiado gravoso ao capitalismo, numa Alemanha ainda incipiente¹⁹⁰.

¹⁸⁶ AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade...*, V. 2, cit., p. 729-730.

¹⁸⁷ KAYSER. *Les droits...*, cit., p. 488.

¹⁸⁸ HILARIO, Leysser León. *La responsabilidad civil: Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. 3. ed. Breña: Instituto Pacífico, 2017, p. 124.

¹⁸⁹ REINIG. *O escopo...*, cit., p. 255-257.

¹⁹⁰ DÍEZ-PICAZO. *Derecho...*, cit., p. 88.

Especificamente quanto ao dano moral, o direito comum mostrou-se relutante em proteger os bens jurídicos imateriais, sobretudo mediante a recepção das penas privadas romanas (recorde-se que no direito antigo germânico ainda se confundiam pena e indenização¹⁹¹). Vigia ali, por influência também da Escola Histórica, a ideia de que era o dano patrimonial que possuía, propriamente, caráter jurídico. Apesar disso, mantiveram-se vigentes, na prática, indenizações devidas, em essência, pelo dano não patrimonial.

Antes da unificação da Alemanha e da promulgação do BGB, os Estados germânicos dividiam-se entre aqueles nos quais havia um direito civil codificado e aqueles em que vigorava um Direito civil não-codificado. Desde então, existiam, nos códigos adotados em algumas regiões, assim como no direito não-codificado de outras regiões, alguma aceitação do que viria a ser o dano moral. Sabe-se que este consistia, predominantemente, na dor física, tendo-se traduzido no instituto do *Schmerzensgeld* (*Schmerzen* = da dor; *Geld* = indenização). Tal instituto, voltado sobretudo para a reparação das dores físicas, não deixava de abranger, também, os sofrimentos interiores¹⁹².

O dano moral era adotado, por exemplo, na forma de *pecunia doloris*, no Código Civil saxão, no Código austríaco e no Código Geral prussiano. Os dois últimos também concediam indenização à mulher que sofresse lesão da qual decorresse deformidade (encontram-se aí as primícias do dano estético)¹⁹³.

Era também prevista, no Código saxão, a ação de estupro, que estabelecia multa pela sedução de mulher “sem defeito”. Outras leis também reconheciam o direito de a vítima reclamar, nesses casos e a depender das circunstâncias, dote e indenização, fixados como contrapartida aos prejuízos sofridos pela mulher em sua honra¹⁹⁴.

Pela privação ilegal de liberdade igualmente se previa, no Código saxão, um tipo de indenização. Era a chamada “pena saxona”. Normas análogas existiam nos Códigos prussiano e austríaco¹⁹⁵.

Mas foi sobretudo a partir de 1900, com a entrada em vigor do Código Civil alemão, que se lançou fora qualquer dúvida a respeito da reparabilidade dos danos morais, o qual ganhou expressa previsão legal. Segundo a norma do §253 do BGB, “somente nos casos previstos pela lei poderá ser reclamada indenização em dinheiro, se o dano infligido não tiver caráter

¹⁹¹ FISCHER. *Los daños...*, cit., p. 201.

¹⁹² SILVA. *O dano...*, cit., p. 52.

¹⁹³ FISCHER. *Los daños...*, cit., p. 207.

¹⁹⁴ AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade...*, V. 2, cit., p. 746; FISCHER. *Los daños...*, cit., p. 206-207.

¹⁹⁵ AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade...*, V. 2, cit., p. 746; FISCHER. *Los daños...*, cit., p. 207-208.

patrimonial”¹⁹⁶. Nesse sentido, apenas excepcionalmente era possível, no direito alemão, pedir em juízo a reparação pelo dano moral. Os casos previstos em lei eram, até então, basicamente dois. O §847 autorizava a reparação em caso de danos não patrimoniais causados ao corpo ou à saúde, assim como em casos de privação de liberdade e de abusos contra a honra da mulher. Por sua vez, o §1.300 concedia à mulher “sem defeitos” o direito à indenização pelo dano não patrimonial sofrido quando esta se entregasse ao seu noivo e houvesse, posteriormente, ruptura do noivado¹⁹⁷.

Para evitar que os juízes pudessem fixar, em exercício de puro arbítrio, as situações em que se configuravam um dano moral e o *quantum* por ele devido, foi que se optou por enumerar taxativamente na lei as hipóteses de reparação. Nada obstante, esta opção mereceu uma série de críticas de respeitáveis juristas alemães¹⁹⁸ que, como Fischer, recusaram-se a admitir uma limitação do dano moral às lesões que recaiam diretamente sobre os bens jurídicos integridade corporal, saúde, liberdade ou honra sexual. Para esse jurista, haveria também dano moral ressarcível quando há ofensa à honra, ou quando há dor moral, mas desde que observados os requisitos dos §§ 847 e 1300 do BGB¹⁹⁹.

Os parágrafos 847 e 1.300 foram, contudo, revogados, tendo sido acrescido, por outro lado, relevante trecho ao § 253, cuja redação atual é a seguinte:

(1) O dinheiro pode ser exigido em compensação por qualquer dano que não seja perda pecuniária apenas nos casos previstos em lei.

(2) Se os danos devem ser pagos por lesão ao corpo, saúde, liberdade ou autodeterminação sexual, uma compensação razoável em dinheiro também pode ser exigida por qualquer dano que não seja perda pecuniária²⁰⁰.

Assim, o legislador alemão preferiu manter o caráter fechado ou típico do sistema de reparação de danos morais na Alemanha, restringindo a reparação de tais danos, a despeito de severas críticas, às hipóteses de lesão a direitos específicos da personalidade, quais sejam, a integridade física, a saúde, a liberdade e a autodeterminação sexual.

Apesar da inflexão da lei, doutrina e jurisprudência acabaram por expandir paulatinamente a abrangência da tutela reparatória dos danos morais, relativizando os limites impostos pelo BGB, o que se deu, segundo Wieacker, a partir da metade do século XX:

¹⁹⁶ FISCHER. *Los daños...*, cit., p. 12. tradução nossa.

¹⁹⁷ FISCHER. *Los daños...*, cit., p. 221-227.

¹⁹⁸ Confira-se, a respeito: SILVA. *O dano...*, cit., p. 49-73.

¹⁹⁹ FISCHER. *Los daños...*, cit., p. 220-221.

²⁰⁰ *German Civil Code (BGB)*. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html>. Acesso em: 04. jun. 2021. tradução nossa.

Constitui uma proeza e um mérito do Supremo Tribunal Federal (BGH) o ter reconhecido o *direito geral da personalidade* contra o espírito e a letra do BGB numa antecipação consciente em relação à regulamentação legal por ele desejada do ponto de vista da política do direito. Este feito assumiu, logo no seu primeiro aresto, um alcance tríplice: o BGH não deduziu apenas do art. 2º da Lei Fundamental, pela aplicação do (sempre controverso) efeito externo de direito privado dos direitos fundamentais, uma pretensão denegatória de direito privado; funcionalizou ao mesmo tempo este direito à proteção dos bens jurídicos do § 823, I; por fim, ele outorgou ao lesado *contra legem* (cf. § 253 do BGB) a indemnização pelo prejuízo moral²⁰¹.

Segundo Wieacker, essa ampliação das hipóteses de ressarcimento dos danos morais só se poderia pôr de acordo com o princípio da vinculação do juiz à lei “se se extrair dos direitos fundamentais da dignidade humana (art. 1º da Lei Fundamental) a norma implícita de que esta dignidade exige, por necessidade lógica, a indemnização do dano moral”²⁰².

Assim, a razão e o elemento autorizador da interpretação extensiva da norma de reparação dos danos morais encontra-se, segundo o autor, na tutela dos direitos da personalidade.

A codificação alemã veio a influenciar, de alguma forma, o Código Civil italiano de 1942, sobretudo no que tange à adoção da fórmula de injustiça do dano que lá se adotou, bem como o Código Civil português de 1966²⁰³.

3.1.4.3. Itália

Como já se mencionou, o atual Código Civil italiano exige que o dano a ser ressarcido seja injusto. Eis a norma do art. 2.043: “Qualquer fato doloso ou culposo, que causa a outrem um dano injusto, obriga aquele que cometeu o fato a ressarcir o dano”²⁰⁴.

Mas há outra norma basilar do sistema italiano de reparação de danos. O art. 2.059 diz respeito especificamente aos danos não patrimoniais e restringe a ressarcibilidade destes aos casos previstos em lei: “O dano não patrimonial deve ser ressarcido só nos casos determinados pela lei”²⁰⁵. Tal norma, embora seja expressa em reconhecer a reparabilidade dos danos não patrimoniais, acabou por limitá-la significativamente. Assim, inspirado pelo BGB, o Código italiano estabeleceu um regime de reparação de danos guiado, em parte, pela tipicidade, muito

²⁰¹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. trad. A. M. Botelho Hespanha. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 606.

²⁰² WIEACKER. *História...*, cit., p. 607.

²⁰³ DÍEZ-PICAZO. *Derecho...*, cit., p. 88.

²⁰⁴ *Codice Civile Italiano (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262)*, art. 2.043. Disponível em: <<https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceCivile>>. Acesso em: 17 set. 2021. tradução nossa.

²⁰⁵ *Codice Civile Italiano*, cit., art. 2.059.

embora seja mais flexível que o sistema alemão, por remeter à lei a tarefa de definir – e, se for o caso, ampliar – os casos de ressarcimento de danos não patrimoniais²⁰⁶.

De todo modo, a reparabilidade dos danos não patrimoniais, nos termos estritos do ordenamento jurídico italiano, estava limitada, fundamentalmente, aos fatos que configuravam crime, por força do art. 2.059 do Código Civil, cumulado com o art. 185 do Código Penal, o qual dispõe o seguinte:

Todo crime obriga à restituição de acordo com as leis civis.
 Todo crime que tenha causado um dano patrimonial ou não patrimonial obriga ao ressarcimento o culpado e as pessoas que, segundo as leis civis, devam responder pelo fato dele²⁰⁷.

Apesar da positivação da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, que eliminou qualquer dúvida ainda existente sobre essa questão, a inovação do Código Civil de 1942 foi vista antes como um retrocesso do que como um avanço²⁰⁸. No Código anterior, não havia normas correspondentes aos atuais arts. 2.043 e 2.059. A responsabilidade civil era disciplinada no art. 1.151, que, nos moldes do Código Napoleônico, previa regra ampla de reparação. Eis o seu teor: “Qualquer fato do homem que cause dano a outrem obriga aquele por culpa de quem ocorreu a ressarcir o dano”²⁰⁹.

A interpretação conjunta do art. 1.151 com o dispositivo do Código Penal já mencionado levava alguns dos mais abalizados juristas italianos à conclusão de que os danos não patrimoniais seriam reparáveis de forma abrangente, independentemente de serem ou não resultado de delitos penais²¹⁰.

Na verdade, não havia previsão expressa e específica acerca da possibilidade de serem ressarcidos os danos não patrimoniais oriundos simplesmente de um ilícito civil, que não fosse, ao mesmo tempo, um ilícito penal. A questão dependeria, naturalmente, do sentido atribuído ao termo “dano”, contido no art. 1.151 do Código Civil. E havia, a respeito, um embate entre os que defendiam uma acepção ampla de dano (como lesão sofrida pelo sujeito em seus bens jurídicos) e os que preferiam um sentido estrito, herdado do direito romano (segundo a qual dano, tecnicamente, seria apenas a subtração ou diminuição patrimonial)²¹¹.

²⁰⁶ SCHREIBER. *Os novos...*, cit., p. 104.

²⁰⁷ *Codice Penale* (Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398), art. 185. Disponível em: <<https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codicePenale>>. Acesso em: 18 set. 2021.

²⁰⁸ SILVA. *O dano...*, cit., p. 77-79. tradução nossa.

²⁰⁹ *Codice Civile del Regno d'Italia*. 1865, art. 1.151. Disponível em: <<https://www.notaio-busani.it/it-IT/codice-civile-1865.aspx>>. Acesso em: 18 set. 2021. tradução nossa.

²¹⁰ SILVA. *O dano...*, cit., p. 79.

²¹¹ SILVA. *O dano...*, cit., p. 75-77.

Antes de 1930, quando ainda vigia o antigo Código Penal italiano, prevalecia a ideia de que o vocábulo “dano”, do art. 1.151 do Código Civil, deveria ser compreendido em sentido estrito. Isso porque o art. 38 do velho Código Penal assim estabelecia:

Para além da restituição e do ressarcimento dos danos, o juiz, por qualquer crime que ofenda a honra da pessoa ou família, ainda que não tenha causado dano, pode atribuir ao lesado, que o requerer, uma quantia determinada a título de reparação²¹².

O dispositivo determinava reparação em casos excepcionais, nos quais não se verificava um “dano” (leia-se: um “dano patrimonial”). Dito de outro modo, limitava-se o conceito de dano, que a norma geral do art. 1.151 mandava ressarcir, ao dano patrimonial. O dano não patrimonial era um “não-dano”, que poderia ser reparado nas raras hipóteses previstas no art. 38 do Código Penal.

Não obstante, com o advento do atual Código Penal italiano, em 1930, o art. 38 foi descartado, e substituído pelo já mencionado art. 185. Este não só deixava de restringir a reparação dos danos não patrimoniais a casos específicos ali previstos, como também afirmava com clareza que os danos merecedores de reparação poderiam ser tanto patrimoniais quanto não patrimoniais. Prevaleceu, pois, naquele momento, a aceção mais ampla de dano, na qual se incluíam aqueles com repercussão de natureza econômica e aqueles com consequências de natureza não econômica²¹³.

Com a promulgação do Código Civil de 1942, no entanto, a situação voltou a sofrer modificação. Seguindo a opção já acolhida pelos alemães e, talvez, preocupado pela amplitude que o dano não patrimonial vinha adquirindo mediante o desenvolvimento jurisprudencial²¹⁴, o legislador italiano restringiu a sua reparabilidade aos casos determinados pela lei. Nesse sentido, o sistema de responsabilidade civil disciplinado pelos arts. 2.043 e 2.059 pode ser visto como um recuo à uma noção mais estrita do dano moral reparável e não, propriamente, como um avanço no sentido da sua ampla ressarcibilidade. Ao final, este ficou restrito aos casos em que decorria de um delito penal²¹⁵.

A despeito disso, doutrina e jurisprudência cuidaram de superar as limitações legislativas, tendo alcançado o objetivo de ampliar, de modo expressivo e talvez irreversível, o

²¹² Codice Penale per Il Regno D’Italia. 1889, art. 38. Disponível em: <<http://www.antropologiagiuridica.it/cp1889.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2021. tradução nossa.

²¹³ SILVA. *O dano...*, cit., p. 78-79.

²¹⁴ SCHREIBER. *Os novos...*, cit., p. 104.

²¹⁵ SILVA. *O dano...*, cit., p. 79.

catálogo dos danos não patrimoniais reparáveis. O sistema de responsabilidade civil, em princípio típico, tornou-se, assim, um sistema típico temperado ou um sistema misto²¹⁶.

Mediante a intervenção, sobretudo, da Corte Constitucional e da Corte de Cassação italianas, sofreu completa revisão o sistema de responsabilidade civil por danos não patrimoniais desenhado pelo legislador de 1942. A solução em princípio encontrada por aquelas Cortes a fim de afrouxar os limites excessivamente rígidos da reparação de danos foi engendrar uma “releitura constitucionalmente orientada”²¹⁷ do art. 2.043 do Código Civil, que resultou na emersão de um novo dano não patrimonial²¹⁸ e na separação entre esta figura e a do dano moral subjetivo.

A primeira nova espécie de dano reconhecida pela Corte italiana, e que abriu caminho às demais espécies que viriam a surgir, foi o chamado dano biológico, o qual acabou sendo enquadrado como um *tertium genus*: nem patrimonial, nem moral, tratar-se-ia de uma figura distinta, com características próprias, e ressarcida de forma autônoma em todo e qualquer caso no qual se configurasse uma lesão do direito à saúde. Foi na sentença nº 184, de 30 de junho de 1986, que a *Corte Costituzionale* firmou tal posição.

Posteriormente – como se constatará mais adiante, ao tratar-se do dano existencial –, a reparação do “novo dano não patrimonial” deixou de ser justificada pela aplicação direta do art. 2.043 do Código Civil e foi reconduzida ao próprio art. 2.059 daquele Código. Mediante uma “leitura constitucionalmente orientada” de tal dispositivo, estendeu-se a hipóteses não previstas em lei a ressarcibilidade de danos não patrimoniais, desde que decorrentes da afronta a direitos inerentes à pessoa tutelados pela Constituição. Houve também outras significativas mudanças quanto à compreensão da categoria dos danos não patrimoniais segundo as Cortes italianas, o que se abordará com mais detalhes no 8.1.

Pretende-se, neste momento, apenas fornecer um panorama geral de como a jurisprudência italiana, apoiada pela doutrina, em reação à opção adotada pelo legislador de 1942, passou a entender que os danos não patrimoniais mereciam reparação não apenas nos casos expressamente previstos em lei ordinária, mas também nos casos de lesão de valores da pessoa humana constitucionalmente protegidos. Em princípio, o art. 2.043 e, mais tarde, o art. 2.059 do Código Civil, foram constitucionalmente interpretados, a fim de expressarem um conceito mais abrangente de dano não patrimonial, capaz de compreender diversas espécies

²¹⁶ ALPA. *Responsabilità...*, cit., p. 116.

²¹⁷ SCOGNAMIGLIO. *L'ingiustizia...*, cit., p. 277.

²¹⁸ VELOSO, Maria Manoel. Danos não patrimoniais. In: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. V. 3. Direito das obrigações. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 519.

desta categoria, as quais hoje consistem, fundamentalmente, em: (i) dano biológico, entendido este como dano decorrente da lesão à integridade psicofísica ou à saúde; (ii) dano moral subjetivo (ao qual se restringe a limitação do art. 2.059), um tipo de dano moral em sentido estrito, coincidente propriamente com os *patemi d'animo* ou prejuízos decorrentes especificamente da lesão à integridade moral; e (iii) danos não patrimoniais que não se enquadram nas demais espécies, mas que derivam de lesão a interesses inerentes à pessoa que sejam constitucionalmente protegidos, subcategoria na qual se insere o conhecido dano existencial²¹⁹.

Nesse sentido, a jurisprudência italiana alterou significativamente o sistema de responsabilidade civil delineado no Código de 1942. Hoje, entende-se que o art. 2.059 do Código Civil italiano, interpretado à luz da Constituição, permite o ressarcimento do “novo” dano não patrimonial, entendido em sentido mais amplo, abarcando o dano moral subjetivo (sujeito ao limite legal, isto é, restrito às hipóteses em que decorrem de um ilícito penal), o dano biológico e o dano existencial²²⁰.

Da trajetória italiana a respeito do reconhecimento do dano não patrimonial e dos limites de sua reparação podem ser extraídos alguns dados interessantes. O primeiro deles diz respeito à própria nomenclatura da figura. Em vez de referir-se a dano moral, como se fez no Código Civil brasileiro, o legislador italiano optou pelo termo “dano não patrimonial”.

A opção por este termo foi feita primeiro no Código Penal de 1930 e em seguida no Código Civil de 1942, sem o objetivo de ampliar o conceito do dano moral, que era até então compreendido como modificação do estado anímico do sujeito, dor e sofrimento. Nada obstante, a trajetória percorrida pela jurisprudência para alargar o âmbito dos danos não patrimoniais reparáveis fez emergir, como se disse, um novo dano não patrimonial, o qual deixou de coincidir com o dano moral subjetivo.

Assim, o cenário da reparação de danos na Itália é significativamente diferente daquele que se presencia no Brasil e nos demais sistemas abertos de responsabilidade civil. Lá, tanto é reparável o dano moral em sentido estrito (aquele que é prejuízo, e que corresponde a dor e sofrimento), quanto outros tipos de dano não patrimonial (os quais se configuram em caso de lesão aos direitos fundamentais da pessoa, garantidos constitucionalmente).

No Brasil, a figura que sempre existiu, que foi em princípio positivada pelo constituinte e pelo legislador ordinário, é o dano moral, com esta nomenclatura e não outra. É verdade que, em 2017, por meio da Lei nº 13.467, inseriu-se na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)

²¹⁹ SCOGNAMIGLIO. L'ingiustizia..., cit., p. 286-287.

²²⁰ SCOGNAMIGLIO. L'ingiustizia..., cit., p. 284.

referência ao termo “dano extrapatrimonial”²²¹. Mas tal inserção já consiste numa inadequada importação da solução italiana para o ordenamento brasileiro, e não autoriza o reconhecimento da efetiva existência de categorias de dano não patrimonial diversas do dano moral, como se verá mais adiante.

A tentativa empreendida pelo legislador e pela doutrina recente de alterar o termo já consagrado pelo uso por outro (“não patrimonial” ou “extrapatrimonial”) não se justifica, pelo motivo de que, aqui, não há a necessidade de fazer emergir uma nova categoria de dano, que escape das limitações impostas à sua ressarcibilidade. Afinal, o sistema que desde a origem estabeleceu o legislador brasileiro é aberto e não restringe a reparação do dano moral às hipóteses taxativas da lei ou à configuração de um ilícito penal.

Há, contudo, um ponto de semelhança: assim como na Itália se ampliou o sentido de dano não patrimonial, que deixou de corresponder às alterações no estado de ânimo do sujeito, no Brasil também se fez este deslocamento conceitual (ou está-se fazendo, já que não há, ainda, consenso sobre o que seja, neste lado do Atlântico, o dano moral). As lesões aos direitos da personalidade atraíram, tanto lá quanto aqui, a atenção dos juristas, e passaram a ser tidas como fundamento do dever de reparar. Lá, por justificarem a criação de novos tipos de dano não patrimonial. Aqui, por entrarem no conceito de dano moral e tornarem-se, na opinião de muitos, o seu aspecto constitutivo e a sua razão de ser.

É importante registrar que o elástico da figura do dano não patrimonial e a criação de novas categorias conceituais no direito civil italiano – a despeito de todas as críticas que se lhe possam dirigir pela artificialidade da solução e o atropelamento à disciplina legislativa –, explica-se em razão de peculiaridades daquele ordenamento jurídico, as quais não se encontram no sistema brasileiro. Isso, contudo, será melhor desenvolvido mais adiante, quando se analisar o chamado dano existencial. Importa, neste momento, observar que a abordagem da questão pertinente à reparação do dano não patrimonial na Itália acabou pondo em reflexão, por um lado, a insuficiência de tal conceito como modificação anímica, como dor, sofrimento ou humilhação; e, por outro lado, a necessidade de tutela jurídica, por meio da responsabilidade civil, de danos decorrentes da lesão de bens inerentes à personalidade humana.

3.1.4.4. Espanha

²²¹ Cf. Título II-A.

O Código Civil espanhol, vigente desde 1889, contém norma geral de responsabilidade civil, à semelhança daquela existente no Código francês, dispondo, em seu art. 1.902, o seguinte: “Aquele que por ação ou omissão causa dano a outrem, intervindo culpa ou negligência, está obrigado a reparar o dano causado”²²².

À época da sua entrada em vigor, não havia outra norma que disciplinasse de forma expressa a reparação devida por danos morais, muito embora a atual legislação espanhola reconheça inequivocamente a reparabilidade de tais danos (vejam-se o art. 333 do Código Civil²²³ e o art. 9º da Lei Orgânica 1/1982²²⁴, por exemplo). Assim, nas primeiras décadas de vigência do Código espanhol, a questão relativa à ressarcibilidade ou não dos danos morais girava em torno do significado atribuído à palavra “dano” e da sua amplitude.

Diferentemente do que se passou na França, onde não se tardou a conferir a tal termo aceção ampla, a compreensão do que seria dano, para a doutrina e a jurisprudência espanholas foram, durante algum tempo, restritas à ideia de diminuição patrimonial²²⁵. A reparação que era devida pelos danos causados, então, com fundamento no art. 1.902, era apenas de ordem material.

Não obstante, em 1912, o Tribunal Supremo da Espanha acabou reconhecendo, de algum modo, a existência do dano moral, malgrado tenha mandado reparar, em verdade, danos tão somente patrimoniais. Essa, contudo, foi a primeira decisão da Corte em que se falou expressamente de danos morais (STS de 6 de dezembro de 1912²²⁶). Tratava-se de caso envolvendo a publicação, pelo periódico madrilenho “*El Liberal*”, de notícia falsa, que veiculara, com grande alarde, a suposta fuga da filha menor de um prefeito de Totana com um frade²²⁷. Na sentença, malgrado não se tenha definido o conceito de dano moral, registrou-se o seguinte:

(...) a honra e a fama da mulher constituem os bens sociais de sua maior estima, e a sua diminuição, a perda mais considerável que pode sofrer numa sociedade civilizada, incapacitando-a para ostentar nela o caráter de depositária e custódia dos sagrados fins

²²² *Código Civil Espanhol*, 1889, art. 1.902. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>>. Acesso em: 17. abr. 2022. tradução nossa.

²²³ *Código Civil Espanhol*, cit., art. 333: “No caso de que a lesão a um animal de companhia tenha provocado sua morte ou um prejuízo grave à sua saúde física ou psíquica, tanto seu proprietário como aqueles que convivam com o animal têm direito a que a indenização compreenda a reparação do dano moral causado” (tradução nossa).

²²⁴ Lei Orgânica 1/1982, 05 de maio de 1982, art. 9º: “(...) Três. A existência de um prejuízo se presumirá sempre que comprovada a interferência ilegítima. A indenização se estenderá ao dano moral, que será avaliado de acordo com as circunstâncias do caso e a gravidade da lesão efetivamente produzida, para o que serão considerados, em cada caso, a difusão ou audiência do meio através do qual tenha sido produzido” (Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1982-11196>>. Acesso em: 17 abr. 2022. tradução nossa).

²²⁵ SILVA. *O dano...*, cit., p. 190.

²²⁶ TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 6 diciembre 1912, n. 95. In: *Revista general de legislación y jurisprudencia*: jurisprudencia civil, Madri, t. 125, p. 582-606, dez. 1912.

²²⁷ TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia..., cit., p. 586. Confirma-se também, a propósito: Díez-Picazo. *El escándalo...*, cit., p. 67.

do lar doméstico, base e pedra angular da sociedade pública, devendo, portanto, ser apreciados estes danos como um dos mais graves (...) ²²⁸.

A compreensão da honra e da reputação do indivíduo como um de seus bens primordiais e a constatação da necessidade de reparar os danos que os atingem consistem em inegável avanço da jurisprudência espanhola. Mas, embora as premissas firmadas pelo Tribunal fossem corretas, a conclusão acabou sendo distorcida. É que o pedido de reparação pela ofensa sofrida foi acolhido tendo em vista as possíveis consequências patrimoniais do dano e não, propriamente, o dano moral ²²⁹. Assim, sem afirmar claramente, a decisão rejeitou a possibilidade de serem ressarcidos danos morais “puros”, como se costumava chamá-los.

No Brasil, quando ainda se debatia sobre a reparabilidade dos danos não patrimoniais, era comum entre os juristas que se filiavam a uma corrente eclética distinguir-se entre os danos morais puros e os indiretos. Para tais juristas, apenas estes últimos seriam indenizáveis. Indireto seria o dano moral do qual resultassem consequências patrimoniais. No entanto, como bem aclararam Melo da Silva ²³⁰ e Agostinho Alvim ²³¹, os danos morais ou são puros, ou não são danos morais, pelo que o adjetivo “puros” não é mais que uma redundância. O chamado dano moral indireto, por sua vez, não passa de simples dano patrimonial. Assim, dizer que o dano moral só é ressarcível se repercutir no patrimônio é negar a indenização por dano moral.

Com efeito, mais que a natureza do bem lesado, importa, para a distinção entre danos patrimoniais e morais, as repercussões da lesão. Tanto assim que uma violação a um bem moral pode causar prejuízos também de ordem patrimonial.

A confusão se deve, possivelmente, à ausência de diferenciação, bem desenvolvida pelos italianos, entre o que se chama de “dano-evento” e “dano-prejuízo”. A contraposição entre dano patrimonial e dano moral depende, sobretudo, da natureza dos prejuízos, isto é, das consequências, das repercussões, do evento lesivo.

²²⁸ TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia..., cit., p. 583. tradução nossa.

²²⁹ “(...) pelo que foi demonstrado acima, não há razão para hesitar em preferir o critério da sentença recorrida como melhor, mais cômodo e eficaz para a defesa da honra dos cidadãos, ao que se sustenta no recurso, uma vez que a doutrina estabelecida na Sentença de 6 de dezembro de 1882, proferida em matéria puramente penal, parte de um pressuposto completamente diverso, pois se refere à simples honra em si mesma, a reta razão de acordo com o conceito geral do direito positivo e os ensinamentos dos Tribunais de outros países respeitáveis por sua competência, não consente, de acordo com o Código tradicional transcrito, que, como se se tratasse de um direito ideal sem realidade prática, fique isento de responsabilidade civil o causador injusto suas calúnias ou injúrias de danos morais que acarretem danos patrimoniais, uma vez que, não prevenidos ou corrigidos, privariam sempre o ofendido de bens de ordem temporal”. (TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia..., cit., p. 605).

²³⁰ SILVA. *O dano...*, cit., p. 8 e 201.

²³¹ ALVIM. *Da inexecução...*, cit., p. 217.

Assim, o Tribunal Supremo da Espanha, na célebre decisão de 1912, embora tenha avançado no sentido de admitir a existência, em tese, do dano moral, acabou mandando reparar tão somente simples danos patrimoniais.

Foi apenas cinco anos mais tarde que esse tribunal reconheceu, na *STS* de 14 de dezembro de 1917, a reparabilidade de um “dano moral puro”. A referida sentença “concedeu a indenização a um médico que injustificadamente havia sido expulso de sua ordem profissional ‘pelo prejuízo causado na fama e na reputação profissional do médico demandante’”²³².

A partir de então, encontram-se uma série de sentenças que concedem indenização por dano moral. Em 12 de março de 1928, determinou-se a reparação por injúria e calúnia. Em 10 de julho do mesmo ano, ordenou-se a indenização por danos tanto materiais quanto morais decorrentes da morte de uma menina de nove anos. Em 31 de março de 1930, o ressarcimento foi ordenado por difamação²³³. As sentenças, contudo, não seguiam um critério teórico e, em vez de delimitar o conceito de dano moral, foram reconhecendo-o casuisticamente²³⁴.

É interessante notar que as decisões do Tribunal Supremo, até então, não se amparavam diretamente no art. 1.902 do Código Civil, mas na equidade, tendo-se valido das *Siete Partidas* como fonte. O termo “dano” do dispositivo mencionado continuou, em princípio, circunscrito ao sentido estrito, de origem romana. Foi-se buscar nas *Partidas* o fundamento da reparação por danos morais.

Assim, foi com apoio na lei nº 21 do título IX da Partida VII, que o Tribunal acolheu, em tese, a reparação por danos morais na aludida sentença de 6 de dezembro de 1912²³⁵. Tal preceito estabelecia penas para os homens que praticassem injúria ou desonra, por atos ou palavras²³⁶.

A lei 1ª do título XV da Partida VII, por sua vez, apresenta um conceito de dano do qual se poderia tirar significado mais abrangente que aquele do art. 1.902 do Código Civil espanhol. Eis o preceito:

²³² CASADO ANDRÉS, Blanca. El concepto de daño moral bajo el prisma de la jurisprudencia. In: *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. Almería: Universidad de Almería, V. 9, mai. 2015, p. 6. tradução nossa.

²³³ SILVA. *O dano...*, cit., p. 194.

²³⁴ ANDRÉS. El concepto..., cit., p. 6-7.

²³⁵ TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia..., cit., p. 605. Confira-se também: ANDRÉS. El concepto..., cit., p. 5; SILVA. *O dano...*, cit., p. 196.

²³⁶ Eis o que estabelecia a referida lei: “(...) consideramos bom e ordenamos que qualquer homem que receber injustiça ou desonra, possa demandar uma reparação de uma destas duas maneiras, como quiser: a primeira é que aquele que o desonrou o repare pagando dinheiro; a outra é em forma de acusação, pedindo que aquele que fez uma má ação seja punido por isso de acordo com o alvedrio do juiz”. *Las Siete Partidas*. Partida VII, tít. IX, lei nº 21. Disponível em: <<https://biblioteca.org.ar/libros/130949.pdf>>. Acesso em: 15. jun. 2021. tradução nossa.

TÍTULO 15: Dos danos que os homens ou os animais fazem às coisas de outrem, de qualquer natureza que sejam.

Lei 1: Dano é o agravamento ou prejuízo ou destruição que o homem recebe em si mesmo ou em suas coisas por culpa de outro. E há três maneiras disso ocorrer: a primeira é quando a coisa piora por causa de outra coisa que misturam com ela ou por causa de outro mal que lhe fazem; a segunda é quando diminui devido ao dano que lhe causam; a terceira é quando, pelo dano, perde-se ou se destrói totalmente a coisa²³⁷.

Se, portanto, o dano pode atingir as coisas de qualquer natureza, bem como o próprio homem, poder-se-ia reconhecer, diante disso, a existência de danos morais reparáveis.

A primeira referência legislativa ao dano moral fez-se no Código Penal espanhol de 1944, ao se regular a responsabilidade civil decorrente de delitos²³⁸. Dispunha-se, no art. 104, que “a indenização de prejuízos materiais e morais compreenderá não só os que se tiverem causado ao lesado, mas também os causados, em razão do delito, à sua família ou a terceiro”²³⁹.

No direito espanhol, contudo, não se cogitou que o dano moral seria ressarcível somente nos casos em que fossem oriundos da prática de um delito, de forma semelhante ao que ocorria na Alemanha ou na Itália. Ao contrário, tal dano continuou sendo admitido, desde o ano de 1912, a despeito da ausência de uma norma legal específica que o disciplinasse, o que significa que o dano moral vinha compreendido como conceito geral, subsumível à regra genérica de reparação de danos²⁴⁰.

Nesse sentido, afirmava Roca Juan que a admissão das pretensões de ressarcimento por dano moral no direito espanhol já não oferecia dúvida alguma, tanto em relação ao dano produzido em consequência de um delito, quanto em relação ao que, fora do âmbito penal, fosse reparável com amparo direto no art. 1.902 do Código civil²⁴¹.

Com efeito, mais tarde, já em meados do século XX, a jurisprudência espanhola, empurrada pela doutrina, fez uma renovada leitura do art. 1.902 e assentou que “nos danos e prejuízos vão compreendidos tanto os danos materiais como os de caráter moral”²⁴².

Mesmo depois de pacificada a reparabilidade do dano moral, a precisa delimitação do seu conceito continua sendo uma tarefa pendente, à semelhança do que se passa nos demais sistemas jurídicos. Vale à pena registrar, contudo, as definições esboçadas por Rogel Vide e Angel Yagüez. Para o primeiro, o dano moral consistiria na dor física sofrida pela vítima em

²³⁷ *Las Siete Partidas*. Partida VII, tít. IX, lei n° 21, cit. tradução nossa.

²³⁸ DÍEZ-PICAZO. *El escândalo...*, cit., p. 69.

²³⁹ Código Penal español (Decreto de 23 de diciembre de 1944). Disponível em: <<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1945/013/A00427-00472.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2021. tradução nossa.

²⁴⁰ DÍEZ-PICAZO. *El escândalo...*, cit., p. 70.

²⁴¹ ROCA JUAN, J. Notas de Derecho español a MONTEL, Alberto. *Problemas de la responsabilidad civil*. trad. Francisco Sobrao Martínez. Alcoy: Editorial Marfil S.A., 1955, p. 103.

²⁴² ROCA JUAN. Notas..., cit., p. 105.

sua carne, assim como no sofrimento puramente moral que esta experimenta em decorrência da lesão a direitos primordiais, direitos da personalidade²⁴³. Por sua vez, o segundo os define como aqueles “infligidos às crenças, aos sentimentos, à dignidade, à estima social ou à saúde física ou psíquica; em suma, aos que se costuma denominar *direitos da personalidade ou extrapatrimoniais*”²⁴⁴.

3.1.4.5. Portugal

Em Portugal, a disposição legal relativa à reparação de danos civis era distinta daquela existente na França e na Espanha, embora fosse, à semelhança das normas acolhidas naqueles ordenamentos, um princípio geral. Já o Código de 1867 determinava que “todo aquelle, que viola ou ofende os direitos de outrem constitue-se na obrigação de indemnizar o lesado, por todos os prejuízos que lhe causa”²⁴⁵.

Em vez de se empregar a palavra “dano”, faz-se uso do termo “prejuízo”, o qual ficava vinculado à violação de um direito. A distinção entre os prejuízos patrimoniais e morais não era nesta legislação explicitamente esclarecida. Mas outros dispositivos do velho Código português complementavam o sentido da referida regra. São eles:

Art. 2.382. Os prejuízos, que resultam de ofensa recebida, podem ser relativos aos direitos primitivos, ou aos direitos adquiridos.

Art. 2.383. Os prejuízos que derivam da ofensa de direitos primitivos, podem dizer respeito à personalidade física ou à personalidade moral; os prejuízos relativos aos direitos adquiridos referem-se aos interesses materiais externos²⁴⁶.

Nota-se, aí, algo interessante. Admitia-se a reparação de prejuízos decorrentes de violações de direitos originários (ou primitivos) e a direitos adquiridos. Àqueles se associava a personalidade, tanto física quanto moral. A estes, os “interesses materiais externos”. A leitura dos dispositivos faz parecer, pois, que o legislador português acolheu desde então a reparabilidade dos danos morais, os quais se identificariam, ao que tudo indica, com aqueles decorrentes da ofensa a direitos primitivos, com repercussões na personalidade do sujeito, em contraposição aos que se referiam a meros interesses materiais externos.

²⁴³ ROGEL VIDE, Carlos. *La responsabilidad civil extracontractual en el derecho español*. Madri: Civitas, 1976, p. 63-65.

²⁴⁴ ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo de. *La responsabilidad civil*. 2. ed. Bilbao: Universidad de Deusto, 1989, p. 224. grifos do autor. tradução nossa.

²⁴⁵ *Código Civil Portuguez*. Aprovado por Carta de Lei de 1 de julho de 1867. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 1868. Art. 2.361. Disponível em: <<https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

²⁴⁶ *Código Civil Portuguez*, cit., arts. 2382 e 2383.

A despeito disso, Portugal não escapou aos embates doutrinários relativos à possibilidade ou não de serem ressarcidos os danos morais. Aqueles que se filiavam à corrente negativista, como Pires de Lima²⁴⁷, argumentava que o Código Civil continha normas que, quase em sua totalidade, prescreviam a obrigação de indenizar apenas em caso de prejuízos materiais. A única hipótese que fugia à regra dizia respeito à desonra de mulher virgem²⁴⁸.

Argumentava-se também que a legislação não permitia que os herdeiros da vítima de homicídio pleiteassem outra reparação que não fosse pelos danos materiais. Assim, se nem mesmo no caso gravíssimo de homicídio, que ofenderia o mais elevado de todos os direitos, quis-se conceder compensação pelos prejuízos morais, então seria necessário concluir que os prejuízos que o art. 2.361 mandava indenizar eram tão somente os de ordem patrimonial²⁴⁹.

Outros juristas, não menos renomados, como José Tavares²⁵⁰ e Coelho da Rocha²⁵¹, consideravam que a previsão legal abarcava a reparação tanto por danos patrimoniais (ofensas aos direitos adquiridos, segundo a terminologia empregada pelo Código Português), quanto por danos morais (ofensas aos direitos primitivos)²⁵². Este último autor ponderava que o dano ressarcível poderia “ter sido feito: *nos bens da fortuna; no corpo; na honra; na liberdade*”²⁵³, e admitia expressamente a possibilidade de o lesado pedir o “valor da afeição”²⁵⁴. Ainda, no que se refere aos ferimentos causados com culpa, em sentido lato, entendia que uma indenização era devida pelas dores, sendo que seu montante não poderia ser inferior à metade do valor devido pelos gastos da convalescença, nem exceder o dobro dele²⁵⁵. Seu entendimento favorável à ressarcibilidade do dano moral, contudo, era um tanto tímido e, ao que parece, menos resolutivo do que considerou Melo da Silva, entusiasta que era dessa tese.

A posição de José Tavares era mais clara. Afirma que, apesar de ter-se entendido, entre os autores portugueses, que, em regra, só se admitia a reparação do dano patrimonial, não seria essa, na verdade, a doutrina do Código. Para ele, parecia indiscutível “que o princípio fundamental da responsabilidade, no art. 2361.º, é de carácter geral”²⁵⁶. Afinal, nos próprios termos do art. 2.383, os prejuízos que resultavam da ofensa de direitos primitivos podiam dizer

²⁴⁷ PIRES DE LIMA. Responsabilidade..., cit.

²⁴⁸ SILVA. *O dano...*, cit., p. 233-234.

²⁴⁹ SILVA. *O dano...*, cit., p. 234.

²⁵⁰ TAVARES, José. *Os princípios fundamentais do Direito Civil*. V. 1. Primeira Parte. Teoria geral do Direito Civil. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1929, p. 543-547.

²⁵¹ COELHO DA ROCHA, Manuel Antonio. *Instituições de Direito Civil Português*. 8. ed. t. 1. Lisboa: Livraria Clássica Editora A. M. Teixeira, 1917, p. 81.

²⁵² SILVA. *O dano...*, cit., p. 233.

²⁵³ COELHO DA ROCHA. *Instituições...*, cit., p. 81. grifos do autor.

²⁵⁴ COELHO DA ROCHA. *Instituições...*, cit., p. 81.

²⁵⁵ COELHO DA ROCHA. *Instituições...*, cit., p. 82.

²⁵⁶ TAVARES. *Os princípios...*, cit., p. 546.

respeito à personalidade física ou à personalidade moral. Assim, “o facto de o Código, nos artigos seguintes, regular a determinação do dano, só para certas ofensas da personalidade moral, significa apenas serem essas as mais frequentes e aquelas em que é fácil formular um critério mais ou menos prático de determinação”²⁵⁷.

A jurisprudência, por sua vez, vinha já reconhecendo a reparabilidade dos danos morais em hipóteses, por exemplo, de ofensa à integridade física e de erro judiciário que levava à condenação de sujeitos inocentes²⁵⁸.

As controvérsias remanescentes acerca da questão foram sepultadas de vez com a entrada em vigor do atual Código Civil, em 1967. Reconhecendo expressamente a ressarcibilidade dos danos que prefere chamar “não patrimoniais”, o Código lusitano assim prevê, em seu art. 496: “Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito”²⁵⁹.

Não se explica, ali, o que se deve entender por danos não patrimoniais. Apenas se manda repará-los, de forma bastante ampla, erigindo como filtro da ressarcibilidade a gravidade do prejuízo. O Código antigo, neste ponto, talvez seja de maior clareza, na medida em que insinuava uma conexão entre os danos morais e as ofensas aos direitos primitivos, que, como esclarecia o próprio legislador, podiam dizer respeito tanto à personalidade física quanto moral.

3.1.4.6. O dano moral no Brasil

O Código Civil Brasileiro de 1916 (CC/16), elaborado enquanto ainda era travada uma série de debates sobre a ressarcibilidade dos danos morais em todo o mundo, não fez menção expressa, em qualquer norma, a esta modalidade de dano. Dispunha o art. 159 do velho Código: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

O Brasil adotara, desde então, um sistema de responsabilidade civil baseado em cláusula geral, a exemplo do que ocorreu na França ou na Espanha. Valeu-se, o legislador, de dois termos para designar, aparentemente, o mesmo conceito: *prejuízo* (o mesmo vocábulo usado pelos portugueses) e *dano*.

²⁵⁷ TAVARES. *Os princípios...*, cit., p. 547.

²⁵⁸ SILVA. *O dano...*, cit., p. 244.

²⁵⁹ *Código Civil português* (Decreto-Lei nº 47 344, de 25 de novembro de 1966). Disponível em: <<https://www.igac.gov.pt/>>. Acesso em: 18 set. 2021.

Além da cláusula geral, contudo, o CC/16 continha normas outras que se voltavam à reparação, em casos específicos, de danos essencialmente extrapatrimoniais. O art. 1.583 estabelecia o seguinte:

Art. 1.538. No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, indenizará o ofensor ao ofendido as despesas do tratamento e os lucros cessantes até o fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente.

§ 1º Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade.

§ 2º Se o ofendido, aleijado ou deformado, for mulher solteira ou viúva, ainda capaz de casar, a indenização consistirá em dotá-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito.

Assim, no caso de lesão à integridade física ou à saúde, como tradicionalmente se costumava reconhecer mesmo nos sistemas jurídicos mais antigos, o ofendido fazia jus não apenas à indenização pelos prejuízos patrimoniais, mas também ao valor de uma multa, fixada em proporção à pena criminal. O montante ainda era duplicado na hipótese em que o ferimento deixava aleijão ou deformidade. Se ofendida fosse mulher em idade núbil, ainda não casada ou viúva, era-lhe devido o dote como ressarcimento.

O art. 1.543, por sua vez, ordenava a indenização pelo “prejuízo de afeição”²⁶⁰. Em caso de injúria ou calúnia, sendo impossível à vítima provar o dano patrimonial, o ofensor deveria pagar a ela o “dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva”²⁶¹.

Nos casos de atentado à honra da mulher, hipótese também recorrentemente encontrada nos sistemas do mundo antigo, o ofensor poderia reparar o mal pelo casamento ou mediante o pagamento de um dote à ofendida, nos termos do art. 1.548²⁶². Em outros casos de violência sexual ou ultraje ao pudor, previa-se que o valor da indenização seria arbitrado judicialmente²⁶³. Na hipótese, também clássica, de ofensa injusta à liberdade pessoal, ordenava-

²⁶⁰ CC/16, art. 1.543: “Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa (art. 1.541), estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avanteje àquele”.

²⁶¹ CC/16, art. 1.547: “A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva (art. 1.550)”.

²⁶² CC/16, art. 1.548: “A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à condição e estado de ofendida: I - se, virgem e menor, for deflorada.; II - se, mulher honesta, for violentada, ou aterrada por ameaças.; III - se for seduzida com promessas de casamento.; IV - se for raptada”.

²⁶³ CC/16, art. 1.549: “Nos demais crimes de violência sexual, ou ultraje ao pudor, arbitrar-se-á judicialmente a indenização”.

se o pagamento ao ofendido de um valor correspondente ao dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva²⁶⁴.

Nesses casos específicos, portanto, era devido à vítima o pagamento de uma soma em dinheiro que excedia o valor devido pelas perdas e danos, ou pelos prejuízos patrimoniais. Essencialmente, tratava-se já de reparação devida pelos danos morais.

De todo modo, não contemplava o ordenamento jurídico um preceito expresso que acolhesse a reparabilidade dos danos morais ou que lhe precisasse o conceito. Embora a doutrina já se inclinasse para reconhecer tal possibilidade, na jurisprudência se deparava com maior resistência. A conclusão sobre a ressarcibilidade ou não dependeria, a exemplo do que ocorria em outros países, do sentido que se atribuísse a “dano” e a “prejuízo”, que poderia albergar ou repelir os danos morais.

As cortes brasileiras afastavam a possibilidade de reparação desses danos, recorrentemente, com o argumento de que a dor não teria preço e, por conseguinte, jamais poderia ser estimada em dinheiro²⁶⁵. A noção que se tinha do dano moral, então, estava associada a uma alteração anímica do sujeito, a dor e sofrimento. É o que se constata quando se analisam os acórdãos do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema publicados até a década de 70, bem como os precedentes da Súmula 37 do STJ²⁶⁶.

No Recurso Extraordinário nº 29.447/DF, em que se debatia a ressarcibilidade do dano moral devido aos pais pela morte de um filho, o voto proferido pelo Min. Hahnemann Guimarães, consignou: “o dano moral é a *pecunia doloris*, a indenização pelo sofrimento moral. Ora, esse sofrimento moral, no caso, não é estimável em dinheiro”²⁶⁷.

De forma semelhante, o Min. Nelson Hungria, no julgamento de Embargos Infringentes no Recurso Extraordinário nº 11.786-MG, afirmou:

Aquilo que não representa um dano material, sensível, verificável, mensurável, não pode dar lugar a perdas e danos. A dor moral é um fenômeno subjetivo e escapa a qualquer critério objetivo de medida. Não há como reparar o dano moral, ou achar

²⁶⁴ CC/16, art. 1.550: “A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e no de uma soma calculada nos termos do parágrafo único do art. 1.547”.

²⁶⁵ SILVA. *O dano...*, cit., p. 526.

²⁶⁶ Fez-se uma análise dos 26 acórdãos do STF encontrados em pesquisa jurisprudencial no banco de dados do tribunal, utilizando como parâmetro de busca a expressão “dano moral” e estabelecendo como filtro data de publicação até 01/01/1970. O recorte temporal fez-se para que a análise ficasse focada nos primeiros julgados sobre o tema do dano moral, quando ainda se discutia a sua ressarcibilidade, a fim de se verificar qual era o conceito original de tal categoria. Fez-se também a análise dos precedentes da Súmula nº 37 do STJ, que afirmou serem “cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/sumstj/article/view/5223/5348>>. Acesso em: 30 abr. 2022. Os acórdãos mencionados neste capítulo são exemplificativos.

²⁶⁷ RE 29447, Relator(a): Afrânio Costa - Convocado, Segunda Turma, julgado em 25/11/1958, DJ 29-01-1959.

proporção entre certa porção de dinheiro e a dor moral, que é inverificavelmente variável de indivíduo para indivíduo (...)”²⁶⁸.

Em outro acórdão do STF, de 1954, lê-se: “A dor, o dano moral, foi profundo, sem dúvida, mas êsse não pode ser reparado. É irreparável”²⁶⁹.

Não obstante fosse predominante a tese negativista, já se encontrava alguma controvérsia também em sede jurisprudencial acerca da existência e da ressarcibilidade do dano moral. Mas mesmo para aqueles que o acolhiam abertamente, seu significado não era outro senão o de dor, abalo que experimenta a pessoa em seu íntimo. Assim entendia, por exemplo, o Min. Mário Guimarães: “Se os golpes morais ferem mais fundo e causam mais dôr que as perdas materiais, parece que o direito, na sua ânsia reparadora, não há de ficar estranho a êles”²⁷⁰.

O Min. Orosimbo Nonato, que, discordando da maioria de seus colegas, aceitava a reparabilidade do dano moral, assim o definia: “A noção de dano moral é negativa: é o que incide apenas na personalidade moral da vítima, consiste numa dor que não tem qualquer repercussão no patrimônio do lesado (...)”²⁷¹. Também o Min. Djaci Falcão era favorável à tese da ressarcibilidade e assim a justificava:

O ressarcimento não assenta, é lógico, no pagamento da dor moral, porém na violação do direito pelo ofensor e na reparação compensatória ao ofendido, sem caráter puramente econômico, sim como meio de proporcionar outras sensações suscetíveis de amenizar a sensação da dor sofrida²⁷².

Não demorou que começassem a surgir mais votos divergentes a respeito da questão. Durante um tempo, contudo, antes de se aceitar em plenitude a doutrina dos danos morais, era usual se entender pelo cabimento da reparação apenas dos “danos morais indiretos” ou “danos

²⁶⁸ RE 11786 EI, Relator(a): Ribeiro Da Costa, Relator(a) p/ Acórdão: Hahnemann Guimarães, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/1953, DJ 03-06-1954.

²⁶⁹ RE 11974, Relator(a): Rocha Lagoa, Relator(a) p/ Acórdão: Hahnemann Guimarães, Segunda Turma, julgado em 12/05/1953, DJ 28-01-1954. No mesmo sentido: “(...) o dano foi exclusivamente moral e não teve a menor repercussão patrimonial. Não há como se deferir a *pecunia doloris*”. (RE 26427, Relator(a): Macedo Ludolf - Convocado, Segunda Turma, julgado em 21/09/1954, DJ 11-08-1955).

²⁷⁰ RE 19272, Relator(a): Mário Guimarães, Primeira Turma, julgado em 25/09/1952, DJ 15-01-1953.

²⁷¹ RE 11786, Relator(a): Orosimbo Nonato, Relator(a) p/ Acórdão: Hahnemann Guimarães, Segunda Turma, julgado em 07/11/1950, DJ 19-01-1951.

²⁷² Veja-se, ainda: “Embora o dano moral seja um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida, para o qual não se encontra estimativa perfeitamente adequada, não é isso razão para que se lhe recuse em absoluto uma compensação qualquer. Essa será estabelecida, como e quando possível, por meio de uma soma, que não importando uma exata reparação, todavia representará a única salvação cabível nos limites das forças humanas” (RE 69.754-SP, Relator: Min. Thompson Flores, Segunda Turma, j. 11.03.1971. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 65, V. 485, mar. 1976, p. 231).

morais com reflexos patrimoniais”²⁷³. A noção de dano moral de que se partia era, então, distinta e, como ensinam Melo da Silva e Aguiar Dias, falha. É que tal dano é o efeito não patrimonial da lesão de direito, distinguindo-se do dano patrimonial não em razão da sua origem, ou da natureza do bem atingido, mas em atenção às consequências, às repercussões, da ofensa. A confusão entre o “dano moral indireto” (reflexos patrimoniais da lesão a bens de natureza extrapatrimonial) e o “dano moral puro” (reflexos puramente morais da lesão) decorre da confusão entre o evento lesivo (o que corresponderia, para os italianos, ao *danno evento*) e os prejuízos dele decorrentes (*danno conseguenza*). É, afinal, na esfera dos prejuízos que se encontra a discriminação entre danos patrimoniais e danos morais.

Os juristas que, sustentando uma tese supostamente intermediária, defendiam a reparabilidade apenas dos “danos morais indiretos”, a rigor chamavam dano moral o evento lesivo em si, que, a depender das suas consequências (patrimoniais ou não), poderia vir a merecer reparação.

Mesmo diante de tal entendimento, a compreensão das cortes brasileiras acerca da essência do dano moral (ou do “dano moral puro”) permaneceu sempre a mesma: trata-se de dor, de sofrimento moral. Sendo apenas esta a consequência do dano suportado, não seria devida indenização. Nesse sentido se pronunciou o Min. Hahnemann Guimarães, relator para o acórdão no Recurso Extraordinário nº 11.786-MG:

A doutrina tem admitido a ‘pecunia doloris’, o ‘Schmerzensgeld’, a indenização pela dor sofrida, mas quando dessa dor decorre prejuízo patrimonial; se o dano chamado moral, se o sofrimento moral redunde em dano material, será possível a indenização. Não é, entretanto, admissível que os sofrimentos morais dêem lugar a uma reparação, se deles não decorre nenhum dano material²⁷⁴.

A paulatina recepção da jurisprudência, impulsionada pela doutrina, à ressarcibilidade dos danos morais, conviveu com inovações legislativas importantes, as quais acabavam por somar forças ao inexorável movimento do sistema jurídico brasileiro rumo ao acolhimento pleno do dano moral.

²⁷³ SILVA. *O dano...*, cit., p. 531. Nesse sentido: “Tenho acompanhado, nesta Turma, o entendimento do Ministro Hahnemann Guimarães de não considerar indenizável o dano moral quando inexistem consequências materiais, quando não houver causa para ressarcimento em dinheiro” (RE 28161, Relator(a): Lafayette De Andrada, Segunda Turma, julgado em 13/09/1955, DJ 17-05-1956). A respeito, ainda, cita-se, exemplificativamente: “(...) percebe-se que, de uma posição irredutível de negativa de irreparabilidade do dano moral, percorreram nossos tribunais um longo caminho, que passou pela ressarcibilidade dos aludidos danos, por via de reparação de seus reflexos patrimoniais, até chegar à ampla reparabilidade, ‘seja através do artifício de divisar no caso existência de um dano patrimonial remoto, potencial, futuro, eventual, seja aí reconhecendo a existência de um dano moral reparável’” (REsp 3.604/SP, Rel. Ministro Ilmar Galvão, Segunda Turma, julgado em 19/09/1990, DJe 22/10/1990).

²⁷⁴ RE 11786/MG, Relator(a): Orozimbo Nonato, Relator(a) p/ Acórdão: Hahnemann Guimarães, Segunda Turma, julgado em 07/11/1950, DJ 19-01-1951.

Já o Anteprojeto do Código das Obrigações de 1941, de Orosimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, continha dispositivo que erradicava qualquer dúvida a respeito da existência dos danos morais e sua reparabilidade. Inscrevia-se no art. 181: “Além da que for devida pelo prejuízo patrimonial, cabe reparação pelo dano moral moderadamente arbitrada”²⁷⁵. Também o Anteprojeto do Código das Obrigações de Caio Mário da Silva Pereira, de 1963, estipulava, no art. 916, que “O dano moral será ressarcido independentemente de prejuízo material”²⁷⁶.

O legislador brasileiro fez, pela primeira vez, expressa menção ao dano moral no Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962), cujos arts. 81, *caput* e § 4º, e 84 assim dispunham:

Art. 81. Independentemente da ação penal, o ofendido pela calúnia, difamação ou injúria cometida por meio de radiodifusão, poderá demandar, no Juízo Cível, a reparação do dano moral, respondendo por êste solidariamente, o ofensor, a concessionária ou permissionária, quando culpada por ação ou omissão, e quem quer que, favorecido pelo crime, haja de qualquer modo contribuído para êle.

(...)

§ 4º A concessionária ou permissionária só poderá destruir a gravação ou o texto objeto da notificação referida neste artigo, após o pronunciamento conclusivo do Judiciário sobre a respectiva demanda para a reparação do dano moral.

Art. 84. Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa.

A reparabilidade do dano moral ficava, ainda, à luz da interpretação literal da legislação, restrita a casos específicos. A despeito disso, parte significativa da doutrina já acolhia a reparação do dano moral como regra ampla, seja *de lege lata*, seja *de lege ferenda*.

A referência à dor era também uma constante nas obras dos juristas clássicos.

Para Melo da Silva, são danos morais as lesões sofridas pela pessoa natural em seu patrimônio ideal, entendido este como o conjunto de tudo o que não seja suscetível de valor econômico²⁷⁷. O seu elemento característico seria a dor. Assim, “o que configura, em sua essência, o dano moral seria a dor tomada ela em todos os sentidos”. Seria, ainda, “a angústia e desespero e a desesperança”, ou o sofrimento, seja ele conseqüente da dor física ou simplesmente moral (*patemi d’anima*)²⁷⁸. O jurista aponta como exemplos de danos morais os

²⁷⁵ SILVA. *O dano...*, cit., p. 388.

²⁷⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva; MARCONDES, Sylvio; SANTOS, Theophilo de Azevedo. *Código Civil: anteprojetos*. V. 3. Anteprojeto de Código Civil de Obrigações. Brasília: Senado Federal, 1995, p. 105.

²⁷⁷ SILVA. *O dano...*, cit., p. 1.

²⁷⁸ SILVA. *O dano...*, cit., p. 552.

que se originam de “ofensas à honra, ao decoro, à paz interior, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida, à integridade corporal”²⁷⁹.

Agostinho Alvim, adotando conceito negativo de dano moral, segundo o qual este se definiria pelo fato de não atingir ou diminuir o patrimônio de outrem, nem por isso deixa de afirmar que “o dano moral supõe dor moral ou física”²⁸⁰.

Na mesma linha, Aguiar Dias contrapõe o dano moral ao dano patrimonial, e aponta duas características principais daquele: a inestimabilidade do bem lesado e, sobretudo, o conteúdo correspondente à dor, compreendida esta de forma ampla. Eis o que explica o jurista:

Releva observar, ainda, que a inestimabilidade do bem lesado, se bem que, em regra, constitua a essência do dano moral, não é critério definitivo para a distinção, convindo, pois, para caracterizá-lo, compreender o dano moral em relação ao seu conteúdo, que ‘... não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado’²⁸¹.

Pontes de Miranda, por sua vez, também defendia a inenizabilidade do dano moral. Quem fosse atingido em sua integridade física ou psíquica e sofresse dor ou mágoa mereceria que lhe fosse proporcionado algo que compensasse o que tal sofrimento causou à felicidade²⁸². O conteúdo do dano moral poderia, então, ser a dor física (*Schmerzengeld*), deformação ou afeamento, dor puramente moral, nervosismo advindo de traumas, diminuição da energia e da alegria de viver²⁸³. E acrescentava:

Ainda uma vez frisemos que não só o dano patrimonial é ressarcível. Não só se sofre com as ofensas ao patrimônio. Por outro lado, elementos patrimoniais podem ser tomados como simples meios de se obter aproximativa reparação dos danos infligidos à pessoa, na ordem intelectual ou na ordem moral, ou em sua integridade física ou psíquica, ou em qualquer dimensão da personalidade humana²⁸⁴.

Vê-se, pois, que, para o jurista, dano moral seria aquele que atingiria não o patrimônio, mas a personalidade humana, causando dor, mágoa, nervosismo, entristecimento, enfim, apoucamentos de ordem intelectual ou moral. Assim, “qualquer ofensa a *direito de*

²⁷⁹ SILVA. *O dano...*, cit., p. 2.

²⁸⁰ ALVIM. *Da inexecução...*, cit., p. 216.

²⁸¹ AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade...*, V. 2, cit., p. 729.

²⁸² PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. t. 26. Parte Especial. Direito das obrigações. Inadimplemento. Atualizado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 107.

²⁸³ PONTES DE MIRANDA. *Tratado...*, t. 26, cit., p. 109

²⁸⁴ PONTES DE MIRANDA. *Tratado...*, t. 26, cit., p. 126-127.

personalidade, desde a ofensa à integridade física até a ofensa à honra, é fato ilícito, que causa dano moral e dá ensejo à reparação”²⁸⁵.

Os tribunais brasileiros, seguindo a doutrina, acabaram acolhendo o dano moral. Os votos vencidos, que se contrapunham ao entendimento antes majoritário da impossibilidade da reparação, tornaram-se, mais tarde, vencedores, até que se pacificou o entendimento.

A Constituição da República de 1988 (CF/88) pôs fim à discussão relativa à ressarcibilidade, na medida em que inscreveu, entre o rol dos direitos e garantias fundamentais, o direito à indenização por dano moral²⁸⁶. Mais tarde, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), reforçando a previsão constitucional, incluiu como direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (art. 6º, inciso VI). E, finalmente, com a promulgação do CC/02, na cláusula geral de reparação de danos fez-se constar a possibilidade de serem indenizados os danos morais: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (art. 186).

Nenhum desses dispositivos legislativos esclarecia, contudo, o conceito de dano moral e as hipóteses nas quais seria ressarcível. Assim, erradicada a dúvida quanto à sua reparabilidade, permanecia a dificuldade de compreender-lhe o sentido e a extensão.

Não demorou que a jurisprudência reafirmasse, agora à luz dos novos dispositivos legais, a reparabilidade do dano moral e, mais do que isso, a sua autonomia. Foi sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), tribunal ao qual havia sido deslocada a competência para uniformizar a interpretação da lei federal, entendimento segundo o qual “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (Súmula 37 do STJ).

Até então, o conceito que se tinha de dano moral permanecia associado, sobretudo, à ideia de dor e sofrimento. Assim, por exemplo, afirmara o Min. Ilmar Galvão que a indenização serviria como compensação pela dor sofrida:

Tal o caso do dano moral, em que o direito ofendido é irrecuperável. Conquanto inexistia modo de aferir-se o seu sucedâneo em dinheiro, nem por isso se deixa de

²⁸⁵ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. t. 54. Parte Especial. Direito das obrigações. Danos à pessoa. Acidentes do trabalho. Atualizado por Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 172. grifos do autor.

²⁸⁶ Eis o dispositivo constitucional: “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: (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) 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” (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 5º).

indenizar, proporcionando-se, por essa forma, à vítima, instrumento capaz de amenizar a sua dor e de trazer-lhe alguma alegria²⁸⁷.

O Min. Vicente Cernicchiaro, em voto proferido no mesmo recurso, opinara que o patrimônio, além de comportar os bens avaliáveis monetariamente, abrangeria também outros bens, relativos “ao sentimento, ao interesse, à solidariedade humana”²⁸⁸. E, assim, “a dor moral, o sentimento, a honra ofendida, não pode deixar de ter uma resposta jurídica, inclusive, no ponto de vista de reparação”²⁸⁹.

Hoje, contudo, tanto doutrina quanto jurisprudência divergem em relação a tal conceito. Diante da dificuldade de definir o que seja este dano, evita-se fazê-lo, por vezes. Outras tantas vezes, elege-se a conceituação que seja mais conveniente ao caso concreto e à conclusão jurídica que se pretende atingir. Já constatara Jossierand:

Temos sede de justiça, isto é, de equilíbrio jurídico, e, quando acontece um desastre, procuramos logo o responsável; queremos que haja um responsável; não aceitamos mais, docilmente, os golpes do destino, e, sim, pretendemos determinar a incidência definitiva²⁹⁰.

Como a tendência dos tempos atuais é a busca, a todo custo, por um responsável, a fim de que não fique a vítima sem reparação, aplica-se propositalmente ora um, ora outro conceito, e, por vezes, uma mescla de distintas definições, o que resulta num alargamento atécnico do dano moral.

A ideia de dano moral como dor, como verdadeira *pecunia doloris*, não desapareceu da realidade brasileira. Mas ao seu lado foi erigida a noção de que tal dano corresponderia a lesões dos direitos de personalidade. São esses os principais significados atribuídos hoje ao dano moral, embora existam também conceitos intermediários e outros que resultam da combinação de ambos.

Cahali, por exemplo, começa por referir-se a esse dano como aquele que “molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado”²⁹¹. Mas em seguida complementa, afirmando que se evidencia

²⁸⁷ REsp 3.604/SP, Rel. Ministro Ilmar Galvão, Segunda Turma, julgado em 199/09/1990, DJe 22/10/1990. A concepção de dano moral como *pretium doloris* é também encontrada nos demais precedentes da Súmula 37/STJ: REsp 1.604-SP, REsp 3.229-RJ, REsp 4.236-RJ, REsp 10.536-RJ, REsp 11.177-SP.

²⁸⁸ REsp 3.604/SP, Rel. Ministro Ilmar Galvão, Segunda Turma, julgado em 199/09/1990, DJe 22/10/1990.

²⁸⁹ REsp 3.604/SP, Rel. Ministro Ilmar Galvão, Segunda Turma, julgado em 199/09/1990, DJe 22/10/1990.

²⁹⁰ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 38, V. 86. Fascículo 454, p. 548-559, jun. 1941, p. 550.

²⁹¹ CAHALI. *Dano...*, cit., p. 21.

(...) na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral²⁹².

Humberto Theodoro Júnior ensina que o dano moral deriva de atentados à personalidade humana, passando-se, pois, na esfera mais íntima da pessoa (esfera de subjetividade) ou na valoração que possui no meio em que vive e atua (esfera de reputação ou consideração social). Acresce, no entanto, que esses danos “traduzem-se em ‘um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida, capaz de gerar ‘alterações psíquicas’ ou ‘prejuízo à parte social ou afetiva do patrimônio moral’ do ofendido”²⁹³.

Por sua vez, Moraes, a quem já se referiu anteriormente, aceita mais de um conceito, alternativamente. Considera dano moral como “aquele que, independentemente de prejuízo material, fere direitos personalíssimos”, mas também diz que se configuram tais danos quando os efeitos da ação impliquem angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação²⁹⁴.

Não obstante, a associação do dano moral à dor tem sofrido austeras críticas. Argumenta-se que ela não é o que define, ontologicamente, o dano moral. Seria, tão somente, uma sua consequência, um sintoma, que poderia ou não vir a se manifestar. O dano, em si, estaria na própria lesão a interesse extrapatrimonial²⁹⁵.

A despeito disso, a noção de dano moral esposada pela jurisprudência ainda oscila consideravelmente. Encontram-se acórdãos recentes em que expressamente se afirma a configuração de danos morais em caso de lesão a direitos da personalidade, negando que tais danos possam ser relacionados a qualquer prejuízo que implique dor, sofrimento ou frustração²⁹⁶. Nesse sentido, exemplificativamente:

²⁹² CAHALI. *Dano...*, cit., p. 21.

²⁹³ THEODORO JÚNIOR. *Dano...*, cit., p. 2.

²⁹⁴ MORAES. *Danos...*, cit., p. 156-157.

²⁹⁵ A respeito: “A toda evidência, a dor não representa elemento ontológico do dano moral, mas puro reflexo consequencialístico, que pode se manifestar ou não, sem que isto elimine o fato da lesão a um interesse extrapatrimonial” (SCHREIBER. *Os novos...*, cit., p. 125); “O equívoco na aproximação entre o dano moral e a dor ou outras sensações desagradáveis pode ser explicado de uma forma ainda mais veemente. Trata-se de uma confusão entre o sintoma e a causa” (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO. *Curso...*, cit., p. 297). Confira-se, ainda, o Enunciado nº 444 do Conselho de Justiça Federal, emitido na 5ª Jornada de Direito Civil: “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”.

²⁹⁶ A busca, no banco de dados do STJ, por acórdãos que contenham na ementa as expressões “dano moral” e “direitos da personalidade”, e cuja data de publicação esteja compreendida entre 01/01/2000 e a data de realização da pesquisa (01/05/2022), resultou em 195 acórdãos. Confira-se, exemplificativamente: REsp 1105665/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/04/2012, DJe 02/02/2015; REsp 769.688/MT, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 14/12/2009; REsp 709.877/RS, Rel. Ministro Luiz Fux Primeira Turma, DJ 10/10/2005; REsp 1037759/RJ, Rel. Ministra Nancy

O direito à compensação de dano moral, conforme a expressa disposição do art. 12 do CC, exsurge de condutas que ofendam direitos da personalidade (como os que se extraem, em *numerus apertus*, dos arts. 11 a 21 do CC), bens tutelados que não têm, per se, conteúdo patrimonial, mas extrema relevância conferida pelo ordenamento jurídico, quais sejam: higidez física e psicológica, vida, liberdade (física e de pensamento), privacidade, honra, imagem, nome, direitos morais do autor de obra intelectual. (...)

Certamente, não se pode tomar o dano moral em seu sentido natural, e não jurídico, associando-o a qualquer prejuízo incalculável, como figura receptora de todos os anseios, dotada de uma vastidão tecnicamente insustentável, e mais comumente correlacionando-o à dor, ao aborrecimento, sofrimento e à frustração. Essas circunstâncias todas não correspondem ao seu sentido jurídico, a par de essa configuração ter o nefasto efeito de torná-lo sujeito ao subjetivismo de cada um²⁹⁷.

Expressamente se reconhece, por vezes, que os bens jurídicos cuja afronta configura dano moral são os da personalidade, aqueles que são inatos ao homem²⁹⁸. Logo, “a dor e o sofrimento, conforme doutrina mais moderna, não são imprescindíveis ao dano moral. Eles são, na verdade, apenas decorrências do dano, que podem ou não ocorrer”²⁹⁹.

Outras vezes, contudo, mantém-se a noção de dano moral como *pecunia doloris*, seja afirmando-o expressamente, seja justificando a indenização como contrapartida pela dor sofrida³⁰⁰. Assim, o STJ manteve indenização fixada pela negativa de cobertura a procedimento de saúde, sob o fundamento de que o descumprimento contratual causou “agravamento da condição de dor, abalo psicológico ou prejuízos à saúde já debilitada do paciente”³⁰¹. Em caso semelhante, o STJ já havia assentado que vinha reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais quando a recusa de cobertura securitária médica “agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, o qual, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada”³⁰². Em diversos acórdãos, portanto, a Corte Superior continua afirmando que “o dano moral é aquele

Andrighi, Terceira Turma, DJe 5/3/2010; AgRg no REsp 935.476/RJ, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, DJe 25/6/2008.

²⁹⁷ REsp 1406245/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/11/2020, DJe 10/02/2021.

²⁹⁸ REsp 1734536/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 06/08/2019, DJe 24/09/2019.

²⁹⁹ AgRg no REsp 1675698/MS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018.

³⁰⁰ A busca, no banco de dados do STJ, por acórdãos que contenham na ementa as expressões “dano moral” e “dor” e “sofrimento”, e cuja data de publicação esteja compreendida entre 01/01/2000 e a data de realização da pesquisa (01/05/2022), resultou em 294 acórdãos. Confira-se, exemplificativamente: AgInt no AREsp 1954973/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/04/2022, DJe 27/04/2022; AgInt no AREsp 1833602/PI, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 21/03/2022, DJe 24/03/2022; AgInt no AREsp 1813043/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 11/10/2021, DJe 17/11/2021; AgInt no REsp 1878337/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/12/2020, DJe 18/12/2020.

³⁰¹ AgInt no AREsp 1649686/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 24/08/2020, DJe 15/09/2020.

³⁰² REsp 1190880/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/05/2011, DJe 20/06/2011.

que, embora não atinja o patrimônio material da vítima, afeta-lhe o patrimônio ideal, causando-lhe dor, mágoa, tristeza”³⁰³.

Há, ainda, julgados do Tribunal Superior em que se recorre tanto à ideia de dano moral como lesão a direito da personalidade, quanto à noção de dor, para fundamentar a indenização concedida, admitindo-se que esta modalidade de dano pode-se dar numa situação ou em outra³⁰⁴. É o caso, por exemplo, do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 395.426/DF, em que se lê o seguinte:

Segundo desenvolvimento doutrinário, a par das lesões a direitos da personalidade (imagem, honra, privacidade, integridade física), o que se pode denominar de dano moral objetivo e, ainda, que ensejam um prejuízo a partir da simples violação da proteção a eles conferida, surgem situações outras, que, embora não atinjam diretamente tal complexo de direitos, também consubstanciam dano extrapatrimonial passível de compensação, por se relacionarem com um mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferíveis, que o ato ilícito ou antijurídico veio a subverter.

Enquanto a primeira categoria traduz um dano aferível de plano, com a mera lesão a um direito de personalidade, a segunda pressupõe uma maior investigação do caso concreto, a fim de que sejam examinadas as suas peculiaridades e, ao final, de definir se aquela determinada hipótese fática e suas repercussões e desdobramentos, embora não tenham atingido um direito de personalidade, ultrapassaram o que se entende por mero aborrecimento e incômodo, alcançando sobremodo a integridade psíquica do sujeito³⁰⁵.

Em outro julgado, o mesmo tribunal entendeu que não existiria dano moral passível de indenização porque não houve comprometimento dos direitos da personalidade do reclamante, nem exposição a “dor, vexame, sofrimento ou constrangimento”³⁰⁶.

Diante disso, vê-se que a trajetória percorrida no sistema jurídico brasileiro no sentido da reparabilidade do dano moral é, em alguma medida, semelhante à que se constata em outros países. Caminhou-se rumo à ampla aceitação da existência e reparação autônoma desse tipo de dano, mas em nenhum momento se logrou definir, com segurança e uniformidade, em que consiste o dano moral.

³⁰³ AgInt no REsp 1878337/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/12/2020, DJe 18/12/2020.

³⁰⁴ A busca, no banco de dados do STJ, por acórdãos que contenham na ementa as expressões “dano moral” e “dor” e “direitos da personalidade”, e cuja data de publicação esteja compreendida entre 01/01/2000 e a data de realização da pesquisa (01/05/2022), resultou em 16 acórdãos. Confira-se, exemplificativamente: REsp 1826668/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/08/2019, DJe 13/09/2019; REsp 1642318/MS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/02/2017, DJe 13/02/2017; EDcl no AREsp 626.695/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 19/05/2015, DJe 18/06/2015.

³⁰⁵ AgRg no AREsp 395.426/DF, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 15/10/2015, DJe 17/12/2015.

³⁰⁶ EDcl no AREsp 626.695/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 19/05/2015, DJe 18/06/2015. Nesse sentido, confira-se, ainda: REsp 1642318/MS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/02/2017, DJe 13/02/2017.

Não obstante, a abreviada retrospectiva que se fez neste capítulo fornece algumas indicações do que é, na essência, o dano moral. Disso se tratará a seguir.

3.2. Afinal, o que é dano moral?

São, principalmente, dois os conceitos de dano moral que hoje se confrontam no cenário jurídico brasileiro³⁰⁷. O primeiro remete ao terreno das dores e sofrimentos, sejam estes físicos ou puramente morais. O segundo corresponde à lesão dos direitos da personalidade. Tais concepções partem de duas perspectivas diversas. No primeiro caso, o que define o dano moral são as consequências da lesão; trata-se de prejuízo (equivalente ao *danno conseguenza* italiano). No segundo, lança-se o olhar para a lesão em si e questiona-se: qual foi o direito lesado? Trata-se, por sua vez, de concepção análoga ao *danno evento* na itália: bastaria a ofensa, em si e por si, para que se configurasse o dano moral ressarcível.

Nem um conceito nem outro parecem ser suficientes para explicar o dano moral e promover a sua articulação com o sistema jurídico. Defini-lo simplesmente como lesão a direito da personalidade não é adequado. Qualquer dano, para ser ressarcível, deve, além de advir de um evento lesivo, converter-se em prejuízo. Os danos são patrimoniais se resultam em diminuição patrimonial. São morais se, não repercutindo no patrimônio, produzem consequências na esfera espiritual ou psíquica. Assim, a distinção entre dano patrimonial e dano moral não se dá em razão da natureza do bem lesado, mas pelos efeitos decorrentes da lesão.

Isso já havia sido tantas vezes explicado, sobretudo a fim de desfazer as confusões relativas ao que se costumava chamar “dano moral indireto” e “dano moral puro”. Apenas este seria, a rigor, dano moral, pois seus reflexos se manifestariam em outra dimensão, e não na esfera patrimonial.

Porque os danos morais configuram-se nos prejuízos, nas consequências do evento lesivo, e só aí se particularizam, a lesão a direitos da personalidade, em si, não os define. Afinal, destas lesões podem surgir também – e não é raro que surjam – danos patrimoniais. Basta pensar no caso de ofensa à saúde, em que são devidos, além da reparação por dano moral, indenização pelas despesas do tratamento e pelos lucros cessantes até o fim da convalescença (art. 949 do CC/02).

³⁰⁷ Isto se verifica não apenas no cenário jurídico brasileiro, mas também em sistemas estrangeiros. A busca pelo conceito de dano moral e as confusões que o permeiam parecem repetir-se em outros países. Veja-se, por exemplo, o diagnóstico que faz Díez-Picazo: “Poderia entender-se o «dano moral» como lesão de direitos da personalidade ou direitos fundamentais (...). A segunda possibilidade é manter a ideia clássica de dano moral como *pecunia doloris*”. (DÍEZ-PICAZO. *El escándalo...*, cit., p. 24-25).

Nesse sentido, é falho tal conceito. Uma coisa é dizer que o dano moral, para configurar-se, *pressupõe* a existência de uma ofensa a um bem jurídico ou direito subjetivo, mais especificamente, a um bem ou direito da personalidade. Outra coisa muito distinta é *equiparar* o dano à lesão desses direitos³⁰⁸.

Tampouco é suficiente conceituar o dano moral como dor e sofrimento, como modificação anímica sofrida pelo sujeito. Tradicionalmente, como se viu, não se concebia que houvesse um dano reparável em toda e qualquer situação em que o ofendido provasse um abalo, ainda que de menor importância, uma sensação desagradável, uma contrariedade ou um desgosto. Só mereciam indenização os prejuízos que afetavam seriamente a personalidade.

Em algum momento da evolução histórica, no entanto, deixou-se de ressarcir apenas os padecimentos experimentados por fatos graves e injustos e passou-se a indenizar também os desconfortos mais triviais. Do *pain and suffering*, passou-se ao *loss of amenities*. Provavelmente há, nisto, como afirma Díez-Picazo, alguma mudança na posição ético-filosófica das sociedades contemporâneas³⁰⁹. Já não se tolera a fatalidade, e não se conforma aos infortúnios de que a vida está cheia³¹⁰, razão pela qual se tem transformado a responsabilidade civil numa salvaguarda das satisfações e dos prazeres cotidianos.

Assim, se o dano moral antes ficava reservado a casos especialmente graves, hoje, acaba abarcando desconfortos vários. Há, por assim dizer, um alargamento das dores reparáveis, que implica, em igual medida, uma trivialização. Diante disso, a caracterização do dano moral como perturbação anímica foi-se fazendo vazia de sentido, e tem-se tornado sempre mais difícil determinar quais são os sofrimentos que merecem reparação. É, de fato, ressarcível qualquer dano que supostamente cause dor – entendida esta no sentido amplo a que já se referiu – ao ofendido?

Pode-se questionar, ainda, se seria a dor, propriamente, o prejuízo a que se chamaria dano moral. Como já se afirmou, tal dano não pode ser senão “dano-prejuízo”. Mas em que consistem as consequências ou os efeitos da lesão, que corresponderiam ao dano moral?

O dano moral é fenômeno que se passa numa esfera imaterial. É que o homem possui em si duas dimensões: uma material, outra espiritual. Os prejuízos morais, por manifestarem-se nesta outra dimensão, não são visíveis, não possuem materialidade, nem sempre se exteriorizam, razão pela qual não podem ser facilmente percebidos ou mesmo definidos³¹¹.

³⁰⁸ DÍEZ-PICAZO. *El escândalo...*, cit., p. 80.

³⁰⁹ DÍEZ-PICAZO. *El escândalo...*, cit., p. 52-53.

³¹⁰ SILVA. *Responsabilidade...*, cit., p. 107.

³¹¹ THEODORO JÚNIOR. *Dano...*, cit., p. 7.

Talvez *dor* seja uma forma imperfeita de traduzir-se um fenômeno que não existe no mundo exterior e que, no mais das vezes, não pode ser percebido empiricamente. O dano moral repercute, afinal, numa esfera que é intangível. O prejuízo moral, então, pode existir ainda que não seja possível constatar o sofrimento da vítima.

A associação do dano moral à modificação do estado de ânimo do sujeito parece ser insuficiente. Insuficiente, mas não equivocada, absurda ou ultrapassada, como creem alguns³¹². Na verdade, é esta a ideia que mais se aproxima do conceito originário de dano moral³¹³.

O retorno às origens desse instituto, empreendido algumas linhas acima, revela que este sempre esteve associado a dores e sofrimentos. A sua concepção como *pretium doloris*, ou como, segundo Francesco Busnelli, injusta perturbação do estado de ânimo do lesionado³¹⁴, está, quer se queira ou não, no âmago do conceito. Pensa-se, por isso, que a essência do dano moral está, de algum modo, indiscutivelmente ligada a tal noção.

Foi a crítica veemente da doutrina a esta concepção que determinou uma nova direção jurisprudencial, segundo a qual se passou a identificar o dano moral com lesões a direitos da personalidade³¹⁵.

Nota-se, contudo, que a configuração do dano reparável, na origem, ficava reservada a hipóteses, sobretudo, de lesão à integridade física e moral, à honra, à liberdade, à autodeterminação sexual, ou coisas parecidas. Ou seja: o dano moral tinha a sua origem em lesões especialmente graves da personalidade humana, e caracterizava-se, assim, em situações menos matizadas, que se repetiam, muitas vezes, em sistemas jurídicos de tempos e lugares diversos. Veja-se, por exemplo, a indenização atribuída à vítima lesada em sua integridade física, que era albergada desde o Código de Ur-Nammu até os Códigos modernos.

É claro que, àquele tempo, não se conheciam, sobretudo de forma sistematizada, os direitos da personalidade, que apenas vieram a ser descobertos e ordenados como sistema, submetidos a um uniforme regime jurídico, no século XIX. Não obstante, não é nenhum exagero dizer que o dano moral, na sua gênese, era reparável, sobretudo, quando decorria de ofensa a esses direitos.

Diante disso, parece que, para traçar-se um conceito completo e consistente de dano moral, coerente, ainda, com a sua construção histórica e capaz de abranger as situações para as quais foi concebido, devem-se unir as duas características que se lhe costumam apontar como

³¹² MARTINS-COSTA. Dano moral..., cit., p. 7081.

³¹³ Díez-PICAZO. *El escândalo...*, cit., p. 84.

³¹⁴ BUSNELLI, Francesco Donato. *Il danno biologico: dal diritto vivente al diritto vigente*. Torino: Giappichelli, 2001, p. 13.

³¹⁵ Díez-PICAZO. *El escândalo...*, cit., p. 90.

determinantes: a de lesão a direitos de personalidade e a de afetação da esfera anímica, ou psíquica, do sujeito³¹⁶.

Com isso, não se quer dizer que tanto pode ser dano moral aquele que decorre da lesão a bens ou direitos da personalidade quanto o que se traduz em perturbação do estado de ânimo, alternativamente. Ao contrário, devem-se cumular esses dois traços. Afinal, um deles refere-se ao evento lesivo, e esclarece que nem todo fato suscetível de gerar responsabilidade civil pode também causar dano moral, mas apenas aqueles fatos que sejam lesivos dos mais relevantes e preciosos bens jurídicos: os bens da personalidade³¹⁷. O outro refere-se às consequências da lesão, que não podem ser patrimoniais, porquanto se manifestam em outra dimensão, isto é, na esfera espiritual ou psíquica da pessoa. Se há um evento lesivo sem que este resulte em prejuízo, não existe dano reparável. Se há um prejuízo qualquer, que não decorra de um evento lesivo, tampouco. O dano, patrimonial ou moral, só é indenizável quando se constitui desses dois momentos.

Assim, em síntese, poder-se-ia conceituar dano moral como perturbação da esfera psíquica de um sujeito decorrente da lesão de um bem ou direito da personalidade³¹⁸.

É possível que um tal conceito enfrente críticas e resistência. Poder-se-ia questionar se, de fato, seria adequado entendê-lo como repercussões na esfera psíquica do sujeito, e se não seria esta concepção um retrocesso em relação ao “salto evolutivo” que se fez nos últimos anos, a partir do qual, tendo-se aproximado a definição de dano moral da ideia de “dano-evento”, facilitou-se a sua prova e, por conseguinte, a concessão de indenizações.

Costuma-se dizer que a aproximação entre o dano moral e os sentimentos negativos, como dor e sofrimento, consistiria numa confusão entre a causa e o sintoma³¹⁹, entre o dano em si e seus puros reflexos³²⁰. Seria, pois, um engano tomar-se o dano moral como a consequência extrapatrimonial da lesão a um bem ou direito, e não como a própria lesão de um interesse extrapatrimonial³²¹. A rigor, isso é o mesmo que afirmar que o dano moral se configuraria pela tão só ocorrência do evento lesivo, dispensando a existência de qualquer prejuízo, isto é, que se trataria de uma espécie de “dano-evento”, ressarcível como tal.

A ideia parece inspirar-se numa categoria que surgiu na Itália como um tipo de *tertium genus* entre o dano patrimonial e o dano não patrimonial, acolhido pela legislação italiana: o

³¹⁶ DÍEZ-PICAZO. *El escândalo...*, cit., p. 92.

³¹⁷ DÍEZ-PICAZO. *El escândalo...*, cit., p. 73.

³¹⁸ DÍEZ-PICAZO. *El escândalo...*, cit., p. 92.

³¹⁹ FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO. *Curso...*, cit., p. 297.

³²⁰ SCHREIBER. *Os novos...*, cit., p. 125.

³²¹ SCHREIBER. *Os novos...*, cit., p. 125.

chamado dano à pessoa. Na já referida sentença nº 184, de 30 de junho de 1986³²², a *Corte Costituzionale* afirmou a ressarcibilidade do dano biológico como um tipo de *danno evento*, bastando, para a sua caracterização, o fato lesivo à saúde. O mesmo vale em casos outros, nos quais há dano à pessoa. Esta categoria surgiu lá como uma outra espécie de dano não patrimonial, distinta do dano moral, o qual é, em essência, *danno conseguenza*³²³. Assim conseguiu a *Corte Costituzionale* ampliar o elenco de danos ressarcíveis, a despeito da expressa limitação imposta pelo legislador à reparabilidade do dano moral.

Sem imiscuir-se nos problemas dessa solução encontrada pelas cortes italianas, é possível notar a inaplicabilidade de tal entendimento no direito brasileiro. Não há, aqui, a categoria “dano à pessoa”, nem há necessidade de que se crie uma figura correspondente. O ordenamento jurídico reconhece a existência de duas espécies de dano, que estão numa relação de contraposição excludente: dano patrimonial e dano moral. Ambos apenas se configuram como dano ressarcível quando são não apenas fato lesivo, mas também se perfazem em prejuízo. A tal conclusão já haviam chegado os clássicos da literatura jurídica brasileira³²⁴.

Além disso, a ideia de que o dano moral se configuraria como mero “dano-evento” faz nascer um risco de atribuição de indenização pelo simples ato ilícito, o qual, a rigor, pode ser difícil de distinguir-se do evento lesivo. Daí resulta a possibilidade de que, em determinados casos, aplique-se a responsabilidade civil onde não exista, na verdade, dano.

Deve-se, então, partir da premissa de que o dano moral pressupõe prejuízo. Ele corresponde, justamente, às consequências não patrimoniais da lesão aos direitos da personalidade, e não à lesão em si, ao contrário do que se tem defendido³²⁵. Mas em que consistiriam propriamente tais consequências? Segundo Melo da Silva e Aguiar Dias, seriam a dor, tomado tal termo em sua mais ampla acepção³²⁶. A dor, compreendida em sentido lato, seria quase uma metonímia, abarcaria, então, as várias formas por meio das quais o evento lesivo poderia repercutir na esfera psíquica do sujeito, a qual, por natureza, é intangível. O prejuízo moral, a rigor, passa-se numa outra dimensão, que não se pode alcançar; o máximo que é possível perceber são as suas eventuais exteriorizações.

O problema que há, portanto, diz respeito à prova do prejuízo, e sobre isso se tratará mais adiante. Em razão desta dificuldade, porém, não se pode negar que o dano, em si, consiste

³²² CORTE COSTITUZIONALE. *Sentenza n. 184...*, cit., n.p.

³²³ CORTE COSTITUZIONALE. *Sentenza n. 184...*, cit., n.p.

³²⁴ AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade...*, V. 2, cit., p. 729; ALVIM. *Da inexecução...*, cit., p. 216; SILVA. *O dano...*, cit., p. 397-398.

³²⁵ MARTINS-COSTA. *Dano moral...*, cit., p. 7084-7085.; SCHREIBER. *Os novos...*, cit., p. 125; FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO. *Curso...*, cit., p. 297; CAVALIERI FILHO. *Programa...*, cit., p. 90.

³²⁶ SILVA. *O dano...*, cit., p. 552; AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade...*, V. 2, cit., p. 729.

tanto na lesão quanto nas suas consequências. Embora se possam distinguir esses dois momentos distintos, com finalidade pedagógica, para melhor compreender anatomicamente o dano, este, na verdade, é um fenômeno uno, que apenas se configura como fato jurídico, merecedor de ressarcimento, quando estão presentes o evento lesivo e suas repercussões.

Poder-se-ia também questionar se a limitação do dano moral àqueles prejuízos que advêm da lesão a um direito da personalidade não seria uma inadequada restrição às hipóteses de reparação, que não se justifica nos tempos atuais, sob pena de deixar irressarcida a vítima em algumas situações. Este problema é agravado pela ausência de uma definição clara do dano moral na legislação e pela sua inserção na norma geral de responsabilidade civil. Ao contrário do que se passa na Itália ou na Alemanha, onde se introduziu uma distinção entre os danos patrimoniais e os danos morais, determinando-se que estes apenas seriam ressarcidos nos casos previstos em lei, inexistente no direito brasileiro uma regra específica que discipline a reparação dos danos morais e delimite a sua abrangência.

O enquadramento do dano moral na regra genérica de reparação faz surgirem algumas dificuldades, sobretudo porque são tão heterogêneas as noções de dano patrimonial e dano moral, que não é fácil construir um conceito legal de dano no qual ambos se encaixem. Consequência disto é que um conceito de dano que englobe tanto o patrimonial quanto o moral, tem de se situar num plano de generalidade e abstração que acaba implicando a sua inutilidade³²⁷.

Ademais, tornam-se mais turvas as diferenças entre os dois tipos de dano, de modo que vão se transpondo de um para o outro algumas características que nem sempre lhes são comuns, e deixa-se de enxergar especificidades importantes de cada qual. Assim, se o dano patrimonial é sempre ressarcível³²⁸, desde que estejam presentes os demais pressupostos da responsabilidade civil, porque o ordenamento jurídico garante a todos a integridade do seu patrimônio contra as injustas diminuições que este pode experimentar, o mesmo não acontece no caso do dano moral³²⁹.

Este, talvez por ser fenômeno que reúna situações heterogêneas, lesivas de diversos bens jurídicos, possui algum grau de anomalia. Em relação a ele, o problema do limite da ressarcibilidade é indissociável do seu conceito e vem, portanto, implícito na investigação relativa à definição do dano. Assim, a abrangência da reparabilidade do dano moral só se alcança mediante a compreensão do seu conceito e, ao reverso, apenas é possível compreender

³²⁷ DÍEZ-PICAZO. *El escândalo...*, cit., p. 75-76.

³²⁸ FISCHER. *Los daños...*, cit., p. 193; AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade...*, V. 2, cit., p. 729-730.

³²⁹ DÍEZ-PICAZO. *El escândalo...*, cit., p. 76-77.

o conceito quando se determina de que forma e dentro de quais limites o ordenamento jurídico concede indenização caso verificado tal dano³³⁰.

Não se pode, então, admitir que o dano moral seja, também, reparado em qualquer situação, bastando que haja lesão à dignidade humana ou a um interesse extrapatrimonial merecedor de tutela³³¹. Aceitá-lo seria reduzir a nada o conceito do dano moral, desfigurando-o por completo, o que resultaria numa aplicação excessivamente extensa, despida de critérios e possivelmente arbitrária. Como o seu conceito determina a sua abrangência e vice-versa, tal combinação resultaria numa espécie de ciclo vicioso, de modo que a aceitação de um conceito em que tudo cabe estimularia uma aplicação ilimitada, a qual, por sua vez, implicaria um elastecimento sempre maior do conceito; e assim indefinidamente.

A consequência é esta que hoje se constata: uma deformação tamanha do que se entende por dano moral, o qual tem sido usado como um conceito polivalente ou, na feliz expressão de Díez-Picazo, um “concepto *comodín*”³³², que serve para tudo, ao mesmo tempo que não serve para nada.

O condicionamento do dano moral ressarcível à existência de um fato que implique lesão a um direito de personalidade não é uma restrição autoritária ou injustificada. É certo que, se houvesse expressa previsão legal nesse sentido, a questão seria muito simples. Mas a ausência de tal previsão não torna inadequado o conceito proposto. É que, não tendo o legislador precisado o significado de dano moral, tal tarefa cabe à doutrina e à jurisprudência. E, como se viu, a determinação desse significado virá necessariamente acompanhada da demarcação dos limites das hipóteses de ressarcimento.

A configuração do dano moral pressupõe a ofensa a direito da personalidade porque, desde a origem, tal dano estava intrinsecamente associado a lesões de especial gravidade dos bens e direitos da pessoa humana. Estes nada mais são do que os bens ou direitos da personalidade, aqueles que são proeminentes em relação a todos os demais, e que constituem o mínimo necessário e imprescindível da personalidade³³³.

É para esses bens, os mais valiosos de que o ser humano pode ser titular, que se justifica a reparação dos danos morais, a despeito de sua anomalia e imperfeição. É sobretudo quando estes são atingidos que o sujeito sofre repercussões na sua esfera psíquica, na sua dimensão

³³⁰ DÍEZ-PICAZO. *El escândalo...*, cit., p. 77; FISCHER. *Los daños...*, cit., p. 194.

³³¹ FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO. *Curso...*, cit., p. 301; CAVALIERI FILHO. *Programa...*, cit., p. 88-89; MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil. Da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios*. V. 13. Arts. 927 a 965. 3. ed. rev. e atual. Sálvio de Figueirado Teixeira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 30.

³³² DÍEZ-PICAZO. *El escândalo...*, cit., p. 14.

³³³ DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. t. 1. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 12 e 29.

espiritual. Correspondem eles ao “patrimônio ideal”, mencionado por Melo da Silva³³⁴, aos “danos da alma” a que se referem, entre outros, Fischer e Pontes de Miranda³³⁵.

Não é à toa que a reparação do dano moral sempre esteve intimamente vinculada à violação desses específicos bens, não tendo jamais se cogitado a ressarcibilidade dos danos que atingissem qualquer bem jurídico ou direito subjetivo: são esses bens que particularizam cada um e os definem como pessoa. Constituem, como se disse, o conteúdo mínimo da personalidade, que é algo exclusivo dos homens e que os torna o que são: humanos. Admitir uma amplíssima ressarcibilidade dos danos de ordem não patrimonial, em todo caso em que haja lesão a um interesse extrapatrimonial é rebaixar os especiais e mais valiosos direitos da pessoa e colocá-los na vala comum, reduzir sua significância e enfraquecer sua proteção. É, ainda, ceder à trivialização e a deformação do conceito de dano moral, que servem ao uso punitivo de tal figura e à formação de uma sociedade marcada pelo sentimentalismo, pelo ressentimento e pela falta de resiliência e maturidade.

Acertado, pois, o prenúncio de Pierre Keyser, que notou a estreita relação existente entre os danos morais e os direitos da personalidade³³⁶. Deve-se compreendê-la e buscar o regime jurídico a ela aplicável.

Não há como negar que a construção do conceito de dano moral e a consequente delimitação de sua ressarcibilidade dependem, em alguma medida, de uma opção política, do tipo de sociedade em que se escolhe viver. Mas, à luz, sobretudo, do ordenamento jurídico brasileiro, no qual se optou por positivar o dano patrimonial e o dano moral como figuras que estão entre si numa relação de contraposição excludente, ainda não se encontrou conceito melhor que aquele aqui proposto.

3.3. A prova do dano moral

Assim delineado o conceito de dano moral, permanece pendente uma questão: se o prejuízo é de ordem espiritual, e se passa na esfera psíquica do sujeito, onde a investigação probatória não alcança, como comprovar a ocorrência do dano e, assim, determinar a sua reparabilidade?

O dano moral pode ser, por assim dizer, um dano invisível; ou pelo menos em parte invisível. As repercussões do evento lesivo na esfera psíquica do sujeito não são perceptíveis

³³⁴ SILVA. *O dano...*, cit., p. 1.

³³⁵ FISCHER. *Los daños...*, cit., p. 12; PONTES DE MIRANDA. *Tratado...*, t. 54, cit., p. 149.

³³⁶ KAYSER. *Les droits...*, cit., p. 488.

ou empiricamente cognoscíveis. Para Melo da Silva, contudo, a constatação da existência do dano seria possível mediante a observação dos seus sinais exteriores inequívocos. Diversos efeitos fisiológicos poderiam acusar, assim, a existência de uma perturbação do estado de ânimo do sujeito e, algumas vezes, a intensidade desses efeitos. A desordem nas funções mecânicas, físicas e bioquímicas do indivíduo tornaria reconhecível o dano moral. Desse modo, o andar fatigado e encurvado, a anemia momentânea traduzida pela descoloração da pele, os estados lipotímicos e a queda, decorrentes da contração do sistema vasomotor, os calafrios, a falta de ar, e, enfim, as sensações semelhantes, consistiriam numa espécie de quadro clínico do prejuízo moral. Nesse sentido, a prova do dano não seria impossível em grande parte dos casos³³⁷.

Contudo, por mais que as perturbações no estado psíquico do sujeito possam produzir sinais exteriores, fisiológicos, por meio dos quais é possível perceber a existência do dano, a exigência desta prova complicaria sobremaneira – se é que não inviabilizaria, por vezes – a reparação. Não se poderia exigir um exame clínico da vítima, a fim de que se aferissem as sensações provocadas pela lesão. E, ademais, algumas pessoas podem não manifestar a perturbação sofrida em sua esfera psíquica. O fato de tal perturbação ser imperceptível, contudo, não indica que o prejuízo inexistente; ainda que este não seja exteriorizado, na grande maioria das vezes, estará lá.

Na verdade, tem alguma razão Aguiar Dias ao afirmar que o prejuízo moral é “consequência irrecusável do fato danoso”, de modo que este o prova *per se*³³⁸. Com efeito, tomando-se por base o homem médio, e com fundamento no conhecimento empírico, pode-se dizer que a perturbação da esfera psíquica do indivíduo é, no mais das vezes, consequência inevitável da lesão aos bens jurídicos mais valiosos do ser humano. A ofensa àqueles bens originários, inatos, que constituem o conteúdo mínimo e necessário da personalidade humana, naturalmente atinge o homem em sua dimensão espiritual, repercutindo em sua esfera subjetiva. Seria absolutamente excepcional a situação em que, atingido o homem em sua personalidade, não experimentasse qualquer desordem ou abalo psíquico.

É por isso que a confirmação da existência do dano moral pode atingir-se mediante o uso de presunções. Constatada a lesão ao direito da personalidade, presume-se a configuração do dano; este está “na coisa em si”, é, pois, *in re ipsa*³³⁹.

Sobretudo por razões de ordem pragmática, admite-se que o juiz conclua pela ocorrência do dano moral a partir de fatos conhecidos ou demonstrados, os quais, segundo a

³³⁷ SILVA. *O dano...*, cit., p. 343-345.

³³⁸ AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade...*, V. 2, cit., p. 738.

³³⁹ FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO. *Curso...*, cit., p. 303.

experiência comum, têm elevada probabilidade de produzirem os efeitos alegados³⁴⁰. A constatação do dano *in re ipsa* deve proceder do emprego adequado do mecanismo presuntivo, o qual funciona como ponte entre o evento lesivo e suas consequências – ou seja, entre o “dano-evento” e o “dano-prejuízo”.

Daí se extraem três conclusões. A primeira é a de que o fato de o dano moral ser *in re ipsa* apenas implica o uso do método presuntivo para se chegar à existência do prejuízo, tratando-se, evidentemente, de presunção *iuris tantum*, que admite prova em contrário. Supor que a presunção seria, neste caso, absoluta, é o mesmo que admitir a existência de uma responsabilidade civil sem dano, o que seria quase uma *contradictio in terminis*. Na verdade, embora se justifique o emprego do mecanismo presuntivo, já que os prejuízos de ordem psicofísica são consequência inexorável do evento lesivo na grande maioria das situações, permite-se que o ofensor produza provas que afastem a ocorrência do dano moral. A dificuldade da prova continua presente, mas, legitimamente, desloca-se para aquele que cometeu o ato ilícito, mediante a distribuição do ônus probatório no processo³⁴¹.

A segunda conclusão é a de que, partindo-se da premissa segundo a qual o dano moral deve decorrer necessariamente da lesão a direitos da personalidade, tal dano será sempre *in re ipsa*. Desse modo, qualquer que seja o bem da personalidade lesado, presumem-se os prejuízos advindos da lesão, não havendo razão para aplicar a presunção em alguns casos e em outros não, já que a razão que a justifica está presente independentemente de qual seja esse bem. Note-se, porém, que tal conclusão ancora-se na premissa conceitual já estabelecida. Não se pode compreendê-la como um aval à presunção do dano moral em todo caso no qual se constate uma lesão à pessoa, ou à “dignidade humana”, ou a um “interesse existencial”: é justamente a gravidade excepcional da violação aos bens ou direitos da personalidade (entendidos estes no sentido técnico já mencionado), que justifica o uso, como regra, do mecanismo presuntivo.

Por fim, a terceira conclusão é a de que somente se presumem as consequências danosas (o “dano-prejuízo”, segundo a noção italiana de que aqui se vale didaticamente). Não se pode, a partir da simples verificação do ato ilícito, deduzir a existência do dano moral; do contrário, aceitar-se-ia, uma vez mais, a configuração de responsabilidade civil sem dano. Assim, é indispensável a concreta demonstração do “dano-evento”, isto é, da ofensa a um específico direito da personalidade, cuja gravidade e extensão – as quais devem ser igualmente

³⁴⁰ DE CUPIS. *Il danno...*, cit., p. 246; SCOGNAMIGLIO. *L'ingiustizia...*, cit., p. 290.

³⁴¹ MARX NETO, Edgard Audomar; FARIA, Juliana Cordeiro de. A prova no dano extrapatrimonial, p. 119-130. In: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; MARX NETO, Edgard Audomar (Orgs.). *Novas tendências. Diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 122.

comprovadas –, permitem avaliar a repercussão do fato na esfera psicofísica da vítima³⁴². Tal prova não é difícil e muito menos impossível de ser feita, não se justificando de nenhum modo a dispensa, ressalvados os casos expressamente previstos em lei.

No que tange à prova do “dano-evento”, deve-se fazer uma observação. A doutrina dos direitos da personalidade é inacabada e está sempre em construção. Alguns desses direitos, como é o caso do direito à imagem, já tem conteúdo bem delimitado; outros, como o direito à privacidade, ou intimidade, são mais abrangentes e possuem, inclusive, ramificações³⁴³. A dificuldade, por vezes, na conceituação e precisão do conteúdo de alguns dos direitos da personalidade podem tornar mais complexa a apreensão do dano. Por conseguinte, pode haver alguma variação relativa à análise das provas do evento lesivo conforme seja mais fácil ou mais difícil identificar a ofensa ao direito da personalidade, isto é, definir o conteúdo daquele específico direito subjetivo.

Assim, o dano à imagem, por ter um conteúdo restrito e muito bem delimitado, exige tão somente a prova do uso não consentido da imagem da pessoa, independentemente dos fins da utilização e do seu caráter ofensivo³⁴⁴. Não é à toa, pois, que tal dano consolidou-se no ordenamento brasileiro como um tipo especial de dano moral, como se discorrerá mais adiante. Já o dano à privacidade ou intimidade pode manifestar-se, concretamente, de formas diversas, pois a invasão na esfera privada pode-se dar pela violação ao sigilo epistolar, ao direito à inviolabilidade do domicílio, aos segredos dos acontecimentos da vida privada, ao sigilo profissional, seja em razão da indiscreta e não autorizada investigação de informações, seja em razão da divulgação³⁴⁵.

Por essa razão, a prova do “dano-evento” deverá ser mais ou menos robusta a depender do direito da personalidade violado. À indenizabilidade do dano à imagem basta, normalmente, a prova do uso não consentido da imagem, mas o dano à honra pode decorrer de uma série de situações distintas, não sendo suficiente a comprovação de inclusão indevida em cadastro de inadimplentes, por exemplo, para que esteja configurada a lesão. A fim de que seja devida a reparação, dever-se-á demonstrar no caso concreto a lesão à “dignidade pessoal refletida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa”³⁴⁶, isto é, à honra objetiva ou subjetiva.

³⁴² THEODORO JÚNIOR. *Dano...*, cit., p. 117.

³⁴³ FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 88.

³⁴⁴ CHAVES, Antônio. Direito à própria imagem. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 34, V. 9, p. 23-42, abr./jun. 1972, p. 33.

³⁴⁵ FERNANDES. *Proteção...*, cit., p. 132-133.

³⁴⁶ FERNANDES. *Proteção...*, cit., p. 72-73.

3.4. A função da responsabilidade civil por dano moral

Do retrospecto que se fez às origens do dano moral, nota-se que, em princípio, a consequência jurídica que dele surgia não era propriamente a concessão de indenização, mas a cominação de uma pena. O dano consistia, afinal, no rompimento do justo equilíbrio da ordem social ou cósmica, que deveria ser restabelecido³⁴⁷. Era natural que, diante do sofrimento de um dano injusto, nascesse o sentimento de vingança. Tanto assim que, nas sociedades primitivas, como se viu, admitia-se a represália individual, não submetida a qualquer disciplina legal ou costumeira; valia a autotutela, vencia o mais forte, vigia o caos. Em seguida, por força dos usos e costumes, a reação ao dano disciplinou-se de acordo com a Lei de Talião: olho por olho, dente por dente³⁴⁸. A partir daí, firma-se a proporcionalidade como uma máxima inerente à responsabilidade.

Até então, a vítima tinha o direito de vingança sobre a própria pessoa do ofensor, e não apenas sobre os seus bens. Se o devedor insolvente possuía mais de um credor, era esquartejado e seus destroços partilhados entre eles³⁴⁹. Mas com o tempo, passou-se a conceber a possibilidade de composição voluntária, o que ficava a critério da vítima. Esta poderia conceder ao ofensor o perdão em troca de uma soma em dinheiro. Nem por isso, todavia, desprendeuse a responsabilidade do seu caráter penal. A soma em dinheiro devida como contrapartida pelo dano sofrido, tantas vezes calculada pela multiplicação do valor do dano, nada mais era que uma multa, uma verdadeira *poena*, com caráter mais punitivo que reparatório³⁵⁰.

Embora essa multa tivesse manifesto caráter penal, ela estava a serviço do lesado e possuía, por isso mesmo, alguma função indenizatória. É que o delito cometido contra um indivíduo era considerado mais uma transgressão de um direito subjetivo privado que um rompimento da ordem pública³⁵¹.

Caminhou a civilização rumo à fórmula compensatória da multa. Trata-se de lenta transformação, cujo despontar coincide com o momento em que o comércio e o trabalho começaram a obter primazia frente à guerra³⁵².

³⁴⁷ VILLEY, Michel. Esboço histórico sobre o termo responsável (1977). In: *Revista Direito GV*, n. 1, V. 1, p. 135-148, mai. 2005, p. 139; MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). In: *Revista CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan.-mar/2005, p. 17.

³⁴⁸ Bíblia Sagrada, cit., Exôdo, 21, 24.

³⁴⁹ SILVA. *O dano...*, cit., p. 592-593.

³⁵⁰ DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. 3. ed. V. 2. Milano: Giuffrè, 1979, p. 230.

³⁵¹ FISCHER. *Los daños...*, cit., p. 202.

³⁵² SILVA. *O dano...*, cit., p. 600.

Com a Lei das XII Tábuas, em 450 a.C., passou a existir uma composição tarifada, regrada pelo poder público. Àquele momento ensaiou-se uma distinção entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, a partir da separação entre delitos públicos e delitos privados. Entre os germânicos, o *Wergeld* permitia que o autor do dano se livrasse do exercício da vingança privada mediante o pagamento de uma determinada importância em dinheiro³⁵³.

No direito francês antigo, significativamente influenciado pela Escola de Direito Natural que o precedera, surge propriamente a ideia de uma responsabilidade como princípio geral, tendo na culpa o seu fundamento central³⁵⁴. Naquele momento, desenvolvera-se, embora ainda não de forma completa, a separação entre responsabilidade civil e penal, a mais importante das evoluções ocorridas à época, como destaca Geneviève Viney:

Mas a evolução mais importante é certamente aquela que levou nossos antigos autores a *dissociar a responsabilidade civil da responsabilidade penal*. Inspirados nas «ações reipersecutórias», eles aos poucos trouxeram à tona a ideia de que a repressão de danos é uma questão que diz respeito prioritariamente aos particulares e, a partir daí, passaram a fazer a distinção entre punição e indenização. No entanto, não se deve, a esse respeito, exagerar a oposição, porque essa distinção há muito encontra forte resistência e, mesmo com Domat, que a admite claramente e dela tira muitas consequências, ainda se encontram certas sequelas da velha confusão entre dívida de reparação e penalidade³⁵⁵.

Nada obstante, esta separação só veio a se concluir muito mais tarde e em tempo relativamente recente. Foi no século XVIII, com a promulgação do Código de Delitos e Penas de Brumário, que surgiu, na França, uma autêntica ação de responsabilidade civil, distinta da ação penal³⁵⁶.

A partir de então, já não se confundiam pena e reparação. A reação ao dano privado despiu-se dos resquícios de seu caráter punitivo, passando a desempenhar função meramente reparatória. O sacrifício imposto ao responsável, o mal por este suportado, apenas se justificavam em razão e na medida da necessidade de ressarcimento que deveria ser proporcionado à vítima³⁵⁷.

Assim, é verdade que, nas primícias da história das civilizações, a reação ao dano sofrido pelo indivíduo tinha caráter penal. Tratava-se, de fato, da aplicação do instituto da pena privada³⁵⁸. No entanto, seguramente por boas razões, a sociedade evoluiu no sentido da desvinculação entre responsabilidade penal e responsabilidade civil, e, a partir de então, não é

³⁵³ SILVA. *O dano...*, cit., p. 601.

³⁵⁴ VINEY. Introduction..., cit., p. 11-13.

³⁵⁵ VINEY. Introduction..., cit., p. 13. tradução nossa.

³⁵⁶ VINEY. Introduction..., cit., p. 113.

³⁵⁷ DE CUPIS. *Il danno...*, V.2., cit., p. 230.

³⁵⁸ DE CUPIS. *Il danno...*, V.2., cit., p. 230.

mais dado à vítima o direito de punir ou de vingar-se. O dano privado atrai tão somente a reparação, ficando a pena restrita aos casos em que o ato ilícito atinge diretamente o interesse coletivo e social. Nessas situações, em vista da especial gravidade do ato e de seus efeitos, tem-se a tipificação da conduta pela lei penal, e a cominação legal de uma pena fixada e dosada conforme os critérios específicos do direito penal³⁵⁹.

A civilização levou séculos para evoluir da sua fase primitiva, em que os danos causados conferiam à vítima um direito de vingança contra a pessoa do ofensor, para um momento no qual, completada a separação entre responsabilidade civil e penal, estas passam a reger-se por normatizações diferentes, conforme os princípios e finalidades que pertencem a cada um desses ramos do direito. Diante disso, torna-se claro que a responsabilidade civil tem uma função, um âmbito de abrangência e um modo de ser próprios, distintos e independentes da responsabilidade penal.

Contudo, no âmbito dos danos morais, as fronteiras que separam pena e reparação aparecem especialmente dúbias³⁶⁰, já que ambas podem ser decorrentes de um delito e consistir em prestação de caráter pecuniário, cuja dimensão é mais difícil medir nos casos em que o bem jurídico lesado é inestimável. Se a reparação se faz em dinheiro, essa soma em pecúnia pode satisfazer, a um só tempo, à necessidade de compensação à personalidade do lesado e à sua ânsia por justiça, razão pela qual se afirma que a indenização pode desempenhar função múltipla, de compensação, punição e prevenção, colocando-se a meio caminho entre a reparação e a pena³⁶¹.

Assim, segundo Von Tuhr, a soma em dinheiro paga pelo ofensor à vítima é, a um só tempo, capaz de “compensar a perda que lhe tenha causado a agressão e calar aquele sentimento de vingança inato no homem, por mais moderno e civilizado que este seja”³⁶².

Mas embora a pena continue sendo um dos meios de tutela dos bens jurídicos imateriais, ao lado da indenização, ambos não se confundem e devem ser manejados como institutos distintos. Com efeito, a pena objetiva castigar o culpado pelo ilícito cometido, de modo que pode sofrer variações de acordo com a gravidade do ato e o grau de culpabilidade; mas a indenização visa tão somente a reparar o dano causado ao ofendido, razão pela qual é proporcional à extensão do dano. A pena pode ser fixada independentemente da existência de um dano, basta que tenha sido praticado um delito; por sua vez, a reparação apenas tem razão

³⁵⁹ THEODORO JÚNIOR. *Dano...*, cit., p. 71.

³⁶⁰ FISCHER. *Los daños...*, cit., p. 194.

³⁶¹ AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade...*, V. 2, cit., p. 736.

³⁶² VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. t. 1. trad. W. Roces. Madri: Editorial Reus S.A., 1934, p. 89. tradução nossa.

de ser quando o ilícito produz um dano concreto. A pena é indissociável da pessoa do ofensor, enquanto a reparação não é: esta pode ser transmitida aos herdeiros do lesado. Quem não é propriamente responsável – ou seja, quem não comete ato ilícito – jamais pode suportar uma pena, mas pode, ainda assim, ter a obrigação de reparar³⁶³.

A responsabilidade jurídica distingue-se em responsabilidade penal e responsabilidade civil em razão da forma por meio da qual se perturba o equilíbrio das coisas: ora se atinge diretamente a coletividade, ora se agride sobretudo o indivíduo. Quando se interfere na ordem social, mediante a violação da ordem penal, submete-se o infrator a uma pena. A repressão penal não se preocupa com o dano individual sofrido pela vítima, ainda que este tenha ocorrido, mas visa apenas à ameaça social³⁶⁴. É, fundamentalmente, no próprio ato ilícito que se encontra a injustiça que a ordem jurídica visa eliminar mediante a aplicação da responsabilidade penal³⁶⁵.

Já a responsabilidade civil, que faz nascer a obrigação de reparar, tem em vista o dano privado. É verdade que o dano que atinge o homem repercute inevitavelmente na coletividade, mas pouco importa se o ato que o causou ameaça de algum modo a ordem social. A sociedade incumbe-se dos atos ilícitos que a atingem diretamente e deixa ao sujeito que suporta o dano a ação que visa a restabelecer o equilíbrio perturbado. Assim o faz, como explica Aguiar Dias, não porque deixa de se impressionar com esse dano, mas porque mantém um regime político que justifica a sua não-intervenção³⁶⁶.

Em poucas palavras, enquanto a responsabilidade penal encontra sua razão de ser a direta tutela do interesse público, da ordem social, a responsabilidade civil tem fundamento na tutela do interesse privado³⁶⁷.

Essa duplicidade de regimes não foi construída de forma instantânea ou precipitada. Ao contrário, como já se mencionou, levou anos para que a civilização se desse conta de que a fórmula compensatória da indenização era prática, eficaz e, sobretudo, suficiente, deixando para trás a barbárie da vindita³⁶⁸. A responsabilidade penal só tem razão de ser quando os interesses da sociedade exigem a fixação de uma pena, o que não se justifica nos casos em que a tutela dos bens jurídicos pode realizar-se satisfatoriamente de outro modo.

Em última análise, o reconhecimento das situações em que se deve estabelecer penas é uma questão de política legislativa e depende, em alguma medida, das circunstâncias culturais

³⁶³ FISCHER. *Los daños...*, cit., p. 195; AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade...*, V. 2, cit., p. 736.

³⁶⁴ AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade...*, V. 1, cit., p. 5-6.

³⁶⁵ PESSOA JORGE. *Ensaio...*, cit., p. 11.

³⁶⁶ AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade...*, V. 1, cit., p. 7-8.

³⁶⁷ DE CUPIS. *Il danno...*, cit., p. 268.

³⁶⁸ SILVA. *O dano...*, cit., p. 592.

e da consciência moral num determinado tempo e lugar³⁶⁹. No entanto, ainda que haja variação quanto aos tipos de delito e à sua abrangência, permanece imutável o fato de que o delito atinge sempre de forma grave a ordem social, de modo que o único meio de tutela dos bens jurídicos por ele ameaçados é a pena. É o que ensina Jhering:

A zona de extensão do delito é, pois, variável; mas a sua noção é sempre a mesma. Em toda parte o delincente é aquele que ataca as condições de vida da sociedade; em toda parte a sociedade proclama, ditando a pena, que este é o único meio de defesa contra o delincente – o delito é a colocação em perigo das condições de vida da sociedade, perigo que o legislador constata que só pode afastar mediante a pena³⁷⁰.

A aplicação de uma pena não pode justificar-se senão quando esta é imprescindível à realização do direito, nos casos, portanto, de mais significativa gravidade. Os instrumentos do direito civil (tutela inibitória, tutela reparatória, nulidade, caducidade) são suficientes para a tutela dos bens jurídicos nos demais casos, em que se torna dispensável e, por conseguinte, temerária qualquer pena³⁷¹. As fronteiras que separam a responsabilidade penal da responsabilidade civil são traçadas pelo legislador, que elenca, na lei penal, os atos que considera terem especial caráter ofensivo à paz e à estabilidade social. A tipificação das condutas que acarretam a responsabilidade penal do agente é feita em atenção ao princípio da legalidade – *nulla poena sine lege* –, essencial à manutenção da liberdade individual e da segurança jurídica num Estado Democrático de Direito.

Também neste ponto se distinguem a responsabilidade penal e a responsabilidade civil. A aplicação de pena, por ser gravosa à liberdade, apenas pode ocorrer nas hipóteses em que há prévio e exposto enquadramento legal da conduta ilícita, com a cominação da sanção e seus parâmetros de dosagem. Por um lado, o indivíduo deve poder ter segurança de que, agindo dentro da esfera do permitido, conservará a sua liberdade e não será importunado³⁷². Por outro lado, poderá ter ciência dos atos outros, violadores da norma penal, que, se forem praticados, atrairão a ação repressora. É, aliás, nesse sentido, que à função punitiva da pena alia-se a função preventiva ou dissuasória: a *previsibilidade* do sofrimento do castigo desestimula o comportamento nocivo.

Já a incidência da reparação visa simplesmente a compensar uma vantagem protegida pelo direito e injustamente subtraída por outrem. Não possui qualquer propósito aflitivo e, embora não deixe de realizar na vítima um sentimento de justiça, por restituir, em alguma

³⁶⁹ JHERING, Rudolf Von. *El fin en el derecho*. trad. Leonardo Rodríguez. Madrid: B. Rodriguez Serra, 1911, p. 302.

³⁷⁰ JHERING. *El fin...*, cit., p. 302. tradução nossa.

³⁷¹ JHERING. *El fin...*, cit., p. 302-303.

³⁷² AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade...*, V. 1, cit., p. 6.

medida, o *status quo ante*, objetiva apenas a neutralização do dano. Por esta razão, a função da responsabilidade civil é reparatória, medindo-se a indenização pela extensão do dano, e só³⁷³.

Pode-se até aceitar a ideia de que as funções punitiva e preventiva tenham algum lugar na responsabilidade civil, como funções reflexas ou secundárias³⁷⁴, embora, a rigor, o fato de o autor do dano ter de suportá-lo e o potencial desestimulante disso não consistam propriamente em funções da responsabilidade civil, mas em consequências intrínsecas e naturais da obrigação de restituir o estado das coisas àquele que vigia antes do dano. Tais pretensas “funções” não servem para aumentar o valor da indenização nem para agravar a situação do autor do dano. E é justamente porque a responsabilidade civil não se presta à punição de condutas, mas apenas à reparação de danos, que o ordenamento jurídico tolera certa atenuação dos ditames impostos pelo princípio da legalidade, abraçando um sistema aberto, atípico, de responsabilidade civil, seja esta uma opção adequada ou não.

Nesse sentido, pena e reparação não se confundem, ainda que se esteja no terreno dos danos morais. A história ensina que a pena privada, enquanto exercício de vingança, era um instrumento imperfeito de realização da justiça no direito civil, porque não conhecia limite senão a arbitrária dimensão da fúria do sujeito ofendido. Ao devolver o mal com um mal maior, a pena acabava deixando de neutralizar a injustiça cometida para somar a ela uma outra. É por isso que, cedo ou tarde, esse sistema de vingança privada cedeu à lei e à ordem³⁷⁵.

Eis a sorte fatal da pena privada, constatada já por Aguiar Dias: “sua história é a história do seu progressivo desaparecimento”³⁷⁶.

Não obstante à evolução da civilização ocidental no sentido do declínio da pena privada, há hoje uma tendência a confundirem-se indenização e pena, uma confessa reaproximação entre direito penal e civil, na contramão da história. Tem-se aplicado no direito civil, muitas vezes de forma velada, sanções que constituem verdadeira pena privada, como anuncia Viney:

De seu lado, o direito civil deu passos significativos em direção ao direito penal, consagrando, algumas vezes oficialmente, mas mais frequentemente de forma dissimulada, condenações que são, na realidade, verdadeiras « penas privadas ». Esse desenvolvimento da pena privada no quadro da responsabilidade civil, que Starck tinha preconizado já em 1947, é hoje muito evidente em inúmeros domínios e uma tese notável propõe formalizar o seu reconhecimento e regulamentar o seu regime,

³⁷³ Cf. art. 944 do CC/02. Ressalva-se que o parágrafo único do referido artigo permite a redução (mas não o aumento) da indenização se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

³⁷⁴ PESSOA JORGE. Ensaio..., cit., p. 47-49.

³⁷⁵ JHERING, Rudolf Von. *O espírito do direito romano nas diversas fases de seu desenvolvimento*. trad. Rafael Benaion. V. 1. Rio de Janeiro: Alba, 1943, p. 101-102.

³⁷⁶ AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade...*, V. 1, cit., p. 736.

especialmente introduzindo na nossa legislação a instituição de danos punitivos ou exemplares, aos quais diversas leis estrangeiras atualmente dão espaço³⁷⁷.

No âmbito do dano moral, esse ímpeto punitivo que tem contaminado o direito civil é especialmente notável e revela-se na tentativa de introdução, nos sistemas de *civil law*, dos chamados *punitive damages* e nos critérios utilizados para a quantificação dos danos morais, como o grau de culpa do ofensor ou a condição socioeconômica das partes³⁷⁸, que, não tendo nada a ver com a extensão do dano, inflam arbitrariamente as indenizações visando a castigar o infrator. Revela-se também na função múltipla (reparatória, punitiva e preventiva) atribuída à responsabilidade civil pela doutrina³⁷⁹ e na retórica dos tribunais ao arbitrar a indenização considerando que esta deve possuir “caráter pedagógico/punitivo”³⁸⁰. Revela-se, por fim, cada vez mais, na criação de diversas e novas figuras de dano, que escondem – se bem que nem tanto – inequívoco viés punitivo, sobre o que tratará a segunda parte desta obra. Arquétipo dessas novas figuras é o chamado dano social, apresentado no cenário jurídico brasileiro por Antonio Junqueira de Azevedo, que declaradamente o qualifica como “lesões à sociedade, no seu nível de vida”, que dá origem a indenização punitiva e dissuasória³⁸¹.

O direito civil, sendo reduto da liberdade individual, deve resistir ao fascínio do punitivismo que, longe de ser uma panaceia, é atributo que a história reservou ao direito sancionador. Insiste-se, então, em que a função da responsabilidade civil é, essencialmente, reparatória; e isso não é diferente no campo dos danos morais.

³⁷⁷ VINEY. Introduction..., cit., p. 122. tradução nossa.

³⁷⁸ PESSOA JORGE. Ensaio..., cit., p. 51-52; LOPEZ. *O dano...*, cit., p. 109-110.

³⁷⁹ Veja-se, por todos, BESSA. Dano..., cit., p. 266: “Embora primordial a função reparatória da responsabilidade civil nas relações privadas individuais, existem, ao seu lado, as funções punitiva e preventiva. Em algumas situações, a função punitiva assume maior relevância que a função reparatória”.

³⁸⁰ A propósito, citam-se, exemplificativamente: AgInt no AREsp 1162391/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 27/02/2018, DJe 09/03/2018; AgInt no AREsp 1359026/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 10/06/2019, DJe 13/06/2019; REsp 1655731/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/05/2019, DJe 16/05/2019; REsp 1799346/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/12/2019, DJe 13/12/2019. Referidos acórdãos são alguns dos que foram analisados na pesquisa jurisprudencial empreendida acerca das diversas categorias de dano não patrimonial e cujos resultados serão melhor expostos no decorrer deste trabalho.

³⁸¹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO. Por uma... cit., p. 216.

4. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

*Persona significat id quod est perfectissimum in tota natura*³⁸².

Acolher o conceito de dano moral acima proposto, implica reconhecer que este instituto está profundamente atrelado aos direitos da personalidade. Embora o dano moral não corresponda tecnicamente à lesão em si desses direitos, pressupõe-na. O evento lesivo, do qual resulta o prejuízo e o dever de repará-lo, será sempre uma ofensa a um direito da personalidade. Isso significa que a extensão e o conteúdo dos direitos da personalidade definirão também, em grande medida, os contornos do dano moral reparável. Quer-se saber se há dano moral reparável, deve-se, antes, responder: houve lesão a um direito da personalidade?

Assim, tarefa imprescindível à compreensão do dano moral e à aferição de sua ressarcibilidade em concreto é a investigação sobre a teoria dos direitos da personalidade, relativamente recente e ainda pouco estudada, tema que mereceria para si uma inteira dissertação. O objetivo deste capítulo não é, pois, proceder a uma investigação profunda sobre o tema, mas traçar algumas noções gerais, que permitam a formação de uma ideia mais completa sobre o que é e a que serve o dano moral.

Os direitos da personalidade não são, certamente, uma descoberta da modernidade. Em tempos pretéritos, havia já normas esparsas que visavam a tutelar atributos da pessoa humana. Contudo, antes do século XIX, inexistiam estudos sistematizados sobre os direitos da personalidade, que não se encontram, como um sistema uniforme, com conteúdo e regime próprio, até tempos mais recentes³⁸³.

Com a transposição da pessoa ao centro do direito civil contemporâneo³⁸⁴, ganham destaque esses direitos e passam a ser estudados como um conjunto, atribuindo-se a Otto Von Gierke o pioneirismo no descobrimento desse instituto e a denominação jurídica que hoje se lhe atribui.

Trata-se, pois, de uma matéria incipiente, cuja investigação, por isso mesmo, carece de ser maturada. Ainda é difícil apontar com precisão quais são os direitos da personalidade, o que decorre da complexidade de conceituação da própria personalidade. Diz-se, usualmente,

³⁸² “Pessoa significa o que há de mais perfeito em toda a natureza”. AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. V. 1. p. 1. q. 29. São Paulo: Edições Loyola, 2001, p. 529.

³⁸³ FERNANDES. Proteção..., cit., p. 11 e 32.

³⁸⁴ FERNANDES. Proteção..., cit., p. 11-12.

que esta corresponde à condição ou maneira de ser da pessoa³⁸⁵ e que, reconhecida pela ordem jurídica, traduz-se na aptidão para exercer direitos e contrair obrigações³⁸⁶.

Mas isso pouco esclarece. É preciso ir à raiz do termo. O que é, afinal, *pessoa*? Tomás de Aquino, apoiando-se em Boécio, ensina que pessoa é “a substância individual de natureza racional”³⁸⁷. O conceito de pessoa está inserido na definição de indivíduo, sendo este mais amplo que aquele. O indivíduo é a substância indivisa e particular, distinta de outra qualquer e, portanto, única. Quando subsiste numa natureza racional, tem domínio dos seus próprios atos e não é movido apenas pelas ações de outros, mas age por si mesmo. Assim, os indivíduos de natureza racional merecem um nome especial: *hipóstase* para os gregos, *pessoa* para os latinos.

Se o conceito de individualidade está relacionado à matéria, o de personalidade encontra-se numa dimensão mais profunda e elevada do ser. É o que ensina Jacques Maritain:

Considerada metafisicamente, personalidade é, como bem afirma a Escola Tomista, “subsistência”, a realização última pela qual o influxo criador sela, em si mesmo, uma natureza face a face com toda a ordem da existência, de modo que a existência que recebe é *sua própria* existência e *sua própria* perfeição. Personalidade é a subsistência da alma espiritual comunicada ao composto humano³⁸⁸.

A personalidade é, então, a condição do indivíduo de natureza racional, é a subsistência da alma espiritual comunicada ao composto humano.

O termo *pessoa* é uma derivação das máscaras que eram utilizadas no teatro antigo, nas comédias e tragédias, para representar personagens humanas. A sua utilidade, à época, consistia em criar uma concavidade que permitia ecoar o som, aumentando o volume das falas. Assim, etimologicamente, *pessoa* se origina de *per-sonare* (para ressoar)³⁸⁹.

Desde a sua origem, o sentido do termo sofreu alteração. Como nas comédias e tragédias eram representadas figuras ilustres e prestigiadas, *pessoa* passou a designar aqueles indivíduos que eram constituídos em dignidade. Por isso, como ensina Tomás de Aquino, existe uma definição de *pessoa* segundo a qual esta corresponde a uma “hipóstase distinta por uma

³⁸⁵ FERNANDES. Proteção..., cit., p. 43.

³⁸⁶ Nesse sentido, segundo Beviláqua: “*Pessôa é o ser, a que se atribuem direitos e obrigações*. Equivale, assim, a *sujeito de direitos*. *Personalidade* é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações”. (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos estados unidos do Brasil*. 6. ed. V.1. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1940, p. 168. grifos do autor).

³⁸⁷ AQUINO. *Suma...*, cit., p. 522-534.

³⁸⁸ MARITAIN, Jacques. *The person and the common good*. trad. John J. Fitzgerald. Indiana: University of Notre Dame Press, 1966, p. 40-41. tradução nossa.

³⁸⁹ AQUINO. *Suma...*, cit., p. 522-534.

qualidade própria à dignidade”³⁹⁰. A dignidade consiste em subsistir numa natureza racional; razão pela qual denomina-se pessoa todo indivíduo dessa natureza³⁹¹.

Ao dizer que o homem é um *animal político*, Aristóteles havia apreendido a duplicidade da natureza humana: sua natureza genérica é a animalidade; sua natureza específica, a racionalidade³⁹². Assim, o ser humano é, por seu corpo, um indivíduo biológico em meio às outras criaturas, composto de matéria e detentor de sensibilidade; por sua natureza espiritual (ou racional), é uma *pessoa*, dotado de singularidade e constituído em dignidade, consciente do inestimável valor que tem e que o eleva diante de toda a ordem física³⁹³.

Embora a hipóstase grega e a pessoa latina já existissem na antiguidade, deve-se ao cristianismo a atribuição, a esses conceitos, de um conteúdo, do qual foram extraídas consequências relevantes. Foi graças ao cristianismo, com sua filosofia e base metafísica, que o homem deixou de ser um indivíduo membro da sociedade, inserido num estado social, para tornar-se propriamente pessoa humana, dotada de dignidade³⁹⁴.

Por serem indivíduos racionais, com desejos, pensamentos e ideias próprios, capazes de tomar decisões, construir projetos e orientar suas ações, os seres humanos distinguem-se na ordem natural. Isso os torna seres morais, responsáveis pela própria vida e destinados a um fim transcendente³⁹⁵. E é essa visão que explica a existência do direito e de direitos. A rigor, “a ideia de pessoa humana, ou, melhor, a pessoa humana viva e concreta, tem o primado em toda a construção do direito”³⁹⁶, e este existe pelas pessoas e para as pessoas. Nesse sentido, “tudo quanto existe no direito se destina ao homem concreto e vivo e (...) tudo quanto negar esta verdade não será direito, mas *torto*”³⁹⁷.

Assim, da natureza das coisas decorrem dois fatos. O primeiro é que a personalidade não pode ser concedida ou recusada aos homens pela ordem jurídica; ela é reconhecida aos seres humanos pelo simples fato de ser, não sendo possível negar-lhes em nenhuma

³⁹⁰ AQUINO. *Suma...*, cit., p. 522-534.

³⁹¹ AQUINO. *Suma...*, cit., p. 522-534.

³⁹² CORÇÃO, Gustavo. *Dois amores, duas cidades*. 2. ed. Campinas: Vide Editorial, 2019, p. 23.

³⁹³ CORÇÃO. *Dois...*, cit., p. 45.

³⁹⁴ CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade. In: *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. V. 66. 2. ed. Coimbra, 1992, p. 12-14; GOMES DA SILVA, Manuel Duarte. Esboço de uma concepção personalista do Direito: reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 17, p. 139-225, 1964, p. 189.

³⁹⁵ DE CUPIS. *I diritti...*, cit., p. 23; SCRUTON, Roger. Animal Rights. In: *City Journal*, 2000. Disponível em: <<https://www.city-journal.org/html/animal-rights-11955.html>>. Acesso em: 9 dez. 2020; GOMES DA SILVA, Manuel Duarte. Esboço de uma concepção personalista do Direito: reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos (continuação do V. 17). In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 18, p. 51-185, 1964, p. 93.

³⁹⁶ GOMES DA SILVA. Esboço..., V. 18, cit., p. 87.

³⁹⁷ GOMES DA SILVA. Esboço..., V. 18, cit., p. 93.

circunstância o estatuto de pessoa e a dignidade que lhe é própria. O segundo é que apenas aos homens é possível reconhecer a personalidade, enquanto qualidade de ser pessoa³⁹⁸. Às chamadas pessoas jurídicas o direito atribui – e não reconhece – uma espécie de personalidade analógica, um mecanismo técnico-operacional mediante o qual se estendem aos entes coletivos alguns poderes jurídicos dos homens, na medida das necessidades destes³⁹⁹.

Assim, a personalidade é pressuposto do exercício de direitos e deveres. Nada obstante, não são todos os direitos da pessoa que constituem direitos da personalidade. Na linguagem jurídica, esse termo é reservado a alguns direitos subjetivos especiais, que constituem o mínimo necessário e imprescindível do conteúdo da personalidade, seu núcleo mais profundo. Em outras palavras, são os direitos sem os quais

(...) a personalidade permaneceria uma atitude completamente insatisfeita, desprovida de qualquer valor concreto; direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam qualquer interesse em relação ao indivíduo: a ponto de chegar a dizer que, se não existissem, a pessoa não seria mais tal⁴⁰⁰.

Nesse sentido, tais direitos são essenciais à personalidade e, por isso, possuem primazia frente a todos os demais direitos subjetivos. Isso decorre do seu objeto – ou bem jurídico –, que é interior ao sujeito, estando ligado a este por um nexó estreitíssimo, orgânico, como afirma De Cupis. Os bens da personalidade são, ademais, os mais valiosos dentre aqueles que o homem possui⁴⁰¹.

Assim como a personalidade é condição pré e supra-jurídica, também os direitos da personalidade são originários e inatos; ou seja: adquirem-se pelo simples fato do nascimento. Por isso mesmo, são direitos gerais, pois toda pessoa é deles titular. São extrapatrimoniais, já que não são estimáveis em dinheiro, inalienáveis, imprescritíveis e intransmissíveis⁴⁰². Além disso, são direitos absolutos ou de exclusão, o que significa que são oponíveis *erga omnes*, de modo que toda pessoa encontra-se, perante toda a coletividade, numa posição análoga a do credor de uma obrigação de não fazer⁴⁰³.

³⁹⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direitos da personalidade*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 5; SCRUTON. *Animal...*, cit., n.p.

³⁹⁹ VILLELA, João Baptista. Perchè non Parli? Sobre a Possibilidade de Dano Moral às Pessoas Jurídicas. In: *Revista Doutrinária*, Rio de Janeiro, n. 7, p. 97-118, jun. 2004, p. 103; VASCONCELOS. *Direitos...*, cit., p. 5; BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. O futuro da responsabilidade civil desafiada pela inteligência artificial: as dificuldades dos modelos tradicionais e caminhos de solução. In: *Revista de Direito da Responsabilidade*, a. 2, p. 280-326, 2020, p. 791.

⁴⁰⁰ DE CUPIS. *I diritti...*, cit., p. 29. tradução nossa.

⁴⁰¹ DE CUPIS. *I diritti...*, cit., p. 29.

⁴⁰² FERNANDES. *Proteção...*, cit., p. 105-107.

⁴⁰³ FERNANDES. *Proteção...*, cit., p. 99.

Esta última característica merece especial atenção. Os direitos da personalidade, enquanto direitos naturais, traduzem-se no direito de proibir a intromissão alheia na esfera da personalidade. Descobertos primeiro no âmbito público⁴⁰⁴ e, mais tarde, no privado, esses direitos eram, tradicionalmente “negativos”, direitos de liberdade. Para cumpri-los, bastava não fazer nada, isto é, exigia-se, tão somente, a abstenção.

Direitos sociais, que requerem uma intervenção positiva, seja do Estado, seja de outros indivíduos, são incompatíveis com os direitos da personalidade. Tratam-se, afinal, de *claim rights*, e não mais de *liberty rights*, de modo que, em vez de impor aos outros uma abstenção, dirige-lhes um dever de conteúdo afirmativo, um dever de prestar. Não podem ser, portanto, direitos naturais. Estes têm como objeto bens de que o homem já é dotado pela simples condição de ser homem, de modo que, assim como não lhes podem ser negados, também não lhes podem ser concedidos por ninguém.

Deve-se ter cuidado para não confundir com os direitos da personalidade aqueles outros direitos que visam a assegurar condições para a conservação e o desenvolvimento dos bens da personalidade, mas que são exteriores a ela. Em si mesmo tem o ser humano os seus bens mais preciosos, entretanto, tem necessidade de outros tantos bens, que desempenham a função de auxílio ou complemento. Trata-se de bens extrínsecos à pessoa, os quais se alcançam mediante o comportamento positivo de terceiros, e não mais de bens interiores que impõe aos terceiros uma abstenção. Os direitos que têm por objeto esses outros bens não são direitos da personalidade⁴⁰⁵. Desse modo, não o são, por exemplo, o bem-estar social ou econômico, o direito à alimentação, ao vestuário e a serviços sociais.

Nos tempos modernos, assiste-se, contudo, a uma inflação de direitos, que, muitas vezes, são impropriamente chamados direitos da personalidade. A inclusão de direitos subjetivos comuns – e mesmo de falsos “direitos” – ao lado dos verdadeiros direitos da personalidade é inviável e nefasta, por mais de um motivo.

Em primeiro lugar, não se pode perder de vista que uma das máximas apriorísticas que orienta a atribuição de direitos e deveres na sociedade é a reciprocidade. Isso significa que nenhum direito é conferido gratuitamente, todos têm como contrapartida o dever de outrem. Assim, toda norma que outorga um direito a um sujeito imputa a outro indivíduo, ou a um grupo de indivíduos, ou a todos de modo geral, um correspondente dever de conduta⁴⁰⁶. Por

⁴⁰⁴ GOMES. Tendências..., cit., p. 299.

⁴⁰⁵ DE CUPIS. *I diritti...*, t. 1, cit., p. 59.

⁴⁰⁶ CABRAL DE MONCADA, Luís. *Elementos de História do Direito Romano*. V. 2. Parte geral. Teoria geral da relação jurídica. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1924, p. 52.

consequente, direitos não podem ser inconsequentemente inventados, sem que se aumente excessivamente a lista dos deveres a que estão sujeitos os indivíduos. Isso é especialmente relevante no caso dos direitos da personalidade, que, por serem absolutos, são oponíveis à inteira sociedade. O preço da multiplicação de direitos é, pois, a redução da esfera de liberdade de ação.

Em segundo lugar, a contínua extensão do rol de direitos tem efeito contrário ao que supostamente almeja, porque resulta em ineficiência. Se há tantos direitos, eles certamente passarão a ser menos respeitados em algum momento⁴⁰⁷. Os direitos da personalidade, principalmente, por terem como objeto os bens mais valiosos para o ser humano e por ocuparem, conseqüentemente, lugar de primazia, merecem tutela especial. Não podem, então, ter seu conteúdo estendido a tal ponto que passem a abarcar direitos subjetivos comuns. Isso equivaleria a rebaixar os direitos da personalidade ao patamar da trivialidade: se são tão inúmeros esses direitos, se têm contornos tão indefinidos, perdem sua preeminência e deixam de desfrutar de tutela especial. Convém separar os direitos mais importantes da pessoa, que têm características e regime próprios, dos direitos subjetivos comuns conferidos pelo ordenamento jurídico.

A inflação de direitos tem, ainda, o potencial de criar não-direitos, ou privilégios, que aniquilam os verdadeiros direitos. Assim, por exemplo, fala-se em “direito de não nascer”⁴⁰⁸, o qual justificaria, nos modernos casos de *wrongful birth*, a indenização devida pelo médico aos pais da criança que, em razão de erros de diagnóstico, “vai ter que viver uma vida cheia de sofrimentos por ter nascido *defeituosa*, quando *não deveria ter nascido*”⁴⁰⁹. A subversão é repugnante: se a vida é o mais valioso dos direitos da personalidade, direito natural que ninguém pode recusar ao homem, um pretense “direito de não nascer” é simplesmente um sórdido artifício para aniquilar aquele autêntico direito.

Por tudo isso, os direitos da personalidade devem ser reconhecidos com moderação. É preciso que reúnam as qualidades acima referidas e possuam um conteúdo bem delimitado.

Tais direitos têm como objeto uma parte destacada, um fragmento, da personalidade. São esses os bens jurídicos cuja violação acarreta dano moral. Há quem entenda, porém, que eles são manifestações incompletas e parcelares de um verdadeiro direito-fonte⁴¹⁰: o direito

⁴⁰⁷ SCRUTON. *Animal...*, cit., n.p.

⁴⁰⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. Dano Existencial. In: *Revista de direito privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 15, V. 57, jan.-mar/2014, p. 288-301, p. 298.

⁴⁰⁹ LOPEZ. Dano Existencial, cit., p. 298. g.n.

⁴¹⁰ KAYSER. *Les droits...*, cit., p. 486.

Ainda, segundo Capelo de Sousa, “o direito geral de personalidade, enquanto direito-mãe (*Mutterrecht*) ou direito-fonte (*Quellrecht*), tendo como objeto a personalidade humana no seu todo, fundamenta, enforma e serve de

geral da personalidade. Criado pela doutrina alemã por volta da primeira metade do século XIX, o direito geral de personalidade consistiria num direito subjetivo básico e unitário⁴¹¹, capaz de albergar e embasar todos os específicos direitos da personalidade e, ao mesmo tempo, colmatar as lacunas que estes deixassem em relação à tutela da personalidade⁴¹².

Assim, segundo a construção alemã, não haveria, propriamente, vários tipos singulares e autônomos de direitos da personalidade, mas poderes que irradiam de um único direito geral, cujo objeto é a personalidade como um todo, considerada nos seus diversos aspectos⁴¹³. Esse direito geral, além de abranger a heterogeneidade dos direitos específicos, neles não se esgotaria, razão pela qual comportaria expressões da personalidade ainda não definidas e tuteladas pelo ordenamento⁴¹⁴.

Tal direito traduzir-se-ia no respeito à dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade⁴¹⁵, ideias que são demasiado vagas e imprecisas. A existência de um direito geral de personalidade na Alemanha se explica pelo objetivo de garantir a indenização por danos morais de forma mais abrangente e fugir, assim, do sistema fechado estabelecido pelo legislador. Desse modo, poder-se-ia evitar o enrijecimento dos direitos da personalidade cuja lesão merece reparação e proporcionar uma proteção mais completa da pessoa⁴¹⁶.

Essa utilidade não seria alcançada pelo reconhecimento de um direito geral de personalidade em países outros, onde é vigente um sistema mais aberto que o alemão, como é o caso da França, por exemplo, ou do Brasil.

Não é à toa que a existência de um direito geral de personalidade é refutada por parte da doutrina. Oliveira Ascensão enxerga certa anomalia nessa figura, que, em Portugal, seria desnecessária e contrária ao espírito da lei. Para ele, “não há um direito de personalidade, há concretos direitos de personalidade”⁴¹⁷. De Cupis⁴¹⁸ também aponta a inviabilidade de aceitar-

princípio geral mesmo aos próprios direitos especiais de personalidade *legais*, que, embora dotados de relativa autonomia, têm por objecto determinadas manifestações parcelares daquela personalidade. Daí que, nomeadamente, as normas do direito geral de personalidade se apliquem subsidiariamente, como vimos, aos direitos especiais de personalidade legais. Além do que, devendo esses direitos, pela sua própria natureza, estar específica e circunscritamente previstos na Lei, não esgotam o bem geral da personalidade humana, necessariamente mais extenso, intenso e dinâmico do que os bens especiais de personalidade tutelados por aqueles direitos e, de certo modo, englobante destes últimos bens”. (CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 559-560).

⁴¹¹ FERNANDES. Proteção..., cit., p. 39.

⁴¹² VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito...*, cit., p. 62.

⁴¹³ SOMMA, Alessandro. I diritti della personalità e il diritto generale della personalità nell'ordinamento privatistico della Repubblica Federale Tedesca. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, a. 50, n. 3, set. 1996, p. 807-835, p. 807-808; VASCONCELOS. *Direito...*, cit., p. 67.

⁴¹⁴ VASCONCELOS. *Direito...*, cit., p. 45-46.

⁴¹⁵ KAYSER. Les droits..., cit., p. 486.

⁴¹⁶ KAYSER. Les droits..., cit., p. 487-488.

⁴¹⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Teoria geral do Direito Civil*. V. 1. Lisboa: [s.n.], 1985/85, p. 122.

⁴¹⁸ DE CUPIS. *I diritti...*, cit., p. 31-40.

se a fusão dos vários direitos da personalidade num direito unitário, que tem por objeto a própria personalidade. Segundo ele, os vários modos de ser e as qualidades do homem são propriamente bens que correspondem a fragmentos da personalidade, e não simples interesses relativos a um bem único e geral. E, com efeito, tal como visto acima, objeto de direito são os bens jurídicos; interesse, por sua vez, é o vínculo de utilidade que liga o bem ao sujeito.

A visão segundo a qual existiria um direito único, cujo objeto fosse o homem, a personalidade em sua inteireza, incorre no risco de que a tutela jurídica da personalidade seja excessivamente dilatada, estendendo-se, no fim das contas, a qualquer interesse humano. Mas não é, claro, qualquer intervenção alheia nas esferas física e espiritual da pessoa que é repelida pelo ordenamento jurídico e dá origem à reparação moral⁴¹⁹.

Com efeito, parece que tem razão de ser a rejeição, no Brasil, a um direito geral de personalidade. Não haveria sentido em criar uma figura como esta se o seu lugar pode ser satisfatoriamente ocupado pela admissão de um regime *numerus apertus* de direitos especiais da personalidade, com a vantagem de que, neste caso, obtém-se maior segurança jurídica e previsibilidade. Com efeito, o reconhecimento desses direitos típicos, que têm por objeto bens específicos aos quais a legislação reconhece especial valor e proteção jurídica, evita – embora não impeça por completo – um alargamento descomedido da tutela da pessoa. É que o julgador deixa de dispor de uma noção fluida, baseada na “dignidade humana” ou no “livre desenvolvimento da personalidade”, onde tudo cabe, e passa a estar obrigado a demonstrar o fundamento jurídico-positivo de cada um dos direitos da personalidade supostamente violados em determinada situação. A tutela da personalidade coloca-se, desse modo, em limites mais razoáveis e conformes ao direito positivo⁴²⁰.

Nesse sentido, conquanto se admita que os direitos da personalidade se encontram apenas exemplificativamente arrolados na legislação, estes não podem ser inventados a cada instante no julgamento do caso concreto, com o intuito – declarado ou velado – de conceder à vítima uma indenização a todo custo, com base em conceitos abertos e indeterminados e recursos retóricos. Deve haver rigor quanto à caracterização daquele direito específico como um direito da personalidade e quanto ao delineamento do conteúdo e dos contornos da figura. Assim, tem razão Menezes Cordeiro, ao afirmar que “a ideia de ‘bem da personalidade’ é tanto mais útil quanto mais preciso e delimitado for o seu universo”⁴²¹.

⁴¹⁹ DE CUPIS. *I diritti...*, cit., p. 39-40.

⁴²⁰ DE CUPIS. *I diritti...*, cit., p. 39-40.

⁴²¹ MENEZES CORDEIRO. *Tratado...*, V. 2. t. 3., cit., p. 79.

Diante disso, bastam os direitos específicos da personalidade, caracterizados pela pluralidade, já que cada um tem como objeto um bem jurídico diverso, com peculiaridades próprias⁴²². Esses direitos são tipos, unidades dotadas de conteúdo, formadas pela descrição de notas comuns referentes a determinados fenômenos da vida que se manifestam na realidade de formas múltiplas e, por isso, não podem ser satisfatoriamente apreendidos pelo sistema lógico conceitual. Derivam de uma forma de pensamento mais concreta que a dos conceitos abstratos classificatórios, de modo que são, em oposição aos conceitos, caracterizados pela abertura, pela gradação, pela interdependência dos traços tipológicos, e pela sua aproximação da realidade⁴²³.

São um conjunto aberto porque possuem elasticidade em suas características, que não precisam estar sempre presentes em sua totalidade, é dizer, em comum entre os diversos fenômenos típicos não é preciso haver um número determinado e rígido de traços distintivos, mas um núcleo mínimo de particularidades que permitam compreender o seu sentido. As notas do tipo podem-se combinar de formas diversas e estar presentes em maior ou menor grau de intensidade. Além disso, suas notas distintivas são interdependentes, de modo que formam uma estrutura integral, inteira, por meio da qual se expressa o sentido do todo. Por tudo isso, e sobretudo em razão de seu conteúdo concreto, plenamente descritivo, o tipo aproxima-se significativamente da realidade⁴²⁴.

Os tipos de direitos da personalidade servem a uma caracterização minuciosa dessa espécie de direito subjetivo. São encontrados, primeiro, na realidade jurídica – na medida em que decorrem da natureza das coisas – e, depois, apreendidos pelo legislador, que abstrai as suas particularidades individuais e recolhe o que lhes é comum ou frequente, identificando um padrão ao qual atribui, enfim, um regime jurídico. Não são, então, inventados, mas descobertos⁴²⁵.

Por isso, não existe um *numerus clausus* dos direitos da personalidade, e a descoberta de novos tipos dessa espécie de direito subjetivo é sempre possível⁴²⁶.

É comum distinguir os direitos da personalidade que atingem a esfera corporal (direito à integridade física, art. 949 do CC) daqueles que atingem a esfera espiritual. Entre esses últimos, apontam-se com frequência e constância o direito à vida (art. 5º, *caput*, da CF), à intimidade e à vida privada (art. 5º, X, da CF e art. 21 do CC), à imagem (art. 5º, X, da CF e

⁴²² FERNANDES. Proteção..., cit., p. 50.

⁴²³ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. trad. José Lamago. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019, p. 655-656 e 668; DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 51-52.

⁴²⁴ DERZI. *Direito...*, cit., p. 51-52.

⁴²⁵ LARENZ. *Metodologia...*, cit., p. 662-663. DERZI. *Direito...*, cit., p. 47.

⁴²⁶ LARENZ. *Metodologia...*, cit., p. 648.

art. 20 do CC), ao nome (art. 17 a 19 do CC), à honra (art. 5º, X, da CF e art. 953 do CC), à liberdade pessoal (art. 954 do CC) e ao direito moral de autor (art. 24 da Lei nº 9.610/1998)⁴²⁷.

Sendo esses direitos caracterizados pela pluralidade e tendo como objeto um fragmento da personalidade que corresponde a um bem jurídico tutelado autonomamente, um mesmo evento pode atingir, a um só tempo, mais de um desses bens e causar, assim, dano moral de maior extensão. Pode ser que a imagem seja violada sem que o seja a honra, ou, pode ser se cumulem ambas as lesões. Neste último caso, a extensão do dano será maior, e, conseqüentemente, a reparação, porquanto houve não só um, mas dois bens jurídicos ofendidos⁴²⁸.

É fácil notar que a construção e o entendimento da doutrina dos direitos da personalidade influenciam diretamente a teoria dos danos morais. A exata compreensão e delimitação desta depende, em grande medida, do desenvolvimento daquela. Espera-se que os traços gerais apontados neste capítulo, embora não sirvam para esgotar a investigação sobre os direitos da personalidade, ainda inacabada e em desenvolvimento, contribuam para o entendimento da íntima conexão entre ambos os assuntos e do modo através do qual esses direitos determinam os contornos do dano moral reparável.

⁴²⁷ FERNANDES. Proteção..., cit., p. 195.

⁴²⁸ FERNANDES. Proteção..., cit., p. 45-49.

5. OS TIPOS ESPECIAIS DE DANO MORAL: O DANO À IMAGEM E O DANO ESTÉTICO

(...)
*Rich men, trust not in wealth,
 Gold cannot buy you health;
 Physic himself must fade;
 All things to end are made;
 The plague full swift goes by;
 I am sick, I must die —
 Lord, have mercy on us!*

*Beauty is but a flower
 Which wrinkles will devour;
 Brightness falls from the air;
 Queens have died young and fair;
 Dust hath closed Helen's eye;
 I am sick, I must die —
 Lord, have mercy on us!⁴²⁹*

Há bastante tempo se consagraram, no direito brasileiro, as nomenclaturas dano estético e dano à imagem. Seriam tais categorias outros tipos de dano, ao lado dos danos patrimoniais e dos danos morais, com autonomia e regime próprio?

Na verdade, o dano, como se viu, ou é patrimonial, ou é moral, a depender das consequências que o evento lesivo produz. O dano estético, assim como o dano à imagem, pode também ser patrimonial ou moral, conforme a natureza dos efeitos da lesão. De fato, o seu nome e a sua classificação têm em vista, sobretudo, o bem jurídico lesado, e não propriamente as suas consequências. Assim, tais figuras não são modalidades outras de dano, mas, quando produzem efeitos não patrimoniais, são tipos especiais de dano moral, que mereceram reconhecimento e adquiriram nome próprio por mais de uma razão.

⁴²⁹ “Homens ricos, não confiem na riqueza,
 O ouro não pode comprar saúde;
 O que é físico deve desaparecer;
 Todas as coisas para acabar são feitas;
 A peste passa rapidamente;
 Estou doente, devo morrer —
 Senhor, tenha misericórdia de nós!

A beleza é apenas uma flor
 Que rugas vão devorar;
 O brilho cai do ar;
 Rainhas morreram jovens e belas;
 A poeira fechou o olho de Helen;
 Estou doente, devo morrer —
 Senhor, tenha misericórdia de nós!
 (NASHE, Thomas. In Time of Pestilence. In: *The World's Greatest Poems*. The Delphi Poetry Anthology. Delphi Classics, 2015. n.p. tradução nossa.)

5.1. Dano estético

O dano estético é, talvez, a forma de dano moral mais antiga de que se tem conhecimento. Desde o direito primitivo, preocupava-se em restaurar o equilíbrio perturbado pelos prejuízos experimentados em razão de lesões causadas ao corpo. Basta lembrar da Lei de Talião, das indenizações pelas feridas instituídas pela Lei Talmúdica (em especial a *Tzaar* e a *Boshét*), dos códigos prussiano e austríaco, que concediam indenização à mulher que sofresse lesão da qual resultasse deformidade, do *Schmerzensgeld* alemão⁴³⁰.

No Brasil, a positivação da figura do dano estético, embora não com este nome, deu-se antes do próprio dano moral. O art. 1.538 do CC/16 ordenava o pagamento de indenização, em favor da vítima de ferimento, das despesas do tratamento (dano emergente) e dos lucros cessantes, e impunha, ainda, uma multa no grau médio da pena criminal correspondente. No caso de o ferimento resultar em aleijão ou deformidade, deveria ser duplicada a soma (§ 1º) e, se a vítima fosse mulher solteira ou viúva ainda capaz de se casar, a indenização consistiria no dote (§ 2º), à semelhança do que ocorria desde o medievo. Aí estava o dano estético. Note-se, porém, que se confundiam, na norma, os prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais, e aquele servia de base legal para a quantificação deste. Com efeito, o dote devido à mulher capaz de se casar a rigor consistia tanto em indenização por prejuízos patrimoniais difíceis de se provar, quanto em reparação por danos morais propriamente ditos⁴³¹.

O caráter tradicional do dano estético confirma-se no âmbito jurisprudencial. Em busca no sítio eletrônico do STF, encontram-se 62 acórdãos cuja ementa contém a expressão “dano estético”, sendo o mais antigo dos julgados de 1952.

A mesma busca no banco de dados do STJ resulta em 214 acórdãos⁴³², cuja data de julgamento distribui-se entre 1991 e 2020. O gráfico abaixo expõe o número de acórdãos do STJ sobre o tema, ano a ano, por data de distribuição do recurso no Tribunal e data de julgamento:

⁴³⁰ Confira-se, a propósito, o item 3.1 *retro*.

⁴³¹ SILVA. *O dano...*, cit., p. 505.

⁴³² A pesquisa jurisprudencial foi realizada no banco de dados do STJ em 2020, sem corte temporal, e buscou por acórdãos que contivessem, na ementa, a expressão “dano estético”. A busca encontrou como resultado 219 acórdãos, mas 5 deles estavam em duplicidade.

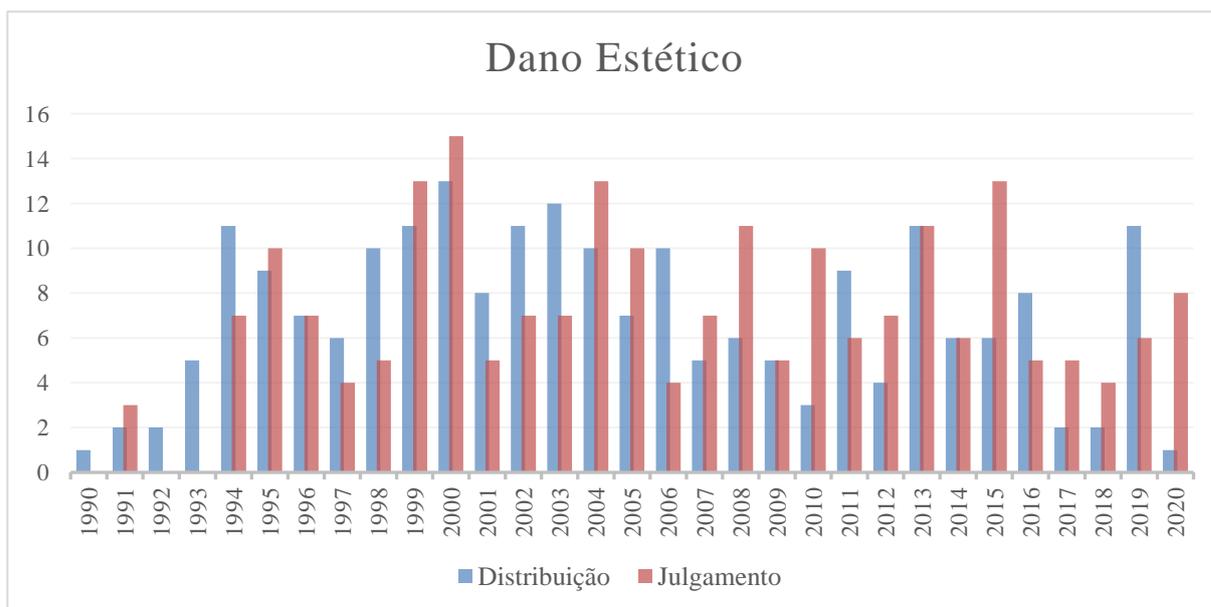


Figura 1 – Acórdãos do STJ sobre dano estético, por data de distribuição e julgamento

Vê-se, então, que o dano estético é um velho conhecido dos tribunais brasileiros, que reconhecem a sua reparabilidade há cerca de sete décadas, muito embora o entendimento a respeito do seu conteúdo e extensão tenha se alterado ao longo do tempo.

Ainda sob a égide do CC/1916, costumava-se ver o dano estético como um resultado da lesão à beleza física, as deformações ridicularizantes, as alterações visíveis e definitivas na aparência. Por isso, exigia-se que a deformidade causasse um “enfeamento” que fosse aparente e permanente⁴³³. Talvez essa forma de compreender o dano estético tenha sido influenciada pela doutrina penal, que primeiro viu esse dano como um pressuposto da “deformidade permanente” a qual configurava lesão corporal de natureza grave (art. 129, § 2º do Código Penal de 1940)⁴³⁴.

Mas no âmbito cível, como logo se percebeu, seria admissível uma flexibilidade quanto à caracterização do dano estético. Este não seria apenas o aleijão, nem teria de ser a lesão constantemente aparente, podendo estar localizado em parte do corpo normalmente encoberta. A aparência da ferida seria uma circunstância accidental a ser levada em conta na fixação do *quantum indenizatório*⁴³⁵.

Com o tempo, ampliou-se o sentido do dano estético. Apesar do nome, que remete à beleza física e à harmonia das formas exteriores, ele não se restringe às hipóteses em que a lesão

⁴³³ SILVA. *O dano...*, cit., p. 499 e LOPEZ. *O dano...*, cit., p. 37.

⁴³⁴ CAHALI. *Dano...*, cit., p. 209-210.

⁴³⁵ CAHALI. *Dano...*, cit., p. 215; SILVA. *O dano...*, cit., p. 499.

causa um “enfeamento” em sentido estrito. A beleza, afinal, não é um bem jurídico, e menos um bem da personalidade. O bem juridicamente tutelado, no caso, é a integridade física – esta sim um bem da personalidade⁴³⁶, como, inclusive, depreende-se dos arts. 12 a 15 do CC/02. Nesse sentido, o dano estético, em responsabilidade civil, advém de uma modificação fisionômica ou funcional sofrida pela vítima em seu corpo, em seu organismo⁴³⁷.

Mediante a análise dos acórdãos do STJ sobre o tema, constata-se certa uniformidade quanto à delimitação das hipóteses de configuração desse dano. Entende-se, em síntese, que ele deriva de lesão à integridade física da vítima, ocasionando-lhe uma modificação permanente (ou pelo menos duradoura), na sua aparência ou em seu organismo, não sendo necessário que a lesão consista numa deformidade visível. Via de regra, a legitimidade para a ação, assim como a titularidade da indenização, é da vítima. Também é dela o ônus da prova, a qual, no mais das vezes, é obtida por meio de perícia médica, embora também o possa ser mediante fotos, relatórios médicos e outros documentos. O valor concedido a título de indenização varia significativamente – de R\$ 5.000,00 a R\$ 150.000,00 –, considerando-se, para fins de arbitramento, sobretudo a natureza e a gravidade das lesões sofridas, a idade da vítima, além das condições da vítima e da capacidade econômica do agente causador do dano.

Relativamente à possibilidade de cumulação das indenizações devidas a título de dano estético e de dano moral, a jurisprudência está, atualmente, pacificada, tendo sido tal questão sumulada pelo STJ no enunciado nº 387: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”. Não obstante, nem sempre as coisas foram vistas assim.

Até 1998, encontram-se tanto julgados que aceitavam a possibilidade de cumulação dos danos estéticos e dos danos morais, quanto julgados que a rejeitavam. Os que negavam a cumulabilidade afirmavam que o dano estético “constitui modalidade de dano moral”⁴³⁸, não sendo possível “vislumbrar um *tertium genus* de dano a ser ressarcido, além do material e do moral”⁴³⁹. Assim, o dano estético haveria de ser tido em conta no arbitramento do dano moral, “mas não é algo dele distinto”⁴⁴⁰, não se justificando a cumulação quando este ocorre exclusivamente em virtude daquele⁴⁴¹.

⁴³⁶ BUSTAMANTE ALSINA. *Teoria...*, cit., p. 677; LOPEZ, Teresa Ancona. LOPEZ. *O dano...*, cit., p. 49.

⁴³⁷ Segundo Jorge Bustamante Alsina, “Se computa como prejuízo estético toda modificação exterior da figura precedente ou alteração do esquema corporal, ainda que não sejam desagradáveis nem repulsivas” (*Teoria...*, cit., p. 677. tradução nossa).

⁴³⁸ REsp 71.778/RJ, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 28/05/1996, DJ 01/07/1996, p. 24049; REsp 561.027/RJ, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 14/10/2003, DJ 19/12/2003; REsp 49.913/RJ, Rel. Ministro Nilson Naves, Terceira Turma, julgado em 08/08/1995, DJ 23/10/1995, p. 35662.

⁴³⁹ REsp 81.986/RJ, Rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 27/02/1996.

⁴⁴⁰ REsp 41.492-0/RJ, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 03/05/1994.

⁴⁴¹ REsp 57824-8 /MG, Rel. Ministro Costa Leite, Terceira Turma, julgado em 03/10/1995.

Contudo, as Turmas que integram a Seção de Direito Privado do Tribunal Superior andaram na direção oposta⁴⁴² e não demorou que se tornasse majoritário o entendimento segundo o qual o dano estético é espécie autônoma de dano extrapatrimonial, de modo que seria “possível a condenação em diversas categorias, ainda que oriundas do mesmo fato”⁴⁴³, quando “inconfundíveis suas causas e passíveis de apuração em separado”⁴⁴⁴.

A Súmula 387 do STJ, publicada em 2009, encerrou definitivamente qualquer controvérsia remanescente, estando pacificado, há anos, no âmbito jurisprudencial, a autonomia do dano estético e a possibilidade de sua cumulação com o dano moral.

A aplicação desse entendimento tem-se feito de forma mecânica e irrefletida: constatada a lesão à integridade física, supõe-se configurado o dano estético e, automaticamente, o dano moral dele decorrente. Segundo o Tribunal Superior, o dano estético seria a alteração morfológica, a deformidade física em si, enquanto o dano moral seria a aflição de ordem psíquica e o sofrimento suportados em razão da lesão⁴⁴⁵. Na prática, então, sempre que há ofensa à integridade física, surge, pela mesma lesão, o direito a duas verbas indenizatórias distintas: uma pelo dano estético (pela deformidade, pela alteração fisionômica) e outra pelo dano moral (pela dor e sofrimento experimentados em razão da deformidade).

Esse não é, contudo, o entendimento mais adequado, porquanto está amparado em premissas conceituais equivocadas. Tem razão Theodoro Júnior ao afirmar que “indenizar a lesão deformante e, ao mesmo tempo, considerá-la causa de reparação por dano moral corresponde a um evidente *bis in idem*”⁴⁴⁶.

⁴⁴² Confira-se, exemplificativamente: AgRg no Ag 100.877/RJ, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 03/09/1996, DJ 29/10/1996, p. 41663; REsp REsp 65.393/RJ, Rel. Ministro Ruy Rosado De Aguiar, Quarta Turma, julgado em 30/10/1995, DJ 18/12/1995, p. 44580; REsp 144.430/MG, Rel. Ministro Ruy Rosado De Aguiar, Quarta Turma, julgado em 04/11/1997, DJ 19/12/1997, p. 67511; REsp 164.126/RJ, Rel. Min. Salvo De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 20/08/1998, DJ 23/11/1998, p. 181; REsp 219.807/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado De Aguiar, Quarta Turma, julgado em 02/09/1999, DJ 25/10/1999, p. 92; REsp 659.715/RJ, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Quarta Turma, julgado em 14/10/2008, DJe 03/11/2008; REsp 899.869/MG, Rel. Ministro Humberto Gomes De Barros, Terceira Turma, julgado em 13/02/2007, DJ 26/03/2007, p. 242.

⁴⁴³ REsp 289.885/RJ, Rel. Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 15/02/2001, DJ 02/04/2001, p. 303.

⁴⁴⁴ REsp 228.244/SP, Rel. Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 09/11/1999, DJ 17/12/1999, p. 381; REsp 116.372/MG, Rel. Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 11/11/1997, DJ 02/02/1998, p. 110.

⁴⁴⁵ Afirma-se, por exemplo, no REsp 192.823/RJ, que: “o dano moral resulta do sofrimento suportado pelo demandante, ao passo que o dano estético assenta na deformidade havida, facilmente constatável através das fotos que instruem o petítório inaugural (o autor teve amputada uma das pernas, na altura das coxas)”. (REsp 192.823/RJ, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 23/11/1999, DJ 21/02/2000, p. 131). No mesmo sentido, confira-se: REsp 1656888/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 25/04/2017; AgRg no AREsp 166.985/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 06/06/2013, DJe 18/06/2013; REsp 812.506/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 19/04/2012, DJe 27/04/2012.

⁴⁴⁶ THEODORO JÚNIOR. *Dano...*, cit., p. 25.

Falar-se em dano estético pode causar alguma confusão, na medida em que, como já alertara Aguiar Dias, este conteria aspectos do dano moral e do dano patrimonial⁴⁴⁷. Nem por isso seria correto supor que o dano estético seria um *tertium genus*, como é o dano biológico na Itália. É que ao classificar-se um dano como “estético” tem-se em mira o evento lesivo, isto é, a lesão à integridade física. Mas qualquer lesão a bem jurídico, naturalmente, pode ter repercussões de caráter patrimonial ou de caráter moral, e é aí, nas consequências da ofensa, que se verifica a configuração de um dano ressarcível.

O chamado dano estético pode ser, pois, dano patrimonial ou dano moral. Não se trata de categoria autônoma de dano, cumulável com as demais. Por essa razão, os prejuízos não patrimoniais dele decorrentes são, a rigor, simples dano moral⁴⁴⁸.

Na verdade, parece que dano estético e dano moral são categorias que pertencem a classificações baseadas em critérios distintos. Seria possível, partindo de um critério que tivesse como enfoque o evento lesivo (ou “dano-evento”), encontrar tantas modalidades de dano quanto fossem os tipos de direitos da personalidade conhecidos. Assim, por exemplo, poder-se-ia falar em dano estético (como lesão à integridade física), em dano à honra, em dano à imagem, em dano à vida, etc.

Seria igualmente possível, por outro lado, partir de um critério baseado nas consequências negativas do evento lesivo (ou “dano-prejuízo”) – como geralmente se faz – distinguindo-se, assim, entre dano patrimonial e dano moral. Essas duas modalidades estão numa relação de contraposição excludente, de modo que os efeitos da lesão ou são patrimoniais ou são morais, não há espaço para uma outra possibilidade.

Vê-se, aqui, que as noções de *danno evento* e *danno conseguenza*, desenvolvidas pelos italianos, são úteis à operabilidade do conceito de dano e ao desfazimento de muitas confusões a que dá causa a ambiguidade do termo, ora utilizado para fazer referência à lesão, ora para referir-se às suas repercussões.

Dessa ambiguidade resulta o problema do uso simultâneo e inconsciente de critérios distintos com o intuito de alcançar-se uma classificação única dos danos, o que acaba gerando a falsa percepção de que uma mesma figura são duas. A consequência, já se percebe, é a cumulação indevida de indenizações, como ocorre no caso do dano estético.

Tal compreensão leva a um cenário em que, verificada a lesão à integridade física e o prejuízo moral dela decorrente, atribui-se automaticamente à vítima duas indenizações diversas:

⁴⁴⁷ AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade...*, V. 2, cit., p. 743.

⁴⁴⁸ BUSTAMANTE ALSINA. *Teoría...*, cit., p. 677-678; MATOS, Eneas de Oliveira. *Dano moral e dano estético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 227.

uma pelo “dano-evento”, outra pelo “dano-prejuízo”, os quais são, na verdade, dois momentos, ou duas dimensões, de um único dano. Recorde-se que, como já se afirmou, para que se verifique a existência de um dano moral ressarcível, deve haver, simultaneamente, a presença de uma lesão a um bem da personalidade e das consequências negativas, decorrentes da lesão, na esfera jurídica do ofendido. Não se pode, então, indenizar o dano estético como se “dano-evento” fosse. Ele será ressarcível como dano patrimonial ou como simples dano moral, não se justificando, evidentemente, sua qualificação como modalidade autônoma e cumulável.

Diante disso, assim como se pode ver o dano estético como um tipo de “dano-evento”, que pode dar origem a danos patrimoniais ou morais, pode-se vê-lo também como uma espécie de dano moral, que tem origem na lesão a um específico bem da personalidade, isto é, a integridade física. Para que seja reparável enquanto dano moral, deve possuir um mínimo de gravidade (como todo dano) e ser permanente ou duradouro⁴⁴⁹.

Em apertada síntese, o dano estético é categoria que tem em vista o evento lesivo e, nesse sentido, configura-se como ofensa à integridade física, isto é, modificação fisionômica ou funcional sofrida pela pessoa em seu corpo. Por ser figura conhecida há décadas pela doutrina e jurisprudência brasileiras, justifica-se o uso de sua nomenclatura específica, à qual já se associa um conteúdo bem definido e um regime jurídico em grande medida uniforme, o que lhe confere utilidade.

Apesar disso, não é ressarcível como um “dano-evento” e não constitui uma terceira espécie de dano, já que a lesão resulta ou em prejuízos patrimoniais – quando ocasiona despesas com tratamentos médicos ou obsta a aquisição da renda habitual, por exemplo –, ou em prejuízos morais – quando repercute negativamente na esfera psíquica do ofendido.

Por conseguinte, o dano estético ou é patrimonial ou é moral, e apenas como tal pode ser ressarcido. Não se trata de figura autônoma e cumulável. A lesão física, sua dimensão e gravidade, indicarão a extensão do dano moral, e serão levadas em conta para o arbitramento de uma maior ou menor indenização⁴⁵⁰.

Porém, naturalmente, se mais de um bem da personalidade é lesionado, cada qual repercutindo de forma negativa na esfera jurídica da vítima, verifica-se mais de um “tipo” de dano moral. Nesse caso sim devem-se levar em conta ambas as ofensas quando do arbitramento da reparação, cujo valor corresponderá ao somatório das indenizações devidas pelos prejuízos

⁴⁴⁹ LOPEZ. *O dano...*, cit., p. 40.

⁴⁵⁰ Nesse sentido, Cavalieri Filho, para quem “o dano estético é modalidade do dano moral e que tudo se resume a uma questão de arbitramento” (*Programa...*, cit., p. 114) e Humberto Theodoro Júnior: “Muito mais prático e razoável seria tratar-sea sequela estética como um elemento computável na estimativa do dano moral” (*Dano...*, cit., p. 155).

resultantes de cada uma das lesões. Nem por isso deixará de ser uma a reparação, já que o que se está ressarcindo é, em todo caso, dano moral.

5.2. Dano à imagem

Com o dano à imagem, passa-se algo semelhante ao que se vê com o dano estético. Trata-se, igualmente, de nomenclatura já aceita pela doutrina e pela jurisprudência, e acolhida, ainda, na CF/88, cujo art. 5º, inciso V, dispõe: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral *ou à imagem*”.

A imagem, para o direito, é “toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem”⁴⁵¹, é a representação, seja por pintura, fotografia, filme, caricatura, da figura de um indivíduo, ou de partes que permitam individualizar-lhe. Não se restringe ao aspecto visual da pessoa, mas inclui também a voz, porquanto abrange “qualquer componente físico ou intelectual bastante para identificar a pessoa”⁴⁵².

Foi, naturalmente, a partir do surgimento da fotografia, no século XIX, que o direito à própria imagem ganhou relevância prática⁴⁵³. Ainda em meados daquele século, acabou-se desenvolvendo, nos tribunais franceses, a tutela da imagem, que precedeu inclusive as discussões sobre os direitos da personalidade e a proteção da privacidade. A construção doutrinária do direito à própria imagem ocorreu só mais tarde, no final do século XIX⁴⁵⁴, sobretudo, na Alemanha, nos Estados Unidos e na Itália.

No Brasil, o tema não foi expressamente disciplinado no CC/16. Este continha, todavia, a previsão de que a reprodução de retratos ou bustos feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário dos objetos encomendados, não constituía ofensa aos direitos autorais (art. 666, X, CC/16)⁴⁵⁵. Reconhecia-se, pois, a prevalência do direito do retratado sobre o direito do autor da obra⁴⁵⁶.

⁴⁵¹ MORAES, Walter. Direito à própria imagem (II). In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 61, V. 444, p. 11-28, out. 1972, p. 27.

⁴⁵² FERNANDES. Proteção..., cit., p. 172-173.

⁴⁵³ FERNANDES. Proteção..., cit., p. 172.

⁴⁵⁴ MARX NETO, Edgard Audomar. *O direito à imagem de crianças e adolescentes*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2008, p. 43 e 44.

⁴⁵⁵ Embora tenha sido posteriormente revogado o dispositivo, a previsão permanece vigente, na atual Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998): “Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: I – a reprodução: [...] c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros”.

⁴⁵⁶ MARX NETO. *O direito...*, cit., p. 44-45.

O direito à própria imagem foi definitivamente acolhido como direito fundamental na CF/88 e, posteriormente, foi incluído entre os direitos da personalidade no CC/02, art. 20:

Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Nada obstante, a previsão legislativa andou à contramarcha da evolução jurisprudencial e doutrinária já operada, condicionando o direito à imagem à verificação de violação à honra ou de exploração com fins econômicos, o que hoje não se aceita.

É verdade que, em princípio, o direito à imagem surgiu como manifestação de direitos outros, em relação aos quais teria caráter acessório. Procurou-se justificar a tutela da imagem como decorrência do direito de autor, do direito à intimidade, do direito à honra⁴⁵⁷. Negava-se-lhe, assim, autonomia. Mas, diante da insuficiência de todas essas teorias, o direito à imagem despreendeu-se de qualquer outro e consolidou-se como um direito autônomo, que não se exaure no direito à intimidade, nem se confunde com o direito à honra⁴⁵⁸.

De fato, quando se expõe indevidamente a imagem alheia, a violação incide diretamente sobre a personalidade do sujeito retratado. Ela é a projeção exterior da pessoa, é “misteriosa e quase divina emanção”⁴⁵⁹ da personalidade, é um bem que “ocupa, na escala dos valores humanos, um posto mais alto e muito mais unido à personalidade que o bem da intimidade”⁴⁶⁰.

O direito à imagem – como direito autônomo, portanto –, tem tanto caráter positivo quanto negativo. Sob a primeira perspectiva, revela-se como a possibilidade de desfrute econômico da imagem, pelo indivíduo, caso tenha interesse em fazê-lo⁴⁶¹. Sob a segunda perspectiva, consiste na proibição do uso da própria imagem por terceiros, seja este qual for, sem que tenha havido anuência (específica e explícita) do sujeito⁴⁶². Malgrado não seja possível resguardar a imagem de todo conhecimento alheio, é possível impedir, via de regra, que esta seja usada contra a vontade do seu titular. O simples uso ou exposição não consentidos

⁴⁵⁷ MARX NETO. *O direito...*, cit., p. 46-47.

⁴⁵⁸ FERNANDES. *Proteção...*, cit., p. 172-173 e 175; DE CUPIS. *I diritti...*, cit., p. 262 e 279.

⁴⁵⁹ FERNANDES. *Proteção...*, cit., p. 173.

⁴⁶⁰ FERNANDES. *Proteção...*, cit., p. 173.

⁴⁶¹ DE CUPIS. *I diritti...*, cit., p. 285.

⁴⁶² FERNANDES. *Proteção...*, cit., p. 177-180.

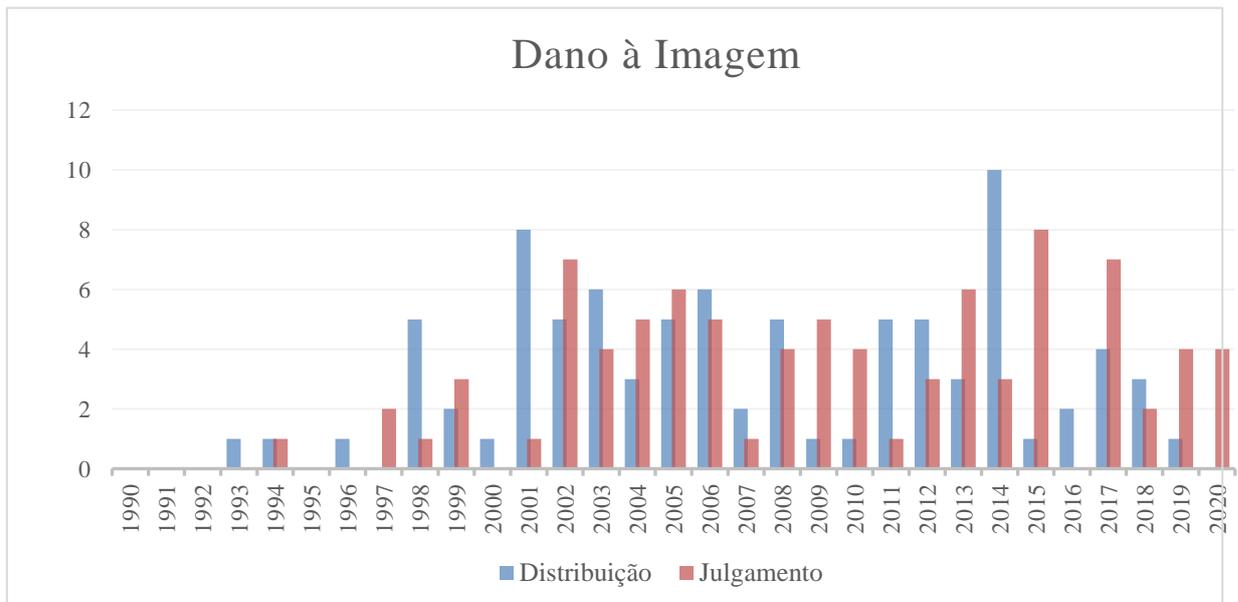
configura, em si, violação do direito à imagem, independentemente de ter ou não havido aproveitamento pecuniário do ofensor ou vexame para o ofendido⁴⁶³.

Há hipóteses, contudo, em que o interesse público impõe limitações a este direito. Pessoas famosas, personalidades públicas, salvo se estiverem no estrito decorrer de sua vida privada, devem sujeitar-se à exposição de sua imagem e tolerar a crítica⁴⁶⁴.

Além disso, se a divulgação da imagem atender aos interesses públicos de informação, a pessoa retratada não pode opor-se à sua difusão. Neste caso, não basta que a captação do retrato tenha sido feita num lugar público, é preciso que esteja relacionada a um fato de interesse e relevância coletivos. Se assim não for, o indivíduo pode impedir a reprodução da imagem, a menos que a sua figura tenha sido circunstancialmente captada com o ambiente e não seja nem mesmo reconhecível⁴⁶⁵.

Por fim, outra hipótese em que pode ser mitigada a exigência do consentimento do retratado para o uso da imagem é quando este atende a finalidades científicas, didáticas e culturais⁴⁶⁶.

O conceito, o conteúdo, a autonomia e os limites do direito à própria imagem são estabelecidos também desse modo pela jurisprudência brasileira. No STJ, há, desde o início da década de 90, julgados que versam sobre o dano à imagem e sua reparação⁴⁶⁷, como ilustra o gráfico abaixo:



⁴⁶³ CHAVES. Direito..., cit., p. 25.

⁴⁶⁴ CHAVES. Direito..., cit., p. 37; MORAES. Direito..., cit., p. 23.

⁴⁶⁵ DE CUPIS. *I diritti...*, cit., p. 276.

⁴⁶⁶ MARX NETO. *O direito...*, cit., p. 55.

⁴⁶⁷ A pesquisa jurisprudencial foi realizada no banco de dados do STJ em 2020, sem corte temporal, e buscou por acórdãos que contivessem, na ementa, a expressão “dano à imagem”. A busca encontrou como resultado 87 acórdãos.

Figura 2 – Acórdãos do STJ sobre dano à imagem, por data de distribuição e julgamento

A análise dos acórdãos revela que há certa uniformidade quanto ao conteúdo do referido dano e sua caracterização. Em síntese, admite-se que o dano à imagem se materializa com a mera utilização da imagem de outrem sem autorização, ainda que não tenha caráter vexatório e que não viole a honra ou a intimidade da pessoa, e desde que o conteúdo exibido seja capaz de individualizar o ofendido. Reafirma-se, pois, a autonomia da imagem como bem jurídico, cuja tutela não se condiciona à violação de outros bens, nem à existência de finalidade lucrativa na exploração da imagem⁴⁶⁸. Nesse sentido, afirma-se que:

A imagem é a projeção dos elementos visíveis que integram a personalidade humana, é a emanção da própria pessoa, é o eflúvio dos caracteres físicos que a individualizam. A sua reprodução, conseqüentemente, somente pode ser autorizada pela pessoa a que pertence, por se tratar de direito personalíssimo, sob pena de acarretar o dever de indenizar que, no caso, surge com a sua própria utilização indevida⁴⁶⁹.

A despeito da coerência existente entre os julgados do STJ sobre o tema, há alguma inconsistência no que diz respeito ao conteúdo do direito à imagem e à sua abrangência. É que, por vezes, utiliza-se o termo “imagem” em acepção demasiado ampla, e não jurídica. Em voto proferido no julgamento do Recurso Especial nº 578.777-RJ⁴⁷⁰, a Ministra Nancy Andrighi faz distinção entre o que se chama de “imagem-retrato” e “imagem-atributo”. A primeira trata-se propriamente de direito à imagem, enquanto figura física, conjunto de traços que individualizam a pessoa. Já a segunda corresponde à opinião pública e à reputação do sujeito, isto é, à sua honra.

À luz do que acima já se abordou sobre a construção doutrinária do direito à imagem, vê-se que aquilo que se chama “imagem-atributo” não corresponde, tecnicamente, ao bem da personalidade imagem, e acaba por fundi-la, inapropriadamente, a outros bens jurídicos autônomos, como a honra, o nome ou a privacidade. No Agravo Interno em Agravo em Recurso Especial nº 1.414.871-PR⁴⁷¹, por exemplo, entendeu-se configurada “violação da honra e da imagem pessoal” em razão dos “comentários ofensivos feitos com o nome civil da autora [...],

⁴⁶⁸ Nesse sentido, exemplificativamente: “Cabe por fim destacar que a ausência de finalidade lucrativa não impede e nem frustra a caracterização do dano moral” (REsp 1053534/RN, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 23/09/2008, DJe 06/10/2008).

⁴⁶⁹ REsp 58.101/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 16/09/1997, DJ 09/03/1998, p. 114.

⁴⁷⁰ REsp 578.777/RJ, Rel. Ministro Castro Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Humberto Gomes De Barros, Terceira Turma, julgado em 24/08/2004, DJ 25/10/2004, p. 342.

⁴⁷¹ AgInt no AREsp 1414871/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 22/06/2020, DJe 26/06/2020.

sem nenhum conteúdo informativo e da desnecessária individualização dos seus dados”. No caso, foi veiculada publicação no jornal “Folha de São Paulo”, na qual foi reproduzido o nome e sobrenome da autora da ação, vinculando-o a suposta predestinação à profissão que esta exerceria (a de proctologista), em razão da fonia do seu sobrenome. Não houve, pois, captação e divulgação ilícita da imagem da ofendida. Foi uma confusão entre o direito à honra, ao nome, à intimidade e à própria imagem que levou o Tribunal a entender caracterizado o dano à imagem.

Confusão semelhante ocorreu no julgamento do Recurso Especial nº 1.390.560-SP⁴⁷². Tratava-se, originalmente, de demanda indenizatória proposta por Paulo Salim Maluf contra Marilene Felinto Barbosa de Lima, sob a alegação de que, durante a campanha eleitoral para governador, foi publicado em veículo de grande circulação artigo de autoria da ré, cujo título era: “Candidatos da Ignorância: Maluf, Collor e Rosinha”. A veiculação do texto teria ocasionado danos à imagem e à honra do autor, em razão do seu conteúdo ofensivo, que extrapolara os limites do interesse público de informação. Assim, embora o dano moral tenha sido causado por violação à honra, e não à imagem, considerou-se, equivocadamente, ter havido dano à imagem da pessoa.

Em sentido vulgar, o termo “imagem” pode abarcar essa duplicidade de significados, mas em sentido jurídico, o direito à imagem deve ser entendido de modo estrito, não se confundindo com o direito à honra.

Além disso, 17 dos julgados encontrados no STJ sobre o tema, possivelmente por terem partido da premissa de que a imagem poderia ser entendida no sentido lato, vulgar, a que se referiu, reconheceram a configuração (ou ao menos a possibilidade de configuração, em tese) de dano à imagem de pessoas jurídicas em caso de contrafação de produtos, considerando que há, *in re ipsa*, abalo à imagem e à credibilidade da marca contrafeita.

No julgamento do Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.432.219-SP⁴⁷³, afirmou-se que já se pacificou na Corte Superior o entendimento de que “na importação de produtos contrafeitos, o dano moral consistente no abalo à imagem e à credibilidade da marca contrafeita se configura ainda que os produtos não tenham, por razões alheias ao contrafator, sido comercializados ao consumidor final”, de modo que “a contrafação, por si só, já enseja dano à imagem do titular da marca ilicitamente reproduzida”.

⁴⁷² REsp 1390560/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 03/10/2013, DJe 14/10/2013.

⁴⁷³ AgInt nos EDcl no REsp 1432219/SP, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 27/02/2018, DJe 13/03/2018.

Mesmo que se entenda admissível o dano moral da pessoa jurídica, assunto sobre o qual se tratará mais adiante (cf. capítulo 7), a possibilidade de estas sofrerem esse tipo de dano à imagem é um contrassenso, negado pelo próprio conteúdo do direito à imagem. Acaso teriam as pessoas jurídicas um aspecto físico particular que lhes individualizaria? Acaso poderiam ser retratadas? A ideia de que elas poderiam sofrer esse tipo de dano está mais relacionada à possibilidade de agravo à sua credibilidade no mercado do que, propriamente, a um dano decorrente da violação à imagem em sentido estrito.

Nesse sentido, deve-se reservar o termo “dano à imagem” para aquelas ofensas que atinjam diretamente a imagem, enquanto bem jurídico autônomo da personalidade, não extensivo, portanto, às situações que violam a reputação e a honra da pessoa, o seu nome ou a sua intimidade.

Ainda segundo a jurisprudência do STJ, a titularidade da indenização é da vítima, assim como é dela a legitimidade para pedir a reparação, embora se reconheça a legitimidade dos herdeiros para a defesa da imagem de pessoa já falecida, podendo estes pleitearem eventual reparação, mas por direito próprio.

De forma quase uníssona, afirma-se que o dano é *in re ipsa*, configurando-se na própria utilização indevida da imagem, de modo que seria dispensável a demonstração das repercussões negativas na esfera jurídica da vítima. Nos termos da Súmula nº 403 do STJ, “independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”, mas o entendimento da Corte Superior é o de que, independentemente do fim a que se destine a divulgação da imagem, o dano moral é presumido⁴⁷⁴.

No que tange à quantificação da indenização, costuma-se mencionar como critérios o nível cultural do causador do dano, as condições socioeconômicas do ofensor e do ofendido, a intensidade do dolo ou o grau da culpa do autor da ofensa, os efeitos do dano no psiquismo do ofendido, as repercussões do fato na comunidade em que vive à vítima. Frequentemente faz-se menção, também, ao fim pedagógico da indenização.

⁴⁷⁴ Nesse sentido, veja-se o REsp 58.101/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 16/09/1997, DJ 09/03/1998, p. 114: “Ora, a lesão ao direito à imagem independe dos fins a que se serviu a cogitada fotografia. Pouco importa ter ou não sido utilizada comercialmente, bem como que tenha ou não, dessa divulgação, decorrido lucro ou aumento de circulação da revista, pois esses são elementos absolutamente dispensáveis para o aferimento do ato ilícito praticado pela recorrida, que acontece com a simples divulgação da imagem, nas circunstâncias apontadas, já que a ofensa é *in re ipsa* (...)

Aliás, nesse mesmo diapasão, em caso de certa maneira assemelhado ao que se cuida, já teve esta Quarta Turma oportunidade de expor, pela judiciosa palavra do eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no Resp nº 48.420-0/SP, que ‘o prejuízo está na própria violação, na utilização do bem que integra o patrimônio jurídico personalíssimo do autor’”.

Por fim, no caso do direito à imagem, ao contrário do que sucede com o dano estético, não há cumulação de indenizações. Via de regra, repara-se o dano à imagem como simples dano moral – o que de fato é.

Na verdade, de forma semelhante ao que ocorre com o dano estético, a classificação do “dano à imagem” faz-se em consideração ao bem jurídico violado, e não às repercussões da ofensa na esfera jurídica do sujeito. Dano à imagem e dano moral são, pois, categorias inseridas em classificações baseadas em critérios distintos. Malgrado o direito à própria imagem seja autônomo, na medida em que não se confunde com o direito à intimidade ou à honra, não é autônomo o dano, já que as consequências da lesão ou serão patrimoniais ou morais⁴⁷⁵.

Disso decorre o seguinte: se do direito à imagem provém a possibilidade de desfrutar economicamente de sua divulgação, haverá, conforme o caso, um prejuízo de ordem patrimonial a ser ressarcido⁴⁷⁶. É a esse título que deve ser restituído ao titular da imagem o lucro obtido com o seu uso ilícito. Porém, além do prejuízo patrimonial, pode vir a configurar-se prejuízo moral, o que sucederá sempre que o uso não autorizado da imagem repercutir negativamente na esfera psíquica do sujeito (repercussões estas que se presumem até que se demonstre o contrário). Caso haja, com a divulgação da imagem, violação à honra ou à intimidade do sujeito retratado, o dano moral se verifica também em razão de tais ofensas, o que deverá ser observado na fixação da indenização, a qual será, evidentemente, majorada.

Diante disso, vê-se que a nomenclatura específica do dano à imagem dá-se à luz do evento lesivo, o qual já é muito bem conhecido e delimitado e possui um regime definido. Isso torna mais fácil identificá-lo e operá-lo. Não se trata, porém, de uma categoria autônoma, um *tertium genus*, a colocar-se ao lado do dano patrimonial e do dano moral e fora deles. Em apertada síntese, a violação do direito à imagem pode resultar tão somente em prejuízos patrimoniais ou morais, casos nos quais configurará dano reparável.

O acolhimento do termo “dano à imagem” na CF/88 (art. 5º, inciso V) não confere autonomia a essa categoria em relação ao dano patrimonial ou moral. No mesmo dispositivo constitucional, inciso X, prevê-se que “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”⁴⁷⁷. Daí extrai-se que a violação à imagem pode causar dano patrimonial ou moral, inexistindo menção a outro tipo de prejuízo a que possa dar lugar a ofensa.

⁴⁷⁵ CAHALI. *Dano...*, cit., p. 548.

⁴⁷⁶ DE CUPIS. *I diritti...*, cit., p. 287.

⁴⁷⁷ Grifos nossos.

A memória legislativa da elaboração do art. 5º da CF/88 não deixa dúvidas a respeito. Uma emenda proposta por Manoel Moreira, líder do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) e partícipe da Assembleia Constituinte, pretendia suprimir da redação do §37 do art. 6º (correspondente ao atual inciso X do art. 5º) a expressão “material ou moral”, sob a seguinte justificativa:

O dano causado é de qualquer natureza, não cabendo defini-lo unicamente nas categorias de material ou moral. Isto poderia dar origem a interpretações restritivas do direito à indenização, que possuem todos que veem sua intimidade, vida privada, honra e imagem pública violadas⁴⁷⁸.

A emenda foi rejeitada, tendo-se registrado, no parecer pela rejeição, que “certos detalhamentos tornam o texto não apenas mais claro, como também espancam eventuais dúvidas. E estas não podem existir em uma Carta de Direitos”⁴⁷⁹. Assim, quis o legislador deixar claro que não há espaço para danos outros, que não patrimoniais ou morais. A violação a qualquer direito da personalidade, inclusive à imagem, pode resultar em prejuízos de um ou outro tipo, mas não dá origem ao surgimento de uma categoria própria de dano.

Assim, a nomenclatura “dano à imagem” refere-se ao evento lesivo, consistente na violação ao direito à própria imagem, enquanto direito autônomo da personalidade. Pode resultar em prejuízos patrimoniais e/ou morais e, nesses casos, será ressarcível como tal. Sob outra perspectiva, valendo-se de classificação que tem como critério as consequências da lesão e não o bem jurídico violado, pode-se compreender também o dano à imagem como espécie de dano moral que se caracteriza quando o bem jurídico da personalidade violado é a imagem.

Não convém combater o uso da nomenclatura específica para designar essa categoria de dano moral, na medida em que é há décadas consagrada em sede doutrinária e jurisprudencial e é, inclusive, acolhida expressamente na CF/88. Ademais, a figura não é desprovida de relevância prática, na medida em que possui um conteúdo específico e delineamento preciso, que torna mais fácil a sua identificação e operabilidade. Importa, contudo, observar que o dano à imagem não é gênero autônomo, cumulável com o dano moral, sob pena de caracterizar perigoso *bis in idem*. Como já pontuado, é apenas se houver lesão a mais de um bem da personalidade (imagem e honra, por exemplo) que se deverá considerar no arbitramento do valor global da indenização cada um dos prejuízos suportados.

⁴⁷⁸ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *A construção do artigo 5º da Constituição de 1988*. Série obras comemorativas. Homenagem. n. 9. Brasília: Edições Câmara, 2013. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/15176>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

⁴⁷⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *A construção...*, cit., n.p.

II. SEGUNDA PARTE

6. DO DANO MORAL AO DANO EXTRAPATRIMONIAL: A PROLIFERAÇÃO DOS DANOS RESSARCÍVEIS

*Porque se rejeita cada vez mais a fatalidade e se aceita cada vez menos a infelicidade, desde que haja vítima procura-se um responsável pela indenização*⁴⁸⁰.

*Tristes tempos estes em que o mundo vai perdendo o sentido do lúdico, a descontração se torna suspeita, a responsabilidade civil mora em cada esquina e o convívio humano é antes uma usina de riscos do que uma fonte de prazer...*⁴⁸¹

Tornou-se uma dessas verdades que são mais repetidas que refletidas a ideia de que o crescente potencial lesivo das atividades humanas, sobretudo após a Revolução Industrial, justificaria a flexibilização de alguns dos clássicos pressupostos da responsabilidade civil, como a culpa e o nexa causal, assim como o alargamento da concepção de dano reparável⁴⁸². É a percepção de que se vive na sociedade de risco descrita por Ulrich Beck, onde, “a reboque das forças produtivas exponencialmente crescentes no processo de modernização, são desencadeados riscos e potenciais de autoameaça numa medida até então desconhecida”⁴⁸³.

A isso, como se alega com frequência, acrescenta-se o desenvolvimento da doutrina dos direitos da personalidade⁴⁸⁴ e a chamada “constitucionalização do direito civil”⁴⁸⁵, que teriam colocado a pessoa no centro do direito.

⁴⁸⁰ SILVA. *Responsabilidade...*, cit., p. 107.

⁴⁸¹ VILLELA, João Baptista. Repensando o Direito de Família. In: Coordenação Científica Sérgio Couto. *Nova Realidade do Direito de Família*. Rio de Janeiro: COAD, t. 2, p. 52-59, 1999, p. 8.

⁴⁸² ALPA. *Responsabilità...*, cit., p. 472; SCHREIBER. *Os novos...*, cit., p. 79-82.

⁴⁸³ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 23

⁴⁸⁴ “A conscientização dos civilistas, acentuada no século XIX, atinge agora seu ponto culminante, a ponto de justificar a divulgada expressão de René Savatier de que assistimos à *l'avenement de la personne au centre du droit contemporain*. (...) Adriano de Cupis, cujos extraordinários estudos sobre os direitos da personalidade se propagaram por toda a Europa e pelo mundo, dá ênfase maior à afirmação. Para o eminente professor da Universidade de Perugia, a pessoa tem hoje, no Direito Civil, seu centro de irradiação: *La persona è al centro del diritto; e il diritto civile e il suo primo centro d'irradiazione*”. (FERNANDES. *Proteção...*, cit., p. 11-12).

⁴⁸⁵ SCHREIBER. *Os novos...*, cit., p. 85.

Nesse contexto, o movimento de extensão das fronteiras da responsabilidade civil costuma ser justificado pelo intuito de garantir a mais ampla tutela à vítima⁴⁸⁶, bem como evitar a concreção dos danos, mediante um emprego preventivo da responsabilidade⁴⁸⁷.

Talvez, mais que a multiplicação dos perigos e ameaças conhecidos, a intolerância ao risco e a suscetibilidade própria dos tempos atuais expliquem o ímpeto de se inserir dentro da responsabilidade civil situações que antes não se enquadravam nela.

Se, no passado, recebia-se o dano como expressão da vontade divina, e, diante dele, tantas vezes se resignava, hoje já não se aceitam tão facilmente as fatalidades da vida. Como constatou Díez-Picazo, “numa sociedade com grande capacidade de resignação só se suscitam pretensões de ressarcimento quando a autoria e a reprovabilidade são claras”⁴⁸⁸. Ao contrário, numa sociedade como a atual, com pouca aptidão à conformação, as pretensões de reparação surgem em cada esquina⁴⁸⁹, quer-se encontrar sempre um responsável⁴⁹⁰, e por isso se forja uma responsabilidade cada vez mais independente dos seus clássicos pressupostos.

Embora os Códigos Civis brasileiros tenham construído o regime da responsabilidade civil extracontratual sobre a categoria jurídica do ato ilícito⁴⁹¹, sendo essa a premissa a partir da qual, tradicionalmente, estabelecem-se os critérios de reparação do dano, isso se altera com as significativas mudanças por que passou esse ramo do direito ao longo do tempo, especialmente em razão da objetivação da responsabilidade.

O dano aparece, então, como centro da responsabilidade civil, na medida em que, diante da flexibilização dos demais requisitos da obrigação de reparar, ele resiste, ao menos em tese, como pressuposto fundamental. Nesse sentido, já constataria Menezes Cordeiro que, “seja qual for o tipo de responsabilidade civil, há um ponto sempre presente: o dano”⁴⁹². E não

⁴⁸⁶ TEPEDINO. O futuro..., cit., p. 1.

⁴⁸⁷ BENJAMIN, Antônio Herman. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. In: *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 9, V. 3, p. 5-52, jan.-mar/1998, p. 14-17; MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. O dano moral coletivo e o valor da sua reparação. In: *Revista do TST*, Brasília, n. 4, V. 78, p. 288-304, out/dez. 2012. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/35831>>. Acesso em: 26. fev. 2021, p. 298.

⁴⁸⁸ Díez-PICAZO. *Derecho...*, cit., p. 85. tradução nossa.

⁴⁸⁹ Constata-se atualmente um expressivo número de ações em que se pleiteiam indenizações por danos morais. Com efeito, segundo o relatório da Justiça em Números de 2019 (ano-base 2018), “indenização por dano moral” está entre os assuntos mais demandados na Justiça do Trabalho, na Justiça Estadual e nos Tribunais Superiores. Também nos Juizados Especiais estaduais e nas Turmas Recursais, os feitos cujo assunto é “indenização por dano moral”, no âmbito consumerista e no âmbito cível, ocupam, respectivamente, o primeiro e o segundo lugar entre os assuntos mais demandados (cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2019. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em 20. ago. 2020). Acrescente-se que, apenas no ano de 2019, 7,84% do total de novos casos por assunto diziam respeito a “indenização por dano moral”, tanto na esfera trabalhista, quanto na esfera cível. Foram 4.328.132 do total de 55.135.861 de casos novos surgidos em todos os tribunais brasileiros. A propósito, confira-se: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/paineis-cnj/>>. Acesso em 08 jul. 2020.

⁴⁹⁰ JOSSERAND. *Evolução...*, cit., p. 550.

⁴⁹¹ GOMES, Orlando. *Tendências...*, cit., p. 293.

⁴⁹² MENEZES CORDEIRO. *Tratado...*, V. 2. t. 3., cit., p. 432.

poderia ser diferente: seria um contrassenso imaginar que possa surgir a responsabilidade civil independentemente da existência de prejuízos, na medida em que ela consiste, por definição, na obrigação de indenizá-los⁴⁹³.

Esse deslocamento de foco do ato ilícito para o dano, que há muito despertara a atenção de Orlando Gomes⁴⁹⁴, resulta numa radical inversão da ordem dos pressupostos. A responsabilidade civil passa a ser vista como “consequência, mais ou menos generalizada, de um comportamento danoso, ainda que lícito”⁴⁹⁵.

Mas não se pode resignar à transformação da responsabilidade civil em salvaguarda contra qualquer infortúnio, em resultado de todo comportamento danoso. Sua exagerada e atécnica expansão gera distorções e insegurança. Não obstante haja diversas críticas a serem direcionadas à exacerbada mitigação dos pressupostos do ato ilícito, da culpa e do nexo causal, estes não são o objeto desta dissertação e serão reservadas para momento oportuno e sede própria. Por ora, é suficiente observar que o dano é, mais do que nunca, o pressuposto fundamental da responsabilidade civil, determinante, portanto, para a seleção das hipóteses de ressarcimento⁴⁹⁶.

Malgrado ainda permaneça como pressuposto essencial, o dano não passou ileso às diversas mudanças que inauguraram essa “nova era” da responsabilidade civil contemporânea, cujo princípio maior é, segundo Moraes, o de que a vítima não pode ficar irressarcida⁴⁹⁷. Além da objetivação da responsabilidade e da flexibilização do nexo de causalidade, verifica-se também o alargamento da noção de dano, o que resulta numa tendência de proliferação dos danos ressarcíveis.

Aponta-se o surgimento de novos interesses merecedores de tutela jurídica, resultado, por um lado, do que se costuma chamar a “constitucionalização do direito civil”⁴⁹⁸ e, por outro, da socialização do direito⁴⁹⁹. A esses novos interesses têm se associado novas categorias de dano⁵⁰⁰.

⁴⁹³ PESSOA JORGE. Ensaio..., cit., p. 47-49; AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade...*, V. 2, cit., p. 713.

⁴⁹⁴ GOMES. Tendências..., cit., p. 293.

⁴⁹⁵ PESSOA JORGE. Ensaio..., cit., p. 12.

⁴⁹⁶ SCHREIBER. *Os novos...*, cit., p. 79.

⁴⁹⁷ MORAES. *Danos...*, cit., p. 151. Também nesse sentido, aponta Cesare Salvi que “a cultura solidarista e igualitária das sociedades contemporâneas tolera sempre menos que o dano não seja ressarcido; a proteção da vítima parece um elemento da constituição material do *welfare state*, e os indivíduos sentem o ‘direito’ a uma compensação, que restaure o *satus quo*, para as consequências danosas de um número sempre mais amplo de riscos”. (SALVI. *La responsabilità...*, cit., p. 317. tradução nossa).

⁴⁹⁸ SCHREIBER. *Os novos...*, cit., p. 85.

⁴⁹⁹ ALPA. *Responsabilità...*, cit., p. 472; TEPEDINO. O futuro..., cit., p. 1; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 12, p. 44-62, out.-dez., 1994.

⁵⁰⁰ SCHREIBER. *Os novos...*, cit., p. 85.

Nessa forma de expressar as coisas há, contudo, muita retórica e pouco rigor conceitual.

Se, por “constitucionalização”, entende-se a imposição de uma interpretação do direito civil em conformidade à Constituição Federal, não há, a rigor, nenhum sentido na aludida referência. O direito civil, como todos os outros, ou é constitucional, ou não tem validade, razão pela qual sua tão propagada constitucionalização é ilógica e, no mínimo, dispensável. Trata-se, como advertira Villela, de um desdobramento de “um culto fetichista e demiúrgico por aquilo que se diz Constituição”⁵⁰¹. Não se pretende desmerecer, com isso, o respeito que se tem a ela, mas evitar que se lhe atribua “uma intenção que ela não tem, não deve ter, nem quer ter na opinião de seus melhores intérpretes”⁵⁰².

Nota-se que, a rigor, a invocação do fenômeno da constitucionalização serve como técnica eloquente à supressão das normas de direito civil, quando não convenham, e à fuga para os princípios e cláusulas abertas da Constituição, mais maleáveis. Assim, a inflação de interesses tuteláveis e, por conseguinte, de danos, que resulta desse inapropriado recurso à “constitucionalização do direito civil” é artificial e revela a inclinação da sociedade contemporânea ao ressarcimento de todo e qualquer dano.

O mesmo se passa em relação à socialização do direito, que tem servido para justificar o surgimento de modalidades várias de danos coletivos.

O sistema econômico e político de outrora, comumente caracterizado como “liberal” e “individualista” acabou por ceder à uma nova realidade⁵⁰³, marcada pela “sociabilidade”, a qual é expressamente reconhecida como princípio norteador do CC/02⁵⁰⁴. Desde a Revolução Industrial, com a disseminação de atividades coletivas e dos danos delas derivados, veio-se produzindo essa passagem da lógica predominantemente liberal para outra, social. Não é raro que os danos produzidos nesse contexto atinjam, de uma só vez, um conjunto muito numeroso de pessoas⁵⁰⁵. São os *mass torts*, danos de massa, que produzem efeitos de dimensão antes inimaginável e mudam significativamente os tipos de risco que pairam sobre a sociedade contemporânea⁵⁰⁶. É a era das catástrofes e dos acidentes, expressões às quais se costuma

⁵⁰¹ VILLELA, João Baptista. Emenda Constitucional nº 66: Outras Imprecisões. *Carta Forense*, São Paulo, out. 2010.

⁵⁰² VILLELA. Emenda..., cit.

⁵⁰³ FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO. *Curso...*, cit., p. 236.

⁵⁰⁴ REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, Doutor Miguel Reale, datada de 16 de janeiro de 1975. In: *Anais do “EMERJ Debate o Novo Código Civil”*. 16. jan. 1975, p. 16-17.

⁵⁰⁵ DÍEZ-PICAZO. *Derecho...*, cit., p. 159.

⁵⁰⁶ ALPA. *Responsabilità...*, cit., p. 472. Também nesse sentido, cf. SALVI. *La responsabilità...*, cit., p. 322: “A outra tarefa que – ao lado daquela de fornecer resposta à crescente demanda pela reparação generalizada dos danos – explica o processo expansivo da responsabilidade civil reside na proteção de novos ‘direitos’, que proliferam

referir, talvez com um pouco de alarmismo. Daí resultam diversas mudanças na responsabilidade civil, que, mediante a sua objetivação, a chamada socialização dos riscos, a flexibilização do nexos de causalidade, o reconhecimento de novos interesses dignos de tutela jurídica, vem ocupando mais espaço no direito e englobando situações que antes não alcançava⁵⁰⁷.

Nesse contexto, parece que a função reparatória perde sua posição de proeminência e dá lugar a outras finalidades comumente atribuídas à responsabilidade civil. Esta passa a estar voltada, mais que ao ressarcimento dos danos patrimoniais e morais, à produção de “efeitos de advertência social, de prevenção, de punição, que determinam uma indubitável torção em relação às características tradicionais do instituto”⁵⁰⁸.

Tudo isso é reflexo, de um modo ou de outro, de uma criação ideológica característica do século XIX e que a partir de então cresceu e espalhou-se: o coletivismo. Do voltariano “*esprit des nations*” e do “*Volksgeist*” alemão à “socialidade” que impregnou o CC/02, encontram-se diversas expressões dessa mesma visão, segundo a qual o social seria uma realidade diferente dos indivíduos e até anterior e prevalente em relação a eles⁵⁰⁹. Assim, também o direito tem sido conduzido ao “primado claro e insofismável do coletivo sobre o individual”⁵¹⁰, o que se reflete, inclusive, na noção de dano moral e resulta na criação dos danos coletivos. Aos poucos, ganha mais relevo que o indivíduo – a ponto de suprimi-lo – essa figura amorfa que é a coletividade, a qual, se não é simplesmente a reunião das forças individuais⁵¹¹, não se entende o que mais possa ser.

Assim, tanto pelo reconhecimento de novos interesses não patrimoniais tuteláveis, com a “constitucionalização do direito civil” e a descoberta da pessoa como seu centro irradiador, quanto pela coletivização dos danos, a qual resulta de um processo mais antigo e mais profundo de socialização do direito, tem-se presenciado, no despontar do último século, uma exponencial

continuamente por força da jurisprudência, e na proteção contra fatos de agressão qualitativa ou quantitativamente novos, típicos das sociedades industriais avançadas: atividades produtivas perigosas para os consumidores ou para o meio ambiente, serviços profissionais qualificados (tradicionalmente cobertos por uma imunidade de fato), meios de comunicação ou informação potencialmente lesivos aos direitos da pessoa (da *mass media* aos processadores de dados), serviços públicos ou privados ineficientes ou intrusivos, etc” (tradução nossa).

⁵⁰⁷ ALPA. *Responsabilità...*, cit., p. 473.

⁵⁰⁸ SALVI. *La responsabilità...*, cit., p. 323. tradução nossa.

⁵⁰⁹ ORTEGA Y GASSET, José. *A Rebelião das Massas*. trad. Herrera Filho. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores, p. 33 e 382, nota 12. Disponível em: <<http://www.leb.esalq.usp.br/leb/aulas/lce1302/ortega.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2021.

⁵¹⁰ BITTAR FILHO. *Do dano...*, cit., p. 50.

⁵¹¹ BASTIAT, Frédéric. *A Lei*. 3. ed. trad. Ronaldo da Silva Legey. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010, [n.p.]. E-book disponível em: <<https://www.mises.org.br/Ebook.aspx?id=115>>. Acesso em: 22. abr. 2022.

proliferação de danos indenizáveis⁵¹², o que se observa não apenas no Brasil, mas ao redor de todo o mundo⁵¹³.

Na Itália, por exemplo, o sistema de reparação dos danos não patrimoniais, originalmente fechado e típico, submeteu-se a uma integral revisão pela *Corte Costituzionale*, como já mencionado. Abandonou-se, então, a necessária coincidência, antes existente, entre dano moral e dano não patrimonial e este passou a ser gênero, capaz de abranger outros danos que não possuam natureza econômica, como o dano biológico e o dano existencial⁵¹⁴.

Ante o surgimento de modalidades de dano antes não conhecidas ou, ao menos, não reparáveis, pretende-se, também no Brasil, por influxo do que se passou naquela península, afirmar a insuficiência do dano moral para apreender a multiplicidade de danos não patrimoniais reparáveis⁵¹⁵. Empreende-se, pois, a substituição da consagrada nomenclatura “dano moral” (no singular, porque única e incindível) por outra: “danos extrapatrimoniais” (no plural, porque múltipla). Nesse sentido, a categoria alarga-se em conteúdo e extensão, tornando-se gênero do qual seriam espécies outros tantos novos tipos de dano⁵¹⁶.

Essa passagem do dano moral ao dano extrapatrimonial ainda é inacabada. Mas, ao que tudo indica, está em curso, a passos largos, essa transição, cujo desfecho por ora não é possível entrever.

Em todo caso, é preciso advertir que o abandono do conceito de dano moral em favor da construção da categoria mais abrangente dos danos extrapatrimoniais é opção imprudente e inadequada.

Ao contrário do que ocorreu na Itália, optou o legislador, no ordenamento brasileiro, pela expressão “dano moral”, não se tendo feito uso, originalmente, do termo “dano não patrimonial” ou “dano extrapatrimonial”. Este último termo, como já ressaltado, acabou sendo introduzido na legislação trabalhista após a sua reforma, em 2017, por influxo das alterações a que foi submetido o sistema italiano. Previu-se, assim, no art. 223-B da CLT, que “causa dano de natureza *extrapatrimonial* a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação”.

⁵¹² FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO. *Curso...*, cit., p. 236.

⁵¹³ Vê-se fenômeno semelhante por exemplo, na Itália, em Portugal, na França, na Espanha. Confira-se, a propósito: ALPA. *Responsabilità...*, cit., p. 472-473; VELOSO. Danos..., cit., p. 507-508; SERRANO, Laura Gázquez. El daño en el ordenamiento jurídico español: ¿Nuevos daños? Análisis jurisprudencial. In: *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros*, Bogotá, V. 26, n. 46, p. 215-235, jan.-jun/2017, p. 217-218; SCHREIBER. *Os novos...*, cit., p. 79-80.

⁵¹⁴ SCOGNAMIGLIO. L'ingiustizia..., cit., p. 277, 278 e 283; ALPA. *Responsabilità...*, cit., p. 534-535.

⁵¹⁵ ROSENVALD. Por uma tipologia..., cit., n.p.

⁵¹⁶ ROSENVALD. Por uma tipologia..., cit., n.p.

Parece claro que o intuito da inclusão do termo “dano extrapatrimonial”, em substituição a “dano moral”, é alargar o que se entende por dano reparável e permitir a criação de novas espécies, como o dano existencial e o dano moral da pessoa jurídica, aos quais a legislação trabalhista faz implícita ou explícita menção.

Poder-se-ia questionar, então, se a positivação da nova nomenclatura não provocaria uma alteração inelutável e definitiva do sistema brasileiro de reparação de danos não patrimoniais, forçando o abandono da noção que até então se tinha de dano moral e a instituição de uma outra categoria, mais fluida e abrangente. Mas a simples inserção do termo “extrapatrimonial” na legislação, sem que se lhe tenha conferido definição e conteúdo próprios, ou particularidades que o distingam da clássica noção de dano moral, não é apta a criar uma outra categoria jurídica.

Enquanto não houver uma precisa delimitação das novas figuras de dano apontadas e uma convincente justificação da sua existência autônoma e da sua ressarcibilidade no sistema brasileiro de responsabilidade civil, o chamado “dano extrapatrimonial” é vazio enquanto categoria e poderá ser entendido, simplesmente, como sinônimo de dano moral. E, de fato, como se verá nos capítulos 7 e 8, a referência feita na legislação trabalhista ao dano existencial e ao dano moral da pessoa jurídica, enquanto espécies de “danos extrapatrimoniais”, não é capaz, por si, de conferir vida a tais figuras no mundo do direito.

Assim, a despeito da positivação recentemente empreendida, o termo “dano extrapatrimonial” não designa uma nova categoria de dano, com autonomia jurídica e força normativa. Pode-se apenas compreender serem equivalentes os vocábulos “dano moral” e “dano extrapatrimonial” (os civilistas do século XX já se referiam a eles como sinônimos⁵¹⁷). Continua-se preferindo, porém, a expressão clássica, originalmente escolhida pelo legislador nacional, que é, ademais, já consagrada pelo uso.

A importação irrefletida da resposta estrangeira para um problema que, no Brasil, não existe, certamente implicará mais dificuldades do que soluções. É que, aqui, há um sistema aberto de reparação dos danos morais, a qual não depende de que o fato gerador do dano seja um ilícito penal. Não há razão, portanto, para criar artificialmente novas figuras de dano, como fizeram os italianos a fim de garantir o ressarcimento em casos não contemplados por aquele sistema fechado⁵¹⁸.

⁵¹⁷ Por todos, veja-se ALVIM. *Da inexecução...*, cit., p. 216: “Nós pensamos que o dano moral há de ser não patrimonial. Aquêle que fôr patrimonial não é moral.

Pelo que a expressão dano não patrimonial equivale, para nós, a dano moral”.

⁵¹⁸ VELOSO. *Danos...*, cit., p. 514.

Apesar disso, muitas vezes têm se erguido, na doutrina e na jurisprudência brasileiras, para defender que o dano moral já não seria categoria suficiente para abranger todas as lesões a interesses não patrimoniais merecedores de tutela jurídica, razão pela qual se justificaria a criação de novas modalidades de dano, que consistiriam em espécies do gênero “danos extrapatrimoniais”, ao lado do dano moral⁵¹⁹.

Essas novas categorias de dano têm sido forjadas com tanta velocidade e entusiasmo que se constata, atualmente, uma completa desordem relativamente ao sistema de reparação dos danos morais (ou não patrimoniais). Muitas questões ficam em aberto e não são analisadas com profundidade e seriedade: o que seriam propriamente os “danos extrapatrimoniais”? Teriam eles, em comum, tão somente a característica de produzirem efeitos não patrimoniais? Como, então, seriam selecionados os danos ressarcíveis? Qual seria o bem jurídico violado em cada situação? O que justificaria a autonomia das novas categorias?

Não há uma sistematização dos “danos extrapatrimoniais” reparáveis, tampouco há uma delimitação precisa da definição, do âmbito de abrangência e, enfim, da compatibilidade de cada uma dessas categorias de danos com o direito brasileiro. Consequentemente, o seu reconhecimento pelos tribunais parece dar-se sem o necessário rigor metodológico e clareza conceitual. Não raras vezes se depara com a invocação de novas categorias de danos indenizáveis, cumuláveis entre si, com nomenclaturas várias e conteúdos que, por vezes, confundem-se. Alarga-se, assim, exageradamente, a responsabilidade civil e enfrenta-se grave insegurança jurídica⁵²⁰.

À invenção de múltiplas modalidades inseridas dentro do alargado conceito de dano extrapatrimonial segue-se um problema inevitável: a fixação de duplas indenizações em razão do mesmo prejuízo, pelo simples fato de este vir indicado por nomenclaturas diversas⁵²¹. Concretiza-se assim o receio de que essa multiplicação irrefletida de novas figuras de dano represente grave ameaça à segurança jurídica e à liberdade individual e econômica.

Não é demais recordar que a cada direito que deriva da ordem jurídica corresponde um dever, imposto a um outro indivíduo ou a todos de um modo geral. Tal dever pode ser positivo e consistir em determinada ação, ou negativo e determinar uma abstenção⁵²². Como se viu, os direitos de personalidade estabelecem, em favor do titular, um dever geral de abstenção e

⁵¹⁹ SCHREIBER. *Os novos...*, cit., p. 80; ROSENVALD. *Por uma tipologia...*, cit., n.p.

⁵²⁰ THEODORO JÚNIOR. *Dano...*, cit., p. 187.

⁵²¹ VELOSO. *Danos...*, cit., p. 522.

⁵²² CABRAL DE MONCADA. *Elementos...*, cit., p. 52.

delimitam, por conseguinte, a esfera legítima de ação jurídica de todos em relação àquele indivíduo. Em poucas palavras, o preço de qualquer direito é um ou vários deveres correlatos.

Desse modo, ao mesmo tempo que a criação de novos direitos – e, por conseguinte, novos bens jurídicos e novos danos –, amplia a proteção da pessoa, também confina o espaço de liberdade de ação dos indivíduos. A responsabilidade civil, ao determinar os critérios de imputação do dever de indenizar o dano, estabelece uma fronteira entre a área do permitido e do proibido⁵²³. Seu principal desafio é encontrar o ponto de equilíbrio para a demarcação dessa fronteira, razão pela qual suas regras só vêm a operar-se para reparar o dano ao qual se confere relevância jurídica.

É, por isso, simples entender que a criação desenfreada de novos danos resulta, inevitavelmente, na redução da esfera de liberdade individual, o que se agrava com a admissão de verdadeiras penas privadas travestidas de categorias de dano recém-fabricadas e com a introdução de critérios de atribuição e quantificação de indenizações nos quais estão embutidos, de forma mais ou menos disfarçada, propósitos punitivos⁵²⁴. É necessário aceitar uma constatação incômoda: a proliferação dos danos ressarcíveis tem servido, mais que à proteção da pessoa, à punição – tirana e ilegal – dos indivíduos. Embora se propague a ideia, mais aprazível, de que a responsabilidade civil contemporânea passa a ter em mira sobretudo o ofendido, no sentido de que se busca, a qualquer custo, reparar os prejuízos sofridos, o enfoque, na verdade, está sempre mais sobre a conduta do ofensor, e não propriamente sobre as suas consequências danosas, de modo que a punição e a prevenção vêm ganhando espaço como funções da responsabilidade civil, mais que a própria reparação.

Além disso, a multiplicação irracional de danos indenizáveis, justificada pelo intuito de não deixar irressarcida a vítima e de dissuadir outras condutas danosas, é ruína à economia. A imputação de responsabilidade acarreta, afinal, evidentes limitações quanto à esfera de ação e impõe muitas vezes a adoção de medidas de prevenção que podem implicar sacrifícios. Em especial no âmbito empresarial, essas medidas comumente geram custos, que devem ser computados e compensados, sob pena de inviabilizarem o início ou a continuidade da atividade da empresa⁵²⁵.

A insegurança causada pelo surgimento, de todo aleatório e imprevisível, de novas espécies de dano, sem ter por base qualquer parâmetro legal, acaba por agravar o famigerado “Custo Brasil” e prejudicar, assim, a economia nacional. Não só as empresas são afetadas

⁵²³ MENEZES CORDEIRO. *Tratado...*, V. 2. t. 3., cit., p. 424.

⁵²⁴ DÍEZ-PICAZO. *Derecho...*, cit., p. 240.

⁵²⁵ DÍEZ-PICAZO. *Derecho...*, cit., p. 43-44.

diretamente, mas também o mercado consumidor, ao qual serão repassados, necessariamente, os custos majorados⁵²⁶.

Decerto, uma economia sadia não subsiste a uma propagação descomedida dos danos ressarcíveis. Como percebera Joseph Kohler, “susceptibilidades não têm lugar no Direito; é o que disseram, e muito acertadamente, julgados americanos; uma natureza melindrosa não se ajusta ao comércio jurídico sadio, e, contudo, não pode sacrificá-lo”⁵²⁷.

Nesse sentido, a proliferação desordenada de categorias de danos não patrimoniais, embora seja recorrentemente elogiada por ampliar a esfera de proteção das pessoas, significa, na mesma medida, a redução da esfera de liberdade individual e econômica. Ao definir-se o regramento da responsabilidade, ao delimitar seus pressupostos, “joga-se a esfera de liberdade das pessoas”⁵²⁸. Não se pode perder a consciência dessa outra perspectiva.

É precisamente aí, na relação indissociável entre liberdade e responsabilidade⁵²⁹, que se encontra a relevância de se compreender o conceito de dano moral e circunscrever os limites da sua ressarcibilidade. Deve-se evitar “a propagação irracional dos mecanismos de tutela indenizatória”⁵³⁰ e garantir, assim, liberdade de ação e segurança jurídica.

Trata-se, nas palavras de Díez-Picazo, de:

(...) estabelecer uma delimitação de fronteiras entre os âmbitos de liberdade de ação e aqueles outros em que se concede certa proteção a determinados bens e interesses, que, por essa mesma razão, implicam limites à liberdade ou autolimitações desta, na medida em que determinadas atuações livres podem impor um grau de responsabilidade⁵³¹.

Com efeito, apenas resgatando-se a essência do dano moral e confrontando-a com as diversas modalidades de dano que têm sido criadas, será possível delinear os contornos do dano ressarcível, com o intuito de garantir, por um lado, a tutela dos bens mais valiosos da pessoa, mas sem descuidar, por outro lado, da natureza e finalidade da responsabilidade civil, bem como da integridade do sistema.

Acima já se estabeleceu a premissa indispensável ao problema sobre qual se debruçará, isto é, o conceito de dano moral e as condições de sua ressarcibilidade. Permanece pendente a confrontação das novas figuras de danos extrapatrimoniais mais usuais no Brasil com aquela

⁵²⁶ THEODORO JÚNIOR. *Dano...*, cit., p. 73.

⁵²⁷ KOHLER, Joseph. A própria imagem no direito. trad. Walter Moraes. In: *Revista Justitia*, a. 34, V. 79, p. 23-43, out./dez., 1972. São Paulo: Ministério Público de São Paulo, p. 26.

⁵²⁸ MENEZES CORDEIRO. *Tratado...*, V. 2. T. 3., cit., p. 392.

⁵²⁹ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Elementos de responsabilidade civil. LIRA, Ricardo Pereira. (coord.). *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 37-38.

⁵³⁰ DÍEZ-PICAZO. *Derecho...*, cit., p. 296.

⁵³¹ DÍEZ-PICAZO. *Derecho...*, cit., p. 43. tradução nossa.

premissa, a fim de que se possa compreender o que se encontra dentro ou fora das fronteiras do dano moral ressarcível. É isso, precisamente, que se propõe fazer adiante.

7. O DANO MORAL DA PESSOA JURÍDICA

*Mas o homem é a tal ponto afeiçoado ao seu sistema e à dedução abstrata que está pronto a deturpar intencionalmente a verdade, a descrever de seus olhos e seus ouvidos apenas para justificar a sua lógica*⁵³².

7.1. Direito e linguagem: a pessoa jurídica entre o símbolo e a realidade

O direito, com frequência, vale-se de figuras de linguagem como recurso instrumental, capaz de aproximá-lo da vida e da realidade. Foi recorrendo aos recursos linguísticos e emprestando ao símbolo elementos da realidade que se pensou a figura da pessoa jurídica. Esta surge, fundamentalmente, para superar limites inerentes à condição humana, permitindo a potencialização das ações dos indivíduos e conferindo meios para que as suas façanhas se estendam para além da duração da vida⁵³³.

Para servir a interesses e ambições particularmente humanos, construiu-se a metáfora das pessoas jurídicas e se lhes concedeu, na precisa medida das necessidades dos homens, poderes jurídicos que apenas se reconheciam a estes. Trata-se, a rigor, de concessões feitas a esta categoria essencialmente analógica criada à imagem e semelhança da pessoa natural⁵³⁴, a qual, por sua vez, não é simples construção do pensamento jurídico, mas reflexo do próprio Deus, “analogado supremo, Ato puro, em que se realiza, plena e absolutamente, a noção da Pessoa”⁵³⁵. Não é necessário crer na Criação para compreender o que isso significa: é a natureza racional do homem, sua participação na ordem espiritual, sua vocação à transcendência, que determina a sua condição de pessoa. Nas palavras de Tomás de Aquino, “pessoa significa o que há de mais perfeito em toda natureza, a saber, o que subsiste em uma natureza racional”⁵³⁶.

A própria definição de “pessoa”, como visto acima, exclui tudo o que esteja no mundo físico e não seja humano. Acaso há “substância individual de natureza racional”⁵³⁷ que não seja, necessariamente, humana?

Eis porque a “pessoa jurídica” nada mais é que uma metáfora. Se não é, propriamente, uma ficção jurídica, como tradicionalmente se pensava, desde a sistematização feita por

⁵³² DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Memórias do subsolo*. trad. Boris Schnaiderman. São Paulo: Editora 34, 2000, p. 36.

⁵³³ VILLELA, João Baptista. *Perchè...*, cit., p. 103.

⁵³⁴ VASCONCELOS. *Teoria...*, cit., p. 5.

⁵³⁵ MATTACHADO, Edgar de Godoi da. Conceito Analógico de Pessoa Aplicado à Personalidade Jurídica. *Revista da Faculdade de Direito [da] Universidade de Minas Gerais*, Belo Horizonte, out. 1954, p. 77-78.

⁵³⁶ AQUINO. *Suma...*, cit., p. 529.

⁵³⁷ AQUINO. *Suma...*, cit., p. 522-534.

Savigny, é figura que existe apenas como realidade ideal, técnica ou jurídica, mas jamais corporal ou sensível⁵³⁸.

Embora as figuras de linguagem sejam naturais e até inevitáveis como instrumento que fornece ao direito expressividade e funcionalidade, não são desconhecidos os riscos daí advindos⁵³⁹. O fascínio da proximidade entre o símbolo e a realidade pode levar à obliteração do recurso linguístico empregado e à mais ou menos lenta dissipação das fronteiras entre o fictício e o real⁵⁴⁰. No momento em que se perder a consciência dos limites que separam um do outro, não será possível escapar da armadilha de tomar-se um pelo outro, deixando o pensamento ser substituído pela palavra.

É isso que parece estar ocorrendo em relação às pessoas jurídicas. Quais são, afinal, as suas linhas limítrofes e até que ponto podem ser estendidos a elas os poderes jurídicos que pertencem às pessoas naturais?

Tal problema não é exclusivo do direito civil. No âmbito penal, por exemplo, há considerável dissenso quanto à possibilidade de as pessoas jurídicas serem vítimas de crimes contra a honra⁵⁴¹. Valiosas também para o direito privado são as antigas lições de Néelson Hungria a esse propósito:

Em face do Código atual, somente pode ser sujeito passivo de crime contra a honra a *pessoa física*. Inaceitável é a tese de que também a *pessoa jurídica* pode, sob o ponto de vista jurídico-penal, ser ofendida na sua honra. (...) Ora, a pessoa jurídica é pura ficção, estranha ao direito penal. Não tem honra senão por metáfora. A lição de BERNER, que FLORIAN considera ‘metafísica e irreal’, é que atente à realidade das coisas: à pessoa jurídica, como pessoa simplesmente ficta, ‘falta o íntimo sentimento moral’ (...) ‘de modo que as ofensas à honra de uma pessoa jurídica não são, de fato, senão ofensas à honra das pessoas físicas que a representam’. (...) Uma *fictio juris* (que tal é, indiscutivelmente a pessoa jurídica) não pode ser ampliada além da utilidade prática para que foi criada. O direito privado, ao *fingir* a pessoa jurídica distinta das pessoas físicas que a compõem, fê-lo tão somente para fins patrimoniais ou econômicos⁵⁴².

As razões que amparam o seu posicionamento permanecem firmes, porque ancoradas em algo perene, embora frequentemente esquecido ou julgado obsoleto: a natureza das coisas.

⁵³⁸ A respeito das diversas teorias que procuram explicar a natureza das pessoas jurídicas, confira-se: SILVA, Wilson Melo da. Pessoas Jurídicas. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, a. 17, n. 6, out./1966, p. 65-98. Belo Horizonte: Imprensa da Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <<https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/72>>. Acesso em: 11 out. 2021.

⁵³⁹ VILLELA. Perchè..., cit., p. 99-101.

⁵⁴⁰ VILLELA. Perchè..., cit., p. 100-101.

⁵⁴¹ CAHALI. *Dano...*, cit., p. 343.

⁵⁴² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. V. 6. Arts. 137 a 154. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 44-46.

Não obstante, o STF, afastando-se da posição do coautor do Código Penal, vem reconhecendo a possibilidade de as pessoas jurídicas serem sujeito passivo de crime de difamação⁵⁴³.

Na esfera civil, talvez a mais emblemática controvérsia a respeito dos limites dos poderes outorgados às pessoas jurídicas diga respeito à possibilidade de essas sofrerem dano moral. O debate é antigo e está, de certo modo, superado, desde 1999, quando o STJ publicou a Súmula 227, a qual afirma, de modo tanto abreviado quanto categórico, que “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”⁵⁴⁴. Não obstante, também as questões “superadas” devem ser pensadas, a fim de que se assegure a firmeza das razões que levaram à sua superação e não se contente em repeti-las mecanicamente. Isso é especialmente relevante neste caso, em que a resposta dada à questão baseia-se em premissas incertas, haja vista a falta de clareza que sempre existiu quanto ao conceito de dano moral.

7.2. A controvérsia doutrinária e o esboço de um novo dano

Não foi à toa que farta literatura se produziu a respeito do tema. Encontra-se, na doutrina, uma diversidade de posições a respeito do dano moral às pessoas jurídicas. Melo da Silva⁵⁴⁵ e Agostinho Alvim⁵⁴⁶, partindo de uma noção estrita de dano moral, segundo a qual este encontraria o seu fundamento central na dor, chegam à conclusão – um tanto o quanto óbvia à luz daquela premissa conceitual –, de que as pessoas jurídicas, incapazes de sentir, jamais teriam direito a esse tipo de reparação. Se os danos morais são “danos da alma”, cujo ressarcimento se funda em alicerces puramente espirituais e se associa à capacidade afetiva e sensitiva própria do ser humano, é, de fato, absurdo pretender estender às pessoas jurídicas a possibilidade de suportá-los. A elas “faltaria o elemento básico, fundamental e ontológico, para tanto”⁵⁴⁷.

⁵⁴³ Em pesquisa realizada no banco de dados do STF em 2020, sem corte temporal, buscando-se por acórdãos que contivessem na ementa as expressões “pessoa jurídica” e difamação, encontraram-se 13 resultados. A sua análise revela que o STF tem entendido que, embora a pessoa jurídica não possa ser sujeito passivo dos crimes de injúria e calúnia, pode ser vítima de difamação. Nesse sentido, citam-se, exemplificativamente: Inq 800, Relator(a): Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/1994, DJ 19-12-1994; Pet 2491 AgR, Relator(a): Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 11/04/2002, DJ 14-06-2002; AP 223 recebimento da queixa, Relator(a): Cordeiro Guerra, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/1975, DJ 07-11-1975; RHC 61993, Relator(a): Francisco Rezek, Segunda Turma, julgado em 26/10/1984, DJ 14-12-1984.

⁵⁴⁴ STJ, *Súmula n. 227*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula227.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

⁵⁴⁵ SILVA. *O dano...*, cit., p. 650-658.

⁵⁴⁶ ALVIM. *Da inexecução...*, cit., p. 215-216.

⁵⁴⁷ SILVA. *O dano...*, cit., p. 467.

Ambos os juristas refutam expressamente os argumentos de De Cupis, para quem haveria danos não patrimoniais subjetivos (*dolore fisico e patemi d'animo*) e danos não patrimoniais objetivos (ofensas à reputação, por exemplo), podendo as pessoas jurídicas sofrerem estes, mas não aqueles. Para Melo da Silva e Agostinho Alvim, contudo, a existência de um prejuízo não patrimonial, consistente na dor, em sentido amplo, é o que configura o dano moral. E, assim, o dano moral “objetivo” apenas seria propriamente um dano moral reparável quando resultasse nesse tipo de prejuízo. É o que explica Melo da Silva:

Ora, a difamação, a ofensa ao bom-nome, classificadas por DE CUPIS como danos morais objetivos, apenas são danos de tal natureza no tanto em que, sem nenhuma repercussão sobre os bens do patrimônio econômico, possam determinar, para o lesado, sofrimentos interiores e angústias, depressão moral, vergonha ou vexame. Fora disso, não constituiriam, propriamente, um dano extrapatrimonial⁵⁴⁸.

E Agostinho Alvim, esclarecendo que, em sua percepção, o dano patrimonial pressupõe prejuízo e o dano moral, dor, declarava não saber em que consistiria esse dano moral que não é dor nem prejuízo⁵⁴⁹.

A rigor, o desentendimento explica-se em razão das premissas conceituais adotadas por cada um. Percebe-se, então, que não foi sem razão o esforço empreendido na primeira parte deste trabalho a fim de delimitar os conceitos e estabelecer as ideias preliminares que conduziriam as reflexões seguintes.

Enquanto para Melo da Silva e Agostinho Alvim o dano moral é prejuízo e associa-se, necessariamente, à dor, ainda que em sentido lato, e à alteração do estado psíquico, para De Cupis, o dano privado se distinguiu em patrimonial e não patrimonial, definindo-se este por via de contraposição, de modo a abranger todos os danos que produzissem efeitos não patrimoniais. Assim, entendia este que, logicamente, os prejuízos morais não abarcariam toda sorte de danos não patrimoniais, cujo conceito seria, então, muito mais largo que o de dano moral, tradicionalmente aceito no direito brasileiro. Não por outra razão, concluía que o sujeito passivo de dano não patrimonial poderia ser também a pessoa jurídica. Esta, posto que não pudesse sofrer ou sentir dor, gozaria, assim como as pessoas naturais, de bens não patrimoniais, cuja lesão, por si só, resultaria em dano ressarcível⁵⁵⁰. Não surpreende, então, que o jurista italiano incluísse as pessoas jurídicas entre os sujeitos que poderiam vir a suportar danos morais.

Pelo mesmo motivo é que Junqueira de Azevedo, sem grande esforço argumentativo, admite a ressarcibilidade dos danos morais às pessoas jurídicas. Se o dano moral equivale a

⁵⁴⁸ SILVA. *O dano...*, cit., p. 650-658.

⁵⁴⁹ ALVIM. *Da inexecução...*, cit., p. 216.

⁵⁵⁰ DE CUPIS. *Il danno...*, cit., p. 31-32.

mero dano não patrimonial e deve ser definido por exclusão, não coincide, necessariamente, com o *pretium doloris* e pode enquadrar-se no conceito, sem dificuldades, o dano às pessoas jurídicas⁵⁵¹.

No Brasil, a tese tem também a seu favor a autoridade de Pontes de Miranda, que, partindo da premissa de que as pessoas jurídicas têm direitos de personalidade, os quais podem ser atingidos por fatos ilícitos, admite a possibilidade de que elas sejam moralmente ofendidas e movam ações de reparação. A ofensa ao seu nome ou à sua reputação não se confundiriam, afinal com a ofensa aos bens dos seus membros ou diretores⁵⁵².

Lopez, valendo-se da mesma classificação feita por De Cupis, que divide os danos morais em objetivos e subjetivos, entende que a pessoa jurídica ofendida em sua honra social poderia merecer reparação moral, “apesar de esses prejuízos resultarem sempre em avaliação de perdas patrimoniais”⁵⁵³. O dano moral, nesse caso, consistiria não em “dano-prejuízo”, visto que este teria necessariamente caráter patrimonial, mas em espécie de “dano-evento”, configurado pela simples ofensa ao bem jurídico (honra objetiva) de que é titular a pessoa jurídica.

Na mesma linha, entende Cahali que o dano moral, na sua versão mais recente, consiste em violação a direitos da personalidade. Tendo-os também a pessoa jurídica, não haveria por que negar a ela a indenização em tais casos⁵⁵⁴. Venosa, embora reconheça que, “em se tratando de pessoa jurídica, o dano moral de que é vítima atinge seu nome e tradição de mercado e terá sempre repercussão econômica, ainda que indireta”⁵⁵⁵, admite que o dano moral deve ser entendido de forma ampla, como “um desconforto extraordinário na conduta do ofendido”⁵⁵⁶, de modo que a pessoa jurídica também poderia ser vítima dele. E acrescenta que “dentro dos princípios tradicionais, é, de fato, difícil entender que a pessoa jurídica possa sofrer danos morais, mas há que se acompanhar a evolução”⁵⁵⁷.

Mais recentemente, tem-se deparado com uma posição, por assim dizer, intermediária. Segundo seus adeptos, embora o direito a ressarcimento por danos morais não pudesse ser aplicado à pessoa jurídica *tout court*, o dano por ela suportado configuraria um “dano

⁵⁵¹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO. Por uma... cit., p. 212.

⁵⁵² PONTES DE MIRANDA. *Tratado...*, t. 54, cit., p. 173-174.

⁵⁵³ LOPEZ. *O dano...*, cit., p. 24.

⁵⁵⁴ CAHALI. *Dano...*, cit., p. 393.

⁵⁵⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Obrigações e responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 203.

⁵⁵⁶ VENOSA. *Direito...*, cit., p. 203.

⁵⁵⁷ VENOSA. *Direito...*, cit., p. 203.

institucional”, sempre que a pessoa jurídica não visasse lucro ou quando fosse “atacada em aspectos não avaliáveis, *direta e imediatamente*, em dinheiro”⁵⁵⁸.

Convém pôr especial atenção à expressão “direta e imediatamente”. Ela já revela o verdadeiro propósito e a essência desse dano, seja ele entendido simplesmente como dano moral sofrido pelas pessoas jurídicas ou como um novo dano, vestido de moderna nomenclatura. Se o dano moral distingue-se do dano patrimonial pela natureza dos efeitos que cada qual produz, não seria supérflua a referida expressão? Não bastaria dizer que o “dano institucional” se configuraria quando a pessoa jurídica fosse atacada em aspectos não avaliáveis em dinheiro? Se, em última instância, e ainda que indiretamente, for possível estimar o valor em pecúnia dos prejuízos causados à pessoa jurídica, tal dano será, de todo modo, patrimonial. Por mais penoso que seja avaliar o prejuízo, isto não torna possível convertê-lo em dano moral (ou “institucional”). Mensurável em dinheiro, direta e imediatamente ou não, o dano é essencialmente patrimonial.

A essas reflexões se tornará mais adiante. Mas, feita vista grossa à propositada expressão, importa registrar a existência de alguma oscilação quanto à abrangência dessa figura que se tem esboçado como “dano institucional”. Para Farias, Rosenvald e Braga Netto, a nomenclatura “dano institucional” deveria ser estendida, indistintamente, aos danos praticados contra qualquer pessoa jurídica, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial, e independentemente de o ente ter ou não fins lucrativos⁵⁵⁹.

Gustavo Tepedino, por sua vez, entende que o dano sofrido pelas pessoas jurídicas repercute, via de regra, exclusivamente no desenvolvimento de suas atividades econômicas, tratando-se de dano patrimonial que deve, então, ser provado. Contudo, no caso em que uma pessoa jurídica sem fins lucrativos fosse atingida em sua credibilidade ou reputação, configurar-se-ia o dano institucional, categoria nova e diversa do dano patrimonial e do moral, criada para suprir a lacuna que existe neste caso, em razão de a pessoa jurídica não poder sofrer, a rigor, dano moral. Assim, em síntese, o dano institucional ficaria reservado para os entes sem fins lucrativos⁵⁶⁰.

A verdade é que, como reconhecem os próprios adeptos do “dano institucional”, essa figura ainda está por desenhar. Trata-se ainda de um esboço, cujos limites e conceito ainda não

⁵⁵⁸ MORAES. *Danos...*, cit., p. 191. g.n.

⁵⁵⁹ FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO. *Curso...*, cit., p. 348.

⁵⁶⁰ TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e direitos da personalidade. In: *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdades do Brasil*, n. 2, p. 15–31, jan./jun., 2003, Curitiba, Faculdades do Brasil, 2002, p. 30; TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos de direito civil. Responsabilidade Civil*. V. 4. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Versão e-book. n/p.

foram definidos⁵⁶¹. Em todo caso, aplicando-se apenas aos danos suportados pelas pessoas jurídicas sem fins lucrativos ou a todas, sem distinção, tratando-se de espécie de dano extrapatrimonial ou de um gênero diverso, abrangente de prejuízos de uma ou outra ordem, o certo é que tal figura consistiria numa nova modalidade de dano ressarcível. Mediante seu reconhecimento se viabilizaria, se não em todas as situações, em parte delas, a reparabilidade de danos não estritamente patrimoniais sofridos por pessoas jurídicas.

7.3. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça

Como já mencionado, à luz da jurisprudência do STJ, a questão da possibilidade de que as pessoas jurídicas sofram danos morais encontra-se superada. Em 1999, foi publicada a Súmula nº 227, segundo a qual “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. Tal posição vem de tão longa data que não se encontra, no banco de dados do Tribunal Superior, nenhum acórdão em que se decidiu de forma contrária, malgrado se deprende com um ou outro voto divergente. Nos próprios precedentes da súmula⁵⁶², não são travados debates aprofundados sobre o problema e acaba-se aderindo, por automatismo ou resignação ao entendimento majoritário, à tese do cabimento do dano moral da pessoa jurídica.

Com efeito, para os fins da presente pesquisa⁵⁶³, foram analisados 41 acórdãos, tendo-se constatado que todos, sem exceção, concluíram pela possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral. O gráfico abaixo indica, por ano de distribuição e julgamento, os julgados analisados:

⁵⁶¹ MORAES. *Danos...*, cit., p. 191.

⁵⁶² STJ. *Súmula 227*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula227.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2022.

⁵⁶³ A pesquisa jurisprudencial foi realizada no banco de dados do STJ em 2020, sem corte temporal, e buscou por acórdãos que contivessem, na ementa, as seguintes palavras: “pessoa jurídica” pode sofrer “dano moral”. A busca encontrou como resultado 37 acórdãos. Além destes, foram analisados outros 4, que são precedentes da Súmula nº 227/STJ e não haviam sido localizados pelos parâmetros de busca.

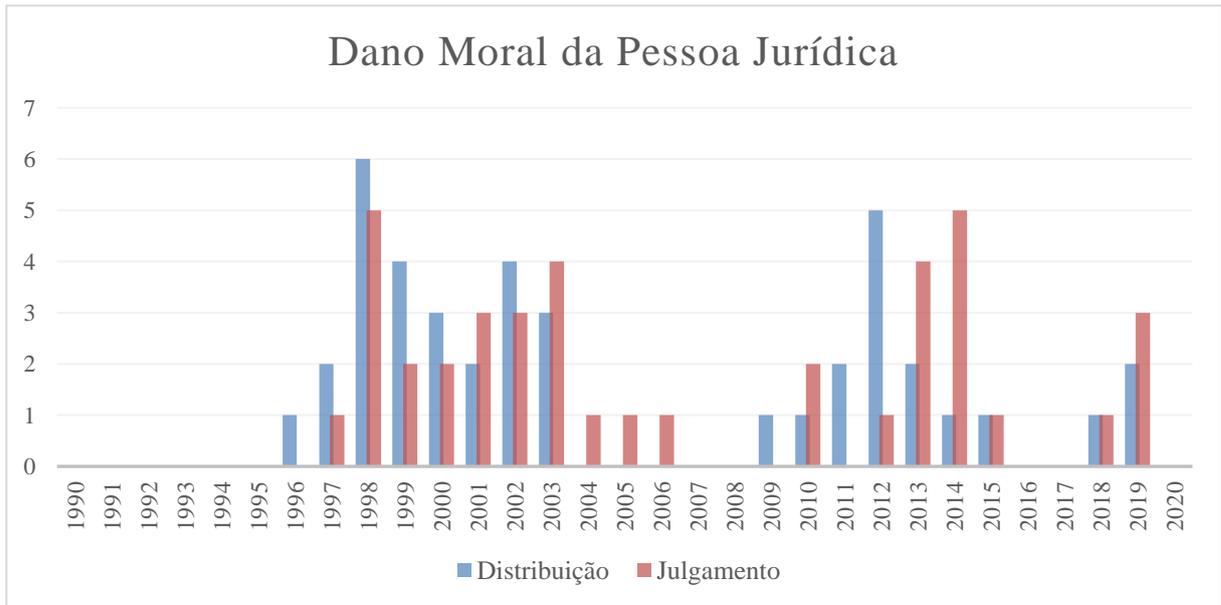


Figura 3 – Acórdãos do STJ sobre dano moral da pessoa jurídica, por data de distribuição e julgamento

Entre 1996 e 1998, quando foram julgados os precedentes da súmula, ainda havia alguma divergência. No Recurso Especial nº 16.1913-MG, o relator, então Min. Carlos Alberto Menezes Direito, conquanto tenha reconhecido o direito da construtora recorrida de ser ressarcida pelos danos morais decorrentes do protesto de duplicatas fraudulentas, levado a cabo pelo banco recorrente, fê-lo por respeito à orientação majoritária da Corte Superior, ressaltando, contudo, o seu posicionamento pessoal. Para o relator, não se poderia configurar dor, nem mesmo violação à honra de uma pessoa jurídica, servindo a extensão do conceito de honra objetiva como um artifício para justificar a indenização. Afinal, todo prejuízo que pode repercutir na esfera de uma pessoa jurídica tem, em última instância, caráter econômico. Nas palavras do ministro:

Tudo o que se passa na esfera da atividade empresarial, ou não, desenvolvida por sociedades organizadas de acordo com a lei, deve, necessariamente, repercutir no patrimônio. Se, por exemplo, contra uma instituição financeira é assacada uma afirmação mentirosa sobre a sua capacidade de cumprir os compromissos com seus clientes, é evidente que não há falar em dano moral, mas, sim, em dano à credibilidade da empresa com repercussão patrimonial, assim a fuga de clientes ou o encerramento das contas. O que não pode existir é a empresa sentir-se ofendida na sua dignidade, na sua honra. Se fosse diferente, estar-se-ia no reino do absurdo⁵⁶⁴.

E acrescenta que a construção interpretativa pode avançar para preencher lacunas e compatibilizar a lei com a realidade, mas que não tem cabimento quando já há um caminho

⁵⁶⁴ REsp 161.913/MG, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 22/09/1998, DJ 18/12/1998, p. 344.

legal para amparar a prestação jurisdicional. “Ora, no caso da pessoa jurídica, o direito positivo brasileiro tem outras avenidas que podem ser percorridas para esse efeito”, dizia referindo-se à reparação dos danos patrimoniais e ao ressarcimento dos prejuízos morais suportados pelos seus dirigentes.

O seu posicionamento era também o do Min. Eduardo Leite, que, no entanto, acabou igualmente se curvando ao entendimento outrora vencedor⁵⁶⁵. Limitou-se, no voto proferido por ocasião do julgamento do referido Recurso Especial, a afirmar: “Em relação ao tema fiquei vencido e não pretendo nele insistir”.

Talvez fosse o caso de insistir.

Cerca de dez meses depois foi editada a súmula nº 227, do STJ, e a partir de então já não se discute a questão, ao menos em sede jurisprudencial. Tem-se reafirmado, continuamente, com base na distinção entre honra subjetiva e honra objetiva, que a pessoa jurídica pode sofrer danos morais desde que esta última seja atingida, o que se dá “sempre que os ilícitos afetarem seu bom nome, sua fama e reputação”⁵⁶⁶.

Controvérsias seguem existindo em relação a questões secundárias. Duas dessas questões são particularmente interessantes; referem-se aos tipos de pessoas jurídicas que podem sofrer danos morais e à prova do dano.

A redação da súmula do STJ é bastante enxuta. Não faz nenhuma limitação à possibilidade de que as pessoas jurídicas sejam ressarcidas por dano moral, nem o fazem os seus precedentes. Por esta razão se conclui, ao menos em princípio, que em qualquer caso poderiam tais entes sofrer esse tipo de dano.

Porém, num dos julgados analisados, depara-se com a discussão a respeito de quais seriam os tipos de pessoa jurídica às quais se poderia, efetivamente, estender o direito à indenização. Trata-se do Recurso Especial nº 1.258.389-PB⁵⁶⁷. Naquele caso, o município de João Pessoa/PB ajuizou ação de indenização por danos morais em face de Rádio e Televisão Paraibana Ltda., sob o fundamento de que em programas transmitidos por ela foram tecidos vários comentários atentatórios à reputação da municipalidade. A principal controvérsia objeto do recurso diz respeito à possibilidade de o município, enquanto pessoa jurídica de direito público, experimentar dano moral pela veiculação das matérias jornalísticas ofensivas.

⁵⁶⁵ No julgamento do Recurso Especial nº 147.702-MA, ambos os Ministros já haviam ficado vencidos em relação à questão. Naquela oportunidade, a relatoria era do Ministro Eduardo Ribeiro, cujo voto foi acompanhado pelo do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

⁵⁶⁶ REsp 1.822.640/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/11/2019, DJe 19/11/2019.

⁵⁶⁷ REsp 1.258.389/PB, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, quarta turma, julgado em 17/12/2013, DJe 15/04/2014.

O relator, Min. Luís Felipe Salomão, entendeu que não se poderia conceder ao município o direito à indenização por dano moral. À tal conclusão chegou pelo seguinte caminho argumentativo: primeiro, seria preciso reconhecer que, embora o STJ tenha sedimentado o entendimento de que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral (Súmula nº 227), a construção da referida tese deu-se com base em casos nos quais pessoas jurídicas de direito privado, sobretudo sociedades empresárias, experimentaram descrédito no mercado em razão do dano sofrido. Com base na doutrina de Gustavo Tepedino, afirma o ministro que “a Súmula n. 227 constitui solução pragmática à recomposição de danos de ordem material de difícil liquidação – em regra, microdanos – potencialmente resultantes do abalo à honra objetiva da pessoa jurídica”. Por tudo isso, a situação dos autos não se adequaria ao substrato fático da tese firmada na súmula, nem aos seus precedentes.

Estabelecida essa premissa, seria necessário perceber, diante do acolhimento do dano moral no direito brasileiro mediante a inclusão, na CF/88, do dano moral decorrente de ofensa à honra, imagem e vida privada, que “a indagação acerca da aptidão de alguém sofrer dano moral passa necessariamente pela investigação da possibilidade teórica de titularização de direitos fundamentais”.

Diante dessa constatação, impor-se-ia uma pergunta: poderia a pessoa jurídica de direito público ser titular de direitos fundamentais oponíveis contra o particular?

O ministro responde que não. Os direitos fundamentais são titularizados, essencialmente, por pessoas naturais, podendo alguns deles ser estendidos às pessoas jurídicas, desde que compatíveis com a sua natureza. Às pessoas jurídicas de direito privado poderiam ser reconhecidos alguns direitos fundamentais, os quais seriam oponíveis ao Estado ou a outros entes privados. Ao inverso, o reconhecimento de tais direitos a pessoas de direito público implica a possibilidade de que o Estado os exerça inclusive em face de indivíduos. O paradoxo é evidente, na medida em que os direitos fundamentais surgiram, na história, justamente para proteger os indivíduos contra o poder do Estado.

Assim, no máximo se poderia atribuir às pessoas jurídicas de direito público “direitos fundamentais de caráter processual ou relacionados à proteção constitucional da autonomia, prerrogativas ou competência de entidades e órgãos públicos, ou seja, direitos oponíveis ao próprio Estado e não ao particular”. Mas não seria possível que a atribuição de direitos fundamentais a essas pessoas fosse ao ponto de conduzir à “subversão da própria essência desses direitos”, como ocorria no emblemático caso em julgamento.

E concluiu, portanto, que haveria riscos em conceder às pessoas jurídicas de direito público a via da ação indenizatória, sendo mais adequado solucionar os ataques a essas pessoas

“pelas vias legais expressamente consagradas no ordenamento, notadamente por sanções administrativas ou mesmo penais”.

A Min. Isabel Gallotti, embora tenha acompanhado o relator quanto à conclusão do voto, reservou-se a possibilidade de, em outro caso, vir a adotar conclusão diferente no que diz respeito à atribuição de indenização moral a pessoa jurídica de direito público. É que, para ela, a circunstância de ser pública ou privada a pessoa jurídica não seria o fator determinante da viabilidade ou não da indenização por dano moral, de modo que, em situações eventuais, poderia também aquela merecer reparação.

A ministra parte do mesmo entendimento esboçado pelo relator com base na doutrina de Tepedino, segundo a qual o dano moral da pessoa jurídica consistiria em solução pragmática à recomposição de danos materiais de difícil liquidação. Com base nessa premissa, imagina como exemplo dessas situações eventuais a hipótese na qual uma municipalidade é atingida por campanha difamatória da municipalidade vizinha. Nesse caso, como “a campanha difamatória poderia causar grande prejuízo ao comércio e ao erário municipal”, os danos morais suportados pela pessoa jurídica de direito público seriam “límitrofes a danos materiais”, e poderiam, então, ser ressarcidos.

Acredita-se que há parcela de razão nos argumentos adotados por ambos os ministros, embora sejam diversas a conclusão a que chegam sobre a possibilidade de, em tese, as pessoas jurídicas de direito público sofrerem dano moral.

Por um lado, é pertinente a afirmação, feita pelo Min. Luís Felipe Salomão, de que a capacidade de ser vítima de dano moral depende da aptidão de titularização de determinados direitos. De fato, o dano moral pressupõe a violação de bens da personalidade. Igualmente pertinente é a constatação do absurdo em que consiste a extensão desses direitos a entes públicos, já que os direitos fundamentais, assim como os direitos da personalidade, encontram seu fundamento na necessidade de tutelar o indivíduo, primeiro em relação ao Estado, depois em relação também a outros particulares. A inflação de direitos, sobre a qual já se alertou, e a sua indistinta atribuição a pessoas jurídicas de direito público resulta em estapafúrdia inversão: empodera-se o Estado em detrimento do indivíduo.

Por outro lado, não é sem razão a posição da Ministra Maria Isabel Gallotti, segundo a qual não é a circunstância de ser pública ou privada a pessoa jurídica que determina a possibilidade ou não de ela sofrer dano moral. A linha divisória a que antes se referiu entre a realidade e a ficção não está a separar, de um lado, as pessoas naturais e as pessoas jurídicas de direito privado e, de outro, as pessoas jurídicas de direito público; mas sim as pessoas naturais, como autênticas pessoas que são, e as pessoas jurídicas todas, cuja existência se justifica sempre

pelo seu caráter instrumental e pragmático, posto a serviço dos interesses humanos. Não há, na essência, algo que distinga as pessoas de direito público das de direito privado quanto à aptidão para suportarem danos morais. As mesmas limitações que encontra uma para ser titular de direitos da personalidade, encontrará também a outra.

Mas com isso não se quer dizer que deveria ser reconhecida a possibilidade de todas as pessoas jurídicas, indistintamente, suportarem dano moral; antes, quer-se apontar que todos os óbices que se põem contra o dano moral das pessoas jurídicas de direito público servem, pelas mesmas razões, contra o dano moral das pessoas jurídicas de direito privado. O incômodo revelado pelo Min. Salomão em seu voto deve-se à peculiaridade do caso em julgamento, no qual figurava um município pleiteando indenização por dano moral decorrente de opiniões desabonadoras veiculadas por uma emissora, ente privado. Mas, para manter-se a coerência, teria de provar-se o mesmo incômodo nos demais casos em que se afirma a ressarcibilidade do dano moral da pessoa jurídica. A hipótese daquele caso é esdrúxula, e por isso tem a virtude de revelar o caráter subversivo da admissão do dano moral às pessoas jurídicas levado às últimas consequências.

A segunda questão a respeito da qual se encontra dissenso nos julgados do STJ analisados diz respeito à prova do dano moral sofrido pelas pessoas jurídicas. Este é assunto que desperta considerável insegurança. Em julgados mais recentes, constata-se uma tendência à afirmação de que, via de regra, seria imprescindível a demonstração do dano concreto à honra objetiva da pessoa jurídica a fim de que seja viável o ressarcimento, não podendo configurar-se o dano moral *in re ipsa*. Seria esta, a rigor, a diferença de tratamento decorrente da distinção entre o dano moral da pessoa natural e o dano moral da pessoa jurídica: a “necessidade de comprovação do efetivo prejuízo à valoração social no meio em que a pessoa jurídica atua (bom nome, credibilidade e reputação)”⁵⁶⁸.

Mas, ao mesmo tempo que se afirma a indispensabilidade da prova, ressalva-se que não é exigível uma “precisa e inequívoca demonstração do prejuízo por meio de laudos periciais e contábeis, aptos a indicar exatamente a existência e a extensão do dano”, podendo a sua avaliação ser realizada mediante o recurso a regras de experiência e presunções. Para ilustrar a possibilidade, a relatora do acórdão, Ministra Nancy Andrighi, menciona o exemplo seguinte:

(...) uma sociedade que tem um título de crédito protestado indevidamente, a rigor, deveria demonstrar quais os prejuízos extrapatrimoniais sofridos, mas sabe-se – quer dizer, é de conhecimento comum – que com títulos protestados qualquer empresa é impedida de participar de licitações públicas, tem dificuldades na obtenção de crédito,

⁵⁶⁸ REsp 1807242/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/08/2019, REPDJe 18/09/2019, DJe 22/08/2019.

entre outros efeitos deletérios a seu nome, credibilidade e reputação, que permitem ao julgador, segundo sua análise, dispensar a produção de provas⁵⁶⁹.

Onde estaria, então, a distinção de tratamento em relação ao dano moral da pessoa natural? O dano moral não é *in re ipsa* precisamente por permitir que, verificada a existência do evento danoso, suponha-se a existência dos prejuízos, por uso de regras da experiência e presunções? Acaso seria admissível que, sendo a vítima pessoa física, não haveria de provar nem mesmo o evento danoso ou que, provado este, a presunção dos prejuízos seria absoluta (o que resultaria em verdadeira responsabilidade sem dano)?

Assim, embora se afirme em alguns julgados a necessidade de demonstração da ofensa à honra objetiva da pessoa jurídica⁵⁷⁰ e, portanto, do comprometimento da sua reputação⁵⁷¹, sua fama e seu bom nome, ou de descrédito perante terceiros⁵⁷², não sendo possível concluir pela existência do dano simplesmente em razão do ato ilícito⁵⁷³, parece que não há, na verdade, nenhuma diferença de regime em comparação ao dano moral comum. As voltas que se dá em torno da questão talvez sejam uma tentativa de atenuar o paradoxo que consiste em atribuir a pessoas jurídicas direito que pertence intrinsecamente ao ser humano, pessoa por excelência.

De fato, grande parte dos acórdãos reconhecem, em situações específicas e recorrentes, que o dano moral presume-se a partir do ato ilícito, em razão da especial gravidade deste. É o que se vê em relação aos casos, já mencionados quando se abordou o dano à imagem, de contrafação. Nessas hipóteses, afirma-se de modo uníssono que o dano moral é *in re ipsa*, ou seja, decorre “não exatamente da prova de sua ocorrência, mas da análise da *gravidade* do ato ilícito em abstrato”⁵⁷⁴, porque é possível presumir, pelas regras da experiência comum, a existência de um “abalo significativo da imagem, reputação ou honra da pessoa”⁵⁷⁵. E, assim, chega-se, ordinariamente, à mesma conclusão alcançada no julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.527.232-SP:

(...) o dano moral, por efetiva violação de marca ou *trade dress* é aferível *in re ipsa*, ou seja, sua configuração decorre da mera comprovação da prática de conduta ilícita – revelando-se despcienda a demonstração de prejuízos concretos ou comprovação

⁵⁶⁹ REsp 1807242/RS, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 20/08/2019, REPDJe 18/09/2019, DJe 22/08/2019.

⁵⁷⁰ AgRg no AREsp 189.780/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 09/09/2014, DJe 16/09/2014.

⁵⁷¹ REsp 1298689/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 09/04/2013, DJe 15/04/2013.

⁵⁷² AgRg no REsp 1176981/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 06/11/2014, DJe 13/11/2014.

⁵⁷³ REsp 1822640/SC, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 12/11/2019, DJe 19/11/2019.

⁵⁷⁴ AgInt no REsp 1527232/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 08/10/2019, DJe 15/10/2019. g.n.

⁵⁷⁵ AgInt no REsp 1527232/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 08/10/2019, DJe 15/10/2019.

probatória do efetivo abalo moral, haja vista que o vilipêndio do sinal distintivo, uma vez demonstrado, acarretará, por consectário lógico, a vulneração do seu bom nome, reputação ou imagem⁵⁷⁶.

Também entende o STJ ser *in re ipsa* o dano moral decorrente de devolução injustificada de cheque⁵⁷⁷ e protesto indevido de título⁵⁷⁸. Nesses casos, do mesmo modo, afirma-se ser automaticamente presumível o dano a partir da ocorrência do ilícito. Assim, “prova não se exige porque assentado que o protesto indevido de título é suficiente para caracterizar o dano moral, abalando o crédito da empresa [e] a sua situação no mercado”⁵⁷⁹, tal como o é a devolução de cheque. Por que razão aceita-se a presunção nesses casos e em outros não, é pergunta que não se poderá responder senão recorrendo ao casuísmo e à discricionária construção jurisprudencial.

Outros julgados admitem de forma genérica, e não para casos específicos, o cabimento de indenização moral às pessoas jurídicas independentemente da demonstração do dano decorrente do evento lesivo, de modo que, em qualquer hipótese, o dano moral se configuraria *in re ipsa*. Isso porque “na concepção moderna da reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto”⁵⁸⁰.

Assim, no Recurso Especial nº 331.517-GO, foi concedido à Cristal Engenharia e Empreendimentos Ltda. ressarcimento pelos danos extrapatrimoniais suportados em razão de veiculação na imprensa, pela Associação das Empresas de Incorporação de Goiás – ADEMI, de publicidade abusiva e tendenciosa dirigida a um empreendimento imobiliário da construtora. A prova do dano concreto foi dispensada, sob a justificativa de que:

(...) a indenização por dano moral é cabível independentemente de existir ou não qualquer prova a demonstrar eventual prejuízo concreto decorrente do ato lesivo. O

⁵⁷⁶ AgInt no REsp 1527232/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 08/10/2019, DJe 15/10/2019.

⁵⁷⁷ AgRg no REsp 1170662/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/08/2010, DJe 25/08/2010; REsp 564.981/BA, Rel. Ministro Jorge Scartezini, Quarta Turma, julgado em 28/03/2006, DJ 08/05/2006, p. 216.

⁵⁷⁸ REsp 218.849/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 19/02/2004, DJ 02/08/2004, p. 395; REsp 538.687/RS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 16/12/2003, DJ 29/03/2004, p. 237; REsp 546.329/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02/10/2003, DJ 20/10/2003, p. 276; REsp 259.277/MG, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 27/06/2002, DJ 19/08/2002, p. 171; REsp 254.073/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 27/06/2002, DJ 19/08/2002, p. 170; REsp 312.689/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 18/09/2001, DJ 29/10/2001, p. 204; REsp 173.124/RS, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 11/09/2001, DJ 19/11/2001, p. 277.

⁵⁷⁹ REsp 538.687/RS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 16/12/2003, DJ 29/03/2004, p. 237.

⁵⁸⁰ REsp 331.517/GO, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 27/11/2001, DJ 25/03/2002, p. 292.

dano moral decorre *in re ipsa*, vale dizer, do próprio registro de fato inexistente, bastando a constatação de ato ilícito para concretizar o direito à reparação⁵⁸¹.

De modo semelhante, no Recurso Especial nº 1.504.833-SP, foi concedida ao Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP indenização por danos morais causados por publicação na revista Carta Capital. Entendeu-se que a matéria atentaria contra a credibilidade do instituto, por sugerir o seu envolvimento com atos ilegais, como a contratação com órgãos públicos sem licitação e tráfico de influência do seu corpo docente, especialmente do sócio (e também ministro do STF) Gilmar Mendes. Do próprio ato ofensivo a honra do instituto, decorreria o dano⁵⁸².

Assim, o recurso a “presunções e regra de experiência no julgamento”⁵⁸³ parece ser admitido, em alguns julgados, como padrão quando se trata de danos morais à pessoa jurídica. E não fica claro nem em que consiste propriamente esse dano *in re ipsa*, nem quais são as situações em que pode ser invocado. Ao que tudo indica, trata-se de um recurso retórico que tem por fim, consciente ou não, a mitigação da necessidade de prova do dano sempre que o caminho probatório ofereça alguma dificuldade⁵⁸⁴. O objetivo final, alinhado àquela referida propensão a não deixar irressarcida a vítima, é tornar alcançável a indenização. Não há, a rigor, um regime jurídico próprio vinculado a esta tão invocada categoria, que acaba por dar azo a arbitrariedades e provocar inseguranças.

Eis o problema do dano *in re ipsa*, o qual já foi abordado antes e não será, pois, objeto deste capítulo. É oportuno, porém, chamar a atenção para duas distinções entre a aplicação do dano moral *in re ipsa* às pessoas jurídicas, tal como se observou na análise jurisprudencial, e o que se entende, à luz das premissas conceituais aqui estabelecidas, por essa figura.

A primeira distinção diz respeito ao “momento” em que incide a presunção e as regras da experiência. Antes se disse que o dano *in re ipsa* impõe o emprego adequado do mecanismo presuntivo, que funciona como ponte *entre o evento lesivo e suas consequências* – ou seja, entre o que seria o “dano-evento” e o “dano-prejuízo”. Daí a necessidade, ineludível, de que a vítima comprove a ocorrência do dano enquanto evento lesivo, isto é, a concreta lesão a um específico bem da personalidade. Apenas se presumem os prejuízos.

⁵⁸¹ REsp 331.517/GO, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 27/11/2001, DJ 25/03/2002, p. 292.

⁵⁸² REsp 1504833/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 01/12/2015, DJe 01/02/2016.

⁵⁸³ AgInt no AREsp 1256777/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018.

⁵⁸⁴ MARX NETO; FARIA. A prova..., cit., p. 124.

Diferentemente, a jurisprudência brasileira faz uso do dano *in re ipsa* como ponte entre o ato ilícito em si e os prejuízos, levando em consideração a especial gravidade daquele⁵⁸⁵. Essa aplicação possui duas deturpações evidentes: ao dispensar qualquer prova do dano, tanto como lesão a bem jurídico, quanto como repercussões negativas na esfera psíquica, admite, na prática, a existência de responsabilidade civil sem dano. Ao supor a existência do dano moral e decifrar sua dimensão a partir da gravidade do ato ilícito, insere-se na responsabilidade civil um viés punitivo que contraria a sua natureza.

A segunda distinção está nas situações em que se configura o dano *in re ipsa*. Admitidas as premissas expostas no princípio deste estudo, não se encontra razão para permitir a presunção dos prejuízos decorrentes de lesões a alguns bens da personalidade e de outros não. O mecanismo presuntivo será usado como regra, desde que demonstrada a concreta lesão a um autêntico bem da personalidade, conferindo-se uniformidade ao tratamento do dano moral e previsibilidade de regime.

Afasta-se, assim, da fluidez característica do casuísmo jurisprudencial, que, como se viu, ora aplica de forma genérica o dano moral *in re ipsa* às pessoas jurídicas, ora o restringe a hipóteses recorrentes, como contrafação e protesto indevido de título, ora afirma a necessidade de comprovação do dano, sem negar, contudo, a possibilidade de o julgador valer-se de presunções em certos casos (quais seriam eles, não está claro).

Em apertada síntese, a construção jurisprudencial levou a que se aceitasse, sem muita resistência, a possibilidade de as pessoas jurídicas serem ressarcidas por danos morais. No STJ já não há espaço para o debate da questão e não parece haver quem insista em erguer a voz contra a posição majoritária da Corte. Por isso, tem-se contentado em aplicar a Súmula nº 227, reafirmando-se, com automatismo, a percepção de que seria compatível com as pessoas jurídicas a reparação moral. Os esforços têm-se concentrado em questões secundárias, como a extensão subjetiva da ressarcibilidade do dano e a sua prova.

Alcançada na jurisprudência a unanimidade quanto ao entendimento de que as pessoas jurídicas poderiam sofrer dano moral, o legislador acabou por também reconhecer tal possibilidade na CLT, após a reforma de 2017. Previu-se, no art. 223-B, que configuraria dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofendesse a esfera moral ou existencial da pessoa física *ou jurídica*. E na sequência, no art. 223-D, estabeleceu-se que “a imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica”.

⁵⁸⁵ AgInt no REsp 1527232/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 08/10/2019, DJe 15/10/2019. g.n.

Diante de tais previsões, poder-se-ia supor que a questão estaria totalmente superada, que o dano moral da pessoa jurídica seria categoria de existência indiscutível no ordenamento brasileiro, e que pouco ou nada adiantaria resistir à ressarcibilidade desse tipo de dano, haja vista a inequívoca positividade. Não é o que sucede, porém.

Repensar o problema do dano moral da pessoa jurídica é necessário, e não simplesmente sob uma perspectiva de *lege ferenda*. A verdade é que as normas contidas na Reforma Trabalhista não têm a força de tornar juridicamente existente tal categoria, na medida em que é absolutamente impossível concretizar-se a *fattispecie*: se as pessoas jurídicas não possuem uma esfera moral, não há como sofrerem esse tipo de ofensa. O direito positivo, por mais força que tenha, não pode contrariar a natureza das coisas. É dizer: a lei jurídica encontrará sempre irremovíveis limites naturais. A ordem jurídica opera no âmbito do dever ser, o que significa que se refere a uma ordem à qual se aspira, e que ainda não é. Por isso, a lei não consiste em recurso hábil a fixar verdades e alterar juízos de realidades, que pertencem ao mundo do ser. Se um fato é, ela não pode fazê-lo deixar de ser, e vice-versa⁵⁸⁶.

Com efeito, superado o positivismo na filosofia do direito, é preciso compreender que “o jurista não pode pôr e dispor livremente dos seus conceitos; tem que compreender a estrutura ôntica do real cuja apreensão jurídica lhe incumbe”⁵⁸⁷. E, portanto, o método não determina o objeto do conhecimento – cuja estrutura essencial é apriorística – mas deve regular-se por ele. Daí que o direito positivo não pode divergir discricionariamente dessa estrutura essencial.

Em outras palavras, “a lei não tem força, no tratar as categorias jurídicas, de contrariar a natureza das coisas. A palavra final não é a do legislador, mas a da ciência do direito”⁵⁸⁸. Portanto, nem o acolhimento pacífico do dano moral da pessoa jurídica na jurisprudência nem a sua positividade na legislação trabalhista são suficientes para erigir tal categoria. E não servem para evitar a reflexão crítica sobre a existência e a ressarcibilidade dessa figura de dano. Assim, continua sendo preciso – talvez mais do que nunca – repensar o problema.

7.4. Repensar o problema: pode a pessoa jurídica sofrer dano moral?

Não foi possível abordar a questão nos itens acima e chegar a este sem que se deixasse escapar a posição tomada neste trabalho. Pretender que as pessoas jurídicas possam sofrer dano

⁵⁸⁶ Cf. a propósito: VILLELA, João Baptista. Dos limites naturais da lei jurídica. In: *Revista de Informação Legislativa*, V. 13, n. 49, p. 87-90, jan./mar. 1976.

⁵⁸⁷ LARENZ. *Metodologia...*, cit., p. 151-156.

⁵⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Prescrição e Decadência*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 12.

moral é atentar contra a natureza das coisas. E por muito que se professe e replique a crença no contrário, não se atenuarão os seus contrassensos nem se alterará a natureza para acomodar a teoria. Por isso, independentemente de estar supostamente superado o problema, cedo ou tarde será preciso repensá-lo.

Mais acima chegou-se à conclusão de que o dano moral seria a afetação da esfera psíquica de um sujeito decorrente da lesão de um bem ou direito da personalidade. Por conseguinte, para que se configure um dano moral, será preciso verificarem-se dois requisitos cumulativos: primeiro, a lesão a um bem ou direito da personalidade; segundo, a repercussão negativa dessa lesão na esfera psíquica do sujeito, isto é, a existência de prejuízos não patrimoniais.

No caso das pessoas jurídicas, seria possível constatar a violação a um bem da personalidade?

Nos termos do art. 52 do CC/02, “aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”. Nesta linha, costuma-se admitir a atribuição dos direitos da personalidade a elas, desde que compatíveis com as suas próprias características⁵⁸⁹. O direito à vida privada, por exemplo, seria extensível a elas, na medida em que têm significativo interesse no segredo dos negócios. Mas, como ressalva Milton Fernandes, “não se pretende dotá-las de toda a extensão da privacidade, como ninguém jamais pensou em conferir-lhes os direitos de família”⁵⁹⁰.

A rigor, a ampliação dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas se dá por analogia, e apenas nos limites em que haja semelhanças com a pessoa natural a ponto de permitir o recurso analógico. Recorde-se que a analogia é um processo cognitivo por meio do qual se transfere um dado ou um significado de uma situação à outra, com apoio numa semelhança, uma comunhão de qualidades, existente entre ambas. Essa relação de semelhança “pressupõe que as realidades comparadas sejam simultaneamente idênticas e diversas”⁵⁹¹. Desse modo, há algo de metafórico em dizer que as pessoas jurídicas são titulares de direitos da personalidade.

Na verdade, elas possuem direitos *similares* aos direitos da personalidade da pessoa natural. Ou se poderia mesmo supor que o direito à privacidade seria idêntico ao direito ao sigilo empresarial? Trata-se de uma implícita comparação: as pessoas jurídicas possuem direitos que são *como* os direitos da personalidade das pessoas naturais, no sentido de que

⁵⁸⁹ KAYSER. Les droits..., cit., p. 490; FERNANDES. Proteção..., cit., p. 123.

⁵⁹⁰ FERNANDES. Proteção..., cit., p. 123.

⁵⁹¹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao Direito*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 402.

ambos possuem notas de semelhança. Isso não surpreende, já que a própria figura da pessoa jurídica foi construída à imagem da pessoa humana.

Acima já foi dito que os direitos da personalidade não são concedidos aos homens, não são inventados, mas apenas reconhecidos em face da sua específica natureza. São, pois, inatos. O homem, por sua peculiar consciência, descobre-se sujeito de direitos⁵⁹². Evidentemente, isso não é verdade para as pessoas jurídicas, cuja própria existência é fruto do engenho humano e que só subsiste enquanto servir de instrumento às realizações dos homens.

É por isso que os direitos da personalidade não se aplicam *tout court* às pessoas jurídicas⁵⁹³. É preciso testar a comparação. A elas não é possível reconhecer um direito equivalente ao direito à vida e à integridade física, de base eminentemente biológica⁵⁹⁴. Falta, aqui, qualquer semelhança que permita estabelecer direitos análogos.

Assim, com Pedro Pais de Vasconcelos, afirma-se que:

A aplicação do regime jurídico do direito de personalidade a pessoas colectivas nunca pode ser feito por via directa, mas antes e tão só por analogia, isto é, quando a semelhança das situações o justifique, e sempre com a adaptação do regime ao caso concreto e com consciência de que o sentido jurídico é completamente diferente nos verdadeiros direitos de personalidade, de que são titulares pessoas humanas (singulares), e direitos subjectivos análogos na titularidade de pessoas colectivas⁵⁹⁵.

A rigor, ainda que se possa valer da analogia – e a letra da lei, no CC/02, não deixa espaço para negar essa possibilidade – tal recurso é perigoso, justamente por criar a ilusão de que as pessoas jurídicas são titulares de autênticos direitos da personalidade. Mais uma vez, é preciso manter a consciência da fronteira entre a linguagem e o direito. Na essência, do mesmo modo que só o homem é, verdadeiramente, pessoa, enquanto “substância individual de natureza racional”⁵⁹⁶, os direitos da personalidade estão ligados de modo inexorável ao ser humano, de modo que “o seu alargamento às pessoas colectivas é um equívoco positivista que nasce da errada equiparação e confusão entre as pessoas singulares e as pessoas colectivas num macro-conceito geral-abstracto de personalidade jurídica”⁵⁹⁷. A transposição dos direitos da personalidade para além da esfera da pessoa natural implica uma distorção, que poderia

⁵⁹² CORÇÃO. *Dois...*, cit., p. 81.

⁵⁹³ “À limitação da capacidade, corresponde a limitação da titularidade dos direitos. No que diz respeito aos direitos da personalidade, é de se notar que nem todos esses cabem às pessoas jurídicas” (DE CUPIS. *I diritti...*, cit., p. 41, tradução nossa).

⁵⁹⁴ “Certos direitos da personalidade não podem, por outro lado, ser estendidos às pessoas jurídicas, e elas não se beneficiam de um direito análogo, porque o direito tem uma ligação tão estreita com a personalidade humana que não pode existir senão para ela. É o caso do direito ao corpo e do direito à imagem” (KAYSER. *Les droits...*, cit., p. 491, tradução nossa).

⁵⁹⁵ VASCONCELOS. *Direito...*, cit., p. 123.

⁵⁹⁶ AQUINO. *Suma...*, cit., p. 522-534.

⁵⁹⁷ VASCONCELOS. *Direito...*, cit., p. 123.

inclusive ser prejudicial à efetividade desses direitos, “amputando-o da sua conexão humanística ontologicamente decisiva e banalizando os argumentos basilares em que assenta”⁵⁹⁸.

Assim, pessoas jurídicas não possuem reais direitos da personalidade, mas apenas alguns direitos a eles análogos. Aí está a primeira razão da impossibilidade de elas suportarem danos morais. Falta-lhes a dimensão espiritual que justifica o próprio reconhecimento de dignidade e, portanto, de personalidade aos homens. E é nessa dimensão espiritual que se funda o ressarcimento do dano moral⁵⁹⁹. Afinal, “o homem é humano e essencialmente distinto de todo o mundo físico pela espiritual substância de sua alma”⁶⁰⁰, de modo que “a vida moral só tem alguma significação dentro de uma concepção espiritualista”⁶⁰¹ e, enfim, é a visão do homem como um distinto produto da Criação, com vocação para a transcendência, e a existência de uma ordem moral, que justificam a existência de direitos⁶⁰².

Mas ainda que se entendesse suficiente a lesão a esses análogos “direitos da personalidade” das pessoas jurídicas para vislumbrar a possibilidade de estas sofrerem dano moral, seria necessário investigar a ocorrência de repercussões negativas na esfera psíquica do sujeito, ou, simplesmente, de prejuízos não patrimoniais.

É despiendo dizer que pessoas jurídicas não têm uma esfera psíquica ou algo que a isto se assemelhe. Esta esfera é, mais uma vez, inerente ao ser humano e só existe em razão da sua natureza específica, que é a racionalidade. Por isso, toda e qualquer lesão suportada pela pessoa jurídica não produzirá senão consequências patrimoniais. Assim, ainda que seu nome esteja protegido contra a usurpação e sua honra objetiva contra campanhas desabonadoras, tais direitos têm por fim “preservar a integridade de seu patrimônio e de nenhuma maneira a incolumidade do espírito, do qual carece”⁶⁰³.

A contrafação de seus produtos, a veiculação de propaganda difamatória, a devolução injustificada de cheque, o protesto indevido de título, poderão implicar a redução de sua credibilidade no mercado, perante parceiros comerciais e consumidores. Nesse caso, dificultar-

⁵⁹⁸ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*. V. 1. Parte geral. t. 3. Pessoas. Coimbra: Almedina, 2004, p. 103.

⁵⁹⁹ SILVA. *O dano...*, cit., p. 650-658.

⁶⁰⁰ CORÇÃO. *Dois...*, cit., p. 22.

⁶⁰¹ CORÇÃO. *Dois...*, cit., p. 22.

⁶⁰² “(...) a visão dos seres humanos como uma ordem distinta de criação, os guardiões da ordem natural, responsáveis por suas vidas e obrigados a fazer o melhor delas. Essa é a visão que justifica nossa crença nos direitos como condições necessárias à realização humana. Tire a vida moral e seu objetivo de excelência humana, e a conversa sobre direitos se torna sem sentido (SCRUTON. *Animal...*, cit., n.p., tradução nossa).

⁶⁰³ BUSTAMANTE ALSINA. *Teoría...*, cit., p. 255. tradução nossa.

se-ão as contratações, cairão as vendas, reduzir-se-á a demanda por serviços. O prejuízo, em última instância, é sempre patrimonial.

Não obstante, tais prejuízos são de difícil demonstração, e, assim, “em se tratando de dano material, teria a pessoa jurídica a seu cargo o pesadíssimo, e quase sempre insuportável, ônus de provar o resultado econômico da lesão sofrida”⁶⁰⁴. O dano moral da pessoa jurídica foi, portanto, solução engendrada para conferir indenizações em situações nas quais é árdua a comprovação ou mesmo a liquidação de danos patrimoniais. Doutrina e jurisprudência o confessam.

Para Gisela Sampaio da Cruz, “construções que pretendem aplicar às pessoas jurídicas a ideia de dano moral são fruto de uma dificuldade quase insuperável de se provar e quantificar os lucros cessantes”⁶⁰⁵.

Também a jurisprudência do STJ tem admitido francamente que o dano moral da pessoa jurídica é uma solução pragmática para a fixação de indenizações por prejuízos patrimoniais nos casos em que é difícil provar sua configuração ou extensão. Já se referiu as votos dos Min. Salomão e Gallotti, que, baseando-se na doutrina de Tepedino, declaram: “a Súmula n. 227 constitui solução pragmática à recomposição de danos de ordem material de difícil liquidação – em regra, microdanos – potencialmente resultantes do abalo à honra objetiva da pessoa jurídica”⁶⁰⁶.

No mesmo sentido, afirma a Corte Superior que “a lesão à honra objetiva das pessoas jurídicas está relacionada a um dano indireto ao seu patrimônio material propriamente dito, embora de difícil avaliação na maioria das circunstâncias”⁶⁰⁷. Especialmente nos votos da Ministra Nancy Andrighi, constata-se inclusive uma inclinação ao reconhecimento do “dano institucional” como uma nova categoria, capaz de garantir o ressarcimento sem confundir-se com o dano moral. Nas palavras da Ministra:

Segundo essa linha, a fim de se afastar a indesejável confusão com o dano moral suportado pelas pessoas naturais, a lesão causada à honra objetiva da pessoa jurídica deveria receber a denominação de “dano institucional”, cuja reparação seria orientada, pela ótica da empresa, à realização e otimização da atividade por ela exercida⁶⁰⁸.

⁶⁰⁴ THEODORO JÚNIOR. *Dano...*, cit., p. 18.

⁶⁰⁵ CRUZ, Gisela Sampaio da. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 160.

⁶⁰⁶ REsp 1258389/PB, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, quarta turma, julgado em 17/12/2013, DJe 15/04/2014.

⁶⁰⁷ REsp 1807242/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/08/2019, REPDJe 18/09/2019, DJe 22/08/2019.

⁶⁰⁸ REsp 1.822.640/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/11/2019, DJe 19/11/2019.

Representativa é também a posição esposada pelo Min. Humberto Gomes de Barros no Recurso Especial nº 295.130-SP⁶⁰⁹: conquanto admita encarar com ressalvas a tese do dano moral às pessoas jurídicas, na medida em que, nesses casos, o que efetivamente é lesado é o “fundo de comércio, integrante do patrimônio material do comerciante”, acaba por conceder a indenização moral. Entendendo que a questão se encerraria “no plano da terminologia” – e, portanto, considerando ser desimportante a possibilidade do enquadramento conceitual desses prejuízos suportados pela pessoa jurídica como dano moral –, atribui à indenização caráter punitivo, já que deveria servir para “intimidar novas condutas ofensivas”.

É necessário afirmar o óbvio: as pessoas jurídicas não podem ser afetadas em sua esfera psíquica ou em sua ordem espiritual, porque não os têm. E isso é uma decorrência do fato de não serem verdadeiras pessoas. Não é possível imaginar que suportem um prejuízo que não seja, direta ou indiretamente, patrimonial.

Nesse sentido, não é preciso que se faça uma análise muito profunda da questão para perceber que o “dano moral” que se tem reconhecido às pessoas jurídicas não é, de nenhum modo, dano moral. Tais “pessoas”, além de não poderem sofrer lesões, propriamente, a bens da personalidade, tampouco podem ser atingidas numa esfera que não seja patrimonial.

A atribuição, às pessoas jurídicas, de direitos da personalidade e do direito à indenização por danos morais advém de uma deformação na compreensão da personalidade jurídica, fruto das concepções realistas⁶¹⁰, as quais, a rigor, são especialmente irrealis, por pretenderem “ver realidades substantivas onde apenas há jogo de normas”⁶¹¹. Isso é consequência do fato de se ter perdido de vista aquele traço limítrofe entre a ficção e a realidade. A palavra substituiu o pensamento.

Já não se recorda o que é ser pessoa e supõe-se que o direito possa ignorar a natureza das coisas, estendendo a ficções jurídicas direitos que têm raiz e alicerce nos atributos que são exclusivos da condição humana, e que distinguem os homens de todo o mundo físico. Levada às últimas consequências, esta concepção resulta numa subversão que acaba por diminuir o homem. Pensa-se estar elevando às pessoas jurídicas à superior posição do ser humano por conveniência e razões pragmáticas; ao contrário, como isso não é possível, está-se, na verdade, rebaixando o ser humano, por conceder a outros entes, ainda que de modo fictício, qualidades

⁶⁰⁹ REsp 295.130/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 22/02/2005, DJ 04/04/2005, p. 298.

⁶¹⁰ MENEZES CORDEIRO. *Tratado...*, V. 1. t. 3., cit., p. 104; VASCONCELOS. *Direito...*, cit., p. 122.

⁶¹¹ MENEZES CORDEIRO. *Tratado...*, V. 1. t. 3., cit., p. 104.

que o separam de todo o resto. Com isso, desvaloriza-se a pessoa e retira-se potência e efetividade dos reais direitos da personalidade.

Ainda que se tome o dano moral da pessoa jurídica como solução pragmática para a concessão de danos patrimoniais cuja ocorrência e liquidação são difíceis de se provar, não se pode admiti-lo. Trata-se de subterfúgio artificial, que despreza qualquer método. Há de se tomar cuidado com os conceitos jurídicos. Pode-se admitir que eles tenham um núcleo inflexível e uma camada que já não seja inflexível, mas não é possível que sejam maleáveis a ponto de se os empregar como bem se queira. Como Díez-Picazo, pensa-se que:

(...) os conceitos jurídicos não se podem construir sem certa dose de rigor e que só os conceitos rigorosamente construídos permitem um diálogo e um debate fecundo dentro da comunidade dos juristas, pois é claro que, de outro modo, em lugar de diálogo não pode haver mais que acentuada confusão e, ao final, o caos⁶¹².

Já se chegou ao caos. Será grande o esforço, mas é preciso corrigir o emprego dos conceitos, e quanto mais tarde se der conta disso, mais árduo será o conserto.

Se fosse mesmo o caso de conferir indenizações às pessoas jurídicas pelos danos patrimoniais que suportassem, por mais que elas não lograssem demonstrá-los, melhor seria admitir, com franqueza, que se está a presumir danos patrimoniais e a quantificá-los com base em nada mais que puro arbítrio. Ao menos seria mais honesto o debate acerca da questão e se evitaria muita confusão.

Por fim, pensa-se que a invenção de um novo dano, com a nomenclatura “dano institucional”, não resolve o problema e apenas lhe acrescenta outros. O que seria esse dano que não é patrimonial nem moral? Trata-se, na verdade, de um não-dano, porque prescinde da existência de prejuízos concretos. É figura pensada para viabilizar a concessão de “indenizações” pela tão só verificação do ato ilícito e, assim, estender a responsabilidade civil a situações nas quais não antes não era chamada. A rigor, por não depender da configuração de prejuízos e ter em vista mais a conduta ofensiva do que o dano em si, esse novo “dano institucional” servirá como mecanismo de aplicação de penas disfarçadas.

Assim, são falhas todas as tentativas de justificar a atribuição de um dano moral ou extrapatrimonial às pessoas jurídicas. É preciso repensar o problema. É preciso resgatar a natureza das coisas e estabelecer conceitos firmes, a fim de que não se perca a consciência da linha divisória entre a ficção e a realidade.

⁶¹² DÍEZ-PICAZO. *El escándalo...*, cit., p. 14-15. tradução nossa.

8. O DANO EXISTENCIAL

*Caminante son tus huellas
el camino y nada más;
caminante, no hay camino
se hace camino al andar.*

*Al andar se hace camino
y al volver la vista atrás
se ve la senda que nunca
se ha de volver a pisar.*

*Caminante no hay camino
sino estelas en la mar...*⁶¹³

8.1. O surgimento e a trajetória do dano existencial na Itália

8.1.1. O preparo do caminho para o surgimento de um novo dano

Como se viu no capítulo 3.1.4.3, o Código Civil Italiano de 1942 inaugurou, com a previsão do art. 2.059⁶¹⁴, um regime de responsabilidade civil que restringia a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais aos casos determinados em lei. À época, a única previsão legal expressa de ressarcimento desses tipos de dano encontrava-se no art. 185 do Código Penal⁶¹⁵, de modo que a reparação dos danos não patrimoniais ficou limitada, em princípio, aos casos em que se configurava um delito penal.

A doutrina italiana tomava, então, como premissa, a ideia de raiz alemã da dicotomia entre dano patrimonial e dano não patrimonial, o qual era tido como sinônimo de *pretium doloris*⁶¹⁶. A jurisprudência, ao dar aplicação ao art. 2.059, consolidou o entendimento de que

⁶¹³ “Caminhante, são tuas pegadas
o caminho e nada mais;
caminhante, não há caminho,
se faz caminho ao andar.
Ao andar se faz caminho
e ao voltar a vista atrás
se vê a senda que nunca
se há de voltar a pisar
Caminhante não há caminho
mas marcas no mar...”.

(MACHADO, Antonio. *Proverbios y cantares*, XXIX. *Apud*: UNAMUNO, Miguel de. *Niebla*. 30. ed. Madri: Cátedra – Letras Hispánicas, 2017, p. 32. tradução nossa).

⁶¹⁴ *Codice Civile Italiano*, cit., art. 2.059: “O dano não patrimonial só deve ser indenizado nos casos determinados por lei” (tradução nossa).

⁶¹⁵ *Codice Penale*, cit., art. 185: “Todo crime obriga à restituição de acordo com as leis civis. Qualquer crime que tenha causado dano patrimonial ou não patrimonial obriga o culpado e as pessoas que, de acordo com as leis civis, sejam responsáveis pelo fato dele, a pagarem uma indenização” (tradução nossa).

⁶¹⁶ HILARIO. *La responsabilidad...*, cit., p. 268. tradução nossa.

o dano não patrimonial se caracterizava como dano moral subjetivo (sofrimento contingente, perturbação transitória da alma), e só era reparável quando decorria de um crime⁶¹⁷.

Contudo, na década de 80, a *Corte di Cassazione* e a *Corte Costituzionale* italianas reconheceram a reparabilidade e, mais que isso, a autonomia, do que veio a se afirmar como dano biológico, preparando o caminho que levaria ao reconhecimento do dano existencial.

A figura do dano biológico foi acolhida na jurisprudência da *Corte di Cassazione* a partir da sentença nº 3675, de 6 de junho de 1981⁶¹⁸. Tratava-se de um caso em que ocorrera a colisão de dois veículos, da qual resultaram significativas lesões a um dos condutores. Em sentença, o Tribunal de Gênova condenou o ofensor ao ressarcimento dos danos patrimoniais e não patrimoniais, incluído aí o chamado dano biológico. A *Corte d'appello*, porém, afastou a indenização arbitrada originalmente a título de dano biológico. Este, segundo observou a Corte, seria compreendido como o comprometimento da integridade psicofísica do sujeito e apenas seria indenizável na medida em que atingisse a sua capacidade de rendimento, isto é, na medida em que resultasse em prejuízo patrimonial.

A *Corte di Cassazione*, porém, cassou a sentença, ordenando o seu retorno à *Corte d'appello* para que fosse novamente julgado o caso, desta vez sob a premissa de que seria sim ressarcível o dano à saúde. Segundo se afirmou, “o chamado dano biológico deve ser considerado compensável mesmo que não afete a capacidade de produzir renda”⁶¹⁹ e, na verdade, as eventuais repercussões patrimoniais da lesão do direito à saúde devem ser compensadas de forma independente. Concluiu-se, assim, que “o dano à integridade psicofísica constitui, em si mesmo, um dano indenizável”.

Essa nova *voce* de dano, como se costuma designar na Itália⁶²⁰, obteve reconhecimento também por parte da *Corte Costituzionale*, na célebre sentença nº 184, de 30 de junho de 1986. A decisão foi proferida ao analisar-se questão de constitucionalidade do art. 2.059 do Código Civil, em relação à previsão de que o chamado dano biológico, entendido como dano não

⁶¹⁷ CASSAZIONE CIVILE. *Sezione Unite. Sentenza n. 26972, 11 novembre 2008*. Pres. Carbone – Rel. Preden. Roma, 24 giugno 2008. Disponível em: <<https://www.ordineavvocatitrani.it/2008/11/13/cassazione-civile-ssuu-sentenza-11112008-n-26972/>>. Acesso em: 01. jan. 2022.

⁶¹⁸ CASSAZIONE CIVILE. *Sezione III Civile. Sentenza n. 3675, 6 giugno 1981*. Pres. M. Pedroni, Est. G. E. Longo, P. M. Zema (concl. conf.). Cassa App. Genova, 21 febbraio 1978. In: *Il Foro Italiano*, V. 104 n. 7/8, jul/ago-1981, p. 1883/1884-1891/1892. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/23172574>>. Acesso em: 04. jan. 2022, p. 1887/1888. tradução nossa.

⁶¹⁹ Tradução nossa.

⁶²⁰ A doutrina e a jurisprudência italianas referem-se ao dano moral, ao dano biológico e ao dano existencial como “*voci di danno*”, o que se traduz, literalmente, por “vozes de dano”. O vocábulo “*voce*” é usado para designar cada um dos elementos, com denominação própria, que fazem parte de uma lista orgânica, de um conjunto homogêneo de dados”. (DE MAURO, Tullio. *Il nuovo De Mauro*. Paravia, 2000, versão digital. Disponível em: <<https://dizionario.internazionale.it/>>. Acesso em: 21. fev. 2022.). Neste trabalho, o vocábulo será traduzido ou literalmente, como “voz”, ou como “tipo”.

patrimonial decorrente da violação do direito à saúde garantido constitucionalmente, só é indenizável nos casos em que decorra da prática de um crime.

Ao final, a Corte declarou infundada a questão de constitucionalidade suscitada, por entender que o art. 2.059 do Código Civil diz respeito exclusivamente ao dano moral subjetivo e não exclui a ressarcibilidade – ordenada pela interpretação conjunta do art. 2.043 daquele Código com o art. 32 da Constituição –, do dano biológico em si considerado.

A lógica argumentativa desenvolvida pela Corte orientou-se, fundamentalmente, em três passos.

O primeiro deles consistiu em examinar qual é a noção de dano não patrimonial esboçada no art. 2.059 do Código Civil. Concluiu-se que o referido dispositivo, ao referir-se a “dano não patrimonial”, diz respeito, na verdade, apenas ao dano moral subjetivo, o qual seria definido, de modo mais restrito, como “aquele que de nenhum modo atinge o patrimônio, mas acarreta somente uma dor moral à vítima”⁶²¹. Tal conclusão seria alcançada à luz dos precedentes legislativos de compensação dos danos morais, que acabaram definindo como “não patrimonial” o que compreendiam como dano moral subjetivo. Com efeito, no art. 185 do Código Penal de 1930, ao afirmar-se a ressarcibilidade do dano moral, sem limitá-la a casos particulares, o legislador italiano optou por utilizar nova nomenclatura (dano não patrimonial) para referir-se ao já conhecido dano moral subjetivo. Tanto assim que está registrado, na *relazione ministeriale* ao projeto definitivo do Código Penal de 1930, a razão da mudança de uma expressão por outra:

Quanto à designação do conceito, julguei que o termo “dano não patrimonial” é preferível ao de “dano moral”, tendo em conta que muitas vezes na terminologia corrente o termo “dano moral” tem um valor equívoco e não consegue diferenciar o dano moral puro daqueles danos que, embora tenham sua raiz em ofensas à personalidade moral, prejudicam direta ou indiretamente o patrimônio⁶²².

Nesse sentido, a preferência pelo termo “não patrimonial”, em vez de “moral”, não refletia a intenção de um alargamento da ideia que se tinha de dano moral. Consistiu, antes, na opção por um termo técnico, capaz de atrair a atenção mais para as consequências da lesão que para o bem lesado, já que é precisamente no caráter patrimonial ou não dessas consequências que se encontra a distinção entre dano patrimonial e dano moral⁶²³.

⁶²¹ Definição encontrada nos trabalhos preparatórios do atual Código Civil italiano, segundo afirmado na sentença nº 184 da Corte Constitucional (CORTE COSTITUZIONALE. *Sentenza n. 184...*, cit., n.p. tradução nossa).

⁶²² CORTE COSTITUZIONALE. *Sentenza n. 184...*, cit., n.p. tradução nossa.

⁶²³ AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade...*, V. 2, cit., p. 741; BUSTAMANTE ALSINA. *Teoría...*, cit., p. 237.

A doutrina e a jurisprudência anteriores a 1930 também partiam de uma noção restrita de dano moral, o qual era identificado com o perturbamento injusto do estado de ânimo do sujeito ofendido e, portanto, com o sofrimento físico ou psíquico. Por conseguinte, confirmam o que se percebe pela análise dos precedentes legislativos: o “dano não patrimonial” a que fazem referência o art. 185 do Código Penal e o art. 2.059 do Código Civil corresponderia ao dano moral subjetivo. Consequência lógica disso seria que a limitação do ordenamento italiano à reparação do “dano não patrimonial” aplicar-se-ia tão somente ao dano moral subjetivo.

Criou-se, desse modo, uma dissociação entre o “dano não patrimonial” enquanto categoria ampla, definida em contraposição ao dano patrimonial, e o dano moral subjetivo, ao qual se aplicaria a restrição do art. 2.059 do Código Civil. É nesse sentido que se fala num emergir do “novo” dano não patrimonial⁶²⁴, ou dano à pessoa, que se desprende da conceituação restrita e das amarras ao ressarcimento previstas para o dano moral.

Em síntese, após a revisão levada a cabo pela Corte Constitucional, o dano não patrimonial deixou de ser instituto coincidente com o dano moral, tendo-se afirmado a independência daquele em relação a elementos subjetivos ou anímicos, bem como a sua maior amplitude. A concepção estrita do dano moral, associada, ainda, à ideia de sofrimento psicofísico, deu lugar à aceção bastante mais larga do dano não patrimonial.

Estabelecida tal distinção, a Corte Constitucional assentou as premissas que lhe permitiram avançar mais um passo rumo à afirmação da reparabilidade do dano biológico para além dos casos em que estes advinham de um ilícito penal. Afirmou, então, que o dano biológico seria categoria diversa do dano patrimonial, bem como do dano moral subjetivo. Consistiria, efetivamente, num *tertium genus*.

Enquanto o dano patrimonial e o dano moral subjetivo seriam, ambos, gêneros de dano-prejuízo, o dano biológico seria um tipo específico de dano-evento, cuja configuração contenta-se com o fato lesivo à saúde. Como explica a Corte, o comportamento antijurídico é causa do evento lesivo, sendo o primeiro momento dinâmico e o segundo momento estático do fato constitutivo do ilícito. As consequências da lesão, no entanto, manifestam-se num outro momento, conectado ao evento por meio de um segundo nexo de causalidade.

Por conseguinte, a verificação da lesão em si do direito à saúde faria surgir o dano biológico. A eventualidade de tal fato lesivo resultar em efeitos de ordem patrimonial ou moral faria surgir um outro dano (dano-consequência ou dano-prejuízo). Assim, a reparação do dano moral subjetivo derivado do dano biológico estaria condicionada à configuração do ato ilícito

⁶²⁴ SCOGNAMIGLIO. L'ingiustizia..., cit., p. 284.

como crime, nos termos do art. 2.059, mas não a reparação do dano biológico em si. Como este não se enquadra naquela norma, poderia vir a ser ressarcido com fundamento direto no art. 2.043.

O terceiro passo dado pela Corte Constitucional consistiu, justamente, em encontrar uma razão que justificasse a condução da ressarcibilidade do dano biológico ao art. 2.043 do Código Civil. É claro que o art. 2.059, ao prever norma específica para os danos não patrimoniais – ainda que estes tenham o significado estrito de dano moral subjetivo, como antes se afirmou – retirou tais danos do âmbito de compreensão do art. 2.043. Mas, segundo entendeu a Corte, a relevância de certos valores pessoais, resguardados constitucionalmente, demandaria o reconhecimento de um dano ressarcível para além dos danos-consequência e, assim, para além do dano moral.

Impor-se-ia, diante disso, uma “leitura constitucional” do art. 2.043, diferente da leitura que se fazia tradicionalmente. É que o reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental implicaria a impossibilidade de o legislador ordinário limitar a sua tutela. Assim, a interpretação conjunta do art. 2.043 com o art. 32⁶²⁵ da Constituição italiana garantiria, em qualquer caso, a reparação do dano biológico.

Ampliou-se, desse modo, a abrangência do art. 2.043 do Código Civil, o qual, interpretado constitucionalmente, não dispõe apenas sobre danos patrimoniais, mas também sobre danos não patrimoniais que atinjam direitos fundamentais da pessoa, direitos constitucionalmente garantidos. Estes, afinal, não poderiam se submeter aos limites da tutela ressarcitória contidos no art. 2.059 do mesmo Código, que se aplicam, como já se disse, estritamente aos danos morais subjetivos.

Em síntese, assentou-se que, como a Constituição, em seu art. 2º, reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo ou no contexto social em que se desenvolve a sua personalidade⁶²⁶, haveria uma tutela geral de todos os valores que conduzem à dignidade humana. Por esta razão, qualquer lesão de direitos fundamentais implicaria a obrigação de reparar os danos dela derivados.

⁶²⁵ Assim dispõe o art. 32 da Constituição Italiana: “A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, e garante tratamentos gratuitos aos indigentes. Ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário, salvo disposição de lei. A lei não pode, em hipótese alguma, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana”. (*Constituição da República Italiana*, edição em língua portuguesa, art. 32. Disponível em: <https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf>. Acesso em: 17. abr. 2022).

⁶²⁶ Eis a previsão do art. 2º da Constituição Italiana: “A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual quer nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, económica e social”. (*Constituição da República Italiana*, cit., art. 2º).

O percurso desenvolvido para afirmar a ressarcibilidade do dano biológico serviu também a outros tipos de dano, que, não sendo patrimoniais nem morais subjetivos, passaram a merecer, mais recentemente, reparação. Tendo já sido empreendida pelas Cortes italianas uma trajetória para justificar, mesmo fora das hipóteses estritamente previstas em lei, o ressarcimento do dano biológico, havia-se dado o primeiro passo (e talvez o mais importante⁶²⁷) para o acolhimento do dano existencial.

Num primeiro momento, com o objetivo de transpor os limites impostos pela norma do art. 2.059 do Código Civil, a reparação do dano biológico foi justificada pela interpretação conjunta do art. 2.043 do mesmo Código e do art. 32 da Constituição, o qual conferia tutela à saúde como direito fundamental. Foi essa, precisamente, a linha argumentativa adotada na mencionada *Sentenza* 184, de 1986⁶²⁸.

Posteriormente, mediante uma leitura constitucionalmente orientada não do art. 2.043, mas do próprio art. 2.059 do Código Civil, alargaram-se, para além dos casos determinados em lei, as hipóteses de ressarcibilidade aos danos não patrimoniais causados pela violação de direitos invioláveis da pessoa reconhecidos pela Constituição. Em decorrência dessa extensão, tornou-se possível enquadrar no próprio art. 2.059 do Código Civil italiano o fundamento da reparação do dano biológico, enquanto tipo de dano não patrimonial diverso do dano moral subjetivo.

Com a releitura do referido dispositivo, este passou a ser entendido como norma de indenização dos danos não patrimoniais compreendidos num sentido mais amplo: embora o ressarcimento do dano não patrimonial continue obedecendo a um regime de tipicidade, já não se concede a reparação somente nos casos determinados pela lei, mas também nos casos em que o dano é causado por um evento “consistente na lesão de específicos direitos invioláveis da pessoa”⁶²⁹.

O alargamento do conteúdo do dano não patrimonial, iniciado, certamente, pelo dano biológico, favoreceu o surgimento, na doutrina italiana da década de noventa, da figura do dano existencial. Atribui-se a um texto de Patrizia Ziviz, publicado em 1994⁶³⁰, o ponto inaugural do debate a respeito do tema.

⁶²⁷ PONZANELLI, Giulio. Attenzione: non è danno esistenziale ma vera e propria pena privata. In: *Danno e Responsabilità*, Milão: Ipsoa, V. 5, p. 841-843, set-2000, p. 842.

⁶²⁸ Confira-se, a propósito, o já exposto no capítulo 3.1.4.3.

⁶²⁹ CASSAZIONE CIVILE. *Sentenza n. 26972...*, cit., n.p. tradução nossa.

⁶³⁰ ZIVIZ, Patrizia. Alla scoperta del danno esistenziale. In: *Contratto e Impresa*, Pádua: Cedam, a. 10, n. 2, p. 845-869, 1994.

A tese de Ziviz adota como ponto de partida a *Sentenza* n° 6607, de 11 de novembro de 1986, proferida pela Terceira Seção Civil da *Corte di Cassazione* italiana⁶³¹. Trata-se de um caso no qual uma mulher havia sido submetida a uma citoscopia, realizada no hospital de Zagarolo. O exame, porém, foi praticado de forma negligente pelo médico e acabou resultando na necessidade de a paciente submeter-se a uma segunda intervenção, momento no qual se identificou a existência de fístula vesico-cutânea e necrose completa da mucosa da bexiga. A paciente acabou tendo sua bexiga substituída, o que implicou a aspiração do seu útero para dar espaço à “neobexiga” (reservatório urinário feito após a retirada daquele órgão). Demonstrado em perícia que o médico havia causado a necrose da bexiga em razão da introdução de um líquido cáustico no curso da citoscopia, a paciente ajuizou a ação pedindo o ressarcimento dos danos por ela sofridos. Curiosamente, ingressou também no polo ativo da demanda o seu cônjuge, pleiteando, *iure proprio*, o ressarcimento do dano suportado pela impossibilidade de ter relações sexuais com a esposa, desde a ocorrência do evento.

A Corte de Roma julgou improcedente o pedido formulado pelo marido da vítima, mas a *Corte di Cassazione* acolheu o requerimento, afirmando que a operação negligente do médico causou também, direta e imediatamente, uma lesão do direito do autor a manter relações sexuais com sua mulher, direito esse “inerente à sua pessoa, como modo de ser da sua personalidade”⁶³². Hesitou a Corte, porém, ao definir como seria qualificado o dano decorrente da referida lesão.

Por um lado, a Corte de Roma havia atribuído ao alegado dano o caráter de dano não patrimonial, não ressarcível em razão de consistir em mera consequência reflexa do ato ilícito. Por outro lado, o autor, em seu recurso, partindo do pressuposto da dicotomia existente entre dano patrimonial e dano não patrimonial, alegou que o prejuízo por si sofrido se enquadraria no âmbito do dano patrimonial, enquanto “dano à vida de relação”.

A *Corte di Cassazione*, por sua vez, foi buscar na natureza e no regime conferido pela jurisprudência ao recém-descoberto dano biológico o fundamento para qualificar o dano sofrido, naquele caso, pelo marido da paciente. Já se haviam pronunciado a *Corte Costituzionale* e a *Corte di Cassazione* no sentido de que a lesão do direito à saúde, tutelado pela Constituição, é ressarcível como dano-evento, isto é, independentemente da verificação de consequências patrimoniais ou morais, por força do art. 2.043 do Código Civil, e não encontra obstáculo na limitação imposta pelo art. 2.059 do mesmo Código. Diante disso, o direito

⁶³¹ CORTE COSTITUZIONALE. Sentenza n. 6607, 11 novembre 1986. Pres. Scribano, Est. Schermi, P.M. Benanti (concl. conf.). Cassa App. Roma 20 febbraio 1984. In: *Il Foro Italiano*. V. 110, n. 3, mar-1987, p. 833/834-843/844. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/23179401>>. Acesso em 29. dez. 2021.

⁶³² CORTE COSTITUZIONALE. Sentenza n. 6607..., cit., p. 839. tradução nossa.

recíproco dos cônjuges à relação sexual, como direito inerente à pessoa, equiparar-se-ia ao direito à saúde. Portanto, lesado tal direito, estaria configurado um dano ressarcível, dano que não é nem patrimonial nem moral, mas que compromete o modo de ser e o desenvolvimento da pessoa e é por si só reparável.

Ziviz, porém, enxerga uma desarmonia entre a conclusão a que chegou a Corte de Cassação e a fundamentação de que se valeu. A equiparação feita com o dano à saúde não seria o caminho adequado para legitimar a reparação do dano sofrido pelo cônjuge⁶³³. O vício argumentativo incorrido pela Corte seria, segundo Ziviz, um reflexo da tendência de se recorrer, a todo custo, às etiquetas de dano já conhecidas e mais em voga. O caso seria, pois, ilustrativo de uma dupla inclinação identificada pela autora na jurisprudência italiana: “o propósito de aumentar as margens de salvaguarda de uma série de momentos individuais, e a relutância em prescindir – nominalmente – das qualificações mais reconfortantes ou em moda”⁶³⁴.

Ziviz identifica, assim, uma tendência das Cortes italianas em reconhecer (valendo-se da brecha aberta com a afirmação do dano biológico como terceiro gênero de dano, ressarcível como simples evento lesivo, a despeito da limitação imposta pelo art. 2.059 do Código Civil), a indenizabilidade de novas situações, encaixando-as nas categorias de dano já conhecidas e mais em voga. Para ela, essa seria uma tendência equivocada. As situações novas mereceriam novo tratamento.

Segundo a autora, seria considerável o repertório de eventos capazes de demonstrar a insuficiência técnica das categorias conhecidas de dano para responder às novas exigências ressarcitórias. Os prejuízos sofridos pelo cônjuge que se vê impedido de manter relações sexuais, o sacrifício pessoal de alguém que tem de exercer obrigações de cuidado e assistência em relação a um parente que sofre um dano grave à sua integridade física, o dano suportado pelos genitores de um bebê nascido com deficiência, os prejuízos decorrentes da violação de direitos da personalidade, o dano sofrido pelo empregado em razão de comportamento ilícito do empregador, as consequências pessoais negativas derivadas de uma lesão à salubridade ambiental são, para ela, exemplos de casos recorrentes que estavam sendo inapropriadamente enquadrados nos esquemas conceituais já existentes⁶³⁵. O resultado teria sido o alargamento forçado das figuras de dano conhecidas (patrimonial, moral, biológico), as quais seriam de todo insuficientes para explicar o ressarcimento dessas novas situações danosas. Assim, de acordo

⁶³³ ZIVIZ. Alla scoperta..., cit., p. 847-848.

⁶³⁴ ZIVIZ. Alla scoperta..., cit., p. 849. tradução nossa.

⁶³⁵ ZIVIZ. Alla scoperta..., cit., p. 850-852, 856, 859-860.

com Ziviz, “a sensação é aquela de uma jurisprudência forçada a enfrentar novas exigências ressarcitórias através do suporte de um pedestal teórico envelhecido e instável”⁶³⁶.

Em todas essas situações não enquadráveis nas categorias de dano conhecidas, seria possível entrever um traço constante: confronta-se a um indivíduo que, em consequência do ilícito, encontra-se impedido de desenvolver uma atividade por meio da qual tomava forma a dimensão existencial que lhe é própria⁶³⁷.

Ziviz identifica, assim – a partir da constatação de todas essas situações de danos que, por equiparação ao dano biológico, passaram a ser vistas como ressarcíveis⁶³⁸ –, um novo tipo de dano, o qual se manifestaria na necessidade forçada de a vítima adotar, em sua vida cotidiana, comportamentos diversos dos que adotava no passado⁶³⁹. Embora a lesão à esfera existencial da pessoa possa se configurar de múltiplas formas, haveria, segundo a autora, um traço comum que permitiria afirmar a unidade dessa modalidade de dano: em todos os casos, o prejuízo se manifestaria, de um modo ou de outro, na supressão de uma atividade não rentável. Portanto, poder-se-ia agrupar todas essas hipóteses que se encontravam à margem dos esquemas conceituais vigentes sob a nomenclatura única de “dano existencial”⁶⁴⁰ – figura cuja amplitude e imprecisão não se pode, já neste ponto, deixar de notar.

O delineamento da figura iniciado por Ziviz foi complementado por outro jurista da Escola de Trieste: Paolo Cendon. Segundo ele, o dano existencial teria uma identidade própria e, portanto, um regime autônomo. Ele se distinguiria do dano patrimonial, porque não envolve lesão a bens de valor econômico, nem diminuição de patrimônio. Também não se confundiria com o dano moral subjetivo, uma vez que não se caracteriza como dor, sofrimento ou tristeza. E tampouco teria a ver, necessariamente, com um atentado à saúde. O dano existencial, de modo peculiar, provocaria a alteração da dinâmica da rotina do sujeito, implicando a impossibilidade de fazer algo que antes se costumava fazer ou a necessidade de fazer algo que antes não lhe era exigido fazer. Manifestar-se-ia, pois, na alteração imposta à pessoa quanto à forma de relacionar-se com o mundo externo⁶⁴¹.

Tal como entendera a *Corte Costituzionale* na sentença nº 184, de 1986, afirmava Cendon que essa nova modalidade de dano seria indenizável independentemente dos limites impostos pela norma do art. 2.059 do Código Civil aos danos não patrimoniais, por aplicação

⁶³⁶ ZIVIZ. *Alla scoperta...*, cit., p. 851. tradução nossa.

⁶³⁷ ZIVIZ. *Alla scoperta...*, cit., p. 862.

⁶³⁸ HILARIO. *La responsabilidad...*, cit., p. 264.

⁶³⁹ ZIVIZ. *Alla scoperta...*, cit., p. 863.

⁶⁴⁰ ZIVIZ. *Alla scoperta...*, cit., p. 864-865.

⁶⁴¹ CENDON, Paolo. *Non di sola salute vive l'uomo*. In: *Rivista Critica del Diritto Privato*, Bolonha: Il Mulino, a. 16, p. 567-581, 1998, p. 570-571.

direta da cláusula geral de responsabilidade extracontratual contida no art. 2.043 do mesmo Código⁶⁴².

Em vista da singularidade da figura e de sua conseqüente autonomia, seria possível sua cumulação tanto com o dano patrimonial quanto com o dano moral subjetivo⁶⁴³.

Em síntese, afirmava que o dano existencial advinha do atentado contra toda modalidade “realizadora” da pessoa, entendidas estas de forma bastante ampla, de modo a compreender inclusive as ocupações rentáveis (desde que repercutissem na esfera existencial do indivíduo) e, principalmente, “as atividades não remuneradas em sentido estrito (não importa o quão nobres, frívolas ou inocentes)”⁶⁴⁴. E para que não haja dúvidas quanto ao grau de frivolidade a que se referia, é oportuno citar a lista de exemplos apresentada pelo autor:

(...) peregrinações, *jogging*, visitas a museus, jornalismo amador, frequência a academias, voluntariado, torneio de *bridge*, participação em banda municipal, *nouvelle cuisine*, viagens de avião, jardinagem, reuniões patrióticas, colheita de cogumelos nas florestas, jogos de bocha, vendas de artigos usados, internet, exercícios espirituais, discotecas, colecionismo, pequenas invenções, fitoterapia, *shopping*, universidade para a terceira idade, concursos de beleza, espeleologia, visitas a parentes, bricolagem, coros religiosos, videografia, *bodybuilding*, teatro amador, preparação de geleias, competições de dança, atividade política de bairro, TV interativa, observação de pássaros (*bird-watching*), desenhos a carvão e assim por diante⁶⁴⁵.

Assim, conclui Cendon que esse novo tipo de dano seria capaz de abranger situações diversas, justificando a reparação nas hipóteses em que a jurisprudência italiana vinha afirmando a existência de um dano reparável não ajustável nos conceitos clássicos de dano patrimonial e de dano moral. “O inteiro universo da antijuridicidade (das posições protegidas pelo direito civil)” tende, assim, a constituir a área de referência do dano existencial⁶⁴⁶.

De fato, o dano existencial alcançou, na doutrina, amplitude exagerada. Foi reconduzido a tal categoria um número infindável de supostos prejuízos, entre os quais mal se consegue notar um traço de semelhança. Tornou-se possível incluir, dentro daquela figura, prejuízos relativos à vida sexual ou afetiva, à morte de um parente, ao nascimento de um filho indesejado (*wrongful birth*), à morte de um animal de estimação, às férias arruinadas (*danno da*

⁶⁴² CENDON. Non di sola..., cit., p. 572.

⁶⁴³ CENDON. Non di sola..., cit., p. 572.

⁶⁴⁴ CENDON. Non di sola..., cit., p. 572. tradução nossa.

⁶⁴⁵ CENDON. Non di sola..., cit., p. 572. tradução nossa.

⁶⁴⁶ CENDON. Non di sola..., cit., p. 571. tradução nossa.

vacanza rovinata), à demissão e ao rebaixamento de um trabalhador, ao dano ambiental, à privação da liberdade pessoal, à interrupção de atividades recreativas, etc⁶⁴⁷.

A teoria concebida pelos autores da Escola de Trieste chamou de dano existencial “aquele que engloba a soma das repercussões relacionais de caráter negativo para a pessoa afetada por um evento danoso”⁶⁴⁸. Pode-se ver que a finalidade da criação dessa nova categoria de dano no sistema de responsabilidade civil italiano teve uma dupla finalidade: (i) garantir a tutela ressarcitória diante da ocorrência de prejuízos que, segundo o regime positivo então vigente, estariam desprovidos de reparação e (ii) acrescer à sistemática da responsabilidade civil um novo compartimento onde poderiam ser enquadrados diversos tipos de danos que até então vinham sendo reconhecidos pela jurisprudência de forma desordenada e com base em argumentos dúbios⁶⁴⁹.

8.1.2. *As críticas da doutrina italiana à figura do dano existencial*

Outra parte da doutrina italiana apresentou forte objeção à categoria recém-surgida. Ponzanelli, em defesa contundente de um sistema bipolar de responsabilidade civil (que abrangesse a reparação apenas do dano moral e biológico, além do dano patrimonial), afirma que o dano existencial deve permanecer fora do âmbito de operatividade das regras de responsabilidade⁶⁵⁰. E elenca seis razões que justificam seu posicionamento:

1) A responsabilidade civil não pode oferecer ressarcimento a todos os danos que se possam verificar na sociedade; em toda a sua história, a ativação do mecanismo ressarcitório dependia de uma seleção dos danos ressarcíveis. Com o reconhecimento do dano existencial, porém, todos os limites tradicionais seriam superados, na medida em que qualquer prejuízo – ainda que não se caracterize como patrimonial, moral ou biológico – tornar-se-ia plenamente ressarcível, prescindindo-se da existência de um direito tutelado pelo ordenamento positivo ou de um bem constitucionalmente garantido. Desse modo, a admissão do dano existencial transformaria a responsabilidade civil num “sistema de seguridade social, no qual, porém, as

⁶⁴⁷ HILARIO. *La responsabilidad...*, cit., p. 270-271; CENDON, Paolo. Caso Barillà: perchè sì al danno esistenziale, secondo la Cassazione Penale. In: *Altalex*, Milão, abr-2004. Disponível em: <<https://www.altalex.com>>. Acesso em: 10. jan. 2022.

⁶⁴⁸ HILARIO. *La responsabilidad...*, cit., p. 267. tradução nossa.

⁶⁴⁹ HILARIO. *La responsabilidad...*, cit., p. 267.

⁶⁵⁰ PONZANELLI, Giulio. Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale. In: *Danno e Responsabilità*, Milão: Ipsoa, a. 2000, V. 5, p. 693-695, 2000, p. 693.

perdas não são imputadas ao Estado, mas ao sujeito ofensor privado, em uma lógica totalmente publicística de alocação dos prejuízos”⁶⁵¹.

2) Reconhecer o dano existencial é privilegiar, de modo excessivo, a função compensatória da responsabilidade civil, gerando uma *overcompensation*, acompanhada de todos os riscos, problemas sociais e patologias que esse fenômeno implica. A *overcompensation*, recorrente especialmente em países onde o sistema de *Welfare State* implementou uma rede de intervenções para proteger e apoiar determinadas categorias de pessoas, teria como resultado uma desvirtuação da responsabilidade civil: criada para ditar normas de balanceamento de interesses entre duas posições conflituosas, acaba tornando-se capaz de criar verdadeiros desequilíbrios. Além disso, embora os defensores do dano existencial exaltem sua função reparatória, o reconhecimento do dano existencial pelas cortes italianas muitas vezes acaba desempenhando, ao contrário, uma clara função punitivo-aflitiva.

3) A persistente utilidade e modernidade de uma função reparatória só existe nos casos em que se trate de um direito constitucionalmente garantido ou em que se esteja na presença de bens que recebem uma específica proteção constitucional. É o que se dá em relação ao dano à saúde. Todavia, nos casos até então reconhecidos e qualificados como “dano existencial”, não se está diante de uma lesão do direito à saúde, mas de situações desconfortáveis e sensações mais ou menos desagradáveis. Trata-se, assim, de prejuízos subjetivamente caracterizados e, portanto, seguramente mais próximos da esfera do dano não patrimonial.

4) O sistema bipolar é mais recomendável em vista de sua maior coerência com a finalidade de *deterrence* da responsabilidade civil, isto é, a influência que “as previsões do ordenamento jurídico têm no tipo de atividades (potencialmente geradoras de dano ou não) que os indivíduos decidem levar a cabo”⁶⁵². Tal finalidade depende da adequada operação do mecanismo securitário, a qual exige a presença de vozes de dano bem definidas e determinadas, a fim de que se possa fazer um cálculo correto do prêmio securitário. Além do mais, o prejuízo existencial tem, muitas vezes, caráter extremamente pessoal e, portanto, é privado de um indicador concreto para fins de uma avaliação objetiva.

5) Na “promoção” do dano existencial tem um papel importante o “fator América” e a simpatia por um modelo de *legal adjudication* concentrado na posição de um júri popular. Sabe-se que as regras americanas de responsabilidade civil “são muito mais generosas e

⁶⁵¹ PONZANELLI. *Sei ragioni...*, cit., p. 693. tradução nossa.

⁶⁵² HILARIO. *La responsabilidad...*, cit., p. 283. tradução nossa.

conseguem alcançar um ressarcimento integral e completo em favor da vítima”⁶⁵³ (embora, por vezes, com algum exagero). Na Itália, por sua vez, não existe uma forma de juiz laico equiparável ao júri, e a insatisfação com o modo através do qual os juízes têm operado acabou tornando-se um elemento importante para um juízo sobre a conveniência de se transplantar uma modalidade de dano adicional para o regime italiano.

6) O sistema atual de responsabilidade civil italiano é capaz de oferecer uma adequada tutela reparatória nos casos para os quais se pensou o dano existencial. Uma leitura constitucional do art. 2.059 do Código Civil permite a reparação, para além das lesões de direito à saúde, “também de violações de outros direitos com homogêneo relevo constitucional”⁶⁵⁴, de tal modo a superar a necessidade de existência de um ilícito penal para a ressarcibilidade do dano não patrimonial.

Nesse sentido, segundo Ponzanelli, não existe um novo tipo de dano, porque este ou é biológico ou é moral (não patrimonial, segundo o art. 2.059 do Código Civil). Acrescentar às categorias já ressarcíveis uma nova voz de dano apenas serviria para esquivar-se dos critérios e exigências de que dependem a ressarcibilidade e a correta avaliação do dano biológico e do dano moral.

Com uma visão crítica não menos vigorosa, Rossetti, tomando emprestado o adjetivo anteriormente usado por Gazzoni, caracteriza o dano existencial como uma *maldição*. Poucas outras palavras “conseguiriam resumir as consequências nefastas de construções ambíguas e vaniloquas como aquela do chamado ‘dano existencial’”⁶⁵⁵.

Segundo o autor, tal modalidade danosa gera incertezas numa matéria que deveria ser tratada com o máximo de clareza e simplicidade, a fim de tornar previsíveis as possibilidades de êxito dos litígios judiciais de responsabilidade – o que pode, inclusive, desincentivar a judicialização de conflitos –, ou a fim de permitir àqueles que exercitam uma atividade potencialmente danosa e estão expostos a riscos de indenizações a estimação dos presumíveis custos da sua atividade. Além disso, o dano existencial “estraga e bagunça a sistematização (ainda que provisória e perfectível) dada pelo juiz de legitimidade⁶⁵⁶ à matéria e, sem vantagens para a vítima, expõe o ofensor ao risco concreto de pagar duas vezes o mesmo dano”⁶⁵⁷.

⁶⁵³ PONZANELLI. *Sei ragioni...*, cit., p. 694.

⁶⁵⁴ PONZANELLI. *Sei ragioni...*, cit., p. 695. tradução nossa.

⁶⁵⁵ ROSSETTI, Marco. La maledizione del danno esistenziale: inutile e pericoloso, fa ancora vittime. Nota a Cass. 15 marzo 2005, n. 5624. In: *Diritto e Giustizia*, Nápoles: Jovene, n. 13, p. 18-23, 2005, p. 18. tradução nossa.

⁶⁵⁶ O *giudice di legittimità*, na Itália, é aquele cuja análise se limita às questões de direito, à avaliação da correção da aplicação da norma ao caso, sem envolver uma nova apreciação dos fatos envolvidos no litígio. Sua função assemelha-se, portanto, à das Cortes Superiores no Brasil.

⁶⁵⁷ ROSSETTI. *La maledizione...*, cit., p. 23. tradução nossa.

A análise crítica de Rossetti se faz à luz de um caso julgado em 2005 pela *Corte di Cassazione*: em decorrência de um erro de diagnóstico médico, em razão do qual se deixou de identificar malformações congênitas no feto durante o período de gestação, os genitores alegavam ter sofrido lesão do “direito”⁶⁵⁸ à interrupção da gravidez e ao planejamento familiar. A Corte de apelação concedeu a indenização a ambos os genitores, sendo € 30.000,00 a título de dano moral e € 200.000,00 a título de dano existencial. Mas, segundo o autor, o tribunal poderia ter simplesmente concedido o importe global de € 230.000,00 a título de dano moral e isso nada mudaria. Afinal, a adjetivação do dano como moral ou existencial seria apenas uma “guerra de etiquetas”, desprovida de importância prática. Para alcançar-se um ressarcimento integral do dano, bastaria levar em conta, na sua quantificação, todos os prejuízos concretamente sofridos pela vítima⁶⁵⁹.

A criação de uma nova categoria de dano com pretensa autonomia e dignidade científica “significa complicar o quadro do dano ressarcível, obscurecer a clareza que o ordenamento deve sempre poder conservar, inclusive a fim de prevenir os litígios judiciais, e [significa] sobretudo incentivar sugestionamentos precursores de duplicações ressarcitórias”⁶⁶⁰. O dano existencial é, numa palavra, inútil. Se realmente existisse uma tal categoria, definida e caracterizada por uma renúncia forçada às atividades que haviam sido programadas, tal dano existiria sempre, uma vez que qualquer fato danoso necessariamente altera, ainda que em mínima parte, a “agenda” da vítima. Assim, acolhida uma categoria de “dano existencial”, admitir-se-ia um dano *in re ipsa*, imanente e inevitável mesmo nos casos de ilícitos mais insignificantes⁶⁶¹.

Entre as principais críticas que são dirigidas à figura, está, certamente, a sua amplitude e conseqüente indeterminação, o que se constata, sobretudo, na aplicação a ela conferida na prática jurisprudencial. Sendo ressarcível toda e qualquer renúncia forçada a uma atividade desempenhada pela vítima em sua vida cotidiana, acabaria sendo possível reclamar indenização em face de meros caprichos da pessoa lesionada. A rigor, portanto, não há objetividade na identificação do bem jurídico lesado que dá origem ao dano existencial. Sua configuração

⁶⁵⁸ Não são raros os casos de *wrongful birth*. Tem-se nessa hipótese uma das mais representativas situações de novos e falsos “direitos”, que desconfiguram e, por vezes, aniquilam os verdadeiros e mais relevantes direitos da pessoa. Disso se tratará mais adiante. Não se podia deixar passar despercebido, porém, esse uso tortuoso e detestável da palavra “direito”, a indicar de início o problema da indenização pelo suposto dano existencial sofrido pelos genitores da criança nascida deficiente.

⁶⁵⁹ ROSSETTI. *La maledizione...*, cit., p. 18 e 23.

⁶⁶⁰ ROSSETTI. *La maledizione...*, cit., p. 23. tradução nossa.

⁶⁶¹ ROSSETTI. *La maledizione...*, cit., p. 23.

ampara-se, antes, numa “abstrata aspiração à felicidade, cuja garantia não é tarefa do sistema de responsabilidade civil”⁶⁶².

Intimamente vinculado à indeterminação do conteúdo do dano existencial está o problema da sua previsibilidade. Só é concebível pôr em atuação os mecanismos da responsabilidade civil quanto há um descumprimento a um dever legal prévio e já claramente estabelecido no ordenamento. Os deveres que, uma vez violados, dão origem à obrigação de indenizar não podem ser definidos apenas casuisticamente e *a posteriori*, sob pena de ruir-se a segurança jurídica, essencial a um Estado Democrático de Direito, bem como toda ordem ética que fundamenta o sistema de responsabilidade. Por isso, são pressupostos da responsabilidade civil o ilícito e, em regra, a culpa. Seria, afinal, injusto obrigar alguém a compensar um dano que sequer poderia prever ou evitar. No caso do dano existencial, como são inúmeras, diversas e, portanto, imprevisíveis as atividades praticadas por cada indivíduo com vistas à sua realização pessoal, poderia o ofensor ser chamado a responder por um prejuízo que sequer poderia prever⁶⁶³.

Sob o ponto de vista formal, é também criticável o ressarcimento do dano existencial a despeito da limitação contida no artigo 2.059 do Código Civil italiano. Tal dano, enquanto tipo de dano não patrimonial, não poderia ser reparado senão nas hipóteses previstas em lei. Dessa forma, afirmar a sua ressarcibilidade fora desse caso seria admitir uma infração ao referido artigo e um atentado, conseqüentemente, à legalidade⁶⁶⁴.

Sob o ponto de vista funcional, e com amparo também numa análise econômica do direito, aponta-se frequentemente como um problema causado pelo dano existencial o que se chama de *overcompensation*, isto é, a compensação excessiva dos danos, reflexo de uma visão da responsabilidade civil que antepõe a tutela da vítima aos demais fins e princípios que a orientam. Essa compensação exagerada é um problema que existe em vários sistemas de responsabilidade civil e que se revela sob duas perspectivas. Sob a primeira, as somas em dinheiro conferidas a título indenizatório tendem a ser aumentadas pelos juízes, por um receio de que a vítima acabe sendo indenizada de forma insuficiente; não raras vezes, diante das incertezas quanto à quantificação do dano, prefere-se dar mais a dar menos. Sob a segunda perspectiva, a *overcompensation* se manifesta mediante o reconhecimento da obrigação de

⁶⁶² HILARIO. *La responsabilidad...*, cit., p. 279. tradução nossa.

⁶⁶³ HILARIO. *La responsabilidad...*, cit., p. 279-280.

⁶⁶⁴ HILARIO. *La responsabilidad...*, cit., p. 279-280.

reparar nas hipóteses mais inusitadas e estapafúrdias, o que resulta numa proliferação de demandas indenizatórias infundadas⁶⁶⁵.

Por fim, a noção de dano existencial, associada, de algum modo, a um “direito à busca da felicidade”, e não raramente compensado com cifras exageradas, apresenta traços semelhantes, que dificilmente passam despercebidos, aos dos chamados *punitive damages* americanos⁶⁶⁶, cuja transposição para o direito italiano – assim como para o direito brasileiro – , seria passível de críticas.

8.1.3. A recepção do dano existencial na jurisprudência italiana

A despeito das severas críticas, impulsionada por parte da doutrina, a figura do dano existencial foi – de forma um tanto veloz – acolhida pela jurisprudência italiana. Leysser Léon Hilario relata dois interessantes casos que exemplificam esse acolhimento. No primeiro deles⁶⁶⁷, um carro no qual estavam um homem e sua esposa, grávida de quatro meses, foi atingido por um outro veículo, que tentou ultrapassá-lo de forma imprudente. O carro atingido saiu da pista e colidiu com um muro. Do acidente de trânsito resultaram apenas lesões leves à mulher, mas esta, em razão do choque emocional, acabou sofrendo um aborto.

Além de uma perda do que se poderia designar “chance procriativa”, a mulher teria suportado também *patemi d'animo*, sofrimento, e uma sensação de contínua frustração. Ao tentar qualificar o dano sofrido pela mulher, e rejeitando seu enquadramento como dano patrimonial ou como dano biológico, o juízo de Casamassima vislumbrou duas possibilidades: ampliar o alcance do dano moral ou pensar numa nova categoria, capaz de superar os limites do vigente esquema ressarcitório. O dano existencial cumpriria essa função de estender a outros casos, não previstos em lei, a tutela reparatória. Assim, acabou-se reconhecendo, no caso, a configuração do chamado dano existencial, já que a experiência da perda de um feto, de um filho desejado, teria grave, e talvez permanente, repercussão sobre a existência de uma pessoa.

O segundo caso relatado⁶⁶⁸ diz respeito a uma ação ajuizada por alguns vizinhos em face do proprietário de um imóvel onde estavam em curso trabalhos de reparação e manutenção

⁶⁶⁵ HILARIO. *La responsabilidad...*, cit., p. 281-282.

⁶⁶⁶ HILARIO. *La responsabilidad...*, cit., p. 282.

⁶⁶⁷ GIUDICE DI PACE DE CASAMASSIMA. Sentenza del 10 giugno 1999. Est. Stasi – Scicutella c. Laforgia e Soc. Sara Assicurazioni. Com nota de BONA, Marco. Perdita del nascituro: un nuovo precedente per il danno esistenziale. In: *Danno e Responsabilità*, V. 5, n. 1, p. 89-98, 2000.

⁶⁶⁸ TRIBUNALE DI MILANO. Sentenza del 21 ottobre 1999. Giudice Unico Chindemi. Menni, Palladini e altri c. Menni. Com nota de ZIVIZ, Patrizia. Il danno esistenziale preso sul serio. In: *Responsabilità Civile e Previdenza*, V. 64, n. 6, p. 1335-1348, 1999.

de máquinas para agricultura e indústria. Os ruídos ali produzidos excediam os limites de tolerabilidade e, ademais, desrespeitavam os horários determinados para o desempenho daquele tipo de atividade. O juízo descartou que o dano em questão poderia se caracterizar como biológico; antes, qualificar-se-ia como dano existencial, capaz de alterar as atividades normais do indivíduo, incluindo-se aí o repouso, o relaxamento, a atividade laboral. No caso, a emissão de ruídos acima dos limites toleráveis atentava contra a serenidade pessoal, direito de todos os sujeitos, tanto no ambiente de trabalho quanto no ambiente familiar⁶⁶⁹, razão pela qual concluiu-se pelo direito da vizinhança à reparação dos prejuízos sofridos, sob o título de dano existencial.

À *Corte di Cassazione*, o dano existencial chegou no ano de 2000. A primeira sentença que o reconheceu naquele âmbito (*Sentenza* n° 7713, de 7 de junho de 2000⁶⁷⁰), foi proferida numa ação ajuizada por um rapaz, ao atingir a maioridade civil, em face de seu pai, pleiteando indenização pelos danos causados em decorrência da omissão deste em relação aos cuidados econômicos e afetivos para com o filho.

Como o genitor havia deixado de fornecer ao filho menor os meios de subsistência, foi instaurado contra ele processo penal, ao fim do qual foi absolvido, na medida em que o sustento do menor havia sido garantido pela sua genitora. Não configurado crime, não poderia se identificar a existência de um dano moral ressarcível, em decorrência da limitação prevista no art. 2.059 do Código Civil.

A despeito disso, o comportamento ilícito também constituiria, no plano civil, uma violação aos direitos fundamentais do autor, enquanto filho e enquanto menor. E a lesão de direitos constitucionalmente garantidos atrai a tutela ressarcitória “pelo fato em si da lesão (dano-evento), independentemente das eventuais diminuições patrimoniais que essa lesão possa comportar (dano-consequência)”⁶⁷¹. Com efeito, já ficara assentado na mencionada sentença n° 184, de 1986, que a lesão do direito à saúde é, em si, ressarcível como dano biológico. A linha argumentativa que ali se desenvolveu seria aplicável também, por analogia, a qualquer lesão de direito fundamental da pessoa, inclusive àquelas que resultam num dano existencial ou à vida de relação.

Desse modo, o art. 2.043 do Código Civil, interpretado à luz da Constituição, foi estendido para abarcar “o ressarcimento não só dos danos patrimoniais em sentido estrito, mas

⁶⁶⁹ HILARIO. *La responsabilidad...*, cit., p. 274-275.

⁶⁷⁰ CASSAZIONE CIVILE. Sezione I Civile. *Sentenza* n. 7713, 7 giugno 2000. Pres. Reale, Est. Morelli, P.M. Gambardella (concl. parz. diff.). Conferma App. Venezia 7 novembre 1997. In: *Il Foro Italiano*, V. 124, n. 1, jan-2001, p. 187/188-203/204. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/23195709>>. Acesso em: 03. jan. 2022, p. 201/202.

⁶⁷¹ CASSAZIONE CIVILE. *Sentenza* n. 7713..., cit., p. 199/200. tradução nossa.

de todos os danos que, ao menos potencialmente, obstaculizam as atividades realizadoras da pessoa humana”⁶⁷².

Com base nesses argumentos, a *Corte di Cassazione* manteve a decisão da Corte Veneziana, que havia condenado o réu ao pagamento de trinta milhões de liras em favor do filho natural, para compensar não o dano moral, mas a lesão em si de seus direitos fundamentais. O acolhimento do dano existencial, segundo Castronovo, decorreu mais da atração da *Corte di Cassazione* “pelo resultado ressarcitório do que pelo caminho argumentativo traçado para justificá-lo”⁶⁷³.

A decisão foi, por um lado, celebrada pelos defensores do dano existencial. Por outro lado, foi avaliada com cautela pelos seus críticos, que lhe deram um sentido mais restrito, ao mesmo tempo que apontaram diversos problemas em sua fundamentação e conclusão⁶⁷⁴.

Ponzanelli, por exemplo, censura a qualificação do prejuízo em questão como dano existencial e à vida de relação. Tal prejuízo seria, ao contrário, um clássico exemplo de dano não patrimonial, correspondente ao sofrimento causado ao filho em razão do pagamento tardio dos alimentos. Não seria preciso, pois, recorrer a uma nova figura de dano a fim de que fosse justificada a reparação; o ressarcimento seria devido, simplesmente, por aplicação do próprio art. 2.059 do Código Civil, desde que tal dispositivo fosse lido conforme uma “interpretação evolutiva”, a qual permitiria a concessão de indenização pelos danos não patrimoniais não apenas nas hipóteses expressas da lei, mas também quando fossem causados por uma lesão a situação subjetiva constitucionalmente garantida⁶⁷⁵. Tal interpretação, como se verá adiante, foi posteriormente firmada pela Corte Constitucional italiana.

A recondução do caso concreto às figuras do dano existencial e à vida de relação, quando se trata, na verdade, de simples dano moral (não patrimonial), seria, segundo Ponzanelli, um erro. De um lado, o dano à vida de relação já havia sido compreendido pela jurisprudência italiana como uma subespécie de dano absorvida pelo dano biológico, e, no caso julgado pela Cassação, não houve nenhuma lesão à saúde⁶⁷⁶. De outro lado, a indenização concedida naquele caso não teria qualquer função reparatória (função esta que é desempenhada com exclusividade pelo dano existencial, segundo seus próprios defensores). Tratar-se-ia, na verdade, de uma pena privada, cujo intuito é sancionar civilmente um comportamento lesivo de um direito

⁶⁷² CASSAZIONE CIVILE. Sentenza n. 7713..., cit., p. 201/202. tradução nossa.

⁶⁷³ CASTRONOVO, Carlo. *Responsabilità civile*. Milão: Giuffrè, 2018, p. 173.

⁶⁷⁴ HILARIO. *La responsabilidad...*, cit., p. 286.

⁶⁷⁵ PONZANELLI. *Attenzione...*, cit., p. 842.

⁶⁷⁶ PONZANELLI. *Attenzione...*, cit., p. 843.

constitucionalmente garantido⁶⁷⁷ (função desempenhada tradicionalmente, no entender do autor, pelo dano não patrimonial).

O uso do termo “dano existencial” na fundamentação da sentença consistiria apenas em “um novo nome para exprimir uma velha realidade, aquela do dano não patrimonial”⁶⁷⁸. Assim, para Ponzanelli, a Corte de Cassação não estendeu a figura do dano existencial ou lhe deu um significado inspirado numa diretiva clara. Desse modo, as repercussões da sentença, considerada por alguns como a primeira vitória do dano existencial naquela Corte, seriam, na verdade, *much to say about nothing*⁶⁷⁹.

Em síntese, a ideia defendida por Ponzanelli é a de que o dano não patrimonial poderia ser ressarcido de forma mais ampla, mediante uma leitura constitucional do próprio art. 2.059 do Código Civil italiano, o que permitiria a reparação de toda lesão aos direitos inerentes à pessoa, previstos na Constituição. Ele admite, portanto, um alargamento da noção de dano não patrimonial ressarcível; pretende evitar, porém, a criação desordenada de diversas categorias supostamente autônomas de dano. Esse entendimento, como se notará, assemelha-se àquele firmado pela *Corte Costituzionale* posteriormente.

Alessandro D'Adda, também em comentário à referida sentença⁶⁸⁰, considera aceitável o afastamento do art. 2.059 do Código Civil a fim de garantir o ressarcimento de prejuízos não patrimoniais decorrentes da ofensa a direitos invioláveis da pessoa – diferentemente de Ponzanelli, que, como visto, propõe uma interpretação evolutiva daquele artigo, capaz de salvar a sua constitucionalidade, estendendo a reparabilidade do dano não patrimonial aos casos de lesão a direitos constitucionais.

Mas D'Adda não admite que a invocação do que se chama *danno evento* possa legitimar a tutela ressarcitória em situações nas quais inexistente um verdadeiro dano. Para o autor, a *Corte di Cassazione*, no caso analisado, “ressarcio um dano inexistente”⁶⁸¹, porque da conduta do genitor derivou uma lesão ao direito do filho, mas dessa lesão não resultou nenhum prejuízo concreto. No período em que o genitor deixou de fornecer ao filho condições de subsistência, este havia sido mantido pela genitora, e não foi demonstrado que sofreu consequências negativas sob a perspectiva afetiva ou relacional.

⁶⁷⁷ PONZANELLI. *Attenzione...*, cit., p. 842.

⁶⁷⁸ PONZANELLI. *Attenzione...*, cit., p. 843. tradução nossa.

⁶⁷⁹ PONZANELLI. *Attenzione...*, cit., p. 843.

⁶⁸⁰ D'ADDA, Alessandro. *Il cosiddetto danno esistenziale e la prova del pregiudizio*. Sezione I Civile. Sentenza n. 7713, 7 Giugno 2000. Pres. Reale, Est. Morelli, P.M. Gambardella (concl. parz. diff.). Conferma App. Venezia 7 novembre 1997. In: *Il Foro Italiano*, V. 124 n. 1, jan-2001, p. 187/188-203/204. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/23195709>>. Acesso em: 03. jan. 2022.

⁶⁸¹ D'ADDA. *Il cosiddetto...*, cit., p. 199/200. tradução nossa.

Diante de tal constatação, opina D’Adda que a Corte recorre à ideia – frequente nas decisões judiciais que pretendem ressarcir um dano prescindindo da sua própria existência ou da sua prova – de que o dano ressarcível coincidiria com a mera lesão de direito. Mas, afirma, dano e lesão de direito são fenômenos diversos, que se colocam, inclusive, numa clara sucessão lógica. Assim, segundo a opinião do autor – a qual também já foi defendida neste trabalho, no capítulo 2.1 –, “o dano injusto a que se pode reagir recorrendo às regras aquilianas não se exaure nem na lesão do direito nem na mera constatação de um prejuízo – independentemente da sua origem – mas postula a existência de ambos”⁶⁸².

Assim, para D’Adda, a inviolabilidade do direito lesado pode até justificar o afastamento dos limites do art. 2.059 do Código Civil e a reparação *ex* art. 2.043 do mesmo Código, mas jamais pode autorizar a incidência do remédio ressarcitório na ausência da prova do dano concreto.

O autor ainda alerta sobre o risco de se ressarcir o dano existencial como categoria autônoma de dano, ao lado das clássicas figuras de dano patrimonial e moral: a concessão de indenizações duplicadas. Se o dano não patrimonial causa consequências negativas de caracteres diversos na esfera jurídica do sujeito, deve-se levar em conta, para fins de quantificação da indenização, todas essas circunstâncias, o dano em sua inteireza e complexidade. Mas não se pode ressarcir a duplo título um mesmo dano. Coloca-se em questionamento, pois, a conveniência e a necessidade de se criar uma categoria autônoma de dano, em vez de simplesmente reparar o dano não patrimonial aferido em cada caso concreto em vista de todos os prejuízos sofridos pela vítima, diante da superação dos limites do art. 2.059 do Código Civil.

Um pouco mais adiante, em 2003, por meio das conhecidas sentenças nº 8827 e 8828, a *Corte di Cassazione* redefiniu a noção que se tinha de dano não patrimonial, tendo concluído que este seria ressarcível não apenas nos casos expressamente previstos em lei (nos termos do art. 2.059 do Código Civil), mas também em todos os casos nos quais o fato ilícito tivesse lesado um interesse não patrimonial da pessoa, que fosse constitucionalmente tutelado. Desse modo, o dano não patrimonial, se bem que constituísse uma categoria única, distinguir-se-ia em danos de tipos diversos: moral, biológico e existencial⁶⁸³.

A sentença nº 8827 foi proferida num caso no qual um casal, em nome próprio e como representante do filho menor, pleiteou em juízo a reparação de danos causados por erro de diagnóstico e comportamento omissivo do médico responsável pelo parto do seu filho, que

⁶⁸² D’ADDA. Il cosiddetto..., cit., p. 201/202. tradução nossa.

⁶⁸³ CASSAZIONE CIVILE. *Sentenza n. 26972...*, cit., n.p.

acabou desenvolvendo uma grave doença em razão do erro médico (tetraparesia espástica e atrofia cerebral pós asfixia perinatal).

A *Corte d'appello* havia acrescentado à indenização devida às vítimas um valor pelo dano existencial por elas sofrido, consistente “na mais total reviravolta de seus hábitos (...) e expectativas normais, juntamente com a necessidade de prover perpetuamente as necessidades da criança reduzida a condições quase exclusivamente vegetativas”⁶⁸⁴.

Considerando que, diante da posição de relevo que assume a Constituição e os direitos invioláveis do homem por ela tutelados, não seria mais admissível a leitura restritiva do art. 2.059 do Código Civil, a Corte reafirmou que a limitação da ressarcibilidade aos casos previstos em lei se aplicaria apenas ao dano moral subjetivo. O dano não patrimonial, por sua vez, deveria ser entendido como categoria ampla, capaz de incluir qualquer situação de lesão a um valor inerente à pessoa.

Com base nessa premissa, a *Corte di Cassazione* entendeu que, no caso sob julgamento, o fato lesivo alterou de modo significativo o hábito dos autores e sua relação familiar, na medida em que provocou uma “notável expansão das necessidades e deveres e uma redução determinante, senão a anulação, da positividade que deriva da relação parental”⁶⁸⁵. Assim, o dano não patrimonial teria se configurado na perturbação dos seus hábitos de vida, em vista da imposição de proverem perpetuamente necessidades não ordinárias da criança.

Nesse sentido, concluiu a Corte que a avaliação do dano não patrimonial, embora pudesse ser única e indistinta, deveria ser onicompreensiva. Por isso, a indenização fixada deveria levar em conta o somatório da liquidação do dano moral subjetivo, do dano biológico e de outros danos decorrentes da violação de direitos constitucionais.

A Sentença nº 8828 envolvia caso distinto: uma pessoa, após ser atropelada por um carro, sofreu graves ferimentos e veio a falecer. A mãe, a esposa, a filha e os irmãos da vítima acionaram o Tribunal de Brescia, a fim de que o responsável pelo acidente fosse condenado ao pagamento de indenização por todos os danos, patrimoniais e não patrimoniais, sofridos pelos autores tanto *iure próprio* quanto *iure hereditatis*.

A *Corte d'appello* de Brescia reconheceu a existência do dano biológico sofrido pelos familiares da vítima por direito próprio, sob o perfil de dano existencial, consistente na alteração permanente do equilíbrio do núcleo familiar. A *Corte Costituzionale*, compartilhando, essencialmente, desse entendimento, esclareceu que o dano não patrimonial pela morte de

⁶⁸⁴ CASSAZIONE CIVILE. Sezione III Civile. *Sentenza n. 8827*, 31 maggio 2003. Disponível em: <<https://st.ilsole24ore.com/>>. Acesso em: 01. jan. 2022. Tradução nossa.

⁶⁸⁵ CASSAZIONE CIVILE. *Sentenza n. 8827*..., cit., n.p. tradução nossa.

familiar é reparável, por força do art. 2.059 do Código Civil e qualifica-se como dano existencial. Além da extinção da vida da vítima primária, o evento morte também provoca o perecimento da relação familiar entre o falecido e seus parentes, atingindo o interesse destes à “intangibilidade da esfera dos afetos recíprocos e da solidariedade mútua que caracteriza a vida familiar”⁶⁸⁶.

Deveria, pois, ser considerado, para uma integral compensação do dano não patrimonial sofrido pelas vítimas, esse dano existencial consistente na perda da relação familiar. Este, na medida em que seria ontologicamente diferente do dano moral subjetivo, poderia ser indenizado de modo cumulativo a ele. Em caso de cumulação, o juiz deveria levar em consideração todos os “perfis” do dano sofrido, a fim de garantir a fixação de uma indenização global equilibrada e justa.

A Corte ainda esclareceu que o dano existencial se trata de um *danno conseguenza*, não coincidente com a mera lesão do interesse, devendo, pois, ser concretamente alegado e provado. E, já naquele momento, alerta sobre os inconvenientes de se “recortar, dentro dessa categoria geral, figuras específicas de dano, etiquetando-as de várias formas”⁶⁸⁷. A fim de que fosse reconhecida a ressarcibilidade do dano não patrimonial, o que importaria seria a configuração de um prejuízo decorrente de lesão a um interesse inerente à pessoa.

Constata-se, nessas decisões da *Corte di Cassazione*, uma reviravolta do entendimento jurisprudencial que havia sido até então construído e aplicado: a partir desse momento, já não se justifica a ressarcibilidade dos novos tipos de dano (existencial, biológico, etc.) com base na aplicação direta da norma geral de responsabilidade contida no art. 2.043 do Código Civil (solução encontrada nas mencionadas sentenças nº 184/1986, da *Corte Costituzionale* e nº 7713/2000, da *Corte di Cassazione*). É conduzido ao próprio art. 2.059 daquele Código o fundamento da reparabilidade do dano não patrimonial para além das hipóteses estritas da lei, o que se faz mediante a superação da leitura restritiva daquele dispositivo em prol de uma “leitura constitucionalmente orientada”.

O enquadramento dos novos danos não patrimoniais no art. 2.059 do Código Civil suplanta a interpretação pretérita, que, ao conduzir ao art. 2.043 o fundamento da ressarcibilidade, acabava por lançar o dano não patrimonial no âmbito da atipicidade e da cláusula geral. Segundo a nova orientação, volta-se a um regime de tipicidade, pois que o dano

⁶⁸⁶ CASSAZIONE CIVILE. Sezione III Civile. Sentenza n. 8828, 31 maggio 2003. Carbone, Est. Preden, P.M. Pivetti (concl. diff.). Cassa. App. Brescia 2 gennaio 2001. In: *Il Foro Italiano*, V. 126, n. 9, set.-2003, p. 2271/2272-2301/2302. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/23198418>>. Acesso em: 01. jan. 2022. tradução nossa.

⁶⁸⁷ CASSAZIONE CIVILE. Sentenza n. 8828..., cit., p. 2271/2272-2301/2302. tradução nossa.

não patrimonial só pode ser ressarcido, quando não previsto expressamente na lei ordinária, em caso de lesão de direitos fundamentais do homem, protegidos pela Constituição. Assim, “o art. 2.043 do Código Civil, enquanto norma atípica, tutela qualquer interesse juridicamente relevante, seja qual for a fonte da qual esse emane, sempre que mereça proteção ressarcitória”⁶⁸⁸. Em contraposição, o art. 2.059, excetuados os casos nos quais o legislador reconhece expressamente os danos não patrimoniais, confere tutela somente aos direitos invioláveis da pessoa, tratando-se, pois, de norma típica, embora não taxativa⁶⁸⁹.

Assim, coordenar o art. 2.059 do Código Civil com os princípios da Constituição pressupõe uma nova interpretação da norma, tanto em relação ao seu conteúdo, quanto em relação à sua função, segundo uma linha argumentativa divergente daquela seguida na sentença nº 184, de 1986. De fato, a *Corte Costituzionale* reconstrói o conteúdo do dano não patrimonial em seu sentido mais amplo, não restrito ao mero *pretium doloris*. Fala-se de um dano decorrente de lesão de valores inerentes à pessoa, compreendido, portanto, não como dano-evento, mas como o complexo de consequências prejudiciais de caráter não patrimonial⁶⁹⁰.

Conquanto, para aqueles juristas que integram a corrente “existencialista”, por assim dizer, as Sentenças nº 8827 e 8828 de 2003 tenham significado o acolhimento do dano não patrimonial pela *Corte di Cassazione*, pondera Emanuela Navarretta que aquela Corte, na verdade, afastou a ênfase atribuída ao dano existencial. Tanto assim que não o mencionou formalmente, demonstrando que prefere recebê-lo “em sentido descritivo” e ver sua utilidade na demonstração e na quantificação do dano não patrimonial. É dizer, dentro da perspectiva unitária do art. 2.059, a *Corte Costituzionale* concluiu (acertadamente, segundo Navarretta) que uma avaliação completa de todos os danos não patrimoniais pode ser bem implementada sem que seja preciso recorrer a conceitos forçados ou à duplicação das indenizações concedidas pelos mesmos prejuízos⁶⁹¹.

Na sequência do pronunciamento das “Sentenças Gêmeas” – como ficaram conhecidas as célebres sentenças nº 8827 e 8828 de 2003 –, a *Corte Costituzionale*, na sua sentença nº 233, de 2003, declarou infundada a questão suscitada de inconstitucionalidade do art. 2.059, reconhecendo expressamente o dano existencial como categoria autônoma, terceira espécie de dano não patrimonial⁶⁹².

⁶⁸⁸ NAVARRETTA, Emanuela. Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente. Nota a Cass. 31 maggio 2003, n. 8828. In: *Il Foro Italiano*, V. 126, n. 9, set-2003, p. 2277-2286. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/23198418>>. Acesso em: 09. jan. 2022, p. 2281/2282. tradução nossa.

⁶⁸⁹ NAVARRETTA. Danni..., cit., p. 2281/2282.

⁶⁹⁰ NAVARRETTA. Danni..., cit., p. 2279/2280.

⁶⁹¹ NAVARRETTA. Danni..., cit., p. 2285/2286.

⁶⁹² CASSAZIONE CIVILE. *Sentenza n. 26972...*, cit., n.p.

Entendeu a Corte que a interpretação original do art. 2.059 do Código Civil, segundo a qual o dano não patrimonial deveria ser ressarcido nas estritas hipóteses da lei, estaria destinada a entrar em crise em razão da evolução verificada em relação à questão. Evolução esta que se evidenciaria, por um lado, na introdução de novos casos de danos não patrimoniais ressarcíveis pelo legislador (além dos casos de delito penal), e, por outro, no desenvolvimento interpretativo da jurisprudência, que, primeiro no âmbito operacional do art. 2.043 do Código Civil e depois por aplicação do próprio art. 2.059, “identificou outras hipóteses de danos substancialmente não patrimoniais, decorrentes da violação de interesses garantidos constitucionalmente, indenizáveis independentemente da configuração de um crime”⁶⁹³.

Também para a *Corte Costituzionale*, na linha do que havia sido assentado pela *Corte di Cassazione* nas Sentenças Gêmeas, estaria já superada a ideia de que o dano não patrimonial a que se refere o art. 2.059 do Código Civil se identificaria com o dano moral subjetivo. Não só este seria ressarcível, mas também qualquer dano de natureza não patrimonial decorrente de lesão a interesses invioláveis da pessoa, incluídos aí o dano biológico e o dano decorrente da violação de outros interesses de ordem constitucional, frequentemente denominado pela doutrina e pela jurisprudência “dano existencial”.

Posteriores decisões das Cortes italianas reafirmam a admissibilidade de um terceiro gênero de dano não patrimonial, definido como dano existencial. Dentre tais decisões, destaca-se, em vista do seu especial relevo, a *Sentenza* n. 6572, de 24 de março de 2006, da *Corte di Cassazione*⁶⁹⁴, que deu à nova categoria uma definição precisa:

Por dano existencial se entende qualquer prejuízo que a infração patronal acarrete nas atividades não econômicas do sujeito, alterando o seu hábitos de vida e estruturas relacionais que lhe eram próprias, perturbando o seu cotidiano e privando-o de oportunidades de expressão e realização da sua personalidade no mundo exterior. Além disso, o dano existencial fundamenta-se na natureza que não é meramente emocional e interior (própria do dano moral), mas objetivamente determinável do prejuízo, por meio da prova de opções de vida diferentes daquelas que teriam sido adotadas caso não se verificasse o evento danoso⁶⁹⁵.

No caso em julgamento, o *Tribunale del lavoro di Roma* havia declarado nula e sem efeito a demissão do autor por ordem da *Ferrovie dello Stato s.p.a.*, ordenando a reintegração

⁶⁹³ CORTE COSTITUZIONALE. *Sentenza* 233, 30 giugno - 11 luglio 2003. Pres. Chieppa, Red. Marini. Roma, 30 jun. 2003. Disponível em: <<https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>>. Acesso em: 01. jan. 2022. tradução nossa.

⁶⁹⁴ CASSAZIONE CIVILE. *Sentenza* n. 26972..., cit., n.p.

⁶⁹⁵ CASSAZIONE CIVILE. Sezione Unite. *Sentenza* n. 6572, 24 marzo 2006. Pres. Carbone, Est. La Terza, P.M. Martone (concl. diff.). Cassa. App. Roma, 24 gennaio 2002. In: *Il Foro Italiano*, V. 129, a. 5, mai.-2006, p. 1343/1344-1359/1360. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/23203220>> Acesso em: 01. jan. 2022, p. 1353/1354. Tradução nossa.

do empregado ao posto de trabalho e a indenização pelos prejuízos daí advindos, além de indenização pelos danos decorrentes de rebaixamento no seu cargo, pelo período de 1997 a 1998. O Tribunal de origem havia considerado que o rebaixamento certamente havia produzido resultados negativos relativos à personalidade profissional e moral, além de descrédito no ambiente de trabalho e de prejuízo ao seu *curriculum vitae* e à sua carreira do momento.

A *Corte Costituzionale*, por sua vez, entendeu que “a existência do dano se fez erroneamente coincidir com a existência da lesão”⁶⁹⁶. Assim, anulou, em relação a este ponto, a sentença recorrida e determinou que o tribunal, ao julgar novamente o caso, observasse o seguinte princípio:

Em matéria de rebaixamento e desqualificação, o reconhecimento do direito do trabalhador à indenização do dano profissional, biológico ou existencial, que dele alegadamente derivar – não ocorrendo automaticamente em todos os casos de inadimplemento do empregador – não pode prescindir de alegação específica, no recurso introdutório da sentença, sobre a natureza e as características da própria lesão; enquanto a compensação por dano biológico está sujeita à existência de um dano psicofísico clinicamente verificável, o dano existencial deve ser demonstrado em juízo com todos os meios permitidos pelo sistema jurídico, assumindo, no entanto, precípua relevância a prova por presunção, através da qual, a partir da avaliação global de elementos precisamente deduzidos (características, duração, gravidade, cognoscibilidade dentro e fora do local de trabalho da alegada desqualificação, frustração de expectativas precisas e razoáveis de progressão profissional, eventuais reações postas em prática contra o empregador que comprovem o prejuízo ao interesse relacional, efeitos negativos implantados nos hábitos de vida do sujeito (...)), podemos, por uma apreciação prudente, remontar coerentemente ao fato desconhecido, que é a existência do dano (...)⁶⁹⁷.

Em síntese, pois, afirmou a *Corte di Cassazione* a ressarcibilidade do dano existencial, como prejuízo decorrente da lesão às atividades não econômicas da pessoa, categoria autônoma e distinta do dano moral subjetivo, espécie de *danno conseguenza*, que deve ser alegado e provado concretamente, ainda que por via presuntiva.

8.1.4. A divergência jurisprudencial e a tentativa de contenção do dano existencial

Desde as referidas pronúncias das Cortes italianas, em 2003, assistiu-se à formação de dois entendimentos jurisprudenciais contrapostos: um favorável à admissibilidade do dano existencial como categoria autônoma de dano não patrimonial, e outro contrário. Com efeito, em confronto com a posição adotada naquelas sentenças de 2003 e em outras que lhes seguiram, algumas decisões foram proferidas no sentido de que a ideia de interpretação

⁶⁹⁶ CASSAZIONE CIVILE. Sentenza n. 6572... cit., p. 1353/1354-1355/1356. tradução nossa.

⁶⁹⁷ CASSAZIONE CIVILE. Sentenza n. 6572... cit., p. 1355-1356. tradução nossa.

constitucionalmente orientada do art. 2.059 do Código Civil e o consequente enquadramento, como dano não patrimonial, de hipóteses não previstas na lei, mas que compreendem lesão de interesses da pessoa constitucionalmente tutelados, só seria possível num regime de atipicidade. Essa atipicidade caracteriza o ressarcimento do dano patrimonial, nos termos do art. 2.043 do Código Civil, mas não do dano não patrimonial, previsto no art. 2.059 do mesmo Código. Desse modo, “não seria possível conceber uma categoria generalizante, como aquela do dano existencial, que acabaria por privar o dano não patrimonial do caráter de tipicidade”⁶⁹⁸.

Diante da controvérsia jurisprudencial, a *Corte di Cassazione*, por meio das *Sezioni Unite Civili*, foi instada a pronunciar-se sobre a questão, na Sentença nº 26972, de 11 de novembro de 2008⁶⁹⁹. O caso levado à Corte tratava de danos causados a um paciente submetido a cirurgia de hérnia inguinal esquerda, que, em razão de erro médico, sofreu atrofia progressiva do testículo esquerdo e sua posterior remoção. O Tribunal de Veneza reconheceu a configuração do dano biológico e ordenou o seu ressarcimento. Interposto recurso pela vítima, com o intuito de que fosse liquidado também o dano existencial, a *Corte d'appello* rejeitou tal pedido, por entender que ele constituía uma inovação recursal.

Ao analisar a questão, afirmaram as *Sezioni Unite* que aderiam à leitura constitucionalmente orientada do art. 2.059 do Código Civil, tal como empreendida nas sentenças nº 8827 e 8828 de 2003, de modo que o dano não patrimonial ali previsto deveria ser compreendido como prejuízo de caráter não econômico causado aos interesses inerentes à pessoa. O referido dispositivo contém norma remissiva, de modo que o âmbito da indenização por danos não patrimoniais decorreria da identificação das disposições legais que determinam o ressarcimento. Contudo, para além dos casos específicos determinados em lei, em virtude do “princípio da tutela mínima ressarcitória relativa aos direitos constitucionais invioláveis”, a tutela seria estendida aos danos não patrimoniais decorrentes de violação aos direitos da pessoa reconhecidos pela Constituição.

Tal entendimento, que se atinge mediante a leitura constitucionalmente orientada do art. 2.059 do Código Civil, não retiraria do dano não patrimonial o caráter de tipicidade, uma vez que, ao contrário do dano patrimonial, aquele só seria ressarcível nos casos expressamente previstos em lei e nos casos em que o evento danoso coincidissem com a violação de específicos direitos invioláveis da pessoa, tutelados constitucionalmente. Fora dos casos previstos em lei,

⁶⁹⁸ CASSAZIONE CIVILE. *Sentenza n. 26972...*, cit., n.p. tradução nossa.

⁶⁹⁹ CASSAZIONE CIVILE. *Sentenza n. 26972...*, cit., n.p.

só seria ressarcível o dano não patrimonial se fosse constatada lesão a um direito inviolável da pessoa. Deveria haver, afirma a corte, “uma injustiça constitucionalmente qualificada”⁷⁰⁰.

A propósito de tal entendimento, é relevante o alerta feito por Emanuela Navarretta: nem todo direito reconhecido e tutelado pela Constituição pode ser considerado direito inviolável (ou fundamental) da pessoa. Uma tal compreensão poderia levar a uma interpretação demasiado ampla do art. 2º da Constituição italiana, e, “se tal norma abraça o todo, o art. 2.059 do Código Civil torna-se nada, ou melhor, contendo o todo, é assimilada ao art. 2.043 do Código Civil”⁷⁰¹. E essa interpretação neutralizaria a conclusão atingida pela Corte. Assim, não basta que um direito seja tutelado constitucionalmente para que seja considerado, por isso só, como inviolável. Na verdade, os direitos que, uma vez lesados, autorizam a atuação dos mecanismos ressarcitórios do dano não patrimonial são os direitos fundamentais da pessoa que, enquanto tais, são invioláveis, porque escapam ao poder de revisão constitucional⁷⁰².

Decidiu-se, porém, que nesses casos nos quais o ressarcimento se dá para além das estritas hipóteses da lei, “não surgem subcategorias distintas dentro da categoria geral ‘dano não patrimonial’”⁷⁰³. A atribuição de uma denominação específica, por exemplo, para os casos de lesão do direito à saúde, isto é, dano biológico, tem finalidade meramente descritiva e é capaz de condensar os traços já amadurecidos da figura, após uma longa elaboração doutrinária e jurisprudencial. A ideia é semelhante, pode-se dizer, ao que se verifica em relação ao dano à imagem no Brasil: a nomenclatura, em vez de distinguir uma categoria própria de dano, identifica uma *voce* do dano moral, aferível em determinadas situações concretas de violação do direito à imagem, e que adquiriu, ao longo do tempo, uma delimitação precisa de conteúdo e de regime pela doutrina e pela jurisprudência.

Nesse sentido, as distintas nomenclaturas adotadas pelas sentenças gêmeas de 2003 e recebidas pela sentença nº 233/2003 da *Corte Costituzionale* (dano moral, dano biológico, dano existencial) correspondem, como decidido na *Sentenza* nº 26972, a meras sínteses descritivas e não propriamente a espécies independentes de dano não patrimonial. Aquelas mesmas sentenças de 2003 já haviam ressalvado que não seria profícuo etiquetar de modos distintos recortes da categoria geral do dano não patrimonial, de modo que a leitura constitucionalmente orientada do art. 2.059 não deveria servir para aumentar os tipos de dano, nem como

⁷⁰⁰ CASSAZIONE CIVILE. *Sentenza n. 26972...*, cit., n.p. tradução nossa.

⁷⁰¹ NAVARRETTA, Emanuela. La Corte costituzionale e il danno alla persona «in fieri». Nota a Cass. 11 luglio 2003, n. 233. In: *Il Foro Italiano*, V. 126, n. 9, set-2003, p. 2201/2202-2207/2208. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/23198400>>. Acesso em: 09. jan. 2022, p. 2203/2204. tradução nossa.

⁷⁰² NAVARRETTA. La Corte..., cit., p. 2203/2204.

⁷⁰³ CASSAZIONE CIVILE. *Sentenza n. 26972...*, cit., n.p. tradução nossa.

instrumento de duplicação de ressarcimento pelo mesmo prejuízo, mas para colmatar as lacunas do sistema italiano em relação à tutela ressarcitória da pessoa.

À luz dessas premissas, no que tange especificamente ao dano existencial, registrou a Corte que, desde a criação da figura no início da década de noventa, com “a declarada intenção de ampliar a tutela ressarcitória pelos prejuízos de natureza não patrimonial incidentes sobre a pessoa”⁷⁰⁴, foi dada a ela uma considerável extensão pelos juízes. Afirma a Corte:

Ao dano existencial foi dado amplo espaço pelos juízes de paz, em relação às mais fantasiosas, e por vezes risíveis, perspectivas de prejuízos suscetíveis de alterarem o modo de existir das pessoas: a quebra do salto do sapato de uma noiva, o corte errado de cabelo, a espera estressante em aeroporto, o mau serviço prestado por um cargo público, o envio de multas ilegítimas, a morte do animal de estimação, os maus-tratos a animais, a impossibilidade de assistir a um jogo de futebol na televisão por causa de um apagão elétrico. Desse modo, foram compensados prejuízos de duvidosa gravidade, a prescindir da individuação do interesse lesado e, portanto, do requisito da injustiça⁷⁰⁵.

Além de ter sido concedida indenização, sob a rubrica do dano existencial, em hipóteses fúteis, em que não se vislumbra verdadeiramente lesão a um bem jurídico ou direito inviolável da pessoa, foram também ressarcidos casos em que o dano, conquanto existisse, não era revestido da gravidade mínima exigível para o ressarcimento. “A gravidade da violação constitui um requisito ulterior para a admissão da reparação dos danos não patrimoniais à pessoa resultante da lesão de direitos constitucionais invioláveis”⁷⁰⁶. Assim, não merecem ser indenizados, a título de dano existencial, os prejuízos que consistem em meros fastios, aborrecimentos, desilusões, angústias e qualquer outro tipo de insatisfação inerente à vida cotidiana e ao convívio social.

E acrescenta a *Corte di Cassazione*:

Não vale, para dizer ressarcíveis tais danos, invocar direitos totalmente imaginários, como o direito à qualidade de vida, ao estado de bem-estar, à serenidade: em última análise, o direito de ser feliz. Fora dos casos determinados pela lei ordinária, só a lesão de um direito inviolável da pessoa concretamente individuado é fonte de responsabilidade ressarcitória não patrimonial⁷⁰⁷.

A despeito disso, segundo afirma, o ressarcimento de pretensos danos existenciais gerou uma proliferação do que se chama “litígios de bagatela”.

⁷⁰⁴ CASSAZIONE CIVILE. *Sentenza n. 26972...*, cit., n.p. tradução nossa.

⁷⁰⁵ CASSAZIONE CIVILE. *Sentenza n. 26972...*, cit., n.p. tradução nossa.

⁷⁰⁶ CASSAZIONE CIVILE. *Sentenza n. 26972...*, cit., n.p. tradução nossa.

⁷⁰⁷ CASSAZIONE CIVILE. *Sentenza n. 26972...*, cit., n.p. tradução nossa.

Identificado o uso desvirtuado da figura do dano existencial, recorda a *Corte di Cassazione* que ela foi originalmente criada para suprir uma lacuna à tutela da pessoa, lacuna essa que, a partir da leitura constitucionalmente orientada do art. 2.059 do Código Civil e do surgimento de uma concepção mais ampla do dano não patrimonial, não subsiste. Nesse caso, considerando-se que são prejuízos não patrimoniais ressarcíveis todos aqueles que decorram da lesão a direitos invioláveis da pessoa, tutelados constitucionalmente, garante-se a reparação daqueles danos que atingem a existência do indivíduo, implicando sofrimento por um “não mais poder fazer” ou um novo “ter de fazer”, os quais podem ser descritos como “existenciais”, sem que, com isso, configurem uma categoria autônoma de dano.

Afinal, admitir uma subcategoria tão ampla como a do dano existencial, dentro da qual se incluem situações diversas e múltiplas não previstas na legislação, acabaria por conferir ao dano não patrimonial um regime de atipicidade que não foi desejado pelo legislador e nem é necessário à garantia da tutela integral dos direitos inerentes à pessoa.

Em conclusão, afastou a Corte a configurabilidade do dano existencial como espécie autônoma de dano não patrimonial, afirmando a unicidade da categoria geral dos danos não patrimoniais, “insuscetível de subdivisão em sub-categorias variadamente etiquetadas”⁷⁰⁸. As diversas nomenclaturas a que frequentemente se refere, como dano biológico, dano moral e dano existencial, corresponderiam a simples sínteses descritivas, e não a danos de conteúdo e regime próprios.

Se, numa mesma situação, concorressem mais de uma dessas facetas do dano não patrimonial, deveriam todas ser levadas em consideração para a liquidação do dano e a quantificação do montante global da indenização, garantindo-se desse modo o ressarcimento integral e unitário do dano. Assim, por exemplo, o prejuízo à vida de relação, inclusive se concernente à relação sexual, quando decorrente de uma lesão à integridade física da pessoa, constitui uma das possíveis repercussões negativas dessa lesão na esfera jurídica da vítima. Como tal, deve ser circunstância considerada na liquidação do dano biológico, mas não pode somar-se a este como categoria distinta sob o título de “dano existencial”.

Por fim, afirma a Corte, de modo categórico, que “o dano não patrimonial, mesmo quando seja causado pela lesão de direito inviolável da pessoa, constitui dano-consequência (Cass. n. 8827 e n. 8828/2003; n.16004/2003), que deve ser alegado e provado”⁷⁰⁹. Rejeita-se, assim, expressamente, a tese anteriormente firmada na já mencionada sentença nº 184, de 1986, que identifica o dano com o evento danoso, dando ensejo ao que se chama de “dano-evento”.

⁷⁰⁸ CASSAZIONE CIVILE. *Sentenza n. 26972...*, cit., n.p. tradução nossa.

⁷⁰⁹ CASSAZIONE CIVILE. *Sentenza n. 26972...*, cit., n.p. tradução nossa.

A ideia de que, em caso de lesão aos interesses da pessoa, o dano seria *in re ipsa*, no sentido de que bastaria a configuração do evento lesivo para justificar o ressarcimento, desnaturaria a função da indenização, transformando-a em pena privada.

O dano não patrimonial, como prejuízo que é, deve ser alegado e demonstrado. A perícia médica é o meio mais frequente e efetivo de prova do dano biológico, embora não seja o único meio admissível. Para a verificação dos outros prejuízos de natureza não patrimonial, pode-se valer de prova oral ou documental, e inclusive recorrer à experiência comum e às presunções, que assumem especial relevo, já que o dano atinge bens imateriais e produz consequências nem sempre aferíveis materialmente. Mas em todo caso, cabe à vítima apontar todos os elementos que, no caso concreto, permitem chegar ao dano suportado.

A essa sentença da *Corte di Cassazione*, seguiram-se outras, em idêntico sentido (Cass. n. 26973, 26974 e 26975, todas de 2008).

O dano existencial surgiu para satisfazer à ideia de um dano que, embora fosse diverso do dano biológico – por não se identificar com uma lesão à saúde –, poderia desprender-se dos limites do art. 2.059 do Código Civil italiano e superar, assim, a insuficiência da regra de reparação do dano não patrimonial instituída pelo legislador. Mas, como aponta Castronovo, “tal ideia não se conseguiu formular em termos dogmaticamente aceitáveis”⁷¹⁰. Ao final, das vozes de dano cuja existência chegou a ser admitida pelas decisões da *Corte di Cassazione* e da *Corte Costituzionale*, permaneceram apenas, como categorias normativas autônomas, o dano patrimonial e o dano não patrimonial. Constata-se, nas palavras de Castronovo, “a chegada definitiva à ideia da unidade do dano não patrimonial, entendido como sinônimo de perda referente à pessoa enquanto tal”⁷¹¹. E prossegue o autor, apontando que:

Após a longa diáspora das figuras [de dano], aceitáveis segundo a Corte apenas para fins descritivos, ressurge a única distinção respeitosa do sistema legislativo: aquela entre dano patrimonial e dano não patrimonial. Dentro deste último, assim como no dano patrimonial se distinguem as várias vozes de perda sofrida e o lucro cessante, têm lugar as vozes de dano correspondentes aos direitos constitucionais da pessoa, a começar por aquele à saúde⁷¹².

8.1.5. *Notas conclusivas*

Dessa breve retrospectiva, nota-se que a figura do dano existencial surgiu no sistema italiano com o objetivo de suprir uma lacuna relativa à tutela ressarcitória da pessoa, garantindo

⁷¹⁰ CASTRONOVO. *Responsabilità...*, cit., p. 173. tradução nossa.

⁷¹¹ CASTRONOVO. *Responsabilità...*, cit., p. 215.

⁷¹² CASTRONOVO. *Responsabilità...*, cit., p. 215.

a extensão da tutela a hipóteses que, segundo o regime legislativo, dela estavam privadas. Apresentou-se, ainda, como modalidade capaz de albergar diversas figuras de dano que a jurisprudência, se bem que baseada em argumentos incertos, vinha reconhecendo como merecedoras de reparação⁷¹³.

O reconhecimento do dano existencial fez-se, num primeiro momento, por aplicação direta do art. 2.043 do Código Civil, mediante semelhante lógica argumentativa àquela usada pela *Corte Costituzionale* na Sentença nº 184, de 1986, para afirmar a existência do dano biológico como categoria autônoma.

Contudo, diante da aplicação incoerente e excessiva do dano existencial, estendido a hipóteses excêntricas e caricaturais, teve de intervir a *Corte di Cassazione* italiana, a fim de frear o avanço descomedido da figura⁷¹⁴. Afirmou-se, assim, a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais *ex art.* 2.059 do Código Civil, cuja interpretação constitucionalmente orientada tornava possível a reparação não apenas nos casos expressamente previstos na legislação, mas também naqueles em que há lesão a direitos inerentes à pessoa, tutelados pela Constituição.

Diante de tal premissa, dano moral, dano biológico e dano existencial não seriam senão sínteses descritivas, vozes de danos sem conteúdo ou regime próprios. A categoria geral dos danos não patrimoniais seria, portanto, única e incindível. Sua integral reparação, contudo, dependeria da consideração dos prejuízos sofridos pela pessoa em todos os seus aspectos: esfera afetiva ou sentimental, saúde e qualidade de vida.

É verdade que essa dúplici afirmação acabou sendo interpretada de formas diversas, dando origem a um período de incertezas quanto à continuidade ou não da existência das conhecidas figuras de dano. Por essa razão, mesmo após os pronunciamentos de 2008 das *Sezione Unite*, encontram-se casos em que são consideradas mais de uma categoria de dano na fixação da indenização⁷¹⁵.

A doutrina favorável ao dano existencial também interpretou as sentenças da *Corte di Cassazione* de modo a tentar salvar esse novo tipo de dano. Assim, segundo Monateri, a unicidade, afirmada pela sentença, da figura dos danos não patrimoniais implica seu caráter onicompreensivo, devendo-se ter em conta todas as consequências decorrentes do evento danoso. Isso significa que, na fixação da indenização, o juiz deve considerar a “real natureza e a verdadeira, constante, essência do dano à pessoa: o sofrimento interior e as dinâmicas

⁷¹³ HILARIO. *La responsabilidad...*, cit., p. 264-267.

⁷¹⁴ HILARIO. *La responsabilidad...*, cit., p. 296-297.

⁷¹⁵ São exemplos citados por Ponzanelli as Sentenças nº 21058 e 21059 da Corte de Cassação (PONZANELLI, Giulio. *Danno morale, danno esistenziale e Corte di Cassazione*. In: *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Pádua: Cedam, V. 33, f. 1, p. 38-40, 2017, p. 40).

relacionais de uma vida que muda”⁷¹⁶. Isso significa que se deve apreciar “a distinção conceitual entre sofrimento interior e impacto nos aspectos relacionais da vida do sujeito”⁷¹⁷. Interpretada desse modo, as sentenças da Corte Constitucional pouco mudam, na prática, o quadro anterior.

A ideia sugerida por Monateri é semelhante àquela afirmada na Sentença nº 7766 de 2016: a de que os dois tipos de dano centrais no ressarcimento do dano à pessoa dizem respeito a uma dimensão interior (equivalendo nesse caso à dor) e a uma dimensão exterior (isto é, às relações com os outros), exigindo cada qual um distinto ressarcimento⁷¹⁸.

Tal afirmação, porém, é criticável. Afinal, se alguém sofre, é óbvio que tem uma pior qualidade de vida (e vice-versa), mas uma vez que se ressarce a dor é ressarcida também a perda de qualidade de vida. E é por isso que, segundo Ponzanelli, essa insistência em dar ao dano moral um novo sentido, entendendo-o como parte integrante da categoria mais ampla dos danos não patrimoniais, e em ressarcir autonomamente os prejuízos à “dimensão interior” e à “dimensão exterior” da pessoa, acaba enfraquecendo a integralidade da categoria dos danos não patrimoniais, tal como foi percebida pelas *Sezioni Unite*⁷¹⁹.

Desse modo, é certo que a intervenção da *Corte Costituzionale* se fez com o fim de conferir uma nova interpretação ao art. 2.059 do Código Civil, a qual deveria servir “‘não para aumentar de modo indiscriminado os tipos de dano’, mas para dar tutela a situações subjetivas que de outro modo não encontrariam adequada satisfação”⁷²⁰. Ficou limitada, assim, configuração do dano não patrimonial, enquanto categoria única e incindível, aos casos em que há lesão a direitos da pessoa constitucionalmente protegidos, o que em tese reduziu, em alguma medida, o problema inaugurado pela criação do dano existencial na Itália⁷²¹.

Não obstante, após as polêmicas sentenças de 2008 das Seções Unidas da Corte de Cassação, outras decisões que lhes sucederam, embora declarassem a intenção de seguir as diretrizes nelas estabelecidas, acabaram concedendo a indenização por danos à qualidade de vida da pessoa ou por alterações forçadas em seu cotidiano, de modo que, ao fim e ao cabo, é possível entender que “o dano existencial segue doutrinária e jurisprudencialmente vivo, ainda que seja indenizado dentro do gênero dano imaterial”⁷²².

⁷¹⁶ MONATERI, Pier Giuseppe. La *fenomenologia* del danno non patrimoniale. Commento alla sentenza 7766/16, 20 aprile 2016, della Corte di Cassazione. In: *Danno e Responsabilità*, Assago, V. 21, n. 7, p. 720-728, 2016, p. 725.

⁷¹⁷ MONATERI. La *fenomenologia*..., cit., p. 721.

⁷¹⁸ PONZANELLI. Danno..., cit., p. 41.

⁷¹⁹ PONZANELLI. Danno..., cit., p. 41.

⁷²⁰ ROSSETTI. La maledizione..., cit., p. 23. tradução nossa.

⁷²¹ HILARIO. *La responsabilidad*..., cit., p. 296-297.

⁷²² SOARES, Flaviana Rampazzo. Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero “danos imateriais”. In: *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 127, V. 39, p. 197-227, set.-2012, p. 221-224.

8.2. A figura equiparável ao dano existencial no Peru: o chamado dano ao projeto de vida

O dano existencial encontra, no Peru, uma figura que lhe é equivalente, ou, ao menos, equiparável: o chamado dano ao projeto de vida. Embora sejam conceitualmente distintas, as duas categorias possuem diversos traços em comum, produzem resultados semelhantes e podem compartilhar as críticas que lhes são dirigidas⁷²³. Talvez por isso no Brasil se tente acolher uma e outra de forma fundida, numa figura única, tratando-se “dano existencial” e “dano ao projeto de vida”, por vezes, como sinônimos⁷²⁴, e, por outras, como gênero e espécie, respectivamente⁷²⁵.

É Carlos Fernandez Sessarego o teorizador do dano ao projeto de vida. Segundo ele, tal dano consistiria no comprometimento da liberdade do sujeito a ser ele mesmo e não outro, atingindo, assim, aquilo que corresponde à sua identidade dinâmica. O arcabouço conceitual que lhe permite encaixar o dano ao projeto de vida como tipo autônomo ancora-se na premissa de que há uma categoria de dano à pessoa, distinta e mais abrangente que a figura tradicional e mais estreita do dano moral⁷²⁶.

Influenciado pela filosofia existencialista, Sessarego acreditava que seria necessário repensar a responsabilidade civil à luz de um personalismo jurídico, de modo a atrair a atenção do direito mais sobre a pessoa que sobre seu patrimônio, e mais sobre o dano que sobre a culpa. Esse novo enfoque facilitaria a elaboração de um remoçado direito de danos⁷²⁷, no qual a tutela da pessoa não se restringiria às situações em que se verifica a violação de direitos subjetivos específicos, mas se estenderia também aos interesses existenciais ainda não previstos no ordenamento jurídico positivo⁷²⁸.

Essa pessoa que passa a estar no centro do direito não seria somente, como pretendia Boécio no século VI, um ser racional, mas também, e principalmente, um ser “livre, temporal e coexistencial”⁷²⁹. Já não se parte, pois, daquele velho conceito de pessoa a que atrás se aderiu;

⁷²³ HILARIO. *La responsabilidad...*, cit., p. 296.

⁷²⁴ THEODORO JÚNIOR. *Dano...*, cit., p. 195.

⁷²⁵ ROSENVALD. *Por uma tipologia...*, cit., n.p.

⁷²⁶ SESSAREGO, Carlos Fernández. *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*. Lima, Peru, 1993. Disponível em: <<http://dike.pucp.edu.pe/>>. Acesso em: 15 jul. 2020, p. 1-2.

⁷²⁷ SESSAREGO. *Hacia...*, cit., p. 5.

⁷²⁸ SESSAREGO, Carlos Fernández. Daño al proyecto de vida. In: *Derecho PUC – Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica*, Lima, n. 50, p. 47-97, dez. 1996. Disponível em: <<https://revistas.pucp.edu.pe/>>. Acesso em: 13 jun. 2022, p. 57.

⁷²⁹ SESSAREGO. *Daño...*, cit., p. 59. tradução nossa.

acredita-se estar diante de uma nova concepção de ser humano – como se acrescentar-lhe aqueles três adjetivos pudesse modificar o que lhe constitui em essência.

Recorrendo-se a uma noção de pessoa pretensamente original, procura-se justificar a categoria genérica e ampla de dano à pessoa, na qual seria possível enquadrar todos os danos ocasionados ao ser humano, em sua integralidade, a fim de que esses fossem reparáveis⁷³⁰.

Nesse contexto, o dano ao projeto de vida, enquanto modalidade de dano à pessoa, não se confundiria com o dano moral. Este seria apenas um dos diversos danos psicossomáticos que podem lesar a pessoa; tratar-se-ia de um dano que afeta a esfera sentimental, psíquica, do sujeito, expressando-se na dor e no sofrimento, que não se projetam no futuro, mas tendem a dissipar-se e desaparecer com o tempo. Já o dano ao projeto de vida incidiria sobre a liberdade do sujeito de se realizar segundo suas próprias decisões, afetando-o, pois, de forma radical e permanente, porque compromete para sempre sua maneira de ser⁷³¹.

Sessarego foi buscar em Heidegger, em Sartre, nos principais filósofos e nas obras fundamentais do existencialismo as bases de sua teoria. A adaptação de filosofias para criar convicções e modelos pragmáticos é sempre perigoso empreendimento.

De Heidegger, Sessarego absorve a ideia de que o ser humano é um ser temporal, não porque está inserido na história, mas porque, ao contrário, “só existe e pode existir historicamente por ‘ser temporal nas profundezas do seu ser’”⁷³². De Sartre, assimila a noção de que o homem, ao fazer projetos, coloca-se no futuro, estando aí a “decisiva transcendência existencial do *projeto*”⁷³³. A liberdade se desdobra no tempo. O futuro está dado no presente sob a forma de projeto. E, assim, torna-se possível “que cada ser humano se projete, se realize, desenvolva sua personalidade, tenha uma biografia e uma identidade”⁷³⁴.

Desse modo, conclui Sessarego que:

O ser humano, para realizar-se no tempo enquanto ser livre, deve projetar sua vida. A vida resulta, assim, um processo contínuo de fazeres segundo sucessivos projetos. O projeto tem como condição a temporalidade. No presente decidimos o que projetamos ser no instante imediato, no futuro, condicionados pelo passado⁷³⁵.

O dano ao projeto de vida nasceu, pois, entranhado de filosofia existencialista. Com amparo nela, Sessarego entendeu que eleger um determinado projeto implica, ao mesmo tempo, descartar uma infinidade de outros projetos alternativos. Ao fazer tal escolha, formula-se um

⁷³⁰ SESSAREGO. Daño..., cit., p. 60.

⁷³¹ SESSAREGO. *Hacia...*, cit., p. 8-9.

⁷³² SESSAREGO. Daño..., cit., p. 50. tradução nossa

⁷³³ SESSAREGO. Daño..., cit., p. 51. tradução nossa. grifos do autor.

⁷³⁴ SESSAREGO. Daño..., cit., p. 50. tradução nossa.

⁷³⁵ SESSAREGO. Daño..., cit., p. 51. tradução nossa.

projeto de vida, decide-se o que ser no futuro. E na base dessa escolha está a liberdade. Por tal razão, uma limitação forçada ao exercício dessa liberdade que se desdobra no tempo, e o conseqüente impedimento à concretização do projeto de vida que o sujeito elegeu para realizar-se, segundo seu modo de ser e sua vocação pessoal, causaria um dano ressarcível⁷³⁶. Eis aí o dano mais grave que se poderia causar à pessoa: o dano ao projeto de vida⁷³⁷.

O exemplo mais simples e representativo dessa nova modalidade de dano, segundo Sessarego, seria o do pianista profissional, que se dedica, por toda a vida, com ardor e afincamento, a tocar o instrumento musical. Se, em razão de um acidente, o pianista perdesse alguns dedos de ambas as mãos, sofreria dano patrimonial e moral (incluído neste o que se costuma chamar no Brasil de dano estético). Mas não só. Também se produziria um dano radical à sua pessoa, na medida em que a lesão, ao impedir-lhe de tocar piano, frustraria de modo permanente e irreversível seu projeto de vida, o qual consistia, justamente, em ser pianista⁷³⁸. Nisso estava a razão de sua vida, de modo que o impedimento forçado ao exercício daquela atividade poderia até mesmo subtrair todo o sentido de sua existência, e levá-lo à depressão ou mesmo ao suicídio⁷³⁹.

Não é, contudo, todo e qualquer projeto que, frustrado, merece reparação. Sessarego aponta a necessidade de se distinguir entre o projeto de vida, no singular, e os projetos de vida, no plural. Embora o homem trace múltiplos projetos em sua vida, ao menos um deles é fundamental para a sua existência e confere sentido à sua vida. É por isso que o projeto de vida, quando prejudicado, afeta profundamente o indivíduo, causando-lhe um “impacto psicossomático” tão significativo que lhe faz experimentar um vazio existencial⁷⁴⁰. A pluralidade de projetos que o ser humano elabora em sua vida cotidiana não tem a transcendência daquele projeto de vida singular, em que estão contidos o destino e o sentido da vida e ao qual se associa o núcleo existencial do sujeito⁷⁴¹.

Foi no final do século passado que o dano ao projeto de vida começou a aparecer na jurisprudência peruana. Segundo Hilario, recorria-se a tal categoria, no mais das vezes, como expressão cabalística, justificando-se, só por sua invocação, a atribuição de tutela reparatória, em situações completamente divergentes daquelas imaginadas por seu teórico⁷⁴². É que, em

⁷³⁶ SESSAREGO. Daño..., cit., p. 81.

⁷³⁷ SESSAREGO. Daño..., cit., p. 55-56.

⁷³⁸ SESSAREGO. Daño..., cit., p. 88.

⁷³⁹ SESSAREGO. *Hacia...*, cit., p. 8; SESSAREGO. Daño..., cit., p. 90.

⁷⁴⁰ SESSAREGO. Daño..., cit., p. 83. tradução nossa.

⁷⁴¹ SESSAREGO. Daño..., cit., p. 84. tradução nossa.

⁷⁴² HILARIO, Leysser León. El daño al proyecto de vida colisiona con la Constitución. Repaso sobre (y “repase” de la jurisprudencia peruana contra) un concepto no resarcible. In: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n. 80, p. 11-48, fev. 2020, p. 14.

muitas decisões das Cortes peruanas, em vez de reparar-se o dano ao projeto de vida (no singular), que compromete de forma irreversível e permanente a existência, privando de sentido a vida humana, determinava-se a reparação de danos a projetos de vida (no plural) circunstanciais e transitórios, incertos ou artificiais⁷⁴³, como projetos vinculados à vida laboral ou familiar.

Então, surgem na jurisprudência peruana casos tão extravagantes como aqueles que se alastraram entre os italianos e que levaram, depois, à intervenção da *Corte di Cassazione* para frear o avanço do dano existencial: dano ao projeto de vida por separação conjugal, por frustração das expectativas econômicas de empregados demitidos, por transfusão de sangue infectado com HIV, etc. Para Hilario, porém, os efeitos de tal fenômeno no Peru seriam agravados pelo fato de ter-se sucumbido, sem qualquer reflexão, à tentação de valer-se do novo dano como pretexto legitimador de uma inflação das indenizações, capaz de revestir-lhe de uma aparência científica⁷⁴⁴.

São enérgicas, pertinentes e acuradas as críticas de Hilario ao que se concebeu como dano ao projeto de vida. Na verdade, segundo o autor, tal categoria comunga dos mesmos problemas que foram atribuídos, na Itália, ao dano existencial e que levaram Ponzanelli a referir-se a essa figura, inclusive, como o mais claro “exemplo da violação de toda regra científica na interpretação e na aplicação das regras de responsabilidade civil”⁷⁴⁵.

O problema de tal figura encontra-se já em seu germén, na filosofia que lhe dá impulso. Se toda corrente filosófica justificasse a criação de direitos subjetivos e danos amoldáveis às suas máximas, haveria um número incontável destes, e nenhum sistema capaz de integrá-los sistemática e coerentemente. Inclusive, outros filósofos, como Zygmunt Bauman, consideram já superado o conceito sartriano de projeto de vida⁷⁴⁶.

Para Hilario, o que se denomina “projeto de vida” seria, pois, uma concepção filosófica, mas não um direito subjetivo reconhecido pelo ordenamento peruano ou um bem jurídico digno de tutela. E isso, por si, bastaria para desconstruir essa nova criação de dano⁷⁴⁷.

Nem indiretamente esse dano serviria à proteção de direitos ou bens jurídicos desprovidos de tutela no ordenamento vigente. De fato, a reparação concedida pela frustração de projetos de vida individuais não protege o livre desenvolvimento da personalidade ou a

⁷⁴³ HILARIO. El daño..., cit., p. 14.

⁷⁴⁴ HILARIO. *La responsabilidad...*, cit., p. 296.

⁷⁴⁵ PONZANELLI, Giulio. La responsabilità civile e la perdita di scientificità: dai *system builders* al danno esistenziale. In: *Responsabilità Civile e Previdenza*, V. 73, n. 11, p. 2188-2193, nov. 2008, p. 2193. tradução nossa.

⁷⁴⁶ BAUMAN, Zygmunt. *A arte da vida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009, p. 112-113.

⁷⁴⁷ HILARIO. El daño..., cit., p. 24.

liberdade de ação. Tanto assim que as decisões que acolhiam essa figura frequentemente a associavam a lesões a saúde ou à integridade física, e não, propriamente, a um cerceamento da liberdade. Muitas vezes, ainda, é feita a quantificação do pretense dano ao projeto de vida em proporção ao valor material de certas decisões humanas (relativas, por exemplo, ao exercício de uma ou outra profissão, a uma atividade empresarial, à vida conjugal), decisões estas das quais, a rigor, “não depende a existência nem a liberdade humana”⁷⁴⁸.

Nos casos de separação conjugal, por exemplo, em que foi massivamente reconhecida a configuração de “danos ao projeto de vida familiar”, seria impossível apontar um verdadeiro dano ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, até porque uma pessoa que se separa de seu cônjuge está justamente exercendo seu livre-arbítrio, e agindo no regular exercício de um direito⁷⁴⁹. Em casos outros, como o de demissão injustificada do empregado ou lesão corporal decorrente de acidente automobilístico, tampouco se justificaria a invocação de uma violação à liberdade ou ao livre desenvolvimento da personalidade; já estará garantido o ressarcimento dos danos não patrimoniais correspondentes aos reflexos negativos do evento na integridade física ou psíquica do indivíduo, sem que para isso seja necessário recorrer a uma nova categoria de dano⁷⁵⁰.

Hilario também desconstrói a falsa percepção de que o dano ao projeto de vida seria acolhido como modalidade autônoma de dano na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Embora aquela Corte faça, de fato, referências a um conceito de dano ao projeto de vida, não o considera ressarcível economicamente. As compensações às vítimas de tal prejuízo são feitas, pelo tribunal internacional, por meio de outros remédios, como a assistência social nos âmbitos da educação, habitação e saúde. Ademais, a análise de qualquer atentado ao projeto de vida é um dos vários aspectos que são levados em consideração no arbitramento de um ressarcimento integral pelo dano não patrimonial⁷⁵¹.

Talvez a denúncia mais significativa feita por Hilario em relação ao dano ao projeto de vida diga respeito ao seu caráter subversivo da igualdade entre os indivíduos perante a lei. Ante um mesmo evento lesivo, várias vítimas podem ser ressarcidas em montantes absolutamente divergentes, em vista do valor que se concede ao seu “projeto de vida”. Assim, por exemplo, diante de um mesmo evento, pode-se atribuir uma indenização inflada a uma das vítimas, porque era uma cantora famosa, e uma indenização substancialmente inferior a uma

⁷⁴⁸ HILARIO. El daño..., cit., p. 34-35.

⁷⁴⁹ HILARIO. El daño..., cit., p. 37.

⁷⁵⁰ HILARIO. El daño..., cit., p. 37-38.

⁷⁵¹ HILARIO. El daño..., cit., p. 26-30.

outra vítima, porque era dona de casa. Acaso seria possível, ao arbitrar-se o ressarcimento, distinguir o valor que merece cada vítima em vista da profissão ou da fama que tem ou deixa de ter?

A categoria do dano ao projeto de vida, à luz da casuística jurisprudencial peruana, serviu de fundamento a “uma infinidade de sentenças que, vistas em conjunto, compõem um quadro de aplicação discriminatória das regras da responsabilidade civil”⁷⁵², de modo que muitas decisões judiciais acabaram elegendo “projetos de vida que são mais importantes ou valiosos que outros”⁷⁵³.

Tome-se por exemplo o caso típico de dano ao projeto de vida, mencionado em mais de uma ocasião pelo próprio Sessarego: o pianista que perde seus dedos num acidente e que, por essa razão, deixa de tocar seu instrumento. Hilario aponta que não é possível justificar que a indenização pelo dano ao projeto de vida se conceda a um famoso pianista, em decorrência da lesão à sua integridade física, mas não a um professor, a um guarda, a um cobrador de ônibus, a um trabalhador da construção civil, ou mesmo a um músico que receba dinheiro apresentando-se nas ruas, pela mesmíssima lesão⁷⁵⁴.

As mãos de uns, por certo, não tem mais valor que as de outros quando se pensa sob a perspectiva dos danos não patrimoniais (ou, para usar a nomenclatura sugerida por Sessarego, dos danos à pessoa). Só há sentido afirmar que as mãos de um pianista são mais valiosas que a de um professor quando se pensa sob a perspectiva patrimonial. Cada qual utiliza mais ou menos suas mãos para o seu labor, e produzem, assim, maior ou menor renda pelo uso delas; mas ambos, enquanto pessoas simplesmente, sofrem a mesma lesão ao perderem os dedos das mãos, podendo sua dor, seu sofrimento, enfim, seus prejuízos psíquicos daí decorrentes serem mais ou menos profundos a depender das circunstâncias.

Não é difícil perceber, da breve exposição a respeito do dano ao projeto de vida e das críticas que lhe foram dirigidas, a semelhança que existe entre essa figura, forjada no Peru por Sessarego, e aquela outra do dano existencial, concebida na Itália pelos membros da Escola de Trieste. As duas, nas palavras de Hilario,

(...) operam unicamente como instrumentos conceituais ou expedientes retóricos, de incertos alcances e base legal mais que duvidosa, dos quais lançam mão os magistrados para justificar qualquer ressarcimento que concedem, à custa de manter na sombra, ao mesmo tempo, o poder de convicção que proporcionaria uma argumentação inspirada na função preventiva e sancionadora da responsabilidade civil⁷⁵⁵.

⁷⁵² HILARIO. El daño..., cit., p. 31.

⁷⁵³ HILARIO. El daño..., cit., p. 31.

⁷⁵⁴ HILARIO. El daño..., cit., p. 17.

⁷⁵⁵ HILARIO. *La responsabilidad...*, cit., p. 77.

Ambas são, ainda, desnecessários para garantir o integral ressarcimento às vítimas de dano, sobretudo porque os prejuízos supostamente decorrentes do dano existencial ou do dano ao projeto de vida são suficientemente ressarcidos mediante a tutela da integridade psicofísica (dano moral). Produzem, por fim, efeitos igualmente nefastos, que justificam sua reprovação tanto num quanto noutro ordenamento jurídico⁷⁵⁶.

8.3. A importação do dano existencial e do dano ao projeto de vida para o direito brasileiro

Contemplando o dano existencial desenvolvido no ordenamento jurídico italiano, autores como Amaro Alves de Almeida Neto e Flaviana Rampazzo Soares inauguraram no Brasil, na primeira década do século XXI, a discussão a respeito da ressarcibilidade dessa figura⁷⁵⁷.

De acordo com Soares, o texto legislativo brasileiro utilizaria uma nomenclatura equivocada ao referir-se apenas a “dano moral”, pois assim equiparava o gênero (dano extrapatrimonial) com a espécie (dano moral)⁷⁵⁸. Aqui já se nota que a premissa da qual parte a autora é a do sistema italiano, e não do brasileiro: ali, como visto, a legislação se vale da nomenclatura “dano não patrimonial”, que, tradicionalmente, equivalia ao dano moral. Fez-se, porém o distanciamento entre um e outro conceito, a fim de superar a estreita limitação imposta pelo art. 2.059 do Código Civil italiano à reparação de danos, e alargar o espaço de incidência do dano não patrimonial. Daí resultou a criação de tipos diversos de danos, passíveis de ressarcimento mesmo em hipóteses não previstas expressamente em lei.

Soares, porém, transporta para o Brasil a lógica de que o dano moral seria insuficiente para abranger as hipóteses de dano não patrimonial merecedoras de reparação, razão pela qual este seria o gênero e aquele mera espécie. A conclusão por ela atingida ampara-se no seguinte argumento: o sistema brasileiro poderia ter escolhido ressarcir de forma integral, onicompreensiva, os prejuízos sofridos pela pessoa, sob o título de dano moral. No entanto, o texto da Súmula nº 387 do STJ, mediante o qual se admite a cumulação de indenização por

⁷⁵⁶ HILARIO. El daño..., cit., p. 32-33.

⁷⁵⁷ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. In: *Revista de Direito Privado*, n. 24, V.6, p. 21-53, out./dez. 2005; SOARES, Flaviana Rampazzo. Dano existencial no direito italiano e no direito brasileiro. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurilio Casas. (Org.). *Novos danos na pós-modernidade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 149-176, p. 157.

⁷⁵⁸ SOARES. Dano..., cit., p. 157.

danos morais e estéticos decorrentes de um mesmo evento lesivo, indica que há, na verdade, também no Brasil, “vozes distintas de danos” não patrimoniais⁷⁵⁹.

Mais acima, quando se tratou do dano estético, já se alertou sobre o problema de se conferir autonomia a tal tipo de dano, o qual, a rigor, não é senão simples dano moral – consequências não patrimoniais negativas da lesão à integridade física de um sujeito –, de modo que a cumulação do que se chama “dano estético” com o “dano moral” não é mais que a atribuição de um ressarcimento pelo que seria o evento lesivo (“dano-evento”) e o que seria o prejuízo (“dano-consequência”), portanto, uma irrazoável duplicação indenizatória.

A noção equívoca de que dano estético seria modalidade diversa de dano, cumulável com o dano moral, parece ter cumprido, então, papel semelhante àquele desempenhado pelo dano biológico na Itália: o de plantar as sementes que propiciaram, depois, a germinação do dano existencial. E, mais do que isso, a criação de muitas outras figuras independentes de “dano extrapatrimonial”, já que esse passou a ser visto como um gênero vasto, ou, nas palavras de Soares, um “guarda-chuva”⁷⁶⁰, sob o qual estão as diversas espécies já conhecidas e até – por que não? – aquelas que ainda não foram concebidas e se encontram em estado de potência.

Diante disso, transportadas para o Brasil as premissas que eram próprias do contexto italiano, foi possível importar também o resultado delas advindo, isto é, a ideia de que existe, ao lado do dano moral, do dano estético, do dano à imagem, e de outros, o dano existencial – uma espécie de dano extrapatrimonial que compreende “uma alteração prejudicial, juridicamente relevante e involuntária, total ou parcial, permanente ou temporária, em uma ou mais atividades componentes da rotina da vítima, que contribua à sua realização pessoal”⁷⁶¹.

Segundo Soares, a alteração dos hábitos ou da rotina do sujeito lesado que configura o dano existencial pode traduzir-se em (i) “um não mais poder fazer”, o que ocorre, por exemplo, quando um serralheiro, em razão de um acidente de trânsito, não pode mais jogar futebol ou não consegue mais manusear sua ferramenta de trabalho; (ii) “um ter que fazer diferente”, o que se dá quando a vítima de um atropelamento torna-se paraplégica e, em razão disso, as atividades que fazia antes com autonomia têm de ser adaptadas para que possam ser executadas; (iii) “um ter que fazer que não necessitava fazer antes”, como acontece na hipótese em que, por erro médico, amputa-se a perna direita do paciente, no lugar da perna esquerda, de modo que a pessoa, em razão da lesão, acaba perdendo as duas pernas em vez de uma, e tem de aprender a conviver com uma cadeira de rodas, incorporando hábitos de vida que não tinha antes; ou (iv)

⁷⁵⁹ SOARES. Dano..., cit., p. 157.

⁷⁶⁰ SOARES. Dano..., cit., p. 157.

⁷⁶¹ SOARES. Dano..., cit., p. 160.

“uma necessidade de auxílio para poder fazer”, o que ocorre na situação em que um empregado de uma concessionária de energia elétrica recebe uma descarga elétrica enquanto desempenha seu trabalho, acidente que lhe causa sequelas neurológicas graves, tornando-o dependente do auxílio de outras pessoas para a realização de atividades que exigem boa coordenação motora, por exemplo.

Não passa despercebido que a maioria dos exemplos, senão todos, apontados pela autora são, na verdade, casos de lesão à integridade física, cujos prejuízos já seriam, pois, ressarcidos como dano moral (ou dano estético, caso se prefira manter a nomenclatura, a despeito de seu conteúdo não ser próprio ou seu regime independente em relação ao tradicional dano moral).

Muito semelhante às ideias de Soares é a percepção de Almeida Neto, que parte, igualmente, da premissa de que o ordenamento jurídico brasileiro garante a reparação de todos os danos não patrimoniais, categoria esta que é muito mais abrangente que a do simples dano moral. Segundo o autor, uma interpretação conjunta dos arts. 12, 186 e 927 do CC/02, à luz, ainda, do art. 1º, III, da CF/88, que garante a tutela da dignidade da pessoa humana, e do art. 5º, V e X, também da CF/88, que prevê a reparação dos danos patrimoniais e morais, leva à conclusão de que o ordenamento autoriza, de forma ampla, a reparabilidade dos danos cometidos contra a pessoa, e não apenas do dano moral⁷⁶². Por que motivo, não se compreende, já que o texto constitucional e infraconstitucional refere-se a todo tempo, invariavelmente, a “dano moral” e, ademais, o próprio conceito de dano moral já envolve, como visto acima, um dano à pessoa (embora não um dano qualquer).

Mas é com fundamento em tais artigos que o autor afirma já haver espaço, no Brasil, para o reconhecimento do dano existencial, o que seria, aliás, imprescindível para a integral reparabilidade do dano não patrimonial cometido contra a pessoa, em violação aos seus direitos fundamentais⁷⁶³.

A defesa da ressarcibilidade dessa modalidade de dano se faz também mediante a invocação de um direito à liberdade e, principalmente, de um já desgastado e esvaziado direito à dignidade humana.

O conteúdo desse novo dano, na perspectiva de Almeida Neto, é aquele mesmo construído no sistema italiano; consubstancia-se na alteração do cotidiano do indivíduo, na modificação negativa no seu modo de ser ou nas atividades por ele desempenhadas com o

⁷⁶² ALMEIDA NETO. Dano..., cit., p. 30.

⁷⁶³ ALMEIDA NETO. Dano..., cit., p. 49.

intuito de atingir o seu projeto de vida pessoal⁷⁶⁴. Ao contrário do dano moral, o dano existencial não implica um “sentir”, mas envolve um “fazer”, um “não mais poder fazer” ou “um fazer de modo diferente”. O que caracteriza o dano existencial é a reviravolta forçada da agenda do sujeito, em outras palavras, a frustração de seu projeto de vida, e a conseqüente redução de sua felicidade e seu bem-estar⁷⁶⁵.

Nesse sentido, tal dano seria indenizado sempre que o ser humano fosse lesado no seu direito de programar o transcorrer da vida sem a intervenção alheia, no seu “direito às suas expectativas, aos seus anseios, aos seus projetos, aos seus ideais, desde os mais singelos até os mais grandiosos”⁷⁶⁶. Afinal, segundo o autor, toda pessoa

(...) tem o direito a uma infância feliz, a constituir uma família, estudar e adquirir capacitação técnica, obter o seu sustento e o seu lazer, ter saúde física e mental, ler, praticar esporte, divertir-se, conviver com os amigos, praticar sua crença, seu culto, descansar na velhice, enfim, gozar a vida com dignidade. Essa é a agenda do ser humano: caminhar com tranquilidade, no ambiente em que sua vida se manifesta rumo ao seu projeto de vida⁷⁶⁷.

Se os homens têm mesmo todos esses direitos e se a sua lesão implica de fato um dano à existência, é questão que se deixa pendente, por ora, e que logo adiante se enfrentará.

Aponta-se, no entanto, que a posição do autor é muito diversa – e até oposta – à primeira das premissas, e talvez a mais basilar, erigida no presente estudo. Acima se afirmou que, em nenhum tempo e em nenhum lugar o direito reagiu a qualquer dano, sendo inviável fazer-se como regra a realocação dos prejuízos, sob pena de comprometer-se a liberdade de ação individual, inviabilizar o sistema econômico e hipertrofiar a judicialização dos conflitos. Para Almeida Neto, ao contrário, “todo e qualquer dano causado à pessoa deve ser indenizado”⁷⁶⁸:

Os princípios *neminem laedere*, e *honeste vivere*, *alterum non laedere et suum cuique tribuere* – devem ser observados em sua abrangência máxima, de forma a conceder uma eficaz proteção ao bem-estar do homem. Essa macro visão da responsabilidade civil, ou da defesa do direito à incolumidade absoluta do homem, é a postura mais consentânea com a realidade dos nossos dias. Não mais se tolera outro entendimento a não ser o de que o homem deve ser protegido de toda ação ou omissão culposa *lato sensu*, não importa de quem ou como provenha, que lhe cause um *deficit* econômico, físico, psíquico, psicofísico ou psicossomático, exatamente porque o indivíduo, o ser humano, é um complexo de tudo isso, de todos esses bens, valores e interesses que formam o seu patrimônio existencial – uma vez considerada a existência como o modo de ser atual, concreto, próprio do homem (...) ⁷⁶⁹.

⁷⁶⁴ ALMEIDA NETO. Dano..., cit., p. 51.

⁷⁶⁵ ALMEIDA NETO. Dano..., cit., p. 48.

⁷⁶⁶ ALMEIDA NETO. Dano..., cit., p. 50.

⁷⁶⁷ ALMEIDA NETO. Dano..., cit., p. 50.

⁷⁶⁸ ALMEIDA NETO. Dano..., cit., p. 28.

⁷⁶⁹ ALMEIDA NETO. Dano..., cit., p. 28.

Essa visão da responsabilidade civil como instrumento de defesa à incolumidade absoluta do homem é radicalmente inconciliável com tudo o que se construiu, especialmente, na primeira parte deste trabalho. Não espantará, então, que a conclusão do autor a respeito do acolhimento do dano existencial no direito brasileiro como figura autônoma de dano ressarcível não venha a ser aqui endossada.

Também Lopez defende a admissibilidade do dano existencial no Brasil, entendendo que este “pode ser resumido à lesão à dignidade da pessoa”⁷⁷⁰. Mais uma vez, invoca-se o princípio da dignidade, como cláusula geral de considerável amplitude e dúbios limites, a fim de servir como um recurso eloquente e quase mágico ao reconhecimento desse novo dano, cuja abrangência tende a ser também ilimitada.

Segundo Lopez, o dano existencial por vezes se insere na categoria do dano moral, e por vezes tem tratamento independente. Conceitualmente, ele corresponde à lesão que compromete as atividades através da qual a pessoa se realiza, cujos efeitos implicam, assim, uma frustração dos seus interesses cotidianos e da sua qualidade de vida. Em síntese, para a sua caracterização, relevante é que tenha “produzido um prejuízo ao bem-estar pessoal ou ao projeto de vida”⁷⁷¹. Como implica um não mais poder fazer o que se fazia antes, é dano que se observa no plano externo à pessoa e que, por isso, pode ser objetivamente constatado e provado, mediante a comparação entre a rotina e as atividades desempenhadas pela vítima antes e depois do evento lesivo⁷⁷².

Trata-se, ainda, de categoria que não se confunde com o dano à saúde ou à integridade física, o qual, segundo apontado pela autora, seria modalidade de “dano-evento”. O dano existencial pode advir desses eventos, mas são seus efeitos prejudiciais na vida, nos hábitos e na rotina da vítima que configuram o dano existencial, enquanto “dano-consequência” que é⁷⁷³.

Embora tenha sido criado na Itália, por razões específicas, encontram-se figuras a ele correspondentes em outros ordenamentos jurídicos: não só o dano ao projeto de vida, no Peru, como também o *préjudice d'agrément* na França e o *loss of amenities of life* nos Estados Unidos e no Reino Unido⁷⁷⁴. Por *préjudice d'agrément* entende-se a privação das alegrias e prazeres de uma vida normal e cotidiana, as quais envolvem, por exemplo atividades esportivas, de lazer, ou sexuais. De modo semelhante, o *loss of amenities of life* implicaria a impossibilidade de o sujeito apreciar as coisas que antes apreciava, e de realizar normalmente as atividades que

⁷⁷⁰ LOPEZ. Dano existencial, cit., p. 293.

⁷⁷¹ LOPEZ. Dano existencial, cit., p. 291.

⁷⁷² LOPEZ. Dano existencial, cit., p. 293.

⁷⁷³ LOPEZ. Dano existencial, cit., p. 291.

⁷⁷⁴ LOPEZ. Dano existencial, cit., p. 292.

faziam parte de sua vida cotidiana. Ambos são, portanto, na visão de Lopez, danos equivalentes ao dano existencial⁷⁷⁵.

No Brasil, embora o dano moral seja categoria ampla, que pode ser invocada quando houver lesão que atinja o indivíduo em seus direitos primordiais – não encontrando-se aqui, portanto, o problema da lacuna da tutela à pessoa que havia na Itália –, para a autora, o acolhimento do dano existencial seria apropriado. Isso porque tal modalidade “configura melhor a proteção à dignidade do ser humano individual e socialmente”⁷⁷⁶, sobretudo em casos de determinadas e graves ofensas à pessoa.

Exemplos recorrentes de dano existencial são: não poder mais tocar determinado instrumento ou praticar esportes, não poder viajar ou manter relações sexuais, perder um ente querido, perturbar-se com emissão de ruído em excesso ou sofrer prejuízos às férias que haviam sido planejadas (*danno da vacanza rovinata*). A tais exemplos, Lopez acrescenta outros, como o *mobbing* (assédio moral no trabalho), assédio sexual, *bullying*, *stalking*.

Talvez, dentre os exemplos citados pela autora, os mais simbólicos e reveladores das graves consequências resultantes do dano existencial sejam o de impedir-se a morte de um doente terminal e o de *wrongful birth* ou *wrongful life*.

No primeiro caso, segundo Lopez, está-se diante de uma lesão ao “direito de morrer com dignidade” ou do “direito de não sofrer”, o que justifica a configuração do dano ressarcível⁷⁷⁷.

No segundo, defronta-se a uma lesão ao “direito de não nascer”. Quando, por erro médico, não se diagnostica a tempo alguma deficiência no feto, podem os pais reclamar a indenização em face dos médicos pelos danos patrimoniais (em decorrência dos custos excepcionais necessários para criar a criança) e pelo dano existencial (em razão das limitações e alterações que os genitores experimentarão em suas vidas e rotinas a partir do nascimento do filho). Trata-se, nessa hipótese, de *wrongful birth*. Poderia também a própria criança reclamar a indenização, situação identificada como *wrongful life*, em razão de ela ver-se forçada a “viver uma vida cheia de sofrimentos por ter nascido defeituosa, quando não deveria ter nascido – e só nasceu por negligência médica”⁷⁷⁸.

Ficam reservadas para o próximo tópico as críticas já anunciadas ao uso da figura do dano existencial especialmente nesses casos. Conclui-se, por ora, esse breve panorama sobre a

⁷⁷⁵ LOPEZ. Dano existencial, cit., p. 294.

⁷⁷⁶ LOPEZ. Dano existencial, cit., p. 301.

⁷⁷⁷ LOPEZ. Dano existencial, cit., p. 296.

⁷⁷⁸ LOPEZ. Dano existencial, cit., p. 298.

defesa doutrinária da aplicação do dano existencial no Brasil, onde, como se terá notado, tal figura chega como uma versão fundida do dano existencial italiano com o dano ao projeto de vida peruano.

É comum encontrar na doutrina e na jurisprudência menções às duas nomenclaturas de forma indistinta, entendendo-se, em algumas ocasiões, que ambos são sinônimos⁷⁷⁹, e, em outras, que um é gênero e outro é espécie. Com efeito, Soares entende que o dano existencial manifesta-se sob duas perspectivas: sob a primeira, como prejuízo aos aspectos individuais e aos hábitos de vida da vítima; sob a segunda, como prejuízo aos aspectos dinâmicos-relacionais da vítima, isto é, à sua vida de relação. Desse modo, o dano existencial compreenderia violações ao projeto de vida e à vida de relação⁷⁸⁰.

Ideia semelhante é a de Rosenthal, que propõe uma tipologia dos “danos extrapatrimoniais” segundo a qual este seria um gênero, dividido em quatro espécies: dano à imagem, dano estético, dano existencial e dano moral. A distinção entre o dano existencial, enquanto modificação prejudicial relevante na vida de alguém, e o dano moral, seria meramente quantitativa, na medida em que as consequências desse se circunscrevem ao evento danoso, enquanto as consequências daquele são permanentes e atingem, assim, o dinamismo e a qualidade de vida.

Já o que se chama de dano ao projeto de vida e de dano à vida de relação não seriam espécies de dano extrapatrimonial, pois dele não descenderiam diretamente. Seriam, antes, espécies de dano existencial e, portanto, subespécies de dano extrapatrimonial⁷⁸¹.

Diante disso, ao importar-se para o Brasil a figura italiana do dano existencial, incorporou-se a ela, de algum modo, a ideia peruana do dano ao projeto de vida. A confusão não é injustificada. De fato, as duas criações de dano, a despeito da distância geográfica dos países que lhes deram vida, são, senão correspondentes, no mínimo análogas. E podem compartilhar, certamente, de todas as críticas que a cada qual foram destinadas.

8.4. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho

Embora o dano existencial seja figura já importada para o Brasil, sendo defendido com veemência por parte da doutrina, ainda não foi acolhido de forma clara e sistemática pela

⁷⁷⁹ Como exemplo, veja-se: THEODORO JÚNIOR. *Dano...*, cit., p. 195; AgInt no AREsp 1380002/MS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 02/04/2019, DJe 15/04/2019.

⁷⁸⁰ SOARES. *Dano...*, cit., p. 161-162.

⁷⁸¹ ROSENVALD. *Por uma tipologia...*, cit., n.p.

jurisprudência do STJ. No banco de dados desse Tribunal, encontra-se, até 2020⁷⁸², somente um acórdão em cuja ementa havia referência a “dano existencial”⁷⁸³. Ainda assim, faz-se mera alusão a referido dano como “espécie de dano moral”, sem dar-lhe conteúdo e contornos específicos. A questão devolvida no recurso era pontual e centrava-se na prescritibilidade da pretensão de reparação do dano não patrimonial, o qual já havia sido qualificado pelo tribunal estadual como dano existencial, dano ao projeto de vida. Portanto, a rigor, a Corte Superior não apreciou a configuração de tal dano no caso, tampouco se posicionou quanto à sua aplicabilidade no direito brasileiro, ao seu conceito, à sua autonomia e aos seus traços limítrofes.

O reconhecimento do dano existencial é, porém, frequente no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho (TST), o que não surpreende quando se considera que a importação de referida modalidade de dano fez-se, de modo pioneiro e expressivo, no ramo do direito trabalhista.

Tanto assim que foi inserida na CLT previsão de que o dano “extrapatrimonial” pode decorrer de ofensas à esfera moral ou *existencial* da pessoa⁷⁸⁴. Embora pareça evidente que a intenção do legislador foi ampliar as possibilidades de ressarcimento do dano não patrimonial, não há nenhuma clareza quanto à efetiva positivação da figura do dano existencial. Em primeiro lugar, porque na lei sequer há menção explícita a “dano existencial”, muito menos definição do que seria tal figura. Em segundo lugar, porque a simples referência a “esfera moral ou existencial” da pessoa não permite compreender se os dois termos (“moral” e “existencial”) são empregados simplesmente como sinônimos ou se pretendem designar esferas distintas e, por conseguinte, modalidades de dano diversas.

Em todo caso, ainda que se partisse da premissa de que, por meio da Reforma Trabalhista, ter-se-ia almejado acolher o dano existencial no direito positivo, isso não autorizaria supor que tal figura seria categoria inequivocamente existente e ressarcível no sistema brasileiro de responsabilidade civil. Não havendo uma mínima delimitação do conteúdo e da abrangência do chamado “dano existencial”, e uma distinção convincente de tal figura em relação ao dano moral, sequer é possível consolidá-la como categoria jurídica autônoma. Apesar

⁷⁸² A pesquisa jurisprudencial foi realizada no banco de dados do STJ em 2020, sem corte temporal, e buscou por acórdãos que contivessem na ementa a expressão “dano existencial” ou “dano ao projeto de vida”. A busca encontrou como resultado 1 acórdão.

⁷⁸³ Trata-se do seguinte acórdão: AgInt no AREsp 1380002/MS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 02/04/2019, DJe 15/04/2019.

⁷⁸⁴ Eis a disposição do art. 223-B da CLT, incluído pela Lei nº 13.467, de 2017: “Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação”. (Consolidação das Leis do Trabalho, 1943, art. 223-B).

disso, a aplicação do dano existencial na jurisprudência trabalhista parece ser uma tendência crescente.

O acolhimento desse novo dano no TST deu-se apenas nos últimos anos. Todos os acórdãos localizados no banco de dados daquele tribunal⁷⁸⁵ foram julgados entre 2015 e 2020, como ilustra o gráfico abaixo:

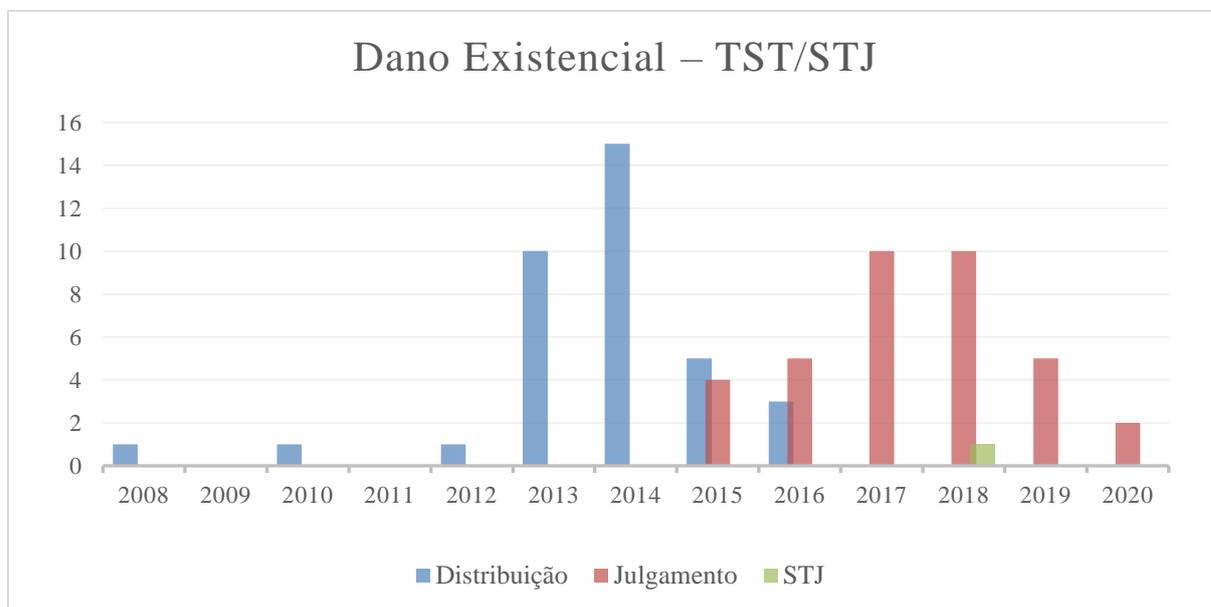


Figura 4 – Acórdãos do STJ e do TST sobre dano existencial, por data de distribuição e julgamento

Mas, embora recente, pode-se dizer que esse novo dano encontrou terreno fértil na jurisprudência do TST e, sob esse influxo, é possível que venha a abrir-se a porta para a sua recepção também no direito comum. Arrisca-se dizer, inclusive, que o alastramento do dano existencial até o STJ é questão de tempo.

Não obstante, por ora, tal dano tem aplicação prática incipiente, ao menos no âmbito dos Tribunais Superiores, e fica restrito a uma situação específica: submissão habitual do empregado a jornadas excessivas de trabalho. Todos os trinta e seis acórdãos do TST analisados dizem respeito, exatamente, a essa hipótese fática.

Segundo a jurisprudência daquele Tribunal, o dano existencial consiste em espécie de dano extrapatrimonial e tem como principal característica a frustração do projeto de vida ou comprometimento das relações sociais do trabalhador, impedindo a sua efetiva integração à

⁷⁸⁵ A pesquisa jurisprudencial foi realizada no banco de dados do TST em 2020, sem corte temporal, e buscou por acórdãos que contivessem, na ementa, as seguintes palavras: “dano existencial” e “extrapatrimonial”. A busca encontrou como resultado 36 acórdãos. Ressalta-se que foi acrescentado como filtro da pesquisa a palavra “extrapatrimonial”, a que faz referência a CLT, a fim de tentar reduzir o número de julgados encontrados e viabilizar sua análise, tendo em vista que a busca usando simplesmente a expressão “dano existencial” encontrou como resultado 583 acórdãos.

sociedade e o seu pleno desenvolvimento enquanto ser humano, em decorrência de ato ilícito praticado pelo empregador.

Essa recente figura de dano, transportada do direito italiano para o direito brasileiro, apresentar-se-ia como um “aprimoramento” da teoria da responsabilidade civil, na medida em que oferece “uma forma de proteção à pessoa que transcende os limites classicamente colocados para a noção de dano moral”⁷⁸⁶. Absorvido e ressignificado para o contexto das relações de trabalho, o dano existencial passou a abranger violações de direitos que implicam, além de danos patrimoniais ou morais, “danos ao seu projeto de vida ou à chamada ‘vida de relações’”⁷⁸⁷.

Tendo isso em vista, a Corte trabalhista tem entendido que a “submissão habitual dos trabalhadores à jornada excessiva de labor ocasiona dano existencial”⁷⁸⁸. Nada obstante, a fundamentação que tenta explicar os motivos pelos quais se configura em tais situações essa nova e peculiar figura de dano, é confusa. Diz-se que a submissão a jornadas excessivas implica restrição ilícita aos direitos de descanso e de lazer, confisco irreversível do tempo que poderia ser destinado ao convívio familiar, aos estudos ou a outras atividades, “óbvias” consequências negativas à saúde, ofensa aos direitos humanos fundamentais, lesão à dignidade, à liberdade e ao patrimônio moral do trabalhador⁷⁸⁹.

Qual é, afinal, o bem jurídico lesado? Trata-se de um bem jurídico novo e específico, que não poderia ser tutelado mediante as figuras de dano já existentes no direito brasileiro? Se, houve, de fato, lesão a um direito fundamental da pessoa com consequências não patrimoniais negativas, não seria possível repará-las como simples dano moral?

Nada disso fica claro nos acórdãos do TST. A rigor, apesar de toda a retórica, não se encontra nas decisões uma distinção clara entre os conceitos de dano existencial e de dano moral. Em muitas delas, as duas expressões são usadas indistintamente, como sinônimos⁷⁹⁰. Em outras, afirma-se que “dano moral e dano existencial não se confundem, seja quanto aos seus

⁷⁸⁶ TST, AIRR-863-81.2015.5.09.0671, 7ª Turma, Rel. Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 23/11/2018.

⁷⁸⁷ TST, AIRR-863-81.2015.5.09.0671, 7ª Turma, Rel. Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 23/11/2018.

⁷⁸⁸ TST, RR-338-79.2013.5.09.0668, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 30/08/2019.

⁷⁸⁹ TST, AIRR-599-98.2013.5.15.0111, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 10/05/2019.

⁷⁹⁰ Confira-se, por exemplo: TST, Ag-AIRR-669-77.2014.5.04.0664, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 29/03/2019; TST, AIRR-599-98.2013.5.15.0111, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 10/05/2019; AIRR-999-19.2014.5.10.0111, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 17/03/2017.

pressupostos, seja quanto à sua comprovação”⁷⁹¹, de modo que uma mesma situação de fato pode ter por consequência essas duas modalidades de lesão, cujos regimes jurídicos são peculiares e independentes. Em nenhum caso, porém, reconheceu-se concretamente a cumulação dos dois tipos de dano em decorrência do mesmo evento lesivo.

Da análise dos julgados, percebe-se, então, que a Corte trabalhista não faz uso de um conceito lúcido e claro de dano existencial, nem enfrenta a questão relacionada à sua autonomia. Ademais, não apresenta de forma consistente e coesa um regime jurídico uniforme e próprio.

Com efeito, a maioria⁷⁹² dos acórdãos analisados afirmam que o dano é *in re ipsa*, isto é, decorre automaticamente do cumprimento de jornadas excessivas, o que não se confunde, no entanto, com o mero cumprimento de horas extras. Sob essa perspectiva, o que revelaria a configuração ou não do dano seria um dado quantitativo: o número de horas trabalhadas para além da jornada regular. Outros acórdãos, contudo, negam a possibilidade de o dano ser presumido, e exigem que seja concretamente demonstrado “o prejuízo às relações sociais ou a ruína do projeto de vida do trabalhador”⁷⁹³, não sendo possível extrair tal conclusão automaticamente do fato de terem sido cumpridas horas extraordinárias⁷⁹⁴.

Desse modo, vê-se que o TST, inspirado na novidade italiana, tem utilizado largamente a nomenclatura “dano existencial”, reputando-o configurado nas situações em que há o cumprimento de jornadas laborais excessivas; mas o tem feito de modo pouco consciente. Não se explicam as razões da insuficiência do dano moral naquelas situações em que é invocado o dano existencial, usam-se indistintamente as expressões “dano moral” e “dano existencial”, não são definidos de forma clara as peculiaridades e os contornos da nova modalidade, nem lhe é dado um regime jurídico uniforme.

Em poucas palavras, parece que o entusiasmo com a mais recente criação de dano motivou a jurisprudência trabalhista a dar a ela alguma aplicação, mas o uso da nomenclatura nas decisões mais parece ser fruto de uma retórica confusa e vazia que de uma verdadeira necessidade de importar a recém-criada figura de dano para conferir tutela a novas situações

⁷⁹¹ TST, AIRR-863-81.2015.5.09.0671, 7ª Turma, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 23/11/2018; TST, AIRR-5110-97.2015.5.10.0018, 7ª Turma, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 23/11/2018; TST, RR-523-56.2012.5.04.0292, 7ª Turma, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 28/08/2015; TST, RR-1392-42.2014.5.12.0028, 7ª Turma, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 18/03/2016.

⁷⁹² Dentre os acórdãos analisados que enfrentam a questão da prova do dano existencial, 22 afirmam que o dano é *in re ipsa*, presumido, e 11, ao contrário, exigem demonstração concreta do prejuízo.

⁷⁹³ TST, AIRR-863-81.2015.5.09.0671, 7ª Turma, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 23/11/2018.

⁷⁹⁴ TST, AIRR-619-72.2016.5.06.0002, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 06/09/2018; AIRR-5110-97.2015.5.10.0018, 7ª Turma, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 23/11/2018.

lesivas. A figura que na Itália já é, segundo Rossetti, vaníloqua e ambígua, no Brasil nasceu, ainda, disforme e incompreensível.

8.5. O (des)cabimento do dano existencial ou do dano ao projeto de vida no direito brasileiro

Antes de admitir-se no Brasil a ressarcibilidade do dano existencial ou ao projeto de vida, é essencial mirar atentamente as experiências italiana e peruana, a fim de que se possa compreender as necessidades que levaram à criação de tais figuras e fazer um balanço dos resultados que elas acabaram produzindo nesses outros ordenamentos jurídicos.

O correto entendimento do que levou ao surgimento do dano existencial na Itália permite perceber que a sua importação para o Brasil contém em si alguns equívocos. O mais grave deles é apagar a diferença que existe entre os sistemas de responsabilidade italiano e brasileiro e transferir, de um lugar para o outro, o problema que só existe num deles.

Como se recordou mais acima, o dano existencial surgiu na Itália, seguindo os mesmos passos do dano biológico, após a deflagração de uma crise da tradicional dicotomia “dano patrimonial – dano não patrimonial”. Tal crise se devia ao caráter demasiado restrito do dano não patrimonial, o qual, em função da disposição contida no art. 2.059 do Código Civil italiano, só poderia ser ressarcido nas hipóteses previstas em lei, as quais coincidiam, basicamente, com as situações em que o dano provinha de delito penal. Em vista dessa noção limitada do dano não patrimonial e da constatação de que esse seria insuficiente para garantir o ressarcimento dos danos injustos, começou-se a percorrer o caminho que levou à distinção entre o dano moral (dano não patrimonial em seu sentido tradicional e estrito) e o “novo” dano não patrimonial (categoria mais ampla, que engloba, além do dano moral, danos outros, como o biológico e o existencial).

Ao contrário do que se passa no sistema italiano, no Brasil não há nem nunca houve uma norma que restringisse a ressarcibilidade do dano moral às hipóteses previstas em lei. Enquanto naquele ordenamento, o legislador optou por estabelecer um sistema fechado ou típico de responsabilidade civil por danos não patrimoniais, no ordenamento brasileiro instituiu-se um sistema aberto ou atípico.

No Brasil, portanto, os prejuízos não patrimoniais decorrentes de lesão a direitos da pessoa podem ser satisfatoriamente compensados como dano moral, independentemente de haver expressa previsão legal a respeito. Assim, não existe aqui, por mais que se afirme o

contrário⁷⁹⁵, nenhuma crise de insuficiência do conceito de dano moral que implique a necessidade de se criar um conceito novo e mais abrangente (“dano extrapatrimonial”), do qual seria espécie, além do dano moral propriamente dito, o tal dano existencial.

Em poucas palavras, o dano existencial surgiu com o propósito de superar, na Itália, limites que, no Brasil, não existem.

É equivocada, portanto, a transposição de problemas e necessidades inerentes à realidade italiana ao sistema de responsabilidade civil brasileiro. A admissão de uma figura de dano existencial neste lado do Atlântico é não apenas desnecessária, como também inadequada.

Além desse equívoco primordial na importação da figura, há muitos outros. Viu-se já que a concepção do dano existencial fez-se, no Brasil, mediante um amálgama entre modalidades que são, em sua raiz, conceitualmente distintas. Costuma-se compreender ora como sinônimos, ora como tipos de dano que guardam entre si uma relação de gênero e espécie, o dano existencial, o dano ao projeto de vida e o dano à vida de relação. Todas essas nomenclaturas aparecem, com frequência, confundidas. Nada obstante, em sua origem, elas não se referem a uma mesma coisa. Na Itália, o dano existencial é verdadeiramente um tipo de dano, o qual, seja ou não compreendido como espécie autônoma, justifica um acréscimo específico à indenização sofrida pela vítima. O dano à vida de relação é também concepção italiana, mas que já se firmou como subespécie de dano não patrimonial, enquadrável não na categoria de dano existencial, mas na de dano biológico⁷⁹⁶. Por sua vez, o dano ao projeto de vida é criação peruana, que, embora tenha inegável semelhança com o dano existencial, dele distingue-se conceitualmente, ao menos na visão de Sessarego, seu inventor.

A confusão no delineamento dessas figuras, as incertezas quanto ao seu conteúdo, sua relação e seu regime são reflexos, por um lado, da sua importação caracterizada por automatismo e pouca reflexão; por outro, da obscuridade e imprecisão que são típicas de todas essas figuras já em suas versões originais.

A inadequada importação desses tipos de dano para o Brasil, sob a nomenclatura única de dano existencial, implica, naturalmente, a atração também de todos os problemas que já se verificaram na experiência italiana e peruana, o que significa incorrer nos mesmos erros que já foram, em outros contextos, diagnosticados e até mitigados. Viu-se acima as vigorosas críticas a esses danos, bem como a reação das mais altas Cortes italianas à descomedida proliferação do dano existencial, que estava sendo acolhido, na prática jurisprudencial, em situações caricatas e grotescas.

⁷⁹⁵ SCHREIBER. *Os novos...*, cit., p. 84-85; ROSENVALD. *Por uma tipologia...*, cit., n.p.

⁷⁹⁶ PONZANELLI. *Attenzione...*, cit., p. 841-843, set-2000, p. 843; ALPA. *Responsabilità...*, cit., p. 513.

A Corte de Cassação, diante de tal cenário, e visando pôr um freio nessa problemática ascensão do dano existencial, afastou a sua configurabilidade como espécie autônoma de dano não patrimonial, a qual seria insuscetível de subdivisão em categorias com nomenclaturas diversas. Registrou expressamente que o dano existencial não poderia servir – ao contrário do que vinha ocorrendo – à concessão de indenizações pela lesão de direitos imaginários e ao estímulo aos chamados litígios de bagatela. Não poderia, tampouco, legitimar o ressarcimento pelo mero evento lesivo, independentemente da concreta prova do prejuízo, pois o dano não patrimonial seria sempre um *danno conseguenza*.

Em síntese, concluiu a Corte que a leitura constitucional do art. 2.059 do Código Civil italiano (necessária e legítima, segundo ela, para superar os limites excessivos à reparação do dano não patrimonial), não teria como função aumentar os tipos de danos ressarcíveis ou permitir a duplicação de indenizações pelo mesmo prejuízo. Ao contrário, tal interpretação sequer retiraria totalmente o caráter típico do sistema de reparação dos danos não patrimoniais, uma vez que estes apenas poderiam ser reparados, fora das hipóteses com previsão específica em lei, nos casos em que resultassem da lesão a um direito inviolável da pessoa, tutelado constitucionalmente. Como se nota, a orientação da Corte quanto à reparação do dano não patrimonial aproxima-se em alguma medida do conceito de dano moral acolhido neste trabalho. Tem-se em comum a noção de que o dano é consequência, prejuízo, e de que não decorre de qualquer evento lesivo, mas daquele que envolve um específico direito da pessoa (um direito da personalidade, segundo a terminologia adotada neste trabalho; um direito inviolável e constitucionalmente tutelado, segundo a descrição de que se valeu a Corte de Cassação).

Nesse sentido, uma importação irrefletida desses novos danos, feita sem considerar os problemas deles resultantes nos sistemas que lhes deram origem e o caminho já percorrido com o intuito de mitigá-los, traduz uma conduta pouco sensata: insistir em erros que, noutros contextos, estão custando muito esforço para serem consertados.

Os problemas do acolhimento do dano existencial ou do dano ao projeto de vida no Brasil – que de agora em diante será referido, simplesmente, como dano existencial, visto que é a nomenclatura predominante no ordenamento brasileiro – são todos aqueles já identificados pelos italianos e peruanos, acrescidos, ainda, de outros.

Constata-se que, embora essa nova figura de dano esteja se alastrando pela doutrina e jurisprudência, não possui contornos bem definidos e regime próprio. Ao contrário, não há uma diferença clara entre os conceitos de dano moral e de dano existencial, de modo que, na jurisprudência, encontram-se julgados em que ambos são tratados como sinônimos, e, na doutrina, há quem aponte que a distinção entre ambos é meramente quantitativa, visto que o

dano existencial seria mais grave e duradouro que o dano moral⁷⁹⁷. Desse modo, as duas modalidades de dano acabam-se sobrepondo, o que representa um risco à duplicação de indenizações para reparação de danos que, embora etiquetados de dois modos distintos, são em essência uma só coisa. Confirma-se, assim, a inutilidade da figura no contexto brasileiro, já que o dano moral é perfeitamente capaz de compensar os prejuízos não patrimoniais decorrentes de lesões à personalidade.

A falta de um conceito próprio e bem definido de dano existencial, que justifique sua independência, revela-se, ainda, sob outra perspectiva. Como se viu, os exemplos mais frequentemente apontados de tal tipo de dano decorrem, na verdade, de lesões à integridade física da pessoa. Os prejuízos advindos desse evento lesivo já são ressarcidos como dano estético e como dano moral (sendo que a concessão de dupla indenização sob nomenclaturas distintas implica, na verdade, um *bis in idem*, como exposto no capítulo 5.1). Desse modo, a figura do dano existencial não se sobrepõe apenas ao dano moral, mas também ao que se chama de dano estético.

A rigor, toda lesão grave à integridade física de alguém implica também, necessariamente, além de perturbação psíquica, alteração, em maior ou menor grau, dos hábitos, da rotina ou dos projetos do sujeito. Assim, a admissão de um dano existencial autônomo, cumulável ao dano moral e estético resultaria numa tripla indenização pelos prejuízos decorrentes de uma lesão a um mesmo bem jurídico. Um acidente de trânsito que resultasse na amputação de uma das pernas da vítima, por exemplo, implicaria, quase que invariavelmente, um ressarcimento tríplice.

Pensa-se, porém, que a reparação integral do dano deve-se fazer não através da autonomização de categorias supostamente diversas de dano, mas mediante a consideração de todas as repercussões da lesão na esfera psíquica do indivíduo, que indicam a extensão e a gravidade do dano moral (categoria única e incindível).

Compreendido como qualquer “alteração prejudicial, juridicamente relevante e involuntária, total ou parcial, permanente ou temporária, em uma ou em mais atividades componentes da rotina da vítima que contribua à sua realização pessoal”⁷⁹⁸, o dano existencial é figura um tanto amorfa e demasiado ampla. Em razão de sua indeterminação, pode resultar, tal como ocorreu na Itália e no Peru, na concessão de indenizações nas hipóteses mais excêntricas e banais, o que gera, além de imprevisibilidade, a proliferação de litígios de bagatela.

⁷⁹⁷ ROSENVALD. Por uma tipologia..., cit., n.p.

⁷⁹⁸ SOARES. Dano..., cit., p. 160.

Assim, tanto por servir à concessão de indenizações em casos de lesões desprovidas de relevância jurídica ou até mesmo insignificantes, quanto por se sobrepôr a outras figuras de dano, gerando uma multiplicação de indenizações pelo mesmo prejuízo, o dano existencial acaba causando a *overcompensation*. Com efeito, tal modalidade de dano atua como mero expediente retórico e mecanismo inflacionário dos ressarcimentos, permitindo que se conceda uma dupla compensação por um mesmo prejuízo ou viabilizando a reparação de danos independentemente da sua concreta demonstração.

Além disso, o dano existencial, sobretudo sob a veste de dano ao projeto de vida, implica, como percebeu Hilario, uma discriminação, na medida em que permite que se avaliem de modos absolutamente diversos projetos de vida semelhantes, em vista do prestígio e da fama de alguns sujeitos. Ademais, trata-se de modalidade de dano à qual se recorre para conferir aparência de legitimidade a pretensões que são, muitas vezes, econômicas e que se traduzem em danos patrimoniais (no mais das vezes, lucros cessantes), ou que correspondem à categoria do “dano pela perda de uma chance”.

De todas as razões que impedem o acolhimento do dano existencial no Brasil, a mais crucial é a total ausência de violação a um específico bem jurídico. Como se viu na parte introdutória deste trabalho, o dano relevante para o direito, seja de que tipo for, é apenas aquele que fere um bem jurídico ou um direito subjetivo. O dano existencial, contudo, não pressupõe a lesão a um nem a outro. É impossível identificar, pelas definições de dano existencial e pelos exemplos de situações em que este se configura, qual é o interesse lesado. Na verdade, os interesses são vários, inumeráveis. E são, propriamente, apenas interesses ou, em algumas situações, caprichos.

A verdade é que, independentemente de qual seja o evento lesivo, a caracterização do dano existencial não se vincula a um específico bem jurídico ou direito subjetivo. Antes, parece associar-se a uma pretensão de “busca da felicidade”, bem-estar e prazer, os quais não são, porém, aptos a justificar a aplicação dos mecanismos da responsabilidade civil.

A existência é um universo que não se pode definir, é uma noção assaz fluida. Assim também o dano existencial é figura repleta de indeterminação e subjetividade. Por tal razão, o amplo espaço por ele conferido à identificação de danos ressarcíveis acaba por estimular a invocação de “direitos totalmente imaginários”⁷⁹⁹, como o direito ao projeto de vida, às expectativas individuais, à serenidade, à diversão, à interação social, à comodidade, à satisfação, à rotina, aos hábitos, ao bem-estar e, em última instância, à felicidade. Inventam-se

⁷⁹⁹ CASSAZIONE CIVILE. *Sentenza n. 26972...*, cit., n.p. tradução nossa.

“direitos” para se justificar, diante de qualquer frustração, a configuração de um prejuízo “existencial”.

Chega-se, assim, no limite de tal construção, à torpe ideia de que existiria algo como um “direito de não nascer”⁸⁰⁰, e de outros falsos “direitos” em nome do quais se aniquilam os mais autênticos direitos da pessoa. Só com muita insensibilidade e esforço retórico pode-se tentar ocultar a contradição de tão desprezível ideia. “Ora,” – já dizia Villela – “uma vida humana é todo o oposto de um dano. É uma bênção. A cada vida humana que emerge das forças ignotas do caos, ‘da escuridão do cósmico segredo’ – como queria o poeta – é o milagre da criação que se renova. Falar aí de dano é um sumo despropósito”⁸⁰¹.

Eis aí a abominável subversão a que se pode chegar quando, a pretexto de ressarcir todo capricho pessoal, olvida-se o que são, em essência, direitos, e quais deles são realmente inerentes e essenciais à personalidade.

Pode-se concluir, então, que o dano existencial no Brasil, possivelmente seguirá destino semelhante ao do dano existencial na Itália e ao do dano ao projeto de vida o Peru, e suscitará aqui os mesmos problemas (se não problemas mais graves) que já se procura contornar nesses outros países. Por essa razão, melhor seria que tal categoria fosse rejeitada, antes de que se venha a instalar definitivamente no sistema jurídico brasileiro.

Esse novo tipo de dano é, além de desnecessário, inadequado. Afinal, os danos que se dizem “existenciais” ou são, na verdade, simples danos morais – e, como tais, já ressarcíveis – , ou não são danos verdadeiramente merecedores de reparação.

De um lado, como Barbosa, que manifesta ceticismo em relação à autonomização da categoria do dano existencial no direito português, acredita-se que muitos dos prejuízos comumente alocados em tal modalidade poderiam ser facilmente reconduzidos aos danos morais, entendidos estes como consequências negativas no psiquismo ou na dimensão espiritual da pessoa decorrentes de uma lesão ao seu direito de personalidade⁸⁰². No ordenamento brasileiro, assim como no português, há um sistema aberto de reparação do dano moral, de modo que as categorias tradicionais e já conhecidas de dano são suficientes para oferecer resposta às situações lesivas que tantas vezes se pretende designar como lesões existenciais.

De outro lado, os prejuízos que não se enquadram no conceito de dano moral, seja porque não decorrem da violação de um direito da personalidade, seja porque não se traduzem

⁸⁰⁰ LOPEZ. Dano existencial, cit., p. 298.

⁸⁰¹ VILLELA, João Baptista. Procriação, Paternidade & Alimentos. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Alimentos no Código Civil*. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 131-146, p. 140.

⁸⁰² BARBOSA. *Danos...*, cit., p. 88-89.

em perturbações na esfera psíquica do sujeito, não são danos ressarcíveis segundo o sistema de responsabilidade civil brasileiro.

Enfim, o acolhimento do dano existencial no Brasil é, sob a perspectiva teórica, inviável por um motivo simples: as atividades existenciais, as expectativas e os projetos de vida do sujeito não são bens tutelados juridicamente. Não podem ser exigíveis e, portanto, não podem ser objeto de direitos subjetivos.

Nesse sentido, é pertinente a crítica de Bauman ao conceito sartriano de projeto de vida (a qual se pode aplicar também aos demais pretensos bens e direitos ditos existenciais):

Quando jovem, tal como a maioria de meus contemporâneos, li atentamente as instruções de Jean-Paul Sartre a respeito da escolha do *projet de la vie*. A escolha do projeto de vida significava a “escolha das escolhas”, a meta-escolha que determinaria de uma vez por todas, do princípio ao fim, todas as outras (subordinadas, derivadas, contingentes). Aprendemos com Sartre que para cada projeto haveria, em anexo, um mapa rodoviário e uma descrição detalhada do itinerário. Uma vez escolhido o destino, o resto seria apenas uma questão de determinar o caminho mais curto e menos acidentado com a ajuda do mapa, de uma bússola e da sinalização...⁸⁰³.

Quem planeja agora para o resto de sua vida? (...) Nós nos movemos de um projeto a outro. Cada um deles é de curto prazo; nenhum garante o êxito por toda a vida. Aqueles que investigam as condições de trabalho contemporâneas advertem que «valem o que vale o nosso último projeto». E a memória do nosso último projeto, ou do nosso último sucesso, não dura muito. As conquistas não se acumulam. É preciso seguir movendo-se de um projeto para outro. A vida é cortada em uma série de episódios «incongruentes» apenas conectados entre si⁸⁰⁴.

São infinitas as possibilidades da existência. Se uma expectativa se frustra, se um projeto não se cumpre, se as atividades que se costumava realizar devem ser alteradas, o indivíduo tem sempre a liberdade de escolher outras possibilidades, criar novas expectativas, construir outros projetos, adaptar-se a diferentes hábitos. Nem tudo o direito é capaz de garantir; a vida se lhe escapa. Pode-se, por meio da responsabilidade civil, reparar concretos prejuízos advindos de lesão a bens jurídicos ou a direitos subjetivos. Não se pode, porém, compensar toda frustração ou limitação que possa decorrer de infortúnios da vida em sociedade. A responsabilidade civil não funciona como uma garantia de incolumidade absoluta do homem.

A verdade, por mais que possa desagradar, é que o homem não tem *direito* (senão em sentido figurado) a “caminhar com tranquilidade (...) rumo ao seu projeto de vida”⁸⁰⁵. Isso é algo que não se pode garantir a ninguém nem exigir de ninguém. Estão todos sujeitos a

⁸⁰³ BAUMAN. *A arte...*, cit., p. 112-113.

⁸⁰⁴ BAUMAN, Zygmunt. Múltiplas culturas, una sola humanidad. Extracto de la conferencia que tuvo lugar en el Centro de Cultura Contemporánea de Barcelona (CCCB), el 22 de marzo de 2004 dentro del ciclo “Fronteras”, cf. Zygmunt Bauman (2008), Múltiplas culturas, una sola humanidad, Buenos Aires: Katz Editores. In: *Perifèria. Cristianisme Postmodernitat Globalització*, n. 1, p. 72-82, 2014, p. 76.

⁸⁰⁵ ALMEIDA NETO. *Dano...*, cit., p. 50.

imprevistos, a adversidades, a ténues e circunstanciais acasos que transformam, de um instante a outro, o projeto que se idealizou. A solução diante de tal conjuntura é uma só: projetar-se de outro modo, ajustar as expectativas, realizar-se com as infinitas possibilidades que estão ao alcance em vez de queixar-se do que se tornou inalcançável (e que jamais será possível saber se teria sido efetivamente alcançado caso as coisas sucedessem de outro modo).

Poetas talvez saibam melhor do que juristas que “viver – não é? – é muito perigoso. Porque ainda não se sabe. Porque aprender-a-viver é que é o viver, mesmo”⁸⁰⁶. “Travessia perigosa, mas é a da vida. Sertão que se alteia e abaixa”⁸⁰⁷.

O chamado dano existencial, a despeito de seu elevado potencial retórico, é vazio de conteúdo normativo. Como já revelou a experiência prática observada em outros países, ele não tem contornos definidos e acaba sendo reconhecido em hipóteses infundáveis e banais, independentemente da violação de um bem jurídico ou direito subjetivo, a fim de servir como artifício inflacionário das indenizações ou expediente de suplantação da necessidade de concreta demonstração dos prejuízos. Por sua vagueza e abrangência, acaba estimulando a invocação de direitos inventados, que fazem obliterar-se a divisão entre o que são autênticos direitos e o que são meros caprichos ou suscetibilidades. Não há vantagem, portanto, em seu acolhimento no Brasil.

⁸⁰⁶ GUIMRÃES ROSA, João. *Grande Sertão: Veredas*. 19. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006, p. 585.

⁸⁰⁷ GUIMRÃES ROSA. *Grande...*, cit., p. 542.

9. O DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO

*Né dolcezza di figlio, né la pièta
del vecchio padre, né 'l debito amore
lo qual dovea Penelope far lieta,*

*Vincer potero dentro a me l'ardore
ch' i' ebbi a divenir del mondo esperto,
de li vizi umani e del valore⁸⁰⁸*

9.1. A tese da responsabilidade civil por abandono afetivo

A tese da ressarcibilidade do dano moral causado por abandono afetivo foi idealizada por Rodrigo da Cunha Pereira, no início do milênio. Não foi tese criada em abstrato, no âmbito doutrinário, mas desenvolvida no exercício da advocacia, diante de um caso concreto que chegara àquele jurista⁸⁰⁹.

Tratava-se de situação na qual um jovem, nascido em maio de 1981, alegava que, desde 1987, época do divórcio dos pais e do nascimento de outra filha do genitor com a segunda esposa, este havia deixado de lhe prestar assistência psíquica e moral, evitando manter contato com o filho, apesar de cumprir a obrigação alimentar.

Diante de tais circunstâncias, Pereira, na posição de advogado daquele filho abandonado, levou o caso ao Judiciário, requerendo a condenação do genitor ao pagamento de indenização por danos morais, sob o argumento de que abandonara afetivamente o filho. Em razão da sua conduta omissiva culposa, o filho teria sido privado da oportunidade de conhecer e conviver com a meia-irmã e de aproximar-se do pai, o que lhe causara “extremo sofrimento e humilhação”⁸¹⁰. Surgiu aí a tese de que o genitor que se nega a conviver com o filho, dar-lhe carinho e afeto, comete ato ilícito e causa dano moral indenizável.

O genitor, por sua vez, defendeu-se sob a alegação de que a ação seria, na verdade, resultado do inconformismo da mãe do menor com a propositura de ação revisional de

⁸⁰⁸ “Nem ternura de filho, nem a reta
adoração ao pai, nem mesmo o amor
por alegrar Penélope diletta
puderam superar em mim o ardor
que tive em ser conhecedor do mundo
e dos vícios humanos e o valor”.

ALIGHIERI, Dante. *Inferno*. trad. Emanuel França de Brito, Maurício Santana Dias e Pedro Falleiros Heise. São Paulo: Companhia das Letras, 2021. Canto XXVI, versos 94-99, p. 361.

⁸⁰⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Entenda como surgiu a tese do abandono afetivo e o seu impacto no Direito de Família. *Youtube*, abr. 2020. Disponível em: <<https://youtu.be/eMM5reFWVVs>>. Acesso em: 27. mar. 2022.

⁸¹⁰ REsp 757.411/MG, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006, p. 299.

alimentos, instaurada pelo pai, a fim de reduzir o valor da pensão alimentícia. Afirmou, ainda, que havia visitado o filho regularmente até 1989, momento em que as atitudes da ex-esposa, que lhe fazia ligações insultuosas e instruía o filho a agredir a irmã unilateral, tornaram insuportável a situação doméstica durante o convívio entre pai e filho. Disse, por fim, que empreendia diversas viagens pelo Brasil e ao exterior, encontrando-se àquele momento, na África do Sul, o que dificultava a regularidade dos encontros com o filho.

A sentença julgou improcedente os pedidos, mas, interposta apelação, o Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, em decisão de 29 de abril de 2004, deu provimento ao recurso, condenando o genitor ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 44.000,00. Entendeu o tribunal estadual que estava configurada a conduta ilícita do réu, que deixara de cumprir seu dever de convívio com o filho, bem como o “dano sofrido pelo autor em sua dignidade”.

Eis, portanto, o primeiro julgado que reconheceu, no âmbito dos tribunais estaduais, a ressarcibilidade do dano moral sofrido pelo filho que é abandonado afetivamente por um dos pais.

O caso, porém, seguiu para o STJ⁸¹¹. Ao apreciar a questão, o Relator do caso, Min. Fernando Gonçalves, destacou que o ordenamento jurídico brasileiro prevê uma sanção específica para o caso de abandono ou descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos: a perda do poder familiar. Seria este, então, o mecanismo oferecido pela legislação civil para atuar de forma punitiva e dissuasória, não servindo a responsabilidade civil para desempenhar tal função. A reparação pleiteada tampouco atenderia à necessidade de ressarcimento por prejuízos financeiros, uma vez que por meio da pensão alimentícia já se garante o amparo patrimonial ao filho menor.

As razões que, segundo o Relator, afastariam a possibilidade de serem indenizados os danos morais por abandono afetivo não seriam de cunho estritamente jurídico. Seria preciso considerar, também, que muitas vezes, a indenização pode “não atender exatamente o sofrimento do menor, mas também a ambição financeira daquele que foi preterido no relacionamento amoroso”, de modo que a soma indenizatória poderia ser usada mais como instrumento de vingança de um dos cônjuges do que como meio de reparação moral dos sofrimentos suportados pelo filho.

Além disso, dever-se-ia enfrentar uma outra questão: “o pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para

⁸¹¹ REsp 757.411/MG, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006, p. 299.

reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso?”. Para o Min. Fernando Gonçalves, poderia ser que, admitindo-se a reparação por abandono moral, estar-se-ia “enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice”, buscar “o amparo do amor dos filhos”.

Por tudo isso, concluiu que o dano moral por abandono afetivo não poderia gerar dano indenizável, afinal, nenhum efeito positivo seria alcançado com tal ressarcimento, escapando “ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo”.

Muito embora tenha sido afastada pelo STJ, a tese da reparabilidade do dano moral por abandono afetivo ganhou projeção a partir do caso pioneiro. Tanto assim que, conforme relata Pereira, muitos outros filhos abandonados procuraram-lhe a partir de então, com a intenção de reclamar ao Poder Judiciário indenização pelo dano sofrido⁸¹².

Dividiu-se a doutrina acerca da nova questão. Enquanto uma corrente defende que é ressarcível o dano moral por abandono afetivo, outra posiciona-se de forma contrária.

A tese da indenizabilidade de tal dano funda-se numa base teórica que reconhece o a afetividade como princípio jurídico, acolhido pelo direito de família num contexto de “constitucionalização” do direito privado, o que leva à releitura dos institutos e categorias tradicionais à luz dos princípios constitucionais⁸¹³. A dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da nova ordem jurídica, ingressa no âmbito das relações familiares, especialmente nas relações de filiação⁸¹⁴, e inaugura a concepção de família eudemonista⁸¹⁵.

Não é mais o indivíduo que serve à família, mas é a família que serve aos seus integrantes, transformando-se em meio no qual estes buscam felicidade e autorrealização⁸¹⁶. Esse movimento leva à “despatrimonialização” e à “repersonalização” das relações jurídicas. Passa-se a valorizar mais as situações existenciais, o “ser”, que as situações patrimoniais, o

⁸¹² PEREIRA. Entenda..., cit., n.p.

⁸¹³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. Responsabilidade Civil nas Relações Familiares. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, a. 13, n. 24, p. 84-113, out./nov. 2011, p. 86.

⁸¹⁴ GAMA; ORLEANS. Responsabilidade..., cit., p. 86.

⁸¹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 52, 133 e 143.

⁸¹⁶ GAMA; ORLEANS. Responsabilidade..., cit., p. 86-87.

“ter”⁸¹⁷. Abandona-se, então, o paradigma anterior de família e institui-se um outro, centrado no afeto como principal elemento caracterizador⁸¹⁸.

É sobre essa base teórica que se tenta alçar a afetividade à posição de princípio jurídico e, mais do que isso, princípio norteador do direito de família⁸¹⁹. Ainda que a CF/88 não faça expressa referência ao afeto, este teria sido por ela reconhecido e inserido no sistema jurídico, de forma indireta, ao identificar a união estável como entidade familiar, por exemplo⁸²⁰.

Assim, segundo grande parte da moderna doutrina de família, haveria um princípio da afetividade e, por conseguinte, um direito ao afeto⁸²¹. Para Sérgio Resende de Barros, o afeto é “um direito individual: uma liberdade, que o Estado deve assegurar a cada indivíduo, sem discriminações”⁸²². Ainda, segundo Flávio Tartuce, “o direito ao amor é um direito fundamental do menor”⁸²³.

Outros autores, como Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Helen Cristina Leite de Lima Orleans, reconhecem que a afetividade não consiste num princípio jurídico, embora seja um valor de grande relevância no direito de família, porque permeia essas relações. Com efeito, o afeto não pode ser imposto, não pode consistir, então, em obrigação jurídica ou direito subjetivo⁸²⁴. De forma semelhante, afirma Regina Beatriz Tavares da Silva que amar não é dever e ser amado não é direito. Por conseguinte, “não há qualquer ilicitude na falta de amor”⁸²⁵.

Contudo, mesmo tais autores entendem ser ressarcível o dano moral por abandono afetivo, já que o dever de indenizar não surgiria da simples ausência de afeto, mas da violação de deveres inerentes ao exercício do poder familiar. Desse modo, aceita ou não a premissa de que há na relação entre pais e filhos um direito-dever de afeto, aponta-se como fundamento primordial da ressarcibilidade do dano moral por abandono a violação dos deveres previstos no

⁸¹⁷ GAMA; ORLEANS. Responsabilidade..., cit., p. 87; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – Além da obrigação legal de caráter material. In: *Repertório IOB de jurisprudência: civil, processual, penal e comercial*, n. 18, p. 582–569, set. 2006, p. 572.

⁸¹⁸ DIAS. *Manual...*, cit., p. 174 e 271.

⁸¹⁹ DIAS. *Manual...*, cit., p. 53-54.

⁸²⁰ DIAS. *Manual...*, cit., p. 53-54.

⁸²¹ SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, a. 8, n. 35, p. 57-77, abr./mai. 2006, p. 63; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Nem só de pão vive o Homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo. In: *IBDFAM*, mar. 2008. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/>>. Acesso em: 27. mar. 2022; HIRONAKA. Os contornos..., cit., p. 573.

⁸²² BARROS, Sérgio Resende de. *O direito ao afeto*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/o-direito-ao-afeto.cont>>. Acesso em: 27. mar. 2022.

⁸²³ TARTUCE, Flávio. Danos Morais por Abandono Moral. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, a. 10, n. 7, p. 100-115, dez./jan. 2009, p. 109.

⁸²⁴ GAMA; ORLEANS. Responsabilidade..., cit., p. 96-97.

⁸²⁵ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Caso real de abandono paterno. *ADFAS – Associação de Direito de Família e das Sucessões*, fev, 2016. Disponível em: <<http://adfas.org.br/>>. Acesso em: 27. mar. 2022.

art. 229 da CF/88⁸²⁶, no art. 1.634 do CC/02⁸²⁷ e no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)⁸²⁸, relacionados à criação, educação e convivência familiar.

Assim, o abandono afetivo constituiria descumprimento do dever de assistir, criar e educar os filhos menores⁸²⁹ e violaria o direito destes à convivência paterna (ou materna)⁸³⁰. Implicaria, pois, uma negação da condição existencial de filho, o que representaria uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, uma lesão aos direitos de personalidade. Sendo o convívio familiar e a presença dos pais na criação e na educação dos filhos imprescindíveis à formação plena da sua personalidade⁸³¹, a violação de tais direitos geraria prejuízos aos filhos abandonados, que frequentemente têm de lidar com sentimento de insegurança e rejeição, ou outros problemas psicológicos⁸³². Estaria assim justificado o caráter ilícito da conduta e a ressarcibilidade dos danos dela decorrentes⁸³³.

Em síntese, pois, para essa parte da corrente favorável à ressarcibilidade do dano moral por abandono afetivo, ainda que o amor não tenha preço e não se possa obrigar ninguém a ter afeto por outrem, de todo modo as consequências negativas do abandono fariam nascer a obrigação de indenizar, enquanto sanção necessária do comportamento antijurídico⁸³⁴.

Aliás, ao tentar-se justificar a reparabilidade do dano apesar da inexistência de uma obrigação legal de afeto, acaba-se admitindo, em doutrina, que a responsabilidade civil atua como mecanismo sancionador, com função predominantemente punitiva-pedagógica⁸³⁵. Nesse sentido, o próprio precursor da figura afirma que “o valor da indenização é simbólico e tem apenas uma função punitiva. Mais que isso: uma função educativa”⁸³⁶. Também para Álvaro Villaça Azevedo:

⁸²⁶ CF/88, art. 229. “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

⁸²⁷ CC/02, art. 1.634. “Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584 (...).”

⁸²⁸ Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990. Art. 4º: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

⁸²⁹ GAMA; ORLEANS. Responsabilidade..., cit., p. 95.

⁸³⁰ TARTUCE. Danos..., cit., p. 108; TAVARES DA SILVA. Caso..., cit., n.p.

⁸³¹ PEREIRA. Nem só..., cit., n.p.

⁸³² GAMA; ORLEANS. Responsabilidade..., cit., p. 91.

⁸³³ ALMEIDA, Felipe Cunha de. Direito constitucional à situação existencial dos filhos: responsabilidade civil e abandono afetivo. In: *Migalhas*, mar. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/362568/situacao-existencial-dos-filhos-responsabilidade-e-abandono-afetivo>>. Acesso em: 31. mar. 2022.

⁸³⁴ HIRONAKA. Os contornos..., cit., p. 575; PEREIRA. Nem só..., cit., n.p.

⁸³⁵ HIRONAKA. Os contornos..., cit., p. 570; SCHUH. Responsabilidade..., cit., p. 67-68.

⁸³⁶ PEREIRA. Nem só..., cit., n.p.

O descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder Judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença⁸³⁷.

Nota-se, portanto, que a responsabilização do genitor por abandono afetivo tem caráter mais punitivo que compensatório.

No que diz respeito à prova do dano, aponta Tartuce que esta cabe a quem o alega, servindo “a perícia psicológica como meio probatório para a sua efetiva demonstração”⁸³⁸. Do mesmo modo, Hironaka afirma que a comprovação do dano e de sua extensão depende da demonstração de que “a sensação de abandono foi nociva à criança”⁸³⁹, devendo a prova ser feita por perícia técnica.

Normalmente, o dano moral por abandono afetivo é reconhecido aos filhos menores, o que faz pensar que sua configuração não possa ocorrer em relação àqueles que são maiores de idade. Contudo, pondera Hironaka que a personalidade está em contínua evolução e não se trata de um dado completo ou acabado após o alcance da maioridade. Por tal razão, a autora rejeita a afirmação de que a tese do abandono afetivo aplica-se somente aos filhos menores. Segundo ela, a aplicação em hipóteses outras, nas quais o filho é já maior, deveria ser analisada cuidadosamente pelo Judiciário em cada caso concreto⁸⁴⁰.

Além disso, hoje a doutrina já reconhece a possibilidade de que se configure o “abandono afetivo inverso”, que se dá pelos filhos maiores em relação aos pais⁸⁴¹. Já começa a questionar também se não seria possível, na situação em que o pai é alijado do convívio com o filho, em razão da prática de alienação parental ou mesmo de ocultação da gravidez pela genitora, que o pai pedisse, em face da mãe, uma indenização por dano moral em razão da privação da relação paterno-filial⁸⁴². E, ainda, passa a cogitar que alguns filhos, mesmo não tendo sido propriamente abandonados, venham a reclamar indenização pelos danos sofridos em decorrência de uma omissão no desempenho pleno das funções que cabia aos pais exercer, quando estes, embora presentes, deleguem as incumbências de criação e educação a terceiros⁸⁴³.

⁸³⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Entrevista. In: *Jornal do Advogado OAB/SP*, n. 289, a. 30, dez. 2004, p. 14.

⁸³⁸ TARTUCE. Danos..., cit., p. 110.

⁸³⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elemento e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: *Repertório IOB de jurisprudência: civil, processual, penal e comercial*, n. 13, p. 418-410, jun. 2006, p. 414.

⁸⁴⁰ HIRONAKA. Pressuposto..., cit., p. 414.

⁸⁴¹ TARTUCE. Danos..., cit., p. 108.

⁸⁴² HIRONAKA. Pressuposto..., cit., p. 415 e 417.

⁸⁴³ HIRONAKA. Pressuposto..., cit., p. 416.

Constata-se, pois, na doutrina, algumas ideias acerca do dano moral por abandono afetivo que refletem uma tendência de extensão de tal figura, a qual, por ser recente e ainda controversa, possui contornos pouco nítidos. Mas se constata também um certo receio de que o abandono afetivo se transforme “em carro-chefe de uma indústria indenizatória do afeto”⁸⁴⁴ e, ainda, de que seja usado como instrumento de vingança, hipótese na qual poderia, ironicamente, impossibilitar de vez o restabelecimento da relação paterno-filial.

O modo de se evitar a concretização desses riscos seria, segundo Hironaka, a análise cuidadosa, caso a caso, pelo Poder Judiciário, a fim de verificar a efetiva presença de danos causados pelo abandono afetivo, utilizando-se o instituto “com parcimônia e bom-senso”⁸⁴⁵, e não o transformando em “altar de vaidades e vinganças ou em fonte de lucro fácil”⁸⁴⁶. Bem utilizado, o instituto poderia contribuir com um direito de família “mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar, inclusive, um importante papel pedagógico no seio das relações familiares”⁸⁴⁷.

Todavia, bem se sabe que não é possível contar com parcimônia e bom-senso, ainda mais no âmbito da responsabilidade civil, cuja tendência tem sido reparar todo tipo de dano, a fim de não deixar a vítima sem ressarcimento. Em todo caso, não caberia à responsabilidade civil desempenhar qualquer papel pedagógico, e menos no direito de família.

Mas nem toda a doutrina é favorável à ressarcibilidade do dano moral por abandono afetivo. Como se mencionou, a questão é polêmica e divide os juristas. Uma segunda corrente entende que “por mais que o pai possua deveres decorrentes da paternidade responsável, esses deveres não podem invadir o campo subjetivo do afeto”⁸⁴⁸. Seria, afinal, perigoso monetarizar o amor. Além disso, ninguém pode ser obrigado a nutrir afeto por outrem, de modo que ele não seria exigível. Ao fim de ao cabo, dever-se-ia reconhecer que o direito é incapaz de abarcar essas situações e dar a elas solução⁸⁴⁹. Em síntese, “pagar pela falta de amor não restabelece o amor; pagar pela falta de companhia não tem o dom de restabelecer o prazer de conviver”⁸⁵⁰.

⁸⁴⁴ HIRONAKA. Os contornos..., cit., p. 572.

⁸⁴⁵ HIRONAKA. Os contornos..., cit., p. 573.

⁸⁴⁶ HIRONAKA. Os contornos..., cit., p. 573.

⁸⁴⁷ HIRONAKA. Os contornos..., cit., p. 573.

⁸⁴⁸ HORNE, Francisco Alejandro. O não cabimento de danos morais por abandono afetivo do pai. *IBDFAM*, mai. 2007. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/>>. Acesso em 28. mar. 2022.

⁸⁴⁹ COSTA, Maria Aracy Menezes da. Responsabilidade civil no Direito de Família. In: *ADV - Advocacia Dinâmica - Seleções jurídicas*, n. 2, p. 27-31, fev. 2005, p. 31.

⁸⁵⁰ COSTA. Responsabilidade..., cit., p. 30.

Ademais, o próprio direito de família estabelece, no art. 1.638 do CC, a sanção cabível na hipótese de abandono do filho pelos pais, qual seja, a perda do poder familiar, punição mais grave que qualquer condenação indenizatória⁸⁵¹.

Pondera-se, ainda, que a tese do abandono afetivo contenta-se com a presença dos pais na vida dos filhos, mas se esquece de que há muitos pais que, embora estejam presentes fisicamente, não dão afeto aos filhos ou, pior, maltratam-nos. Desse modo, em determinadas situações, poderia ser mais danoso à criança obrigar um pai que não deseja estabelecer ou manter a relação paterno-filial a cumprir, por formalidade e a fim de evitar uma sanção, o dever de visitar o filho. Afinal, “a condição de amor compulsório poderá ser ainda pior que a ausência”⁸⁵².

A relação afetiva entre pais e filhos e os deveres daqueles em relação a estes que ultrapassam a obrigação alimentar devem ser fruto de uma “aproximação espontânea cultivada reciprocamente”⁸⁵³. Desse modo, a responsabilidade civil é instrumento incapaz de solucionar o problema do abandono afetivo e, inclusive – sobretudo se usada como forma de vingança –, poderá agravá-lo, aniquilando definitivamente qualquer possibilidade futura de reaproximação⁸⁵⁴.

Nesse sentido, vê-se que há ainda divergência no que diz respeito à reparabilidade do dano moral por abandono afetivo, embora a maioria dos doutrinadores do direito de família moderno aceitem a tese originalmente pensada por Pereira. Tanto assim que o Enunciado nº 8 do IBDFAM, aprovado no X Congresso Brasileiro de Direito de Família e Sucessões, em 2015, afirma que “o abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado”.

Parece, então, que o sistema jurídico brasileiro está caminhando rumo ao acolhimento desta nova modalidade de dano moral. De fato, já há até mesmo um Projeto de Lei (nº 4.294/2008) que altera o CC/02 e o Estatuto do Idoso para prever legalmente a indenização do dano moral causado por abandono afetivo tanto dos pais em relação aos filhos, quanto dos filhos em relação aos pais idosos.

Pretende-se, assim, inserir um parágrafo único no art. 1.632 do CC/02, no qual constará que “o abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral”. De forma semelhante, quer-se acrescentar um parágrafo no art. 3º do Estatuto do Idoso, a fim de que

⁸⁵¹ CASTRO, Leonardo. O preço do abandono afetivo. In: *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre, V. 9, n. 46, p. 14-21, fev./mar. 2008, p. 19.

⁸⁵² CASTRO. O preço..., cit., p. 19.

⁸⁵³ CASTRO. O preço..., cit., p. 20.

⁸⁵⁴ CASTRO. O preço..., cit., p. 20.

fique estabelecido que “o abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral”.

A proposição legislativa foi assim justificada:

O envolvimento familiar não pode ser mais apenas pautado em um parâmetro patrimonialista-individualista. Deve abranger também questões éticas que habitam, ou ao menos deveriam habitar, o consciente e inconsciente de todo ser humano. Entre as obrigações existentes entre pais e filhos, não há apenas a prestação de auxílio material. Encontra-se também a necessidade de auxílio moral, consistente na prestação de apoio, afeto e atenção mínimas indispensáveis ao adequado desenvolvimento da personalidade dos filhos ou adequado respeito às pessoas de maior idade.

(...) se é evidente que não se pode obrigar filhos e pais a se amar, deve-se ao menos permitir ao prejudicado o recebimento de indenização pelo dano causado⁸⁵⁵.

É possível notar alguma confusão na motivação da proposta legislativa. Primeiro afirma-se que há, entre as *obrigações* dos pais em relação aos filhos (e vice-versa), a de prestar auxílio moral, apoio, afeto e atenção. Depois, reconhece-se a impossibilidade de obrigar-se pais e filhos a se amarem. E, ao final, afirma-se que deve ser admitida a reparação dos danos causados pelo abandono. Mas se não é possível exigir de ninguém o amor, como seriam verdadeiras obrigações – em sentido jurídico, e não moral – prestar apoio, afeto e atenção (que necessariamente derivam do amor e não existem senão como circunstâncias espontâneas)? E se não há propriamente uma obrigação jurídica exigível, um dever ou um direito subjetivo ao amor, ao afeto, à atenção, qual é o bem jurídico, o objeto de direito, lesado?

Embora não responda tais questões e apenas admita a possibilidade de reparação do dano moral por abandono afetivo, sem defini-lo ou traçar-lhe os limites, o Projeto de Lei, de autoria do ex-deputado Carlos Bezerra (PMDB/MT), foi aprovado pela Comissão de Seguridade Social e Família. Os relatores naquela Comissão, Deputados Geraldo Thadeu (PPS-MG) e Jô Moraes (PCdoB-MG), registraram em seus pareceres que seria necessário “conscientizar aqueles que cometem o abandono afetivo sobre o abalo que causam, e dissuadir outras pessoas a evitarem a mesma conduta, por ser considerada grave e reprovável moral e socialmente”⁸⁵⁶.

⁸⁵⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 4.294/2008*, de 12 de novembro de 2008. Acrescenta parágrafo ao artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso -, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>>. Acesso em: 31. mar. 2022.

⁸⁵⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Relatório da Comissão de Seguridade Social e Família ao Projeto de Lei nº 4.294/2008, de 12 de novembro de 2008. Relatores: THADEU, Geraldo; MORAES, Jô Moraes. 13. abr. 2011. Disponível em:

O Projeto também já foi aprovado pela Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa da Câmara dos Deputados, tendo seguido para a análise, em caráter conclusivo, da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania.

9.2. Os entendimentos do Superior Tribunal de Justiça acerca do dano moral por abandono afetivo

Não há, ainda, um número muito expressivo de acórdãos da Corte Superior sobre o tema. Em busca realizada no banco de dados daquele Tribunal, foram localizados nove acórdãos que efetivamente analisaram a questão da ressarcibilidade do dano moral nos casos de abandono afetivo⁸⁵⁷.

Foi no início deste milênio que a controvérsia relativa ao dano moral por abandono afetivo chegou ao STJ. O primeiro acórdão sobre o tema foi julgado em 2006 e, a partir de então, inicialmente de forma esparsa, e, logo depois, com mais recorrência, a questão voltou a ser decidida outras vezes pelo STJ. O gráfico abaixo ilustra o número de acórdãos encontrados no STJ sobre o tema, por data de distribuição e data de julgamento:

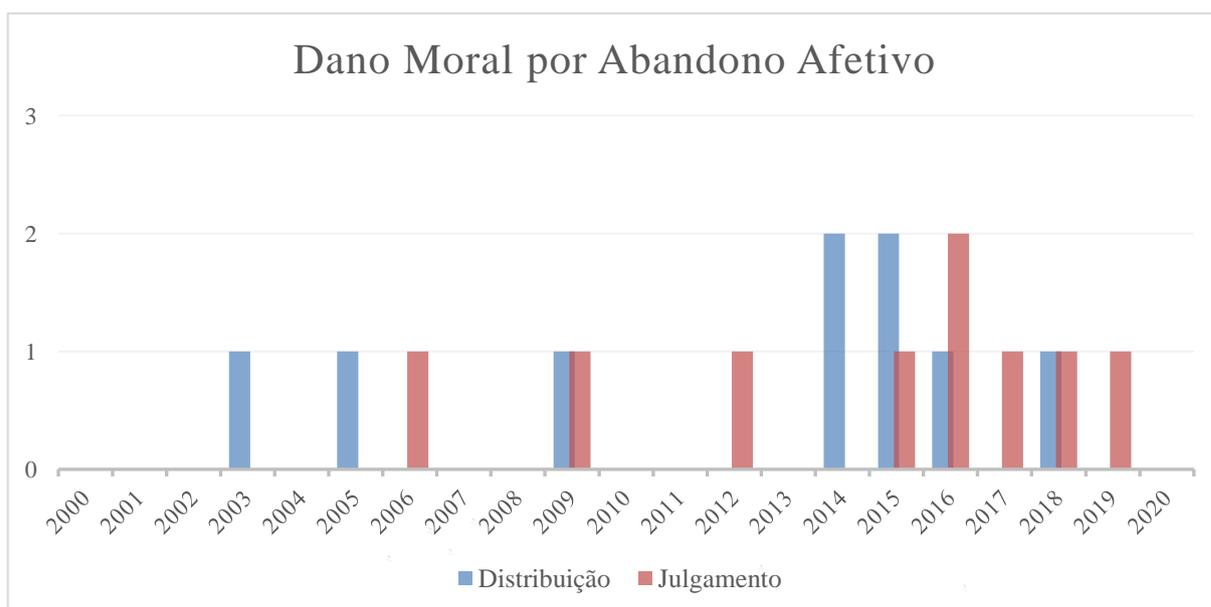


Figura 5 – Acórdãos do STJ sobre dano moral por abandono afetivo, por data de distribuição e julgamento

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos;jsessionid=node014heshmf4y9kb1f89v17zgidy7509436.node0?idProposicao=415684>. Acesso em: 17. abr. 2022.

⁸⁵⁷ A pesquisa jurisprudencial foi realizada no banco de dados do STJ em 2020, sem corte temporal, e buscou acórdãos que contivessem as palavras “dano” e “afetivo”. A busca encontrou como resultado 26 resultados, dentre os quais 16 eram impertinentes, visto que tratavam de assuntos estranhos à responsabilidade civil, e 1 era repetido. Portanto, ao final, foram analisados 9 acórdãos.

A análise dos acórdãos do STJ a propósito da questão revela que há, também na jurisprudência, significativa controvérsia entre as Turmas de Direito Privado, que compõem a 2ª Seção.

A Quarta Turma foi a que primeiro teve a oportunidade de pronunciar-se acerca da ressarcibilidade do dano moral por abandono afetivo, por ocasião do julgamento do já mencionado Recurso Especial nº 757.411-MG⁸⁵⁸. À época, tinha-se o conhecimento de apenas três ações sobre o tema, sendo uma delas, de Minas Gerais, a primeira a alcançar o Tribunal Superior. Como visto, concluiu-se, à época, que o dano moral por abandono afetivo não poderia gerar dano indenizável.

Esse entendimento manteve-se firme na Quarta Turma do STJ, que, desde então, afirma a impossibilidade de se ressarcir o dano moral por abandono afetivo, “uma vez que o ordenamento jurídico não prevê a obrigatoriedade de sentimentos que normalmente vinculam os pais aos seus filhos”⁸⁵⁹. Desse modo, os pais têm, perante os filhos, deveres de sustento, guarda e educação. Porém, “não há dever jurídico de cuidar afetuosamente”⁸⁶⁰. De mais a mais, a compensação pecuniária, além de não ser capaz de restituir o *status quo ante*, ainda ergueria entre pais e filhos a barreira do litígio, aniquilando qualquer possibilidade ainda existente de que possa ser construída entre ambos uma relação de afeto⁸⁶¹. A impossibilidade de ressarcimento de dano moral por abandono afetivo é ainda mais fortemente repelida, naturalmente, nos casos em que reclamada em relação a período anterior à investigação de paternidade, quando o genitor sequer tinha ciência da relação de filiação.

Já a Terceira Turma, desde quando analisou pela primeira vez a questão, decidiu em sentido diverso. Isso se deu no Recurso Especial nº 1.159.242-SP⁸⁶². Tratava-se de ação indenizatória ajuizada pela filha contra seu genitor, pedindo compensação pelos danos patrimoniais e morais suportados em razão do abandono material e afetivo durante sua infância e juventude. A sentença havia julgado improcedente a ação, e o TJSP reformou a decisão, fixando a indenização moral em R\$ 415.000,00.

⁸⁵⁸ REsp 757.411/MG, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006, p. 299.

⁸⁵⁹ AgInt no AREsp 492.243/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 05/06/2018, DJe 12/06/2018.

⁸⁶⁰ AgInt no AREsp 1286242/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 08/10/2019, DJe 15/10/2019; REsp 1579021/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 19/10/2017, DJe 29/11/2017.

⁸⁶¹ AgInt no AREsp 492.243/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 05/06/2018, DJe 12/06/2018.

⁸⁶² REsp 1159242/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012.

No STJ, a Terceira Turma, por maioria, reconheceu a configuração do dano moral, reformando a decisão recorrida apenas para reduzir o montante indenizatório para R\$ 200.000,00. Para a Ministra Nancy Andrichi, relatora do recurso, o cuidado seria valor jurídico relevante, essencial à criação e formação da criança e do adolescente, tendo já sido inclusive incorporado no ordenamento jurídico, de modo indireto (como se observaria, por exemplo, na abrangente norma do art. 227 da CF/88). Sob essa perspectiva, não se discutiria o amar, mas o cuidar, que é dever jurídico imposto a todo aquele que gera ou adota um filho. Se amar é faculdade, cuidar é dever. Assim, “alçando-se o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar”.

A violação do dever de cuidado poderia ser aferida por meio de elementos objetivos: “presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem (...)”. O prejuízo e o nexos causal seriam verificáveis, por exemplo, por meio de um laudo formulado por especialista, que ateste a existência de uma patologia psicológica vinculada à falta de cuidado por parte de um dos pais em relação ao filho. Mas, ainda que ausente um laudo do tipo, seria possível afirmar a existência dos sentimentos de mágoa, tristeza e humilhação, extraindo-se tal conclusão, inexoravelmente, das omissões quanto ao dever de cuidado. Nessa hipótese, o dano se configuraria *in re ipsa*.

O Min. Paulo de Tarso Sanseverino, embora tenha acompanhado o voto da relatora, ressaltou a necessidade de que o reconhecimento do dano moral por abandono afetivo se dê em hipóteses “excepcionalíssimas”, afinal, “as frustrações experimentadas no seio familiar, além de contribuírem para o crescimento e para o desenvolvimento do indivíduo, são, em parte, próprias da vida e, por isso mesmo, inevitáveis”. Por tal razão, e considerando que o dever de cuidado apresenta conteúdo subjetivo, necessário seria conceder a reparação apoiando-se “sobre firme substrato”, apenas nas hipóteses em que o genitor “descumpra totalmente seu dever de cuidado, infringindo flagrantemente as mais mezinhas obrigações para com seu filho”. O caso em julgamento, porém, era, na visão do ministro, um desses excepcionais, a justificar o reconhecimento do dano indenizável.

Já o Min. Massami Uyeda apresentou voto divergente, ponderando que a ressarcibilidade do dano moral nesses casos estabeleceria uma “cizânia dentro da família”. Qualquer pessoa poderia reclamar de ser preterida em relação aos seus irmãos e “qualquer dado subjetivo poderia motivar um pedido de indenização por dano moral”. Nesse contexto, seriam potencializadas as mágoas íntimas, algumas legítimas, outras não, que são de algum modo

inerentes a toda relação familiar. Segundo o ministro, todos têm inúmeras falhas como pais, avós, filhos, mas nem por isso estaria legitimada a condenação ao pagamento de indenização moral, até porque a “vida é feita de perdas e ganhos, talvez até mais de perdas do que de ganhos”.

Mesmo após a decisão pioneira impulsionada pela Min. Nancy Andrighi, a Quarta Turma do STJ manteve-se firme no entendimento anterior. Nesse contexto, relevante é o voto proferido pela Min. Maria Isabel Gallotti no Recurso Especial nº 1.579.021-RS⁸⁶³. Após traçar o panorama da jurisprudência da Corte Superior a propósito do tema, a Ministra reiterou seu entendimento desfavorável à indenização do dano moral por abandono afetivo. Segundo ela, o dever de cuidado diz respeito ao sustento, guarda e educação dos filhos. Por sua vez, “a convivência familiar é garantida pela Constituição, dentro das circunstâncias de cada família, como um ideal”, e nem sempre pode ser alcançada ante às vicissitudes da vida real e às peculiaridades de cada família. “A afetividade não é dever jurídico”, antes, deve advir de sentimentos naturais, espontâneos e genuínos; “não é – nem deve ser – o cumprimento de dever jurídico, imposto pelo Estado, sob pena de punição (ou indenização punitiva)”.

Eis, portanto, a divergência ainda hoje existente entre a Terceira e a Quarta Turma do STJ, em relação à questão da ressarcibilidade do dano moral por abandono afetivo.

Por um lado, para a Quarta Turma, ainda que o filho tenha sofrido prejuízos em razão do abandono, não se admite a indenização nesses casos. O direito de família é regido por princípios próprios. Assim, no plano patrimonial, os pais têm a obrigação de prestar alimentos aos filhos; em caso de descumprimento dos deveres de sustento, guarda e educação, a legislação estabelece como sanção a perda do poder familiar.

Por outro lado, para a Terceira Turma, o dano moral por abandono afetivo pode ser ressarcido quando há violação ao “dever de cuidado”, o qual compreende “um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social”⁸⁶⁴. Mas, em tese, o dano afetivo só pode ser indenizado em hipóteses excepcionais, em que há “um descaso, uma rejeição ou um desprezo total pela pessoa do filho por parte do genitor”⁸⁶⁵.

⁸⁶³ REsp 1579021/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 19/10/2017, DJe 29/11/2017.

⁸⁶⁴ REsp 1159242/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012.

⁸⁶⁵ REsp 1557978/DF, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 03/11/2015, DJe 17/11/2015.

9.3. Reflexões sobre a ressarcibilidade do dano moral por abandono afetivo

A fim de averiguar se o chamado dano moral por abandono afetivo é, de fato, dano moral, merecedor de reparação, deve-se, antes, verificar se há, na conduta de um pai que abandona o filho menor – ou de um filho que abandona o pai idoso – ilicitude.

Como não há um dever jurídico que obrigue os pais a terem afeto pelos filhos e vice-versa, pode-se pensar, em princípio, que não consistiria propriamente em ato ilícito o abandono afetivo. Mas é preciso recordar que os pais têm o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 1.566, IV, CC); compete a eles exercer o poder familiar, dirigindo a criação e a educação dos filhos (art. 1.634, I, CC). Além disso, está sujeito à perda do poder familiar o pai ou a mãe que deixar o filho em abandono (art. 1.638, II, CC).

Há mais de uma modalidade de ilicitude. O ilícito, em sentido amplo, pressupõe ato humano e contrariedade – subjetiva ou objetiva – a direito. Mas não é raro que se chame simplesmente de “ato ilícito” aquele que, em verdade, corresponde a delito, isto é, a ato ilícito *stricto sensu*, e que está conceituado no art. 186 do CC/02. Este se configura quando há violação – via de regra, culposa – de regra jurídica, ofensa a direitos subjetivos e lesão a bens da vida protegidos pelo direito; causa a outrem danos e, por conseguinte, irradia como consequência jurídica, no plano da eficácia, a obrigação de indenizar⁸⁶⁶.

O abandono do filho é ato voluntário contrário ao direito e viola normas jurídicas previamente estabelecidas. É, pois, em sentido amplo, ato ilícito, para o qual o ordenamento jurídico prevê, inclusive, uma sanção específica: a perda do poder familiar.

Que seja ato ilícito, contudo, não implica que possa gerar a obrigação de indenizar. Como ensina Pontes de Miranda, “há mais atos ilícitos ou contrários a direito que os atos ilícitos de que provém obrigação de indenizar”⁸⁶⁷, ou seja: nem todo ilícito gera como consequência a indenização. Com efeito, já se viu acima (cf. capítulo 2.2) que não há apenas ilícitos indenizativos. Há também ilícitos que se dizem caducificantes e que se caracterizam como “atos culposos que, contrários a direito, têm como eficácia jurídica (= irradiação de consequências jurídicas) a caducidade”⁸⁶⁸, isto é, a perda de um direito, pretensão, ação ou exceção⁸⁶⁹.

Exemplo paradigmático desse tipo de ilícito é exatamente o abandono dos filhos, que impõe a perda do poder familiar⁸⁷⁰.

⁸⁶⁶ PONTES DE MIRANDA. *Tratado...*, t. 2, cit., p. 213.

⁸⁶⁷ PONTES DE MIRANDA. *Tratado...*, t. 2, cit., p. 201.

⁸⁶⁸ PONTES DE MIRANDA. *Tratado...*, t. 2, cit., p. 205.

⁸⁶⁹ MELLO. *Teoria...*, cit., p. 315-318; PONTES DE MIRANDA. *Tratado...*, t. 2, cit., p. 216.

⁸⁷⁰ PONTES DE MIRANDA. *Tratado...*, cit., t. 2, p. 201; MELLO. *Teoria...*, cit., p. 312.

Embora o abandono – enquanto descumprimento dos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos menores – consista em ato ilícito *lato sensu*, na medida em que é ato humano, culposo, contrário ao ordenamento jurídico (especificamente às normas dos arts. 1.566, IV, 1.634, I e 1.638, II do CC), não pode ser compreendido como ato ilícito *stricto sensu*, como delito. Afinal, não viola direitos subjetivos ou bens da vida protegidos pelo direito.

Desse modo, concluir-se pela ilicitude do abandono não implica necessariamente concluir-se também pela aplicabilidade da responsabilidade civil a tais situações. Para que haja obrigação de indenizar, é imprescindível que haja dano.

Dano patrimonial, nesse caso, não pode haver, já que o direito oferece resposta eficiente ao cumprimento do dever de sustento material dos filhos por meio da obrigação de pagar alimentos, cujo descumprimento pode levar, inclusive, à prisão civil do genitor, autorizada pela CF/88 (art. 5º, LXVII) e pela Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, n. 7), da qual o Brasil é signatário.

Já o dano moral, como visto na primeira parte deste estudo, para configurar-se, pressupõe a verificação de uma lesão a bem ou direito da personalidade e um prejuízo não patrimonial que decorra de tal lesão, atingindo a esfera psíquica do sujeito.

No caso do abandono afetivo, não há uma lesão a bem ou direito da personalidade. Qual é, afinal, o bem jurídico afetado em decorrência de tal conduta? Não existe um direito ao afeto ou ao amor, tampouco ao cuidado – embora a Terceira Turma do STJ venha afirmando a ressarcibilidade do dano moral nesses casos por afirmar haver um dever de cuidado, o qual, supostamente, teria sido alçado à categoria de obrigação legal.

Mas tanto o afeto ou o amor quanto o cuidado são, a rigor, circunstâncias que dependem necessariamente da vontade dos sujeitos envolvidos. Não podem ser impostos, mas são, ao contrário, inevitavelmente espontâneos. Não são exigíveis, simplesmente porque não há como o serem.

É pertinente, neste ponto, resgatar brevemente o conceito de direito subjetivo. São duas as teorias fundamentais que tentaram defini-lo: a de Windscheid o compreende como “poder ou senhorio da vontade reconhecido pela ordem jurídica”⁸⁷¹, enquanto a de Jhering o define como “interesse juridicamente protegido”⁸⁷². Sendo ambas as noções insuficientes, ou complementares, a doutrina tentou encontrar uma alternativa entre a teoria da vontade e a teoria

⁸⁷¹ WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle Pandette*. trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. V. 1. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1902, p. 170. tradução nossa.

⁸⁷² JHERING. *O espírito...*, cit., p. 220.

do interesse, buscando construir uma síntese de ambas e compatibilizá-las na definição de direito subjetivo⁸⁷³.

Mas seja qual for o conceito que se adote de direito subjetivo, é certo que este pressupõe uma *pretensão*. É ela, segundo Miguel Reale, o núcleo do conceito de direito subjetivo, ao lado do correspectivo comportamento exigido de outrem. Em síntese, só há direito subjetivo, no sentido próprio do termo, “quando a *situação subjetiva implica a possibilidade de uma pretensão, unida à exigibilidade de uma prestação ou de um ato de outrem*”⁸⁷⁴. Ainda, para Gusmão, o direito subjetivo consiste no “poder que tem uma pessoa de exigir de outrem um comportamento típico, estabelecido na *norma agendi*”⁸⁷⁵.

Desse modo, o direito subjetivo pressupõe, de um lado, uma pretensão e, de outro, a correspectiva exigibilidade de um comportamento devido. É que a todo direito subjetivo de alguém, corresponde o dever de outrem. E este, uma vez transgredido, pode-se fazer cumprir por meio de uma ação.

Seria, pois, um contrassenso admitir a existência de um “direito ao afeto”. Não existe, como contrapartida a um tal direito, um dever, um comportamento exigível. Não há pretensão, não há ação. Portanto, não há direito.

Por semelhante motivo, não se pode aceitar que haja um “princípio da afetividade”. Princípios, assim como regras, são normas – embora cada qual corresponda a espécie diversa. Ambos “dizem o que deve ser”⁸⁷⁶ e “podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição”⁸⁷⁷. Assim, também os princípios são enunciações normativas⁸⁷⁸. A norma, enquanto comando positivo ou negativo, contrapõe justamente o direito ou a pretensão de um ao dever ou à obrigação de outro⁸⁷⁹.

⁸⁷³ VASCONCELOS. *Teoria...*, cit., p. 231-232.

⁸⁷⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 259. grifos do autor.

⁸⁷⁵ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à teoria do Direito*. ed. refundida. Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1962, p. 185. Ainda segundo Gusmão, “o direito, como *facultas agendi*, ou seja, o direito subjetivo, pode ser definido como o *poder de agir para a satisfação de interesses juridicamente protegidos*. Pode, ainda, ser conceituado, desde que se leve em conta a bilateralidade característica do direito objetivo, como o *poder, conferido e garantido pelo direito objetivo, de exigir de outrem o cumprimento de uma obrigação capaz de satisfazer um interesse do titular juridicamente protegido*”. (p. 188. grifos do autor).

⁸⁷⁶ ALEXYS, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 87.

⁸⁷⁷ ALEXYS. *Teoria...*, cit., p. 87.

⁸⁷⁸ REALE. *Lições...*, cit., p. 304; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70.

⁸⁷⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. trad. Ariana Bueno Sudatti e Fernando Pavan Batista. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2016, p. 42-43.

O afeto não é direito nem dever, tampouco é norma. Embora possa ser circunstância relevante no direito de família (por exemplo, para o reconhecimento de vínculos de filiação), tem conteúdo fático e não normativo.

Desse modo, a invocação a um “princípio da afetividade” ou a um “direito-dever ao afeto” não tem valor científico, mas apenas retórico, para justificar a ressarcibilidade do dano moral por abandono afetivo.

Daí se conclui que o abandono, ainda que seja conduta contrária ao direito, não constitui infração a dever jurídico, nem violação a direito subjetivo (ou a bem jurídico, que é objeto de direito). Por isso, tecnicamente, não há dano moral ressarcível quando se configura o abandono afetivo. Não há ilícito indenizativo, mas ilícito caducificante.

A sanção adequada, prevista pelo ordenamento jurídico, para a conduta do pai que abandona o filho menor é a perda do poder familiar, nos termos do art. 1.638 do CC, tal como recorrentemente apontado pela doutrina⁸⁸⁰ e pela jurisprudência⁸⁸¹. E isso não é sem razão: a melhor opção, diante de um pai que não quer conviver com o filho e com ele estabelecer uma relação de afeto, é extinguir o poder familiar. Qualquer tentativa de coagir o genitor a ser um pai afetuoso ou cuidadoso se frustrará ou, mais grave ainda, resultará no maior desgaste da relação paterno-filial, com a destruição das chances remanescentes de que se cultive tal relação, ou na sujeição do filho a um convívio forçado com um genitor que o rejeita. Há como obrigar, por medidas coercitivas, o convívio; mas não há como obrigar o convívio afetuoso ou salutar.

Nesse contexto, a condenação do genitor ao pagamento de uma indenização por dano moral, além de não consistir em meio eficaz para resolver o problema e proporcionar o florescimento do afeto na relação paterno-filial, ainda pode significar, muitas vezes, o agravamento de tais relações.

Em todo caso, a responsabilidade civil não pode ser usada como instrumento de punição ou dissuasão de condutas jurídica ou moralmente reprováveis. É isso, no entanto, que ocorre no caso de condenação à “indenização” do dano moral por abandono afetivo, como explicitamente reconhece a doutrina⁸⁸². Não cabe ao direito desempenhar função pedagógica, e ensinar os genitores a amarem e cuidarem dos seus filhos. Afinal, como afirmado pela Quarta

⁸⁸⁰ CASTRO. O preço..., cit., p. 19

⁸⁸¹ REsp 757.411/MG, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006, p. 299.

⁸⁸² HIRONAKA. Os contornos..., cit., p. 570; SCHUH. Responsabilidade..., cit., p. 67-68; PEREIRA. Nem só..., cit., n.p.; AZEVEDO. Entrevista..., cit., p. 14.

Turma do STJ, a afetividade só existe de forma espontânea e genuína, jamais como dever jurídico, imposto pelo Estado, sob pena de transformar-se em indenização punitiva⁸⁸³.

O direito não é capaz de resolver tudo, nem pode pretender sê-lo – e menos ainda a responsabilidade civil. Há situações que se lhe escapam, inevitavelmente. E se engana quem supõe que é viável estendê-lo a toda situação, transformando-o numa espécie de panaceia. O direito, especialmente por meio da responsabilidade civil, não pode garantir a todos uma absoluta incolumidade. Faz parte da vida, especialmente da vida em comunidade, lidar com frustrações e rejeições; a reação mais indicada a tais infortúnios nem sempre é jurídica.

Assim, não só sob a perspectiva técnica, mas também sob a perspectiva pragmática, encontram-se razões várias que impedem ou, ao menos, desaconselham o reconhecimento da ressarcibilidade do dano moral por abandono afetivo.

Nesse contexto, não se pode perder de vista a distinção apontada por João Baptista Villela entre procriação e paternidade. Enquanto aquela é um dado da natureza, esta se encontra na ordem da cultura. É verdade que a procriação é um convite à paternidade, entendida “não como geração biológica, mas como a entrega, o devotamento, que levam um ser pequeno, frágil e desvalido à autonomia e ao encontro da própria identidade”⁸⁸⁴, mas a procriação não implica necessariamente a paternidade e vice-versa. Ambas estão separadas pelo critério da liberdade⁸⁸⁵.

Desse modo, quem gera uma criança tem, diante do fato da procriação, duas opções: assumir a paternidade e, portanto, o sustento do filho, ou suportar os custos com a sua criação e educação, por meio do pagamento de alimentos⁸⁸⁶.

Mas em nenhum caso é possível obrigar alguém a assumir uma paternidade que não deseja, “simplesmente porque é impossível fazê-lo, sem violentar, não tanto a pessoa, mas a própria ideia de paternidade”⁸⁸⁷. Sendo esta ato de liberdade, gratuidade, autodoação, engajamento íntimo, não pode ser imposta, afinal, “paternidade não se compadece com a força”⁸⁸⁸.

Dar a uma criança um pai ou uma mãe que não o querem ser por decisão livre consiste, afinal, em grave desrespeito à própria criança. É o que ensina Villela:

⁸⁸³ REsp 1579021/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 19/10/2017, DJe 29/11/2017.

⁸⁸⁴ VILLELA, João Baptista. *Liberdade e Família*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 22.

⁸⁸⁵ VILLELA. Procriação..., cit., p. 144.

⁸⁸⁶ VILLELA. Procriação..., cit., p. 142.

⁸⁸⁷ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, a. 27, n. 21, p. 401-419, mai. 1979, p. 415.

⁸⁸⁸ VILLELA. Procriação..., cit., p. 139.

Imagine-se cada um tendo como pai ou mãe, quem só o é por imposição da força: ninguém experimentará mais viva repulsa, nem mais forte constrangimento. Todo o direito de família tende a se organizar, de resto, sob o princípio basilar da liberdade, tão certo é que as prestações familiares, seja entre cônjuges, seja entre pais e filhos, só proporcionam plena satisfação quando gratuitamente assumidas e realizadas⁸⁸⁹.

O afeto é, pois, elemento relevante no seio das relações familiares, mas não é direito subjetivo ou dever jurídico. A paternidade, por excelência, é ato radicalmente livre e não se pode forçá-la por meio da responsabilidade civil. A omissão dos pais quanto aos deveres de sustento, guarda e educação do menor pode implicar a obrigação de prestar alimentos. O ato de abandono do filho implica consequência mais grave: a perda do poder familiar. Mas tais condutas, se bem que sejam, em sentido lato, contrárias ao direito e, portanto, ilícitas, não produzem dano moral e não geram a obrigação de indenizar.

⁸⁸⁹ VILLELA. Desbiologização..., cit., p. 415.

10. O DANO TEMPORAL

Trata de saborear a vida; e fica sabendo, que a pior filosofia é a do choramingas que se deita à margem do rio para o fim de lastimar o curso incessante das águas. O ofício delas é não parar nunca; acomoda-te com a lei, e trata de aproveitá-la⁸⁹⁰.

O tempo não tem natureza própria, em absoluto. Quando nos parece longo, é longo, e quando nos parece curto, é curto, mas ninguém sabe em realidade a sua verdadeira extensão⁸⁹¹.

10.1. A proposição de um novo tipo de dano ressarcível: o despontar do dano pelo tempo perdido na doutrina brasileira

Nunca antes o tempo correu tão depressa. Com a revolução industrial e tecnológica, e os meios proporcionados pelo sistema capitalista, desenvolveram-se os meios de transporte e comunicação. Como resultado, encurtaram-se as distâncias, tornou-se possível trocar informações instantaneamente, os fluxos se intensificaram. É necessário menos tempo para fazer-se o que quer que seja. Se, outrora, uma carta demorava meses para chegar ao seu destino, na contemporaneidade, toda notícia pode, num instante, disseminar-se em toda a superfície terrestre. Tudo se passa rapidamente e muitos têm a sensação de que o mundo gira cada vez mais veloz. Por paradoxal que possa ser, a velocidade alcançada pela sociedade não dá aos homens a sensação de haver mais tempo, ao contrário do que antes se acreditava que viria a acontecer. A impressão é, precisamente, a inversa: quanto mais veloz a vida, mais escasso o tempo.

Especialmente nas áreas urbanas de países mais desenvolvidos, onde os habitantes focam em seu objetivo e caminham em direção a ele o mais rápido possível, o ritmo de vida está reduzindo a propensão dos indivíduos a tolerar demoras⁸⁹². Nesse contexto, já não se admite qualquer perda de tempo. Acostumados com a imediatidade, as pessoas desaprenderam a esperar. E, talvez não seja exagero dizer, estão desenvolvendo uma espécie de “síndrome da pressa”. Já não se tolera o tempo desperdiçado ou ocioso, quer-se a todo tempo preenchê-lo com qualquer coisa que possa gerar autossatisfação.

⁸⁹⁰ MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. *Memórias Póstumas de Brás Cubas*. Rio de Janeiro: Sociedade Editora e Gráfica Ltda., 1962, p. 197

⁸⁹¹ MANN, Thomas. *A montanha mágica*. trad. Herbert Caro. São Paulo: Companhia das Letras, [s.d]. e-book. posição 1422-1426.

⁸⁹² KOSTECKI, Michel. Waiting lines as a marketing issue. In: *European Management Journal*, n. 3, V. 14, p. 295-303, jun-1996. Grã-Bretanha: Pergamon, p. 295 e 298.

Diante disso, tem-se erguido algumas vezes para defender que o tempo seria um bem, interesse ou valor jurídico, de modo que sua ilegítima usurpação configuraria um dano ressarcível. A ideia encontra seu gérmen na teoria do desvio produtivo do consumidor, desenvolvida por Marcos Dessaune. Em síntese, sua tese é a de que o fornecedor, ao atender mal ou criar um problema de consumo e se esquivar da responsabilidade de solucioná-lo de forma ágil e eficaz, causa ao consumidor “um dano extrapatrimonial, de natureza existencial, que deve ser indenizado *in re ipsa* pelo fornecedor que o causou, independentemente da existência de culpa”⁸⁹³.

Identifica-se, na construção da teoria, duas premissas. A primeira delas é a de que o consumidor ocupa uma posição de vulnerabilidade e carência em relação ao fornecedor, de modo que, em paralelo com a teoria marxista da mais-valia, poder-se-ia afirmar que “na sociedade de massas pós-industrial, a exploração abusiva dos consumidores vulneráveis é uma das novas formas de lucro de megaempresas capitalistas”⁸⁹⁴. Desse modo, ao deixar de solucionar de modo efetivo e rápido os problemas de consumo, os fornecedores forçam o consumidor a suportar um prejuízo extrapatrimonial, enquanto obtém lucro à custa de sua exploração abusiva⁸⁹⁵.

A segunda premissa é a de que o fornecedor tem como missão implícita liberar os recursos produtivos de que o consumidor necessita, dando a ele condições de empregar seu tempo como queira, em atividades existenciais⁸⁹⁶.

Assim, quando o problema de consumo causado pelo fornecedor faz com que o consumidor seja forçado a desviar-se de suas atividades existenciais, a fim de solucioná-lo, instala-se um “período de inatividade existencial”. Em outras palavras, há uma supressão às atividades existenciais (como estudar, trabalhar, descansar, dedicar-se ao lazer ou ao convívio social), visto que o tempo em que elas seriam desenvolvidas passa a ser empregado na resolução do problema de consumo⁸⁹⁷. Tem-se, desse modo, uma “lesão antijurídica ao tempo que dá suporte à vida, na qualidade de atributo da personalidade tutelado no elenco dos direitos da personalidade”⁸⁹⁸, o que confere ao ofendido o direito à reparação.

⁸⁹³ DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: [s.n.], 2017, p. 32.

⁸⁹⁴ DESSAUNE. *Teoria...*, cit., p. 83.

⁸⁹⁵ DESSAUNE. *Teoria...*, cit., p. 88.

⁸⁹⁶ DESSAUNE. *Teoria...*, cit., p. 57.

Para Dessaune, as “*atividades existenciais* são aquelas que geralmente integram o projeto de vida das pessoas na sociedade contemporânea e se mostram fundamentais para o desenvolvimento da sua personalidade e à promoção da sua dignidade, destacando-se estudar, trabalhar, descansar, dedicar-se ao lazer, conviver socialmente, cuidar de si e consumir o essencial”. (DESSAUNE. *Teoria...*, cit., nota de rodapé à p. 271).

⁸⁹⁷ DESSAUNE. *Teoria...*, cit., p. 194.

⁸⁹⁸ DESSAUNE. *Teoria...*, cit., p. 193.

As premissas da teoria construída pelo autor permitem receber sem espanto a alusão explicitamente feita às funções punitiva e preventiva da responsabilidade pelo chamado desvio produtivo⁸⁹⁹. De um lado, ter-se-ia o consumidor, parte frágil e vulnerável da relação. De outro, o fornecedor, corporificado como uma “megaempresa capitalista” que, com vistas ao lucro, subtrai o tempo vital do consumidor. A não responsabilização dos fornecedores, nesses casos, sob o fundamento de que tais eventos representariam mero dissabor, causaria, sob o ponto de vista pragmático, a banalização das situações de desvio produtivo e um consequente estímulo à proliferação de condutas danosas e serviços ruins no mercado de consumo⁹⁰⁰.

Segundo Dessaune, o dano sofrido em razão do desvio produtivo do consumidor se enquadraria no conceito de dano moral, o qual se amplia para abranger também essas situações às quais, antes, a jurisprudência negava ressarcimento por entender tratar-se de mero dissabor ou aborrecimento. Não obstante, o autor parece admitir também que, em algumas situações, tal lesão se configuraria como dano existencial, entendido este como uma modificação ou supressão de uma atividade existencial provocada pela injustificada interferência externa na liberdade de ação do indivíduo, resultando numa modificação de seu modo de ser, de seu cotidiano ou projeto de vida⁹⁰¹. O autor, contudo, não explica quando as situações de desvio produtivo configurariam dano moral e quando se apresentariam como dano existencial. Procura estabelecer tal distinção afirmando que “a lesão antijurídica ao tempo que dá suporte à vida, enquanto atributo da personalidade, configura o dano moral, ao passo que a lesão antijurídica às atividades existenciais da pessoa consumidora caracteriza o dano existencial”⁹⁰².

Em síntese, por deixar de solucionar de modo ágil e eficaz um problema enfrentado pelo consumidor em razão da má prestação do serviço ou do vício do produto, o fornecedor causaria um evento de desvio produtivo. Este, por lesar o tempo existencial da pessoa consumidora, cuja base estaria no próprio direito à vida e à dignidade, e suprimir, por conseguinte, as atividades existenciais em que cada um, pela liberdade de ação, escolhe empregar seu tempo, culminaria num dano extrapatrimonial (moral ou existencial). Tal dano seria *in re ipsa*, o que parece significar, para o autor, que se dispensaria prova da consequência danosa daí advinda, bastando a demonstração do evento de desvio produtivo. Além disso, a responsabilidade seria objetiva, por estar inserida no contexto da relação de consumo⁹⁰³.

⁸⁹⁹ DESSAUNE. *Teoria...*, cit., p. 256.

⁹⁰⁰ DESSAUNE. *Teoria...*, cit., p. 268.

⁹⁰¹ DESSAUNE. *Teoria...*, cit., p. 141.

⁹⁰² DESSAUNE. *Teoria...*, cit., p. 258.

⁹⁰³ DESSAUNE. *Teoria...*, cit., p. 253.

Dentre as situações concretas com que Marcos Dessaune exemplifica a aplicação da sua teoria, estão: esperar em fila de banco por tempo superior ao razoável, principalmente quando há poucos caixas para atendimento ao público; telefonar para o serviço de atendimento ao cliente (SAC) de um fornecedor, sendo transferido de um atendente a outro, sem conseguir cancelar um serviço indesejado ou uma cobrança indevida; esperar demasiadamente por atendimento em consultório médico, na recepção de hospital ou em posto de saúde; levar um veículo repetidas vezes à oficina, a fim de que seja solucionado um vício de qualidade persistente; chegar ao aeroporto com antecedência e ter que aguardar por horas um voo que atrasou⁹⁰⁴.

Está claro, pois, que a teoria do desvio produtivo do consumidor foi desenvolvida sobretudo para tornar ressarcíveis danos que, até então, eram vistos como aborrecimentos inerentes à vida em sociedade e desprovidos da gravidade necessária à reparação civil.

A teoria de Dessaune, como o próprio indica, limita a configuração desse tipo de dano às relações de consumo. Mas há alguma estranheza em tal limitação. Com efeito, seria inédito restringir a responsabilidade por um dano extrapatrimonial ressarcível a apenas um determinado tipo de relação jurídica. Como se explicaria essa restrição? A rigor, ela vai contra o próprio sentido de dano moral, que, como se viu, é a afetação da esfera psíquica de um sujeito decorrente da lesão de um bem da personalidade. Se todos os bens da personalidade são, obviamente, universais, não seria possível reconhecê-los somente a determinada classe de sujeitos, conforme a posição que ocupem numa relação jurídica. Os bens da personalidade ou valem para todos, em todas as situações, ou não são bens da personalidade. Assim, não há sentido em limitar a teoria que vê a lesão ao tempo como dano ressarcível às relações de consumo. Se o tempo fosse bem da personalidade, seria-o para todos e não só para o consumidor.

Isso foi notado por outros juristas, que, inspirados na teoria de Dessaune, ampliaram-na e projetaram sua aplicação a situações outras, não necessariamente incluídas no âmbito das relações de consumo, embora estas sejam, provavelmente, as hipóteses em que mais comumente se verificam eventos lesivos desse tipo. A teoria do desvio produtivo do consumidor transmutou-se e inchou, dando lugar ao que se costuma referir como “dano pelo tempo perdido”⁹⁰⁵ ou, simplesmente, “dano temporal”⁹⁰⁶.

⁹⁰⁴ DESSAUNE. *Teoria...*, cit., p. 69-70.

⁹⁰⁵ AMORIM, Bruno de Almeida Lewer. *Responsabilidade civil pelo tempo perdido*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

⁹⁰⁶ BORGES, Gustavo; MAIA, Maurilio Casas (org.). *Dano temporal: o tempo como valor jurídico*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. ebook.

Nesse sentido, Fernanda Tartuce e Caio Coelho propõem que esse dano seja reconhecido também em relação a outros grupos vulneráveis, não inseridos em relação de consumo. Embora afirmem a existência de certa relação entre a posição de vulnerabilidade de uma das partes e a ocorrência do dano temporal, justificada pela maior probabilidade de que esse tipo de ofensa ocorra em relações nas quais há desequilíbrio de forças, admitem a possibilidade de configuração do dano em situações outras, nas quais não há parte vulnerável. Seria o caso de um indivíduo envolvido num acidente de trânsito causado por outrem e que, por resistência do culpado, tem de empregar seu tempo na tentativa de obter o ressarcimento por via administrativa ou judicial. Os autores condicionam a reparabilidade do dano temporal, nesses casos em que se configuram em relações equânimes, à clara demonstração de que a ofensa ao tempo ocorreu⁹⁰⁷.

Também Gustavo Borges entende que a responsabilidade civil pelo tempo perdido não pode ter alcance limitado às relações de consumo, devendo ser estendida a qualquer situação em que haja usurpação indevida do tempo⁹⁰⁸.

Ainda, segundo Bruno de Almeida Lewer Amorim, o dano ao tempo se verificaria numa gama muito mais vasta de relações jurídicas, como na relação de emprego, na relação negocial entre empresários, na relação entre locador e locatário e mesmo nas relações processuais⁹⁰⁹.

No âmbito do processo, o dano temporal se aproximaria daquilo que já se conhecia como “dano marginal”, aquele causado ou agravado pela duração do processo. Para Vitor Fonsêca, a autonomia do direito à duração razoável do processo justificaria a reparação por danos patrimoniais e não patrimoniais agravados ou ocasionados pela demora excessiva em obter-se do Estado a prestação jurisdicional⁹¹⁰.

No cenário jurisprudencial brasileiro, o tema do dano temporal processual foi discutido por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.383.776-AM, pela Segunda Turma do STJ⁹¹¹. O caso envolvia uma ação de reparação por danos morais em razão da demora excessiva e injustificada do Poder Judiciário do Estado do Amazonas, já que, numa execução de

⁹⁰⁷ TARTUCE, Fernanda; COELHO, Caio Sasaki Godeguez. Reflexões sobre a autonomia do dano temporal e a sua relação com a vulnerabilidade da vítima. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurilio Casas (org.). *Dano temporal: o tempo como valor jurídico*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. ebook, p. 213-233.

⁹⁰⁸ BORGES, Gustavo. O paciente, sua percepção do tempo e o dano temporal. In: *Revista de Direito do Consumidor*. V. 110, a. 26, p. 187-209. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar.-abr. 2017, p. 194.

⁹⁰⁹ AMORIM. *Responsabilidade...*, cit., p. 79.

⁹¹⁰ FONSÊCA, Vitor. Dano temporal processual: a responsabilidade do estado em razão da demora excessiva no processo e o REsp 1.383.776. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurilio Casas (org.). *Dano temporal: o tempo como valor jurídico*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. ebook, p. 327-344.

⁹¹¹ REsp 1383776/AM, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 06/09/2018, DJe 17/09/2018.

alimentos, o despacho inicial de citação do devedor demorou mais de dois anos e meio para ser proferido.

A sentença de primeiro grau julgou procedente, em parte, o pedido, entendendo que o Estado seria responsável pelo injustificado retardo do despacho citatório. Por sua vez, o Tribunal de Justiça reformou a sentença, por entender que o atraso seria decorrência da quantidade significativa de processos e do precário aparelhamento da máquina judiciária, de modo que não teria havido dolo ou desídia do magistrado.

Já a Segunda Turma do STJ, entendeu que seria “excessiva e desarrazoada a demora de dois anos e seis meses para se proferir um mero despacho citatório”, concluindo, assim, pela responsabilidade do Estado – mas não diretamente do magistrado atuante na causa – pela demora na entrega da prestação jurisdicional.

Ao final, a Segunda Turma do STJ deu provimento ao recurso para restabelecer a sentença de primeiro grau, que condenara o Estado ao pagamento de indenização no montante de trinta salários-mínimos por danos morais.

Verifica-se, então, que o dano pelo tempo perdido, desde a sua origem, alargou-se significativamente, e já não se identifica exatamente com a figura original do dano pelo desvio produtivo do consumidor. Há hoje uma tendência doutrinária ao seu acolhimento em situações jurídicas várias, não inseridas necessariamente no contexto de consumo.

10.2. Dano moral, dano existencial ou categoria autônoma de dano extrapatrimonial?

Embora o dano temporal tenha começado a ser acolhido na doutrina, o delineamento da figura e as condições de sua reparação não estão claros. Há considerável controvérsia a respeito da natureza desse dano.

Como se viu, mesmo na teoria proposta por Dessaune há alguma ambiguidade na definição do caráter do dano pela perda do tempo, podendo este configurar-se, a depender da situação, como espécie de dano moral ou de dano existencial. E, com efeito, parece que parte da doutrina que é favorável à recepção do dano temporal aloca-o nesta ou naquela categoria⁹¹².

Para Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, o dano pelo tempo perdido poderia ter caráter patrimonial ou moral, a depender das consequências prejudiciais advindas da indevida usurpação do tempo. Assim, se em razão da supressão do tempo livre a vítima sofreu uma

⁹¹² PORTO, Antonio José Maristello; GAROUPA, Nino; FRANCO, Paulo Fernando de Melo. As indenizações pela perda do tempo útil do consumidor: espera e custos de oportunidade. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 28, V. 124, p. 263-293, jul./ago. 2019, p. 277.

diminuição patrimonial ou foi privada do que razoavelmente poderia ganhar, configurar-se-ia o dano patrimonial. Mas se a lesão não gerasse senão efeitos extrapatrimoniais, configurar-se-ia um dano moral⁹¹³. De forma semelhante, Amorim entende que o dano temporal poderia enquadrar-se na categoria dos danos patrimoniais, como lucro cessante ou perda de uma chance, ou na categoria dos danos extrapatrimoniais, hipótese na qual poderia qualificar-se como dano moral ou, ainda, como dano social⁹¹⁴. Vitor Vilela Guglinski também considera que o dano provocado pela perda do tempo, quando provoca no indivíduo “sensações desagradáveis, como raiva, irritação, angústia, frustração” é de natureza moral⁹¹⁵.

Daniel Deggau Bastos e Rafael Peteffi Silva excluem a possibilidade de que o dano temporal configure um tipo de dano que não seja patrimonial ou moral ao afirmarem categoricamente que “em sentido jurídico, somente existe reparação por dano patrimonial e dano moral (extrapatrimonial)”, sendo impossível falar-se em outras categorias indenizatórias⁹¹⁶.

De modo diverso, outros tantos juristas têm caracterizado o dano temporal como categoria autônoma, um *tertium genus*. Nesse caso, tratar-se-ia de figura independente, cuja indenização, não abrangida por aquela concedida a título de danos morais, poderia ser a ela cumulada⁹¹⁷.

Justifica-se que a lesão pela perda do tempo poderia configurar-se como dano extrapatrimonial ou como dano patrimonial, e isso bastaria para compreender referido dano como categoria autônoma⁹¹⁸. É que o dano temporal poderia envolver a violação a diversos direitos fundamentais sem causar, contudo, um abalo psíquico àquele que atinge, diferenciando-se, assim, do dano moral⁹¹⁹. Além disso, não corresponderia à frustração pela impossibilidade de praticar certa atividade ou alcançar um projeto pessoal de vida – o que configuraria dano

⁹¹³ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Lesão ao tempo: configuração e reparação nas relações de consumo. In: *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 141, V. 43, dez. 2016.

⁹¹⁴ AMORIM. *Responsabilidade...*, cit., p. 97-125.

⁹¹⁵ GUGLINSKI, Vitor Vilela. Responsabilidade civil do estado pela perda do tempo do administrado. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casas (org.). *Dano temporal: o tempo como valor jurídico*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. ebook, p. 253-280, p. 279.

⁹¹⁶ BASTOS, Daniel Deggau; SILVA, Rafael Peteffi. A busca pela autonomia do dano pela perda do tempo e a crítica ao *compensation for injury as such*. In: *Civilistica.com*, a. 9, n. 2, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-busca-pela-autonomia-do-dano/>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

⁹¹⁷ BORGES. O paciente..., cit., p. 194; MAIA, Maurílio Casas. 3 (três) enunciados sobre o dano temporal: autonomia, quantificação e cumulabilidade. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casas (org.). *Dano temporal: o tempo como valor jurídico*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. ebook, p. 73-78, p. 77.

⁹¹⁸ PORTO; GAROUPA; FRANCO. As indenizações..., cit., p. 279; RIGONI, Carliana Luiza; GOLDSHMIDT, Rodrigo. O dano temporal: aproximações e divergências com outras espécies de danos imateriais. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casas (org.). *Dano temporal: o tempo como valor jurídico*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. ebook, p. 47-72, p. 69.

⁹¹⁹ AMORIM. *Responsabilidade...*, cit., p. 86.

existencial –, mas à “perda de determinados instantes”⁹²⁰, cujas consequências não duram no tempo.

Em todo caso, à caracterização do dano temporal ressarcível bastaria a perda do tempo em si, sendo desnecessária a prova da consequência patrimonial ou moral decorrente da violação. Assim, se uma pessoa permanece na fila do banco por tempo excessivo – seja lá o que se entenda por excesso nesse caso –, o dano pelo tempo perdido se configura independentemente da demonstração de prejuízos patrimoniais, de abalo psíquico ou de óbice permanente à prática de atividades existenciais. Aí se encontraria a autonomia do dano: pouco importa a natureza jurídica dos prejuízos causados à vítima, pouco importa, inclusive, se houve efetivo prejuízo; a indenização pela perda do tempo seria devida de todo modo, por presunção⁹²¹. Pode-se entender, então, que o dano temporal seria modalidade de “dano-evento”, sendo suficiente para seu ressarcimento a verificação do evento lesivo.

Como já se terá notado, o raciocínio lógico empregado na construção do dano temporal como categoria autônoma é aquele mesmo de que se valeram doutrina e jurisprudência brasileiras para viabilizar a cumulação entre dano moral e dano estético: se é aceitável tal cumulação, há uma abertura no sistema normativo para acolher-se também o dano temporal como espécie de dano moral em sentido amplo (isto é, dano extrapatrimonial), ao lado do dano moral em sentido estrito⁹²².

Portanto, as mesmas razões expostas mais acima, a respeito da inadequação do tratamento do dano estético como dano autônomo, aplicam-se também aqui. Não há sentido em conferir-se uma indenização pelo evento lesivo e outra pelo prejuízo que dele é decorrente. O dano ressarcível é sempre o prejuízo que se verifica em razão da lesão a um bem jurídico. Não basta a lesão dissociada de um concreto prejuízo, não basta um prejuízo qualquer, cuja causa não é uma lesão a bem jurídico. E todo prejuízo é, necessariamente, patrimonial ou moral.

Nesse sentido, o simples fato de ser autônomo um bem jurídico não faz com que a lesão àquele bem possa se configurar como gênero diverso de dano⁹²³, que pode ser cumulado aos prejuízos patrimoniais ou morais que advém daquela própria lesão. Se assim o fosse, estar-se-ia admitindo o ressarcimento dúplice pelo mesmo fato (*bis in idem*), e mais: a concessão de

⁹²⁰ RIGONI; GOLDSHMIDT. O dano..., cit., p. 69.

⁹²¹ TARTUCE; COELHO. Reflexões..., cit., p. 232.

⁹²² BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casas. Dano temporal: por sua emancipação. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casas (org.). *Dano temporal: o tempo como valor jurídico*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. ebook, p. 197-210, p. 206-207; ROSA, Alexandre Morais da; MAIA, Maurílio Casas. O dano temporal na sociedade do cansaço: uma categoria lesiva autônoma? In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casas (org.). *Dano temporal: o tempo como valor jurídico*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. ebook, p. 27-46, p. 32 e 41.

⁹²³ BASTOS; SILVA. A busca..., cit., p. 15.

“indenização” pela simples conduta antijurídica, viabilizando a utilização da responsabilidade civil com propósito exclusivamente punitivo⁹²⁴.

10.3. O dano temporal na jurisprudência do STJ

O dano temporal ainda não teve acolhida expressiva no âmbito da jurisprudência do STJ. Em busca no sítio eletrônico daquele tribunal, apenas foi localizado um acórdão sobre o tema⁹²⁵. Trata-se do Recurso Especial nº 1.737.412-SE⁹²⁶, de relatoria da Min. Nancy Andrighi. Em ação coletiva de consumo, ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Sergipe em face do Banco do Estado de Sergipe S/A, foi requerida a condenação do réu ao cumprimento das regras relativas ao tempo máximo de espera em filas de atendimento presencial, à disponibilização de sanitários e assentos a pessoas com dificuldades de locomoção nas agências bancárias de sua titularidade. Foi requerido, ainda, o arbitramento de indenização por danos morais coletivos causados pelo banco em razão do descumprimento dessas obrigações.

Na sentença, haviam sido julgados procedentes os pedidos da autora, condenando-se o réu a obrigações de fazer (dentre elas, disponibilizar pessoal suficiente para atendimento nos caixas, a fim de que fosse possível observar o tempo máximo de espera na fila de atendimento), bem como à obrigação de compensar os danos morais coletivos, fixados em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Ao julgar a apelação interposta pelo réu, o Tribunal Estadual afastou a condenação ao pagamento de indenização por danos morais coletivos.

Contudo, a Terceira Turma do STJ, à unanimidade, deu provimento ao recurso especial da autora e restaurou a condenação à compensação dos danos morais coletivos. A Min. Nancy Andrighi, citando Marcos Dessaune, afirma como premissa que “um dos principais propósitos do moderno sistema capitalista (...) é o de gerar o máximo de aproveitamento possível dos recursos disponíveis”, permitindo a criação de “maiores espaços de liberdade” ao consumidor, já que, ao disponibilizar no mercado determinado produto ou serviço, o fornecedor libera o consumidor do tempo que necessitaria para produzi-lo para seu próprio uso. O máximo aproveitamento do tempo, viabilizado pela evolução industrial e tecnológica, seria, segundo argumenta, um interesse coletivo.

⁹²⁴ BASTOS; SILVA. A busca..., cit., p. 23.

⁹²⁵ A busca jurisprudencial foi realizada no banco de dados do STJ em 2020, sem recorte temporal, por acórdãos que contivessem as palavras “dano temporal”; “dano” e “tempo perdido”; e “dano” e “desvio produtivo”. A busca encontrou como resultado 1 acórdão.

⁹²⁶ REsp 1737412/SE, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/02/2019, DJe 08/02/2019.

Sob a perspectiva individual, a violação ao tempo só geraria danos morais ressarcíveis quando houvesse uma “efetiva e excepcional situação danosa”. Isso porque:

Sob o prisma individual, a jurisprudência maciça desta Corte adota o entendimento de que *‘a mera invocação de legislação municipal que estabelece tempo máximo de espera em fila de banco não é suficiente para ensejar o direito à indenização’*, sendo, para tanto, necessária a prova de alguma *‘intercorrência que pudesse abalar a honra do autor ou causar-lhe situação de dor, sofrimento ou humilhação’* (AgRg no AREsp 357.188/MG, Quarta Turma, DJe 09/05/2018)⁹²⁷.

Nada obstante, como o máximo aproveitamento do tempo útil do consumidor seria interesse coletivo, subjacente aos “deveres da qualidade, segurança, durabilidade e desempenho que são atribuídos aos fornecedores de produtos e serviços e à função social da atividade produtiva”, a sua tutela deveria ser garantida sob o prisma coletivo. A perda do tempo útil do consumidor, com o intuito de aumentar o lucro do fornecedor em prejuízo da qualidade do serviço, violaria, afinal, a boa-fé objetiva.

No caso, como o banco réu não prestou o serviço de atendimento presencial “de maneira adequada, com qualidade e desempenho satisfatórios”, deixando os consumidores nas filas de espera por tempo excessivo, teria infringido valores essenciais da sociedade. O tempo máximo em filas de espera previsto na Lei Municipal nº 3.441/2007, de Sergipe, era de quinze minutos em dias normais e trinta minutos em dias especiais, de modo que a superação desses limites estabelecidos na legislação como padrão de qualidade do serviço bancário, impôs à sociedade desperdício de tempo útil, “acarretando violação ao interesse social de máximo aproveitamento dos recursos produtivos”.

Em síntese, pois, a Terceira Turma do STJ, a um só tempo, negou a possibilidade de configuração de danos morais individuais pelo dano temporal (pois, nesse caso, seria necessária a prova do abalo psíquico), mas afirmou a configuração de danos morais coletivos numa mesma situação. A divergência do entendimento aplicado a um e ao outro caso causa admiração. Não há nada que justifique tal distinção, a não ser a utilização do dano moral coletivo como mecanismo vocacionado à aplicação de penas privadas. É o que admite a própria Min. Relatora ao afirmar que:

A proteção à perda do tempo útil do consumidor deve ser (...) realizada sob a vertente coletiva, a qual, por possuir finalidades precípua de sanção, inibição e reparação indireta, permite seja aplicada a teoria do desvio produtivo do consumidor e a responsabilidade civil pela perda do tempo.

⁹²⁷ Grifos do relator.

A aplicação do dano temporal sob o prisma coletivo permite alcançar de modo mais expressivo os propósitos punitivo e preventivo que se pretende introduzir na responsabilidade civil. Assim, o dano pelo tempo perdido, sobretudo caracterizado como dano moral coletivo, nos termos da decisão proferida pelo STJ, consiste inequivocamente em pena privada.

Diante da ausência de outros acórdãos do Tribunal Superior que tenham abordado o tema, não é possível delinear de forma precisa os contornos da figura do dano temporal segundo o entendimento jurisprudencial dessa Corte. Pelo acórdão analisado, nota-se uma tendência à rejeição do dano temporal como categoria individual – com a reafirmação do entendimento jurisprudencial segundo o qual é irreparável o “mero aborrecimento” –, e à paralela admissão da figura como categoria de dano coletivo. Ainda, parece que o seu acolhimento, sob uma ou outra perspectiva, dar-se-ia como espécie de dano moral e não, propriamente, como gênero autônomo, passível de ser cumulado com o dano moral individual ou coletivo. Não é possível tampouco delimitar com clareza as situações nas quais se configuraria a perda do tempo indenizável.

Embora o STJ só pontualmente tenha se manifestado sobre o tema, sem ter construído até então um firme entendimento jurisprudencial a respeito do dano temporal, sua natureza e seu regime, Dessaune noticia que os tribunais estaduais têm manifestado uma tendência crescente de aplicação desse dano. Tanto assim que, em pesquisa realizada pelo autor em 1º de fevereiro de 2017, foram localizados nos bancos de dados dos Tribunais de Justiça estaduais 852 acórdãos contendo a exata expressão “desvio produtivo”⁹²⁸.

Desse modo, há de se esperar para verificar qual será o tratamento conferido à figura do dano temporal pelo Tribunal Superior, mas se pode arriscar a prever que tal dano possivelmente será aceito pela jurisprudência brasileira, na linha do que tem defendido parte da doutrina atual, passando a ser admitida, em alguma medida, a reparação do que até então vinha sendo entendido como “mero aborrecimento”.

10.4. O tempo no direito

Embora o tempo seja objeto das conversas mais triviais da vida cotidiana, não se sabe defini-lo. A explicação do que é efetivamente o tempo consistiu em tarefa árdua até para os filósofos mais brilhantes:

Que é pois o tempo? Quem poderia explicá-lo de maneira breve e fácil? Quem pode concebê-lo, mesmo no pensamento, com bastante clareza para exprimir a ideia com

⁹²⁸ DESSAUNE. *Teoria...*, cit., p. 281-282.

palavras? E no entanto, haverá noção mais familiar e mais conhecida usada em nossas conversações? Quando falamos dele, certamente compreendemos o que dizemos; o mesmo acontece quando ouvimos alguém falar do tempo. Que é, pois, o tempo? Se ninguém me pergunta, eu sei; mas se quiser explicar a quem indaga, já não sei⁹²⁹.

Seria empreendimento demasiado pretensioso e esforço talvez vão tentar compreender, neste estudo, o que propriamente é o tempo. Contenta-se em propor algumas questões.

O que é o tempo para o direito?

Sabe-se que o tempo é fato juridicamente relevante, na medida em que seu decurso produz uma série de efeitos jurídicos. Como as situações jurídicas precisam de estabilidade e segurança, há alguns mecanismos estabilizadores no direito, ligados ao transcurso do tempo. A inércia do titular de um direito por determinado período pode, assim, levar à extinção de direitos e pretensões. São os fenômenos que se conhece como decadência e prescrição. A alteração das circunstâncias em relações jurídicas que perduram no tempo pode conduzir à resolução ou à adaptação do negócio jurídico anteriormente celebrado⁹³⁰. O decurso do tempo também pode implicar, em determinadas circunstâncias, a aquisição de propriedade, pela usucapião. Pode causar, ainda, o surgimento ou a supressão de direitos, por meio dos institutos da *surrectio* e da *supressio*.

Nesse sentido, o tempo é um fato jurídico relevante. É fato jurídico em sentido estrito, porque ocorre independentemente da vontade humana e até contrariamente a ela.

Poderia o tempo ser também um bem jurídico?

Segundo Gagliano, o tempo seria, numa perspectiva dinâmica, fato jurídico e, numa perspectiva estática, um bem ou valor merecedor de tutela jurídica⁹³¹. Veem o tempo como bem jurídico também os demais juristas que têm apontado a existência de um dano temporal ressarcível⁹³².

Contudo, acredita-se que não é adequada essa qualificação. Recorde-se que o bem jurídico consiste num meio hábil para o alcance e a realização dos fins pretendidos pelo sujeito⁹³³. O bem é, portanto, o objeto do direito, que se liga ao sujeito por uma relação de utilidade, de interesse. Naturalmente, não é possível que o tempo seja objeto de um direito subjetivo, muito menos que seja capaz de dobrar-se à vontade do indivíduo e satisfazer aos seus

⁹²⁹ AGOSTINHO, Aurélio (Santo Agostinho). *Confissões*. trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2007. Livro décimo-primeiro, cap. XIV, p. 267-268.

⁹³⁰ VASCONCELOS. *Teoria...*, cit., p. 316-350.

⁹³¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade civil pela perda do tempo. In: *Revista Jurisvox*, V. 1, n. 14, p. 43-48, jul. 2013. Disponível em: <<https://revistas.unipam.edu.br>>. Acesso em: 08 jun. 2022, p. 44.

⁹³² MONTEIRO FILHO. *Lesão...*, cit., p. 90; GUGLINSKI. *Responsabilidade...*, cit., p. 259.

⁹³³ SILVA. *O dano...*, cit., p. 315.

caprichos. Sequer se sabe o que é o tempo; Agostinho cogitara que seria uma distensão da mente⁹³⁴. Acaso poderia o direito cuidar de tutelá-lo?

E mais: como mensurar o tempo perdido? Diz-se que “apenas o desperdício ‘injusto e intolerável’ poderá justificar eventual reparação pelo dano material e moral sofrido”⁹³⁵. Mas desconhece-se o limite do “tolerável” ou do “razoável”. É de conhecimento geral que o tempo tem uma medida objetiva e outra subjetiva e que estas nem sempre coincidem⁹³⁶. Pode-se medir objetivamente o tempo pela duração do movimento dos corpos no espaço; assim, um dia equivale à demora do percurso do sol de oriente a oriente⁹³⁷.

Mas outra medida tem a percepção subjetiva do tempo. Esta, objeto de estudo da psicologia e da neurociência, refere-se à duração estimada de determinado intervalo para a mente humana. Uma série de variáveis, como a organização dos elementos no espaço e no tempo, a modalidade de estímulo a ser temporizado, as condições psicológicas e emocionais, podem produzir distorções na percepção do tempo objetivo⁹³⁸.

Essa noção de que a passagem do tempo é percebida de modos diversos pelos indivíduos em cada situação, fez com que o estudo sobre o tempo de espera pela prestação de serviços se tornasse também uma questão de marketing. A demora na obtenção de um determinado produto ou serviço pode ser percebida pelo consumidor como uma experiência negativa, que implica custo e dispêndio de energia. Mas a mesma demora, em alguma medida, e a depender da situação, pode ser vista como um símbolo de atratividade do serviço ou mesmo como um elemento desejado do processo de consumo. Basta pensar que, entre um restaurante vazio e um outro com fila de espera, o consumidor frequentemente prefere esperar por uma mesa no segundo a sentar-se imediatamente no primeiro. Além disso, a partir do momento em que o consumidor entra num restaurante, a espera, em alguma medida, pode ser desejada e aumentar a sua satisfação, uma vez que, nessas situações, é comum preferir-se desacelerar o processo de consumo⁹³⁹.

A insatisfação do consumidor com o tempo de espera é determinada por uma série de variáveis e pode ser mitigada por outras tantas variáveis. A percepção subjetiva de que a demora foi excessiva ou intolerável depende do valor conferido ao tempo do consumidor (o qual tende

⁹³⁴ AGOSTINHO. *Confissões*, cit., cap. XXVI, p. 278.

⁹³⁵ GAGLIANO. *Responsabilidade...*, cit., p. 47.

⁹³⁶ OLIVEIRA, Caio Maximino de; ZILIO, Diego. A experiência subjetiva do tempo em Husserl e Brentano: contribuições das neurociências. In: *Ciências & Cognição*, V. 8, p. 110-117. ago.-2006. Disponível em: <<http://www.cienciasecognicao.org>>. Acesso em: 05. dez. 2021, p. 115.

⁹³⁷ AGOSTINHO. *Confissões*, cit., cap. XXIII, p. 275-276.

⁹³⁸ OLIVEIRA; ZILIO. *A experiência...*, cit., p. 115.

⁹³⁹ KOSTECKI. *Waiting...*, cit., p. 295.

a ser maior em grandes cidades e em locais no quais há uma cultura de maior preocupação com a pontualidade); do valor do serviço ou do produto a ser adquirido; da intensidade da necessidade do consumidor; da acessibilidade a um serviço ou produto semelhante por uma fonte alternativa; do nível de desconforto experimentado durante a espera; do ritmo de vida, que varia significativamente a depender da localidade; da expectativa que tem o consumidor quanto ao tempo de espera; do contexto da espera; das características e do estado de ânimo de quem espera (tédio, ansiedade, impaciência)⁹⁴⁰.

Além disso, diversas técnicas do fornecedor podem reduzir a percepção do tempo de espera e a insatisfação dos consumidores: fornecer estimativas do tempo de espera previsto; desculpar-se e demonstrar atenção aos consumidores; aumentar o conforto durante a espera; ocupar os consumidores com tarefas ou oferecer entretenimento; compensar a espera com um serviço extra ou com um drinque de cortesia, por exemplo⁹⁴¹.

Compreende-se, então, porque as situações em que mais frequentemente se aponta a existência de dano temporal são as de espera em filas de bancos, e porque dificilmente se poderia imaginar que alguém reclamasse ter experimentado um dano temporal em razão da espera excessiva na fila de um brinquedo do parque de diversões da *Disney* – ainda que a demora nesta segunda situação possa ser significativamente maior que naquela primeira.

Tudo isso parece tornar inviável, ou ao menos extremamente complicada, a identificação em concreto das situações em que seria ressarcível o dano temporal e do limite entre a espera tolerável e intolerável. Não seria possível mensurar objetivamente o tempo de espera que se considera excessivo, isto é, estabelecer um parâmetro fixo da demora razoável, que funcione em qualquer contexto e para qualquer tipo de serviço. Mas tampouco parece ser aceitável deixar ao arbítrio do juiz a definição, em cada caso concreto, do limite máximo do tempo de espera razoável, admitindo-se como medida a percepção temporal subjetiva.

Ademais, as considerações feitas acima põem em dúvida o próprio objeto de tutela do dano temporal. Se o tempo fosse mesmo o bem cuja violação, nesses casos, resulta no dano indenizável, a sua medida objetiva, em toda situação, determinaria idêntica reparação. Afinal, trinta minutos de espera na fila de um banco e trinta minutos de espera na fila da *Disney* impossibilitam, de forma idêntica, o desenvolvimento de outras “atividades existenciais” pelo indivíduo naquele intervalo de tempo. Não se poderia explicar, pensando-se no tempo perdido em si, porque, naquela situação, trinta minutos seriam uma espera excessiva, merecedora de reparação, e nesta outra situação não. Isso apenas se compreenderia se se tomasse como dano

⁹⁴⁰ KOSTECKI. *Waiting...*, cit., p. 298-299.

⁹⁴¹ KOSTECKI. *Waiting...*, cit., p. 300-302.

temporal, em vez da lesão ao tempo propriamente, a insatisfação por ela causada ao consumidor, em outras palavras, o dissabor ou aborrecimento.

Desse modo, quando se admite que o tempo injustamente subtraído de um sujeito pode gerar danos patrimoniais, está-se afirmando, na verdade, que houve uma lesão ao patrimônio. O bem objeto de tutela não é o tempo em si, mas o patrimônio (por exemplo, o lucro que razoavelmente poderia obter um taxista que, devido a um defeito persistente no veículo recém-adquirido, precisou retirá-lo de circulação e levá-lo diversas vezes à oficina a fim de sanar o problema). A rigor, nesse caso, nem é necessário recorrer a uma “lesão ao tempo” para que o dano seja ressarcido. A indenização é concedida a título de simples dano patrimonial (lucros cessantes), decorrente do ato ilícito. Se, em vez de taxista, o proprietário do veículo fosse um professor, que poderia deslocar-se a pé para o trabalho, não haveria que se ressarcir o dano patrimonial pelo tempo que foi privado do uso do automóvel. A indenização pelo tempo perdido em razão das idas constantes à oficina, nesse caso, não se explicaria pela tutela do tempo em si, mas pelo descontentamento causado ao consumidor.

Não se compreende, pois, como poderia ser o tempo um bem jurídico, cuja violação, em si mesma e por si só, pudesse configurar um evento danoso, independentemente de ter-se causado, com a injusta usurpação do tempo, alguma concreta violação ao patrimônio ou a bem da personalidade.

E ainda que permaneça alguma dúvida quanto à possibilidade de entender-se o tempo como um bem jurídico, nenhuma hesitação pode haver em reconhecer a inviabilidade de caracterizá-lo como bem da personalidade.

Já se afirmou que os bens da personalidade são interiores ao sujeito, estando ligados a este, nas palavras de De Cupis, por um nexo estreitíssimo, orgânico. São objeto de direitos inatos, reconhecidos aos homens pela simples condição de ser pessoa. O tempo, naturalmente, não é um bem intrínseco à personalidade; é um fato exterior.

A dificuldade de enquadrar o tempo como um bem jurídico e, especialmente, como um bem da personalidade, é notada entre os autores que propõem o acolhimento do “dano temporal”. Embora eles defendam que o tempo é um bem que encontra resguardo no rol aberto de direitos da personalidade⁹⁴² ou na cláusula geral de tutela da dignidade humana⁹⁴³, acabam sempre por associar a violação ao tempo à violação de direitos outros. Assim, afirmam que a usurpação indevida do tempo de outrem implicaria lesão à sua vida, liberdade ou dignidade⁹⁴⁴,

⁹⁴² DESSAUNE. *Teoria...*, cit., p. 275.

⁹⁴³ MONTEIRO FILHO. *Lesão...*, cit., p. 92.

⁹⁴⁴ TARTUCE; COELHO. *Reflexões...*, cit., p. 219; RIGONI; GOLDSHMIDT. *O dano...*, cit., p. 64.

ou ainda, a outros tantos direitos ditos fundamentais, como a educação, o trabalho, o descanso, o lazer, o convívio social, etc.⁹⁴⁵.

Há claro exagero em considerar-se os minutos perdidos na fila de um banco como violação dos direitos à vida, à liberdade ou à dignidade. Como se afirmou acima, o artificial inchaço dos direitos da personalidade culmina necessariamente na sua depreciação. Se tudo é bem da personalidade, nada é. A privação de direitos sociais decorrente do tempo perdido tampouco se pode considerar como lesão a direitos personalidade, uma vez que estes, enquanto direitos naturais, são inatos e absolutos, no sentido de que geram um dever geral de abstenção, enquanto aqueles exigem de outrem uma prestação.

Em todo caso, percebe-se que ainda não se conseguiu explicar como seria o tempo, em si, um bem da personalidade. Com frequência, justifica-se a sua tutela por meio da referência a direitos outros, os quais já são dotados de adequada proteção por meio do atual sistema de responsabilidade civil, independentemente da criação de uma nova categoria de dano. Ninguém poderia dizer que o ressarcimento pelo tempo perdido seria necessário à tutela da vida, da liberdade ou da dignidade. Violadas efetivamente estas, a reparação seria concedida pelos prejuízos patrimoniais e morais verificados, sem a necessidade de cogitar-se de um “dano temporal”.

10.5. Reflexões sobre a reparabilidade do dano pelo tempo perdido: dano ressarcível ou “mero aborrecimento”?

Se o tempo não é bem jurídico (e, especialmente, não é bem da personalidade), afasta-se já a possibilidade de que a sua lesão possa vir a configurar dano moral. Consequentemente, uma eventual repercussão negativa do evento na esfera psíquica do sujeito não tem a gravidade necessária à caracterização de um dano ressarcível. Estão intimamente ligados a qualidade do bem lesado (bem da personalidade) e os efeitos não patrimoniais da lesão. É que a constatação de uma violação àqueles bens, que são os mais valiosos da pessoa, funciona também como uma espécie de “régua” dos efeitos psíquicos na esfera jurídica do sujeito: que a lesão a bem da personalidade causa, via de regra, significativas consequências não patrimoniais, não há como

⁹⁴⁵ Segundo Marcos Dessaune, “tal comportamento principal do consumidor – despender tempo vital e se desviar de atividades existenciais – viola os seus mais legítimos interesses e configura uma renúncia antijurídica ao direito fundamental à vida, que é indisponível, bem como uma renúncia antijurídica ao direito fundamental à educação, ao trabalho, ao descanso, ao lazer, ao convívio social, aos cuidados pessoais ou ao consumo (...) dos quais ninguém poderia abdicar por força de circunstâncias que aviltem o princípio da dignidade humana, que apoia esses direitos”. (DESSAUNE. *Teoria...*, cit., p. 274-275). No mesmo sentido, confira-se, ainda: RIGONI; GOLDSHMIDT. O dano..., cit., p. 66.

negar. De modo contrário, não constatada uma lesão dessa natureza, tem-se já um indicativo de que a perturbação da esfera psíquica do sujeito, caso exista, é de menor gravidade.

Não é possível, assim, à luz das premissas conceituais firmadas no princípio deste trabalho, admitir a ressarcibilidade do dano pelo tempo perdido, seja como simples dano moral, seja como dano temporal, categoria nova e autônoma. Em verdade, parece que o mais adequado seria que resistisse a jurisprudência que afirma, há tempos, a impossibilidade de se reparar o “mero aborrecimento”. Não obstante à indignação – compreensível, mas estéril – daqueles que defendem o reconhecimento de um dano pelo tempo perdido, acredita-se que a evolução do entendimento dos tribunais brasileiros rumo à acolhida desse novo dano seria, a rigor, uma involução.

Tradicionalmente, entende-se ser requisito do dano reparável a existência de um mínimo de gravidade. Como já se afirmou, *de minimis non curat praetor*⁹⁴⁶. No caso do dano moral, com mais razão impõe-se tal exigência. Não é qualquer dano que produza algum efeito negativo na esfera psíquica do sujeito que pode ser ressarcido; é preciso que esse efeito seja decorrente da lesão a um bem da personalidade. Exclui-se, assim, a possibilidade de serem ressarcidos os acontecimentos da vida cotidiana que, apesar de serem incômodos ou frustrantes, não lesam a personalidade e, por conseguinte, não têm potencial para afetar de forma grave a esfera jurídica do sujeito. Numa sociedade civilizada, massificada, industrial e tecnológica, a radical intolerância aos desapontamentos do dia a dia é insustentável.

A opção por manter firmes as linhas divisórias entre os danos morais ressarcíveis e os demais não é um capricho que visa, simplesmente, a impossibilitar a dilatação da responsabilidade civil e a concessão de indenizações, mantendo-se as coisas como estão por uma irracional resistência à mudança. Quer-se, sobretudo, manter a especial e merecida atenção que historicamente se dedicou aos autênticos direitos da personalidade, sem deixá-los se misturar e perder no mar de direitos inventados na contemporaneidade.

A despeito do alcance que vem ganhando, a teoria do desvio produtivo, transformada hoje em teoria do dano temporal, funda-se em premissas equivocadas. Uma delas é a de que, em consonância ao que, no século XIX, Karl Marx identificou como teoria da mais-valia, “na sociedade de massas pós-industrial, a exploração abusiva dos consumidores vulneráveis é uma das novas formas de lucro de megaempresas capitalistas”⁹⁴⁷. Essa visão marxista, costuma estar presente, de modo explícito ou não, nas obras em que se desenvolve a ideia do dano temporal,

⁹⁴⁶ ORGAZ. *El daño...*, cit., p. 53.

⁹⁴⁷ DESSAUNE. *Teoria...*, cit., p. 83.

nas quais se percebe o capitalismo como “ladroão de tempo e de vida”⁹⁴⁸ e admite-se a necessidade de proteger o consumidor vulnerável contra as implacáveis sociedades empresárias. Esta talvez seja a motivação e a força propulsora de toda a teoria que se tem tentado construir em torno do dano pela perda do tempo.

É difícil compreender como seria o capitalismo o responsável pela subtração do tempo dos indivíduos, na medida em que o sistema capitalista de produção trouxe, em tese, abundância de tempo. Se a sensação, contudo, é a de escassez, é porque se emprega o tempo num número crescente de atividades. Mas, mais do que isso, o relevante é que a intenção por trás da teoria não serve para justificar seus fins. A constatação da necessidade de tutela dos consumidores vulneráveis e de repressão de condutas abusivas pelos fornecedores não leva ao reconhecimento do tempo como bem jurídico cuja violação pode causar dano não patrimonial ressarcível. A rigor, uma coisa não tem a ver com a outra.

De fato, a ineficiência de alguns fornecedores, por vezes deliberada, e os dissabores que pode causar aos consumidores é um problema. A passagem que se faz da identificação desse problema à conclusão de que se pode valer da responsabilidade civil para solucioná-lo é que não pode explicar-se senão com muita retórica.

Em síntese, tem-se a impressão de que, em vista de um problema real relacionado à ineficiência lucrativa de alguns fornecedores, que submetem os consumidores a situações desagradáveis, tem-se tentado construir artificialmente uma teoria capaz de justificar a aplicação da responsabilidade civil nesses casos. O objetivo da reparação pelo dano temporal, contudo, até mesmo em vista da motivação que lhe inspira, é a punição e a dissuasão dos fornecedores que praticam condutas abusivas no mercado de consumo. Nesse contexto, a ideia do dano temporal como dano autônomo acaba viabilizando o que se poderia qualificar como uma responsabilidade civil por mera conduta, isto é, independente da concreta existência de dano.

Neste cenário, deforma-se e desvirtua-se a responsabilidade civil, transformada em mecanismo de aplicação de pena privada.

Com efeito, a invenção do dano temporal, e sobretudo a opção pela sua caracterização como espécie autônoma de dano extrapatrimonial é sintoma de dois fenômenos próprios do tempo contemporâneo: a sanha punitiva que se alastra pela responsabilidade civil, e a intenção de indenizar-se a vítima em toda situação e a qualquer custo.

⁹⁴⁸ NUNES, Rizzato. A sociedade contemporânea é ladra de tempo; é ladra de vida. In: *Migalhas*, [S.I.], mar.-2013. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/abc-do-cdc/174621/a-sociedade-contemporanea-e-ladra-de-tempo-e-ladra-de-vida>>. Acesso em: 05. dez. 2021.

De um lado, vê-se que a autonomização desse dano é defendida e elogiada pela possibilidade de contribuir “para a *prevenção* de novos danos”⁹⁴⁹ e para a superação da “cultura do menosprezo e da desconsideração pelo tempo do outro”⁹⁵⁰, viabilizando o início de um “novo ciclo de respeito pelos interesses essenciais e existenciais dos agentes vulneráveis nos mercados por meio da evolução das práticas comerciais”⁹⁵¹. Maurilio Casas Maia afirma expressamente que “o reconhecimento da autonomia do dano temporal ensejará maior *repercussão pedagógica* entre os fornecedores na seara da responsabilização civil por perda indevida de tempo”⁹⁵². O “caráter punitivo” e a “função social” do dano temporal não raro são invocados para justificar o seu emprego como mecanismo de dissuasão da prática abusiva pelos ofensores – na maioria das vezes, fornecedores⁹⁵³.

O viés punitivo do dano temporal evidencia-se, ainda, no fato de que existem diversas leis municipais que, a fim de determinar um padrão de qualidade do serviço, estabelecem um tempo de espera razoável à sua prestação e impõem, em caso de infração, multas pecuniárias e outras penalidades⁹⁵⁴. É este o âmbito em que o direito pode atuar para regular a atividade dos

⁹⁴⁹ BERGSTEIN, Laís Gomes; MARQUES, Cláudia Lima. O dano pelo tempo perdido pelo consumidor: caracterização, critérios de reparação e as posições do STJ. In: *Migalhas*, [S.I.], mar. 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/298044/o-dano-pelo-tempo-perdido-pelo-consumidor--caracterizacao--critérios-de-reparacao-e-as-posicoes-do-stj>>. Acesso em: 28. mar. 2021.

⁹⁵⁰ BERGSTEIN; MARQUES. O dano..., cit., n.p.

⁹⁵¹ BERGSTEIN; MARQUES. O dano..., cit., n.p.

⁹⁵² MAIA, Maurilio Casas. O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro – é dignidade e liberdade. In: *Revista de Direito do Consumidor*, V. 23, n. 92, p. 161-176, mar./abr. 2014, p. 163.

⁹⁵³ Nesse sentido: “Deve se considerar o caráter punitivo do dano temporal, que objetiva justamente punir quem reincide no ato ilícito, prejudicando, muitas das vezes, milhares de consumidores com a mesma prática abusiva. (OLIVEIRA, Miguel Luiz Barros Barreto de. Desvio produtivo do consumidor e a função punitiva. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurilio Casas (org.). *Dano temporal: o tempo como valor jurídico*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. ebook, p. 198-196, p. 195); “(...) impõe-se, a todos nós, uma mais detida reflexão acerca da sua importância compensatória e, sobretudo, utilidade punitiva e pedagógica, à luz do princípio da função social. Isso tudo porque o intolerável desperdício do nosso tempo livre, agressão típica da contemporaneidade, silenciosa e invisível, mata, aos poucos, em lenta asfixia, valor dos mais caros para qualquer um de nós” (GAGLIANO. *Responsabilidade...*, cit., p. 48); “Além de estruturalmente possível, o reconhecimento da possibilidade de indenização do dano temporal é importante ‘para a reeducação dos fornecedores no mercado de consumo’ (MAIA, 2014, p. 175). Justifica-se, portanto, também sob o aspecto sociológico: o reconhecimento de que certos atos que desperdiçam indevidamente o recurso temporal de terceiros fará com que haja um desincentivo dos fornecedores em agir em desrespeito aos interesses dos consumidores”. (TARTUCE; COELHO. *Reflexões...*, cit., p. 225).

⁹⁵⁴ A Lei Estadual nº 14.235/2002, de Minas Gerais, estabelece que os estabelecimentos bancários devem atender o cliente no tempo máximo de quinze minutos a partir do momento em que este entra na fila de atendimento, e impõe, em caso de descumprimento, penalidades que podem chegar a multas de R\$ 5.320,00 (cinco mil, trezentos e vinte reais). No Rio de Janeiro, a Lei Estadual nº 4.223/2003, alterada pela Lei Estadual nº 6.085/2011, determina à agências bancárias a observância de um tempo de espera máximo de vinte minutos, em dias normais, e de trinta minutos, em véspera e depois de feriados, sob pena de multas que podem chegar ao valor de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) na quinta autuação. De forma semelhante, a Lei Municipal nº 13.948/2015, de São Paulo, determina prazos máximos de espera em filas de atendimento bancário de até quinze minutos em dias normais, vinte e cinco minutos às vésperas e após os feriados prolongados e trinta minutos nos dias de pagamento dos funcionários públicos, sendo que o descumprimento do previso implica a incidência de multa no valor de R\$ 564,00 (quinhentos e sessenta e quatro reais), dobrado em caso de reincidência. Fora do âmbito dos serviços bancários, a Resolução nº 632/2014 da Anatel estabeleceu que, no caso de disponibilização de centro de

fornecedores que, por práticas abusivas e de forma contumaz, submetem os consumidores a longas esperas pela prestação de um serviço de má qualidade: o direito regulatório e sancionador.

O que não se admite é que, para além das penalidades legalmente previstas para os casos em que o fornecedor excede o limite máximo de tempo de espera, seja utilizada a responsabilidade civil como expediente para aplicação de verdadeiras penas pecuniárias, muito superiores às estabelecidas em lei, sem que haja prévia cominação legal.

Recorde-se que, no acórdão do STJ, em que se condenou o banco réu ao pagamento de indenização por danos morais coletivos em razão de os consumidores terem permanecido na fila de espera por tempo excessivo, o que serviu como parâmetro para a qualificação do que seria “tempo excessivo” foi a seguinte previsão da Lei Municipal nº 3.441/2007:

Art. 1º (...) § 1º - Caracterizar-se-á abuso ou infração dos estabelecimentos bancários, para os efeitos desta Lei, aqueles casos em que, comprovadamente, o usuário seja constringido a um tempo de espera para atendimento superior a:

I - 15 (quinze) minutos em dias normais;

II - 30 (trinta) minutos às vésperas e após os feriados prolongados, nos dias de pagamento dos funcionários públicos municipais, estaduais e federais, não podendo ultrapassar esse tempo, em hipótese alguma.

E, mais adiante, na mesma lei, são estabelecidas penalidades para o caso de cometimento de infrações à norma, como multa no valor de R\$ 1.000,00 até a terceira reincidência, majorando-se em 100% do valor originário a cada nova infração, e suspensão do alvará de funcionamento.

O que se fez, portanto, ao arbitrar em R\$ 200.000,00 os danos morais coletivos, pela mesma infração capaz de atrair a incidência da multa administrativa, foi cumular à pena administrativa uma outra pena, civil, inflando artificialmente a sanção. Nada obstante, não cabe à responsabilidade civil aplicar punições e prevenir ilícitos. O lugar que lhe pertence no sistema jurídico é outro e tem escopo compensatório. Fica para o direito sancionatório, ao qual se aplicam garantias constitucionais básicas, entre as quais se destaca a inexistência de pena sem prévia cominação legal, a tarefa de punir. À responsabilidade civil não cabe tomar para si essa função, sob pena de haver imprevisibilidade, insegurança, arbitrariedade e múltiplas condenações pelo mesmo e único fato.

De outro lado, a categoria do dano temporal é também subterfúgio para ampliar as hipóteses de ressarcimento nos casos em que não há nem dano patrimonial nem dano moral e

atendimento telefônico pela prestadora de serviços, o tempo máximo para o contato direto com o atendente deve ser de até sessenta segundos e que o setor de atendimento presencial deve ser dimensionado para atender o consumidor em até trinta minutos.

de evitar a necessidade de comprovação do dano, garantindo, pela tão só conduta lesiva (demora em filas de atendimento, atraso de voos, ineficiência dos serviços de atendimento ao cliente – SAC, etc.), o recebimento de um montante em dinheiro travestido de indenização.

Olvida-se, porém, que a responsabilidade civil não serve e nem pode servir como mecanismo de punição e prevenção ou atuar como salvaguarda contra toda frustração da vida cotidiana. Não se nega que os tempos atuais e a massificação da sociedade apresentam novos desafios à garantia de um tratamento digno aos indivíduos, sobretudo quando se encontram na posição de consumidores. Apesar disso, não cabe à responsabilidade civil suprir a ineficiência de normas regulamentadoras e de políticas públicas.

Desse modo, por mais nobre que seja a intenção de dissuadir o comportamento ineficiente e, por vezes, abusivo dos fornecedores no mercado de consumo, e evitar, assim, os fastidiosos percalços enfrentados pelos consumidores, isso não se pode alcançar pela responsabilidade civil. O próprio mercado competitivo pode servir como um termostato, incentivando a eficiência. Nas situações em que for necessária uma intervenção, pode-se valer do direito econômico, podem-se estabelecer normas regulatórias e aplicar penalidades administrativas. Mas não se pode usar a responsabilidade civil como instrumento de coibição e repreensão.

O tempo não é, afinal, bem jurídico, e muito menos é bem da personalidade. E as eventuais repercussões negativas que a supressão de tempo causa na esfera psíquica do sujeito não são graves. Não se trata, pois, de dano moral ressarcível. O descontentamento diante da percepção subjetiva de dispêndio excessivo de tempo na espera por algum produto ou serviço ou pela solução de um problema causado por outrem deve, pois, continuar sendo encarado como aquilo que é: dissabor ou aborrecimento inerentes à vida cotidiana em sociedade.

11. OS DANOS COLETIVOS: DANO AMBIENTAL, DANO MORAL COLETIVO E DANO SOCIAL

Assim se explica e define o absurdo estado de ânimo que essas massas revelam: não lhes preocupa mais que seu bem-estar e ao mesmo tempo são insolidárias das causas desse bem-estar. Como não veem nas vantagens da civilização um invento e construção prodigiosos, que só com grandes esforços e cautelas se pode sustentar, creem que seu papel se reduz a exigi-las peremptoriamente, como se fossem direitos nativos. Nos motins que a escassez provoca costumam as massas populares buscar pão, e o meio que empregam costuma ser destruir as padarias. Isto pode servir como símbolo do comportamento que em mais vastas e sutis proporções usam as massas atuais ante a civilização que as nutre⁹⁵⁵.

Já em 1926, Ortega y Gasset identificava como o fato mais importante na vida pública europeia o advento das massas. Viu-se surgir as multidões, as aglomerações. Não porque a população tenha aumentado de forma vertiginosa, mas porque, antes, os indivíduos que as integram achavam-se repartidos pelo mundo, solitários ou em pequenos grupos, espalhados pelos campos e cidades. Em determinado momento, contudo, a multidão tornou-se visível e fez-se notar: surge a ideia de massa social⁹⁵⁶.

A partir do momento em que se voltam os olhos aos interesses que são de muitos, ou de todos, e não de um só, desloca-se o enfoque do indivíduo para a coletividade. Essa transformação de perspectiva se reflete no modo através do qual o direito disciplina as relações sociais: conquanto, antes, à época em que ainda se achavam espalhados os indivíduos e os pequenos grupos, a tutela jurisdicional era a eles dedicada, chegou um momento em que os instrumentos de base essencialmente individualista tornaram-se insuficientes para conferir a reivindicada proteção aos interesses ditos “coletivos”⁹⁵⁷.

Assim, reconhecendo-se, no plano material, que a coletividade também teria interesses dignos de tutela jurídica, criaram-se, no plano processual, instrumentos adequados à proteção de tais interesses. Estes são designados, em acepção ampla, “coletivos”, na medida em que abrangem as hipóteses em que há pluralidade de interessados⁹⁵⁸. Desdobram-se em interesses difusos, coletivos (em sentido estrito) e individuais homogêneos.

⁹⁵⁵ ORTEGA Y GASSET. *A Rebelião...*, cit., p. 119-120.

⁹⁵⁶ ORTEGA Y GASSET. *A rebelião...*, cit., p. 60-61.

⁹⁵⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A proteção jurídica dos interesses coletivos. In: *Temas de Direito Processual*. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 173.

⁹⁵⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: *Temas de Direito Processual*. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 193.

Os interesses difusos são definidos, nos termos da legislação consumerista, como aqueles “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”⁹⁵⁹. Referem-se, pois, a um conjunto não delimitado e fluido de interessados, que não podem ser identificados e não estão ligados entre si por um vínculo jurídico bem definido, mas por dados de fato⁹⁶⁰. Como é indivisível a comunhão, não se pode satisfazer o interesse de um sem que sejam satisfeitos igualmente os interesses dos demais. Da mesma forma, a lesão de um implica necessariamente a lesão de todos. São, por exemplo, os interesses relativos ao meio ambiente, aos bens de valor histórico ou artístico, à comercialização de alimentos e medicamentos seguros.

Já os interesses coletivos em sentido estrito são os “transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”⁹⁶¹. Dizem respeito a um grupo delimitado de pessoas, que podem ser identificadas e individualizadas, na medida em que estão ligadas por um vínculo jurídico. É o caso dos interesses dos contratantes de determinado plano de saúde à anulação de uma cláusula abusiva.

Por fim, são interesses individuais homogêneos aqueles que decorrem de origem comum⁹⁶² e cujo objeto é divisível. Não se trata, neste caso, de interesses essencialmente coletivos. Sua dimensão social decorre do número significativo de pessoas atingidas ou, em outras palavras, do “impacto de massa”⁹⁶³, o que acaba por justificar – por motivos de ordem prática e por conveniência –, a utilização de um mesmo instrumento processual de tutela jurídica para o accertamento da crise de direito material. Assim, os interesses individuais homogêneos, ao contrário dos interesses difusos e coletivos, são, sob a perspectiva material, individuais, e, apenas o tratamento que se lhes confere, sob a perspectiva processual, é aquele pertinente ao direito coletivo.

Por todo o mundo alastrou-se, de forma inexorável, a tutela dos interesses transcendentais ao indivíduo, os quais não poderiam deixar de receber adequada proteção. Evidentemente, não bastava reconhecer a relevância jurídica de tais interesses, seria também necessário que existissem meios apropriados para reclamá-los em juízo.

A garantia da tutela jurídica de tais interesses desenvolveu-se primeiro no âmbito do direito público e, mais tarde, tornou-se também uma preocupação do direito privado. Exige a

⁹⁵⁹ CDC, 1990, art. 81, parágrafo único, inciso I.

⁹⁶⁰ BARBOSA MOREIRA. Tutela..., cit., p. 194.

⁹⁶¹ CDC, 1990, art. 81, parágrafo único, inciso II.

⁹⁶² CDC, 1990, art. 81, parágrafo único, inciso III.

⁹⁶³ BARBOSA MOREIRA. Tutela..., cit., p. 196.

utilização, sobretudo, dos remédios preventivos existentes no ordenamento brasileiro, como multas administrativas, sanções penais e, na esfera do direito civil, tutelas inibitória e de remoção do ilícito. É intuitivo que a efetiva proteção dos interesses coletivos e difusos funciona melhor em caráter preventivo. O dano provocado à coletividade é, muitas vezes, irremediável e mecanismos jurídicos que atuem *ex post* são, nesses casos, inaproveitáveis.

A proteção dos interesses coletivos, todavia, ingressou não somente no âmbito do direito privado, mediante os remédios preventivos, vocacionados a evitar a materialização irreversível do dano, mas também na esfera da responsabilidade civil, que, mediante a imputação da obrigação de reparar, oferece mecanismo *ex post* de tutela. Mais recentemente, tem-se defendido inclusive que, quando sejam insuficientes os instrumentos clássicos de proteção dos interesses públicos, caberia à responsabilidade civil atuar como instrumento não só de reparação, mas, sobretudo, de prevenção-punição. Expande-se, assim, sua função e abrangência.

Naturalizada a existência de valores e interesses coletivos dignos de proteção jurídica, inclusive por meio da responsabilidade civil, passou-se a questionar: se um indivíduo pode sofrer dano moral, por que a coletividade não poderia?

No processo de ampliação das fronteiras da responsabilidade civil, duas circunstâncias – mais sociais do que jurídicas – tornaram possível a concepção de danos “extrapatrimoniais” coletivos. A primeira delas é a formação da sociedade de massas, na qual existe uma multiplicidade de interesses transindividuais, que podem ser a um só tempo ameaçados pelos riscos inerentes à modernidade industrial e tecnológica⁹⁶⁴. A segunda é a coletivização do direito civil, que conduz ao abandono do seu caráter individualista e liberal original⁹⁶⁵ e à crença no “primado claro e insofismável do coletivo sobre o individual”⁹⁶⁶.

É nesse contexto que se passou a defender a possibilidade de a responsabilidade civil servir à tutela dos interesses coletivos *lato sensu*, os quais, uma vez violados, poderiam dar lugar a um dano cujas repercussões, por transcenderem a esfera individual, seriam eminentemente coletivas.

São fundamentalmente três as modalidades de dano extrapatrimonial coletivo, com nomenclaturas distintas, que pairam sobre o sistema jurídico brasileiro: dano ambiental, dano

⁹⁶⁴ SANTOS, Romualdo Baptista dos. O dano social no estágio atual da responsabilidade civil. In: *Revista de direito da responsabilidade*, Coimbra, a. 2, p. 676-697, 2020. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/35831>>. Acesso em: 26. fev. 2021, p. 677.

⁹⁶⁵ BESSA. Dano..., cit., p. 262; CAMARGO, Paulo Sergio Uchôa Fagundes Ferraz de. *Dano moral coletivo: uma possibilidade de aplicação dos danos punitivos*. São Paulo: Almedina, 2016. Versão *e-book*, p. 143.

⁹⁶⁶ BITTAR FILHO. Do dano..., cit., p. 50.

moral coletivo e dano social. Cada qual será, a seguir, apresentado para que, posteriormente, seja possível compreender se tais danos coletivos podem ser, efetivamente, espécies de dano moral ou extrapatrimonial, e se podem ser assim acolhidos e ressarcidos no ordenamento jurídico brasileiro.

11.1. O dano ambiental

11.1.1 *A responsabilidade civil como instrumento de tutela do meio ambiente: o dano ambiental segundo a doutrina*

O dano ambiental é, possivelmente, a primeira e a mais clara manifestação do dano coletivo. No último século, surgiu o que se identifica como “direitos de terceira geração”, categoria “ainda excessivamente heterogênea e vaga”⁹⁶⁷, cujo exemplo mais emblemático é o direito de viver num ambiente não poluído⁹⁶⁸. Com efeito, a tutela do meio ambiente é objeto de preocupação em diversas áreas do conhecimento. No âmbito jurídico, produziu reflexos, primeiro, no campo do direito público, berço do direito ambiental⁹⁶⁹, e depois também no direito privado.

Num primeiro momento, manteve-se afastada a responsabilidade civil dos mecanismos de tutela ambiental, sobretudo por ser ela classicamente um instrumento vocacionado à atuação *post factum*, cuja finalidade é a reparação e não a prevenção de danos. Mais tarde, porém, passou-se a vê-la como um mecanismo último de proteção ao meio ambiente, capaz de atuar de modo complementar às demais técnicas de tutela⁹⁷⁰.

A função da responsabilidade civil, nesse contexto, deixa de ser primordialmente reparatória e passa a ser, em igual medida, preventiva. Não basta olhar para trás e reparar, tanto quanto possível, o dano causado; é preciso mirar para frente e tentar, a todo custo, evitar a consumação de novos danos e afastar riscos e danos potenciais⁹⁷¹. Passa-se a cogitar, assim de uma responsabilidade civil com atuação *ex ante*, o que se tem chamado de responsabilidade civil preventiva⁹⁷².

⁹⁶⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 9.

⁹⁶⁸ BOBBIO. *A era...*, cit., p. 9.

⁹⁶⁹ BENJAMIN. *Responsabilidade...*, cit., p. 7.

⁹⁷⁰ BENJAMIN. *Responsabilidade...*, cit., p. 8-9 e 12.

⁹⁷¹ BENJAMIN. *Responsabilidade...*, cit., p. 15.

⁹⁷² A propósito, pode-se conferir: LOPEZ. *Princípio...*, cit., 2010; HIRONAKA. *Responsabilidade...*, cit., p. 33-59, jan./jun. 2007, Goiânia. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br>>. Acesso em 26. mar. 2021; THIBIERGE. *Avenir...*, cit., p. 577-582.

Essa nova conformação da responsabilidade civil deve-se, em alguma medida, ao que se denomina “princípio da precaução”. Suas raízes remontam ao *Vorsorgeprinzip* (princípio da antevisão), ao qual se faziam referências desde o início dos debates sobre proteção ambiental. Tal princípio provavelmente já estava elaborado na Alemanha pré-guerra e foi posteriormente invocado, na década de 1960, como uma justificativa genérica ao planejamento estatal⁹⁷³. Reintroduzido na década de 1970 como “princípio da precaução”, é hoje acolhido em diversos países e invocado em debates doutrinários e jurisprudenciais.

Nos Estados Unidos, o *Wingspread Statement* definiu o referido princípio da seguinte forma: “Quando uma atividade gera ameaças de danos ao meio ambiente ou à saúde humana, medidas de precaução devem ser tomadas, mesmo que algumas relações de causa e efeito não sejam totalmente estabelecidas cientificamente”⁹⁷⁴.

Em Comunicação da Comissão Europeia, ao tentar-se definir a forma de aplicação e o escopo do princípio, afirma-se o seguinte:

O princípio da precaução não é definido no Tratado, que o prescreve apenas uma vez - para proteger o ambiente. Mas, na prática, o seu âmbito de aplicação é muito mais vasto, especificamente quando uma avaliação científica objectiva preliminar indica que há motivos razoáveis para suspeitar que efeitos potencialmente perigosos para o ambiente, a saúde das pessoas e dos animais ou a protecção vegetal podem ser incompatíveis com o elevado nível de protecção escolhido para a Comunidade⁹⁷⁵.

O assunto também mereceu destaque na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92). Dispõe o Princípio nº 15 da Declaração então firmada:

Com a finalidade de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério de precaução conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para que seja adiada a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação ambiental⁹⁷⁶.

Além de não existir um consenso sobre o conteúdo e a abrangência do referido princípio, os termos imprecisos utilizados em seus conceitos evidenciam a insegurança que

⁹⁷³ SCRUTON, Roger. *Filosofia verde: como pensar seriamente o planeta*. São Paulo: É Realizações, 2016, p. 95.

⁹⁷⁴ ASHFORD, Nicholas *et al.* Wingspread Statement on the Precautionary Principle. *Wingspread Conference Center*, Racine, Wisconsin, 23-25 jan. 1998. Disponível em: <<http://www.gdrc.org/u-gov/precaution-3.html>>. Acesso em: 25 mar. 2021. tradução nossa.

⁹⁷⁵ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Comunicação da Comissão relativa ao princípio da precaução*. COM (2000) 1 final. Bruxelas, 2.2.2000. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52000DC0001>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

⁹⁷⁶ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE E O DESENVOLVIMENTO – ECO 92. Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, Rio de Janeiro, Brasil, 3-14 jun. 1992. <https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf>. Acesso em 25 mar. 2021.

pode decorrer do seu uso. A atenção a um ideal de precaução no campo ambiental – que é legítima e tem a sua razão de ser –, quando transformada em princípio jurídico de significação incerta e aplicação vasta, revela uma cultura de aversão ao risco, que pode ter desastrosas repercussões econômicas e jurídicas.

É o que se passa quando, a despeito de todas as incertezas, permite-se que o chamado princípio da precaução ingresse com ímpeto no direito brasileiro, inclusive no âmbito da responsabilidade civil, com a qual parece ser, a rigor, incompatível. É sob essa perspectiva que se fala num fortalecimento de sua função preventiva, que culmina numa tendência de dissociação entre responsabilidade e dano. Exige-se, nesse contexto, uma verdadeira reformulação da responsabilidade civil, inclusive com o abandono de suas premissas fundantes, com o intuito de tornar possível a sua aplicação como mecanismo de precaução de danos hipotéticos, graves e irreversíveis. Nas palavras de Geneviève Viney e de Phillippe Kourilsky:

Atualmente, tanto o direito civil, como o direito administrativo, exigem, em princípio, um dano certo e atual. No entanto, pode-se conceber que a aplicação do princípio da precaução incite os juízes a se contentarem com uma simples ameaça de dano, quando esta diz respeito à saúde, à segurança humana ou ao meio ambiente, e quando o dano previsto for grave ou irreversível. Além disso, verifica-se que os tribunais já aceitam com bastante frequência que a mera criação de um risco seja equiparada a um dano compensável⁹⁷⁷.

Assim, com amparo no chamado “princípio da precaução”, a pretexto de mitigar riscos, evitar a concretização de danos e promover maior segurança, tem-se atribuído à responsabilidade civil ambiental uma função eminentemente preventiva, que merece tanto ou mais relevo, nesse contexto, que a sua clássica função reparatória. Diante da insuficiência ou da absoluta falha dos mecanismos tipicamente vocacionados à prevenção e à repressão dos danos ambientais – consistentes não só em instrumentos de direito público, sanções administrativas e penais, mas também em instrumentos de direito privado, como a tutela inibitória e a tutela de remoção do ilícito – aparece a responsabilidade civil como o último recurso para garantir a proteção ambiental⁹⁷⁸.

O direito brasileiro confere proteção constitucional e legal ao meio ambiente. A responsabilidade civil, nesse caso, é objetiva, baseando-se na teoria do risco integral. A Lei nº 6.938/81, no art. 3º, I, define de forma abrangente o meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. O inciso II do mesmo artigo conceitua

⁹⁷⁷ VINEY, Geneviève; KOURILSKY, Philippe. *Le principe de précaution. Rapport au premier ministre. s/e*, 1999, p. 81. grifos nossos.

⁹⁷⁸ BENJAMIN. Responsabilidade..., cit., p. 16.

“degradação da qualidade ambiental” como alteração adversa das características do meio ambiente.

Em vista de tais premissas conceituais, a doutrina costuma definir o dano ambiental como “a alteração, deterioração ou destruição, parcial ou total, de quaisquer dos recursos naturais, afetando adversamente o homem e/ou a natureza”⁹⁷⁹, ou, ainda, como a lesão causada “ao meio ambiente, diretamente, como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e indiretamente, a terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que refletem no macrobem”⁹⁸⁰.

Essa conceituação faz-se em vista do bem lesado (por conseguinte, do evento lesivo), e não propriamente das consequências prejudiciais da lesão. Assim, a exemplo do que se passa com o dano estético, a qualificação que inclui o dano ambiental como modalidade de dano autônoma vale-se de critério diverso daquele usado para distinguir danos patrimoniais e morais. Por tal razão, também em relação ao dano ambiental, verifica-se muitas vezes a sobreposição de nomenclaturas diversas para referir-se ao que corresponde a um único tipo de dano. Basta pensar no seguinte exemplo: um sujeito desmata parte de uma área de preservação permanente. O desmatamento em si, enquanto destruição de recursos naturais, configuraria dano ambiental, independentemente de qual seja a natureza dos prejuízos dele advindos. Eventuais consequências patrimoniais ou morais daí provenientes, contudo, não deixariam de caracterizar-se como dano patrimonial ou dano moral.

É porque a categoria do dano ambiental é classificada segundo o critério do evento lesivo (e não da natureza do prejuízo decorrente da lesão), que alguns autores tendem a apontar o dano ambiental como gênero, dentro do qual se inserem o dano patrimonial ambiental e o dano extrapatrimonial ambiental, podendo cada qual se manifestar como dano coletivo ou individual.

José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala, por exemplo, entendem que o dano ambiental, no que diz respeito à amplitude do bem protegido, pode configurar-se como (i) dano ecológico puro (que atinge bens próprios da natureza, em sentido estrito); (ii) dano ambiental *lato sensu* (que abrange de forma ampla todos os componentes do meio ambiente, inclusive o patrimônio cultural); ou (iii) dano individual ou reflexo (relativo aos prejuízos sofridos por indivíduos como consequência da lesão ao bem ambiental). Ainda, quanto à

⁹⁷⁹ BENJAMIN. Responsabilidade..., cit., p. 48.

⁹⁸⁰ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. Teoria e prática. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 102.

extensão, poderia ser caracterizado como (i) dano patrimonial ambiental ou (ii) dano moral ou extrapatrimonial ambiental⁹⁸¹.

De forma semelhante, Herman Benjamin afirma que os danos ambientais são gênero, do qual são espécie danos ecológicos (ambientais *stricto sensu*) e danos pessoais, os quais podem se traduzir em prejuízos (patrimoniais ou morais) individuais, individuais homogêneos, coletivos *stricto sensu* ou difusos. Desse modo, por um único fato ambiental, poderiam ser causados diversos tipos de dano⁹⁸².

Jorge Bustamante Alsina, a este propósito, afirma que “dano ambiental” consiste numa expressão ambivalente, porque pode designar tanto o dano que recai sobre o patrimônio ambiental pertencente à coletividade, quanto o dano causado por ricochete aos interesses legítimos de uma certa pessoa⁹⁸³.

Percebe-se, pois, que o dano ambiental encontra-se em rol de classificação distinto dos danos morais ou patrimoniais. Por isso mesmo, ele se confundirá, diversas vezes, com o dano moral coletivo ou com o dano social. Aliás, uma das hipóteses mais frequentes de reconhecimento do dano moral coletivo pelo STJ diz respeito a lesões causadas ao meio ambiente, como se verá no tópico seguinte.

Segundo Leite e Ayala, haveria fundamento legal, no ordenamento jurídico brasileiro, para a reparação de danos ambientais extrapatrimoniais (poderia dizer-se também danos morais coletivos por lesão ao meio ambiente). Isso porque o equilíbrio ambiental seria um direito fundamental, que poderia também ser qualificado como direito da personalidade, de caráter difuso⁹⁸⁴. De forma semelhante, para Rosenvald e Farias, “meio ambiente equilibrado é manifestação do direito à vida digna e veículo de desenvolvimento da personalidade humana, pois a saúde física e mental se apoiam no ambiente”⁹⁸⁵.

Acima se viu, porém, que os bens da personalidade são aqueles interiores ao sujeito, ligados a este por um nexo estreitíssimo, orgânico⁹⁸⁶. E já se alertara sobre a impossibilidade de confundirem-se com tais bens aqueles outros que visam a assegurar condições para a conservação e o desenvolvimento dos bens da personalidade, mas que são exteriores a ela. Estes são também muito relevantes, mas possuem função auxiliar. O equilíbrio ambiental é um desses bens cuja importância está em fornecer condições à proteção e ao desenvolvimento dos bens da

⁹⁸¹ LEITE; AYALA. *Dano*..., cit., p. 93-94.

⁹⁸² BENJAMIN. *Responsabilidade*..., cit., p. 50-51.

⁹⁸³ BUSTAMANTE ALSINA. *Teoría*..., cit., p. 661.

⁹⁸⁴ LEITE; AYALA. *Dano*..., cit., p. 286.

⁹⁸⁵ FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO. *Curso*..., cit., p. 354.

⁹⁸⁶ DE CUPIS. *I diritti*..., cit., p. 29.

personalidade. Mas, inegavelmente, é exterior à pessoa e não constitui a sua essência. Os bens da personalidade são fim. O equilíbrio ambiental é meio. E fins não podem ser equiparados a meios.

No caso do dano ambiental extrapatrimonial, sobretudo quando é coletivo, admite-se a sua configuração como dano *in re ipsa*, que pode ser ressarcido independentemente de prova dos prejuízos concretos⁹⁸⁷. Tal flexibilização quanto à prova do dano revela que a responsabilidade civil acaba atuando mais para sancionar a conduta ilícita do que para reparar o dano. E, de fato, não nega a doutrina que a responsabilidade por dano extrapatrimonial ambiental desempenha uma função pedagógica e punitiva-preventiva⁹⁸⁸, legitimada, inclusive, pelo princípio da precaução.

Além dos danos coletivos, também seriam reparáveis, como espécie de danos ambientais, danos individuais reflexos ou indiretos, nos casos em que determinados indivíduos sofressem prejuízos patrimoniais ou não patrimoniais oriundos da lesão ao meio ambiente⁹⁸⁹. Seria o caso, por exemplo, do sujeito que contrai uma doença em razão da poluição de um rio que abastece a sua propriedade.

Essa noção de que danos individuais poderiam ser caracterizados como danos ambientais, ainda que se considere que o critério de classificação é o bem lesado, é no mínimo estranha. A pessoa que eventualmente seja prejudicada pela lesão ambiental “poderá se defender com remédios típicos relativos à propriedade ou à saúde”⁹⁹⁰, isto é: não há nenhuma necessidade de se recorrer à categoria do dano ambiental para que sejam reparados os danos individuais, de ordem patrimonial ou moral, causados a um indivíduo.

Argumenta-se que, nesses casos, estaria sendo ressarcido um prejuízo reflexo, decorrente do ato de degradação ambiental. A verdade, porém, é que se está reparando, simplesmente, um prejuízo diretamente causado por uma lesão à pessoa ou ao seu patrimônio. Em termos práticos, isso significa que não existe reparação individual em caso de violação ao meio ambiente, a não ser que, por meio de tal violação, tenha-se lesado também um outro bem jurídico, material ou imaterial, pertencente ao sujeito, e com isso causado a ele prejuízos patrimoniais ou morais diretos. Se se rompe uma barragem e tem-se como resultado o desequilíbrio do ecossistema de um rio, com a morte dos peixes, o pescador que ali trabalhava sofrerá, individualmente, danos patrimoniais. No caso do sujeito que adoece por ter consumido

⁹⁸⁷ LEITE; AYALA. *Dano*..., cit., p. 292.

⁹⁸⁸ LEITE; AYALA. *Dano*..., cit., p. 287; ALPA. *Responsabilità*..., cit., p. 351.

⁹⁸⁹ LEITE; AYALA. *Dano*..., cit., p. 147.

⁹⁹⁰ ALPA. *Responsabilità*..., cit., p. 355. tradução nossa.

a água do rio contaminado, a indenização pelos prejuízos suportados não se deve à violação ao meio ambiente, mas à violação à saúde. Não se trata de dano ambiental, o qual, segundo Guido Alpa, é um dano de natureza pública, resultante da lesão de um bem imaterial, com reflexos patrimoniais⁹⁹¹.

Busnelli, ao analisar o dano ambiental no ordenamento jurídico italiano, destaca duas circunstâncias particulares do seu regime. A primeira delas consiste na ruptura entre a bilateralidade da relação que nasce do ato ilícito entre o causador do dano e a vítima, já que a legitimidade para pedir o ressarcimento não é de quem prova ter sofrido o dano, mas de um ente de direito público, predeterminado pela lei, por exercer uma função de proteção da coletividade⁹⁹².

A segunda, diz respeito ao dano em si, que, segundo a legislação italiana, consiste num dano contra o estado primordial, que “coincide com o evento do comprometimento do meio ambiente enquanto tal”⁹⁹³. Isso significa que a configuração do dano ambiental acaba-se satisfazendo com a ocorrência do que se chama “dano-evento”. Não obstante, não se verificando um efetivo prejuízo à esfera jurídica de um sujeito, não há a possibilidade de se operar uma tutela ressarcitória propriamente dita. A soma de dinheiro que o agente causador do dano é condenado a pagar a título de dano ambiental, sobretudo quando não serve para recuperar o equilíbrio ambiental – o que melhor é alcançado mediante a *restitutio ad integrum* –, ou para reparar os prejuízos patrimoniais daí advindos, acaba-se confundindo com uma pena privada, já que seu aspecto punitivo prevalece nitidamente sobre o aspecto reparatório.

Essas duas peculiaridades indicadas por Busnelli, que, a rigor, já apontam a impossibilidade de se caracterizar o dano ambiental como modalidade de dano moral reparável, repetem-se nas demais figuras de dano coletivo.

11.1.2 O dano ambiental na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

O tratamento do dano ambiental na jurisprudência do STJ confirma os traços da figura apontados pela doutrina. A vastidão do uso da nomenclatura comprova-se pelo volume de acórdãos existentes no banco de dados daquele Tribunal contendo a expressão “dano ambiental”: até 2020, eram 803 julgados. Por essa razão, a busca jurisprudencial ficou restrita ao dano ambiental extrapatrimonial ou moral, em vista do objeto deste trabalho. Ao todo, foram

⁹⁹¹ ALPA. *Responsabilità...*, cit., p. 356.

⁹⁹² BUSNELLI. *La parábola...*, cit., p. 25.

⁹⁹³ BUSNELLI. *La parábola...*, cit., p. 25.

localizados 16 acórdãos contendo, na ementa, as expressões “dano ambiental” e “extrapatrimonial” ou “dano moral ambiental”⁹⁹⁴, julgados entre 2012 e 2020, como ilustrado no gráfico abaixo:

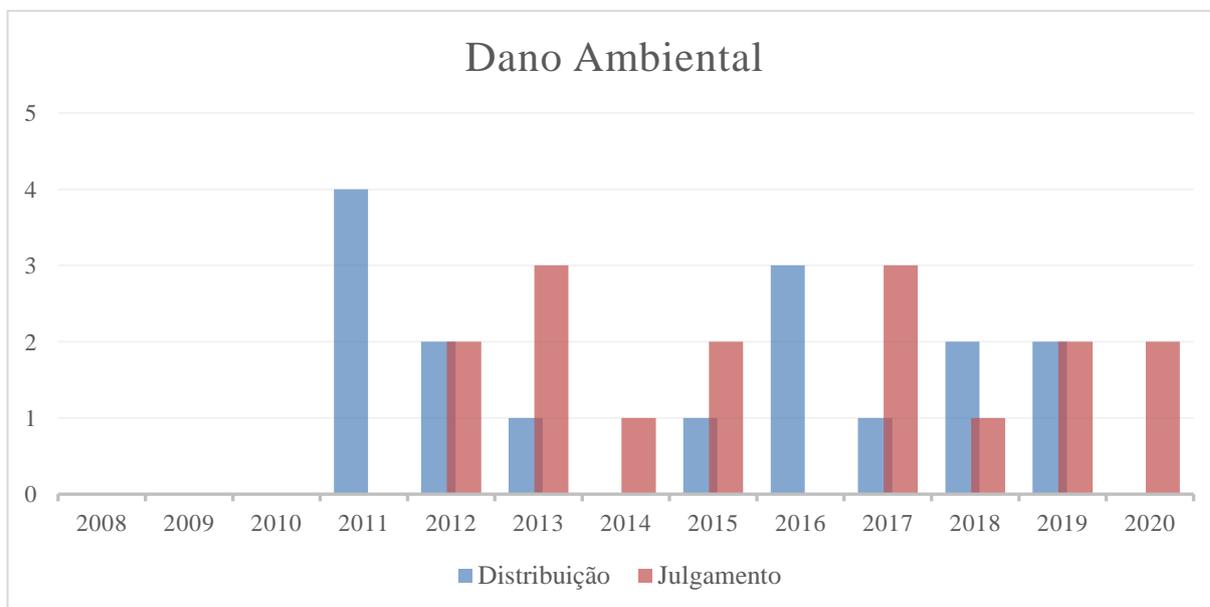


Figura 6 – Acórdãos do STJ sobre dano ambiental, por data de distribuição e julgamento

Apreende-se dos acórdãos analisados que o dano ambiental, em sentido amplo, configura-se quando há qualquer lesão ao meio ambiente equilibrado. Pode ser coletivo *lato sensu* – quando corresponde a alterações nocivas ao patrimônio ambiental comum à sociedade – ou individual – quando os efeitos dessa alteração atingem legítimos interesses de um indivíduo.

Assim, no Recurso Especial nº 1.381.211-TO⁹⁹⁵, o Min. Marco Buzzi, recorrendo à doutrina de Leite e Ayala, afirma que:

(...) o dano ambiental consiste tanto naquele que recai sobre o patrimônio ambiental - comum à coletividade, autônomo (direito difuso) -, quanto ao dano que se verifica por intermédio do meio ambiente (dano reflexo ou por ricochete), o qual atinge a interesses legítimos de uma determinada pessoa, sejam de ordem patrimonial ou extrapatrimonial.

⁹⁹⁴ A pesquisa jurisprudencial foi realizada no banco de dados do STJ em 2020, sem corte temporal, e buscou por acórdãos que contivessem, na ementa, as expressões “dano ambiental” e “extrapatrimonial”, bem como “dano moral ambiental”. A busca que utilizou como parâmetro a expressão “dano ambiental” e “extrapatrimonial” teve como resultado 13 acórdãos. Já a busca que utilizou a expressão “dano moral ambiental” localizou 4 acórdãos. Uma decisão apareceu em ambas as buscas. Assim, no total, foram analisados 16 acórdãos.

⁹⁹⁵ REsp 1381211/TO, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 15/05/2014, DJe 19/09/2014.

No caso que estava sob julgamento, um incêndio iniciado em terreno de propriedade do réu, decorrente da prática de queimada, atingiu o imóvel rural lindeiro, que pertencia ao autor. Em decorrência de tal fato, foram destruídos 50 alqueires de pastagens e morreram animais pertencentes ao autor da ação.

Assim, observou o Min. Relator que o caso enquadra-se na segunda acepção do dano ambiental, isto é, dano ambiental individual ou por ricochete. Afinal, a degradação ambiental causada pela queimada “atingiu, além da qualidade do meio ambiente global, interesses individuais, na hipótese, o patrimônio do recorrido”.

Também no Recurso Especial nº 1.346.430-PR⁹⁹⁶, o STJ reconheceu a configuração de dano ambiental individual ou por ricochete. Tratava-se de ação indenizatória ajuizada por um pescador profissional artesanal em face da Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás. Em 16 de fevereiro de 2001, o poliduto “Olapa”, de propriedade da ré, em razão de chuvas torrenciais, sofreu um rompimento que resultou no vazamento de 48.500 litros de óleo combustível. O infortúnio causou a mortandade da fauna aquática, o que implicou a proibição da pesca nos rios e baías de Antonina e Paranaguá por mais de seis meses. O autor, por ser pescador na região e obter seu sustento da pesca, alegou ter sofrido danos patrimoniais e morais.

Ao analisar o caso, o Min. Relator, Luís Felipe Salomão, reconheceu que a privação das condições de trabalho do autor, que por tempo prolongado viu-se impedido de pescar, seria causa de angústia, aflição e incerteza quanto à viabilidade futura de sua atividade profissional e à capacidade para sustentar sua família. Tal fato configuraria, pois, dano moral, como já havia sido, inclusive, afirmado no julgamento do Tema Repetitivo nº 439 do STJ, o qual tinha como pano de fundo o mesmo acidente ocorrido no Porto de Paranaguá: “É devida a indenização por dano moral, patente o sofrimento intenso do pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental”⁹⁹⁷.

De modo diverso, não se concedeu indenização por dano ambiental individual no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.400.292-SP⁹⁹⁸. Tratava-se de ação indenizatória ajuizada por pessoa física contra um frigorífico, sob a alegação de que teria sofrido transtornos e problemas de saúde em decorrência do vazamento de gases tóxicos na atmosfera

⁹⁹⁶ REsp 1.346.430/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18/10/2012, DJe 21/11/2012.

O REsp 1.346.449/PR trata de caso semelhante e, sob os mesmos fundamentos, o STJ reconhece a configuração de danos morais causados pelo acidente ambiental (REsp 1346449/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18/10/2012, DJe 21/11/2012).

⁹⁹⁷ REsp 1114398/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 08/02/2012, DJe 16/02/2012.

⁹⁹⁸ AgInt no AREsp 1400292/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 09/03/2020, DJe 11/03/2020.

após a ocorrência de um incêndio em terminal administrado pela ré. O STJ confirmou o acórdão de origem, que concluíra pela não configuração do dano, uma vez que inexistia “prova de que o autor sofreu danos físicos e psicológicos por eventual exposição aos gases tóxicos”. O autor sequer comprovou residir na região afetada ou ter necessitado de atendimento médico no período. Ainda que se tratasse de responsabilidade objetiva, deveria ser demonstrado o dano individual experimentado pelo autor, o que não se verificou.

Em outros acórdãos, o STJ reconhece a configuração de danos ambientais sob a veste de danos morais coletivos. O Recurso Especial nº 1.367.923-RJ foi interposto contra acórdão que ordenou a reparação de dano moral coletivo causado pelo armazenamento inadequado de produtos de fibrocimento (amianto), o que implicava graves riscos de contaminação e perigo à saúde pública. A questão de direito analisada pelo Tribunal Superior consistia, justamente, em definir se era ou não possível a condenação do responsável por degradação ambiental ao pagamento de indenização por dano extrapatrimonial ou dano moral coletivo.

O Min. Relator, Humberto Martins, seguindo o entendimento da Segunda Turma do STJ, afirmou que, “ainda que de forma reflexa, a degradação ao meio ambiente dá ensejo ao dano moral coletivo”. Seria, afinal, um contrassenso admitir o ressarcimento por dano moral individual sem que se desse à coletividade o mesmo tratamento, uma vez que, neste caso, seria afetada a honra de cada um dos indivíduos.

Reiterou também entendimento outrora expressado pelo Min. Herman Benjamin, segundo o qual a “responsabilidade civil ambiental deve ser compreendida da forma mais ampla possível, de modo que a condenação a recuperar a área prejudicada não exclua o dever de indenizar – juízos retrospectivo e prospectivo”.

Há dois pontos na fundamentação desse acórdão que merecem destaque e alguma reflexão. O primeiro deles diz respeito à própria configuração do dano. No caso, reconheceu-se que o simples armazenamento inadequado do amianto, por implicar *riscos* de contaminação e *perigo* à saúde pública, seria suficiente para caracterizar o dano ambiental. Não é difícil perceber que, de tal ato, não sobreveio nenhum dano concreto e efetivo. Trata-se, a rigor, de responsabilidade civil por mera conduta, sem dano, o que causa espanto.

O segundo ponto é intimamente relacionado ao anterior: segundo a citação do Min. Herman Benjamin, a obrigação de recuperar a área prejudicada (reparação *in natura*) atua de forma retrospectiva, enquanto a obrigação de indenizar atua de forma prospectiva. Bem analisada a afirmação, extraem-se dela duas conclusões: (i) o *plus* indenizatório acrescido à condenação de recuperação da área não pode representar efetivo ressarcimento, já que este é alcançado, em princípio, mediante a reparação *in natura*; (ii) a “atuação prospectiva” da

indenização é expressão da função punitiva-preventiva, tão alardeada no âmbito dos danos ambientais, sobretudo em razão do prestígio alcançado pelo duvidoso princípio da precaução. Tais constatações, aliadas à observação anterior, revelam que a responsabilidade civil, nesses casos, atua como verdadeiro instrumento de sanção: o que se chama de “indenização” não é senão uma pena civil, fixada em vista do risco ou da ameaça advindos da conduta ilícita, independentemente da existência de dano, com manifesto propósito de punir o infrator e evitar, assim, a prática de outras condutas potencialmente lesivas.

No Recurso Especial nº 1.410.698-MG⁹⁹⁹, discutia-se a ocorrência de dano moral coletivo em razão de dano ambiental decorrente de parcelamento irregular do solo urbanístico, que culminou na invasão de Área de Preservação Ambiental Permanente e submeteu os moradores da região a condições precárias de sobrevivência.

O Tribunal de origem havia determinado a adoção das medidas específicas para reparar e prevenir os danos ambientais, mediante a regularização do loteamento. Contudo, negara provimento ao pedido de ressarcimento pelo dano moral coletivo. O STJ reconheceu a configuração de tal dano, o qual “surge diretamente da ofensa ao direito ao meio ambiente equilibrado”. Nessa hipótese, a simples violação do bem jurídico tutelado traduz-se na ocorrência de dano moral, independentemente da verificação de dor ou padecimento, que são consequências da violação. Além disso, como a reparação ambiental deve ser plena, a condenação à recuperação da área danificada não afasta o dever de indenizar. Este alcança o dano moral coletivo e o dano residual.

Tem-se, nesse caso, o reconhecimento da configuração de dano moral coletivo pela simples violação ao bem jurídico, isto é, pela tão só verificação do evento lesivo, prescindindo de concreto prejuízo. Além disso, mais uma vez, soma-se a indenização pecuniária pelo dano moral coletivo à reparação *in natura*.

Divergente – e interessante – é a fundamentação do acórdão recorrido e mantido pelo STJ no julgamento do Recurso Especial 1.657.795-PB¹⁰⁰⁰. Cuidava-se, na origem, de Ação Civil Pública ajuizada pelo IBAMA em desfavor do Município de Bananeiras-PB, pedindo que a municipalidade fosse condenada a implantar aterro sanitário, desativar lixão que se encontrava em desconformidade com as normas ambientais, apresentar Programa de Recuperação da Área Degradada e pagar indenização a título de “danos morais difusos”, a serem destinados ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. O juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os

⁹⁹⁹ REsp 1410698/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23/06/2015, DJe 30/06/2015.

¹⁰⁰⁰ REsp 1657795/PB, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/08/2017, DJe 13/09/2017.

pedidos, condenando o Município às obrigações de fazer, mas rejeitando o pedido de fixação de indenização por danos morais coletivos. A decisão foi confirmada pelo Tribunal estadual, que justificou a rejeição do pedido indenizatório da seguinte forma:

(...) o ônus financeiro, decorrente da imposição da indenização agravaria ainda mais as finanças municipais, dificultando o cumprimento das finalidades principais da presente ação ambiental, quais sejam: fim do lixão, construção do aterro sanitário licenciado e recuperação dos danos ambientais. Não teria sentido, portanto, impor um gravame que serviria apenas para dificultar a eliminação da causa do dano extrapatrimonial referido na inicial.

À luz das premissas fáticas estabelecidas na instância ordinária, a Corte Superior não conheceu o recurso especial, com fundamento na Súmula 7 do STJ. Apesar de o Tribunal Superior não ter se pronunciado sobre o mérito da questão, a ponderação constante do acórdão recorrido merece alguma reflexão. Com efeito, a imputação de obrigações de fazer e não fazer e a reparação *in natura* não seriam, no âmbito cível, medidas mais eficientes à recuperação da área ambiental degradada? E a condenação do infrator ao pagamento de elevadas multas civis, travestidas de indenizações e destinadas a fundos sobre os quais se tem pouco conhecimento e controle, não poderia até dificultar, em alguns casos, a ágil e eficaz recuperação ambiental?

A análise jurisprudencial revela que a ideia de dano ambiental como um conceito abrangente, que pode configurar-se como dano patrimonial ou não patrimonial, individual ou coletivo, é acolhida pelo STJ. Em sua versão extrapatrimonial, portanto, pode ser tanto individual quanto coletivo, submetendo-se, conforme o caso, a dois regimes completamente diversos.

Se individual, exige-se prova do dano pessoal experimentado pela vítima, isto é, da forma como o evento lesivo repercutiu em sua esfera jurídica. Se coletivo, flexibiliza-se a prova, admitindo-se que o dano configura-se *in re ipsa*, e surge diretamente da ofensa ao meio ambiente.

Se individual, a legitimidade para reclamar o ressarcimento é da vítima, assim como é dela a indenização concedida. Se coletivo, a reparação deve ser reclamada pelos entes legitimados para propor ações coletivas, e é direcionada a um fundo, no mais das vezes vinculado à promoção dos interesses sociais.

Também quanto à função primordial da reparação nota-se uma diferença: quando o dano ambiental é individual, predomina a função clássica, reparatória, da responsabilidade civil;

quando se manifesta sob a perspectiva coletiva, sobressai a finalidade preventiva, que visa à “eliminação de fatores capazes de produzir riscos intoleráveis”¹⁰⁰¹.

Assim, o dano ambiental não é uma categoria com conteúdo e regime próprio, capaz de ser inserida no catálogo tradicional dos danos. Confirma-se o que havia sido percebido já pela apresentação doutrinária do conceito: o critério de classificação do dano ambiental diz respeito ao bem jurídico lesado (“dano-evento”) – e não, como sói ser, às consequências da lesão na esfera jurídica da vítima (“dano-prejuízo”).

Por tal razão, o dano ambiental se enquadraria numa relação de danos bastante ampla e pouco útil, na qual se incluem o dano estético e o dano à imagem e onde se poderiam inserir também danos “à integridade física”, “à privacidade”, “ao nome”, “à honra”. Seriam tantas nomenclaturas quanto fossem os bens jurídicos lesados. Mas, no fim, a classificação que realmente importaria continuaria sendo aquela que leva em conta a natureza dos prejuízos, os quais só podem ser patrimoniais ou morais. Afinal, como se viu na primeira parte deste trabalho, o dano não se contenta com o evento danoso, mas se perfaz apenas quando tal evento produz consequências negativas na esfera jurídica de alguém.

Uma classificação séria pressupõe um único critério. Se, ao contrário, utiliza-se simultaneamente diversos critérios de identificação e distinção dos danos, enfrenta-se o grave risco de que se confundam e sobreponham várias nomenclaturas de dano que, em essência, não indicam tipos autônomos, concedendo-se, assim, dupla indenização pelo mesmo prejuízo. O método dá lugar à desordem.

Nesse sentido, o que se chama de “dano ambiental” expressa simplesmente uma lesão ao meio ambiente, mas para que seja dano ressarcível, deve configurar-se, necessariamente, como dano patrimonial ou moral. Assim, especialmente quando o dano é individual, é desnecessária a categoria do dano ambiental, pois, a rigor, caracteriza-se ou como dano patrimonial ou como dano moral. Por isso, a reparação segue o regime jurídico tradicional, prescindindo de um novo conceito jurídico para que se dê adequada resposta aos prejuízos verificados.

Quando o dano ambiental é coletivo, equivale à categoria dos danos morais coletivos, aplicando-se a ele todas as características – e todas as críticas – que serão apontadas a seguir, a propósito desta outra modalidade.

¹⁰⁰¹ REsp 1.346.430/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18/10/2012, DJe 21/11/2012; REsp 1346449/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18/10/2012, DJe 21/11/2012.

11.2. O dano moral coletivo

11.2.1 Os contornos do dano moral coletivo segundo a doutrina brasileira

O dano moral coletivo é figura recente no direito brasileiro. Foi apenas nas últimas décadas que, já superadas as controvérsias a respeito da reparabilidade do dano moral, passou-se a questionar a possibilidade de a sociedade também sofrer esse tipo de dano. Assim, entendendo-se que a coletividade, enquanto um grupo de pessoas unidas por determinados fatores comuns, teria uma dimensão ética e um núcleo de valores próprios, que não se confundiriam com aqueles de cada um dos indivíduos que a compõem, passa-se a conceber a existência de um dano moral de caráter coletivo¹⁰⁰².

Este se definiria como “a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade”¹⁰⁰³, resultando da agressão injustificada ao “patrimônio valorativo de uma certa comunidade”¹⁰⁰⁴.

O dano moral coletivo configura-se, segundo a doutrina jurídica brasileira, quando o patrimônio moral da coletividade é lesado, provocando repercussões irreversíveis ou de difícil reparação, que perdurarão na história e afetarão as gerações presentes e futuras¹⁰⁰⁵. A sua configuração pressupõe que o dano moral possa ser causado de forma difusa¹⁰⁰⁶, afetando uma coletividade, a qual possui uma dimensão ética independente dos indivíduos que a compõem¹⁰⁰⁷. Parte-se da premissa de que a comunidade, enquanto núcleo de valores, possuiria também honra-objetiva e inclusive autoestima¹⁰⁰⁸, de modo que qualquer agressão grave aos valores fundamentais ou à cultura de determinada comunidade implicaria um dano extrapatrimonial reparável, independentemente da existência de alguma manifestação anímica (dor, humilhação, abalo psíquico, consternação ou repulsa coletiva¹⁰⁰⁹).

A premissa fundante que permite o surgimento desse novo tipo de dano no direito brasileiro é a de que, se um indivíduo pode ser ressarcido por lesão a um dano moral, não há razão pela qual a coletividade não possa também sê-lo¹⁰¹⁰.

O dano moral, em sua configuração clássica, estava associado à perturbação do estado de ânimo do sujeito e se manifestava por meio da dor e do sofrimento. Mas tal noção estaria,

¹⁰⁰² BITTAR FILHO. Do dano..., cit., p. 54.

¹⁰⁰³ BITTAR FILHO. Do dano..., cit., p. 55.

¹⁰⁰⁴ BITTAR FILHO. Do dano..., cit., p. 55.

¹⁰⁰⁵ FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO. *Curso...*, cit., p. 353.

¹⁰⁰⁶ SCHREIBER. *Os novos...*, cit., p. 84.

¹⁰⁰⁷ FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO. *Curso...*, cit., p. 352.

¹⁰⁰⁸ BITTAR FILHO. Do dano..., cit., p. 54.

¹⁰⁰⁹ MEDEIROS NETO. O dano..., cit., p. 288.

¹⁰¹⁰ LEITE; AYALA. *Dano...*, cit., p. 263; BITTAR FILHO. Do dano..., cit., p. 50.

segundo os defensores do dano moral coletivo, superada. O dano moral, na contemporaneidade, corresponderia à ofensa de direitos da personalidade.

A partir daí, vislumbra-se uma necessidade de ampliação da noção de personalidade. Rosenvald, por exemplo, afirma que ela “não mais se relaciona aos aspectos internos da pessoa, mas também a aspectos exteriores relativos às interações de grupos e da própria coletividade com os bens imateriais, de caráter transindividual e indivisível”¹⁰¹¹.

Parte-se, contudo, de conceitos desvirtuados. Fernanda Orsi Baltrunas Doretto considera “personalidade” a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, e “pessoa” o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações¹⁰¹².

Segundo a autora, como o sistema de responsabilidade civil foi delineado para conferir tutela ressarcitória aos danos causados à pessoa, a concepção de um dano não patrimonial coletivo exige que se adeque a responsabilidade civil, a fim de que por meio dela se possa garantir a tutela também da coletividade. Nesse contexto, identificam-se direitos coletivos e, por conseguinte, passa-se a compreender os entes coletivos como sujeitos de direito. E se os entes coletivos são titulares de direitos subjetivos, têm personalidade jurídica própria.

Assim conclui que, se os entes coletivos também possuem personalidade, o conceito de dano moral como lesão a direitos da personalidade pode ser aproveitado, sem qualquer restrição, na definição do dano moral coletivo¹⁰¹³.

Esse caminho percorrido para se justificar a caracterização do dano moral coletivo também como dano decorrente da violação aos direitos da personalidade é, porém, inapropriado. Parte-se da capacidade de ser titular de direitos para chegar-se à condição de pessoa, quando, na verdade, a lógica é a inversa.

Afirmar que o homem é pessoa e, portanto, tem personalidade, porque possui direitos é semelhante a dizer que a lavanda é uma flor porque tem suave odor. O ser humano não é pessoa porque tem direitos; ao contrário, tem direitos porque é pessoa.

Como se viu na primeira parte deste trabalho, pessoa é “a substância individual de natureza racional”¹⁰¹⁴. O seu conceito é mais restrito que o de indivíduo e nele se insere. Logo, toda pessoa é indivíduo; é uma substância *indivisa e particular*, distinta de outra qualquer e, portanto, *única*¹⁰¹⁵. A elas se reconhecem direitos porque possuem uma especial dignidade, a

¹⁰¹¹ ROSENVALD, Nelson. O dano moral coletivo como uma pena civil. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe. (coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba: Foco, 2018, p. 97-127, p. 98.

¹⁰¹² DORETTO, Fernanda Orsi Baltrunas. Fundamento normativo do dano moral coletivo. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe. (coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba: Foco, 2018, p. 3-27, p. 12.

¹⁰¹³ DORETTO. Fundamento..., cit., p. 12-13.

¹⁰¹⁴ AQUINO. *Suma...*, cit., p. 522-534.

¹⁰¹⁵ MARITAIN. *The person...*, cit., p. 41.

qual consiste em subsistir numa natureza racional, que as distingue do resto do mundo natural e lhes coloca na ordem moral, destinadas a um fim transcendente¹⁰¹⁶.

Ser sujeito de direitos, portanto, é uma *decorrência* de ser pessoa. Ao contrário, ser indivíduo, é uma *condição* de ser pessoa. Nesse sentido, é torta a lógica por meio da qual se afirma que a coletividade teria, assim como os indivíduos que a compõem, personalidade. Por mais que se amplie o conceito de pessoa, não se pode chegar à tal conclusão senão distorcendo-se todo o significado imanente à personalidade.

Nesse sentido, seria impossível reconhecer personalidade a coletividades, na medida em que estas são, por definição, uma abstração formada por um conjunto de indivíduos. São, a rigor, a antítese do indivíduo e, por conseguinte, da pessoa.

Uma outra parte da doutrina favorável ao dano moral coletivo, muito embora reconheça que a coletividade não possui personalidade, considera que, apesar disso, ela pode ser indenizada por esse tipo de dano. Para Bruno Leonardo Câmara Carrá, trata-se de uma consequência do ciclo evolutivo da responsabilidade civil: até então, a indenização moral atuava no cenário do personalismo, destinando-se à reparação dos prejuízos ocasionados a uma pessoa; de agora em diante, não só a pessoa, mas a coletividade, enquanto conjunto de seres humanos, mas que com eles não se confunde, pode ser considerada sujeito ativo de indenização¹⁰¹⁷. Assiste-se a uma espécie de despersonalização e desindividualização da responsabilidade civil, que justifica a reparação dos danos coletivos¹⁰¹⁸.

Assim, encontra-se na doutrina dois modos distintos de chegar-se à afirmação de que a coletividade, tal como o indivíduo, pode ser vítima de dano moral: ora propõe-se uma ampliação do sentido de personalidade, ora aponta-se o caminho de uma despersonalização. De um ou de outro modo, pretende-se chegar ao mesmo desfecho, isto é, à admissibilidade do dano moral sofrido pela coletividade, como uma consequência lógica e natural da ressarcibilidade do dano moral suportado pelos indivíduos. Evidentemente, torna-se mais fácil atingir essa conclusão ao abandonar-se o conceito tradicional de dano moral, e entendê-lo como qualquer prejuízo resultante de lesão a direitos da personalidade, independentemente da verificação de uma perturbação psíquica do sujeito.

¹⁰¹⁶ DE CUPIS. *I diritti...*, cit., p. 23; SCRUTON. *Animal...*, cit., n.p.; GOMES DA SILVA. *Esboço...*, V. 18, cit., p. 93.

¹⁰¹⁷ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. A inviabilidade jurídica do dano moral coletivo. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe. (coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba: Foco, 2018, p. 53-71, p. 61.

¹⁰¹⁸ MARTINS, Guilherme Magalhães. A travessia do individual ao social: dano moral coletivo nas relações de consumo. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe. (coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba: Foco, 2018, p. 189-209, p. 190.

Desse modo, abriu-se a porta do sistema jurídico brasileiro para o dano moral coletivo com o reconhecimento da possibilidade de as pessoas jurídicas sofrerem dano moral. Ali já se tratava, de certo modo, de um dano coletivo. E se a coletividade menor, em que consiste a pessoa jurídica, pode sofrer dano moral, porque o mesmo não valeria para outras coletividades?¹⁰¹⁹

A própria jurisprudência do STJ reiteradamente vai buscar no dano moral da pessoa jurídica a justificativa para a atribuição de indenização pelo dano moral coletivo, afirmando que se reconhece “até o dano moral da pessoa jurídica (Súmula 227/STJ), sem se apegar minimamente a questões relacionadas a dor ou sofrimento psíquico”¹⁰²⁰. Por conseguinte, o fato de as coletividades não poderem sentir as repercussões do dano moral em sua esfera psíquica (já que, obviamente, não a têm), não seria impeditivo da ressarcibilidade dessa nova modalidade de dano. Em síntese, a dissociação entre o conceito de dano moral e a ideia de dor – e, a rigor, de toda repercussão na esfera psíquica da vítima – possibilita, primeiro, a construção teórica do dano moral da pessoa jurídica e, depois, do dano moral coletivo¹⁰²¹. Nota-se já neste ponto que a reparação dessa nova figura de dano possivelmente se contentará com a verificação do evento lesivo, prescindindo da existência de consequências prejudiciais, como será comprovado mais adiante.

Assim, entendendo-se que o dano moral ressarcível se configuraria pela tão só lesão a direitos da personalidade, e já admitida a sua ressarcibilidade para as pessoas jurídicas, pouco tardou para que se passasse a anunciar a existência de um dano moral coletivo, resultado de distorções ainda mais graves que aquelas que viabilizaram a consolidação do entendimento de que pessoas jurídicas poderiam sofrer dano moral.

A partir daí, num movimento de socialização, constatou-se que o dano moral poderia ser causado de forma difusa, afetando a coletividade para além dos indivíduos que a compõem¹⁰²². Também a sociedade, por ser um conjunto de indivíduos, teria uma dimensão ética, possuiria valores coletivos que se desatrelam dos valores individuais e que “dizem respeito à comunidade como um todo, independentemente de suas partes”¹⁰²³.

Os valores coletivos seriam sobretudo relativos ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, os quais encontram previsão no

¹⁰¹⁹ LEITE; AYALA. *Dano*..., cit., p. 285.

¹⁰²⁰ REsp 1517973/PE, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/11/2017, DJe 01/02/2018.

¹⁰²¹ MEDEIROS NETO. *O dano*..., cit., p. 288.

¹⁰²² SCHREIBER. *Os novos*..., cit., p. 85.

¹⁰²³ BITTAR FILHO. *Do dano*..., cit., p. 50.

art. 1º, I, II e III da Lei Federal nº 7.347/85. Mas não se limitam a estes. Os entes coletivos poderiam ser lesados em sua honra – tanto subjetiva, quanto objetiva –, na medida em que gozam de reputação e respeito no meio em que se inserem, e têm sua autoestima¹⁰²⁴.

Assim, o dano moral coletivo se configuraria quando fosse lesada a “esfera moral de uma dada comunidade”¹⁰²⁵, o seu “círculo de valores coletivos”¹⁰²⁶, “a própria cultura, em seu aspecto imaterial”¹⁰²⁷. Sua verificação seria objetiva, uma vez que dependeria da violação intolerável de “direitos coletivos e difusos, cuja essência é tipicamente extrapatrimonial”¹⁰²⁸, e sua ressarcibilidade se justificaria por imposição dos princípios da reparação integral e da “justiça social”¹⁰²⁹.

Seria preciso, a fim de garantir a tutela integral dos interesses coletivos, levá-los para o âmbito da responsabilidade civil; ou melhor: levar a responsabilidade civil até eles. A sua proteção já não se contenta com as medidas de direito público¹⁰³⁰. Também o direito privado, conformado aos princípios da solidariedade e da eticidade, deveria alcançar a esfera social¹⁰³¹ – e nesse caminho, vai tornando-se menos privado e mais público.

Com efeito, pretende-se que o dano moral coletivo seja “mais um golpe” na dicotomia entre direito público e direito privado. Entre ambos, há – propõe-se –, um “direito social”, regido por normas de ordem pública¹⁰³², “direito das desigualdades, direito de grupos”¹⁰³³, que, não raras vezes, garante o interesse de uns ao mesmo tempo que pretere o interesse de outros¹⁰³⁴.

Acima se viu que um dos principais fatores que distinguem a responsabilidade civil da responsabilidade penal diz respeito à titularidade do bem que é atingido. Quando se interfere diretamente na ordem social e atinge-se a coletividade, os valores públicos, mediante a prática de condutas sancionadas pelo direito penal ou pelo direito administrativo sancionador, submetem-se o infrator a uma pena. A repressão não se preocupa propriamente com o dano individual sofrido pela vítima, mas tem em vista a ameaça social. É no próprio ilícito que se encontra a injustiça que a ordem jurídica visa a eliminar mediante a aplicação das regras de responsabilidade penal ou administrativa¹⁰³⁵.

¹⁰²⁴ BITTAR FILHO. Do dano..., cit., p. 54.

¹⁰²⁵ BITTAR FILHO. Do dano..., cit., p. 55; CAHALI. *Dano...*, cit., p. 352.

¹⁰²⁶ BITTAR FILHO. Do dano..., cit., p. 55; CAHALI. *Dano...*, cit., p. 352.

¹⁰²⁷ BITTAR FILHO. Do dano..., cit., p. 55; CAHALI. *Dano...*, cit., p. 352.

¹⁰²⁸ MEDEIROS NETO. O dano..., cit., p. 289.

¹⁰²⁹ MEDEIROS NETO. O dano..., cit., p. 289.

¹⁰³⁰ SCHREIBER. *Os novos...*, cit., p. 85.

¹⁰³¹ FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO. *Curso...*, cit., p. 352.

¹⁰³² BESSA. *Dano...*, cit., p. 249.

¹⁰³³ BESSA. *Dano...*, cit., p. 249.

¹⁰³⁴ BESSA. *Dano...*, cit., p. 251.

¹⁰³⁵ AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade...*, V. 1, cit., p. 5-6; PESSOA JORGE. *Ensaio...*, cit., p. 11.

Por outro lado, quando se interfere na esfera individual, e se causa um dano privado, entra em cena a responsabilidade civil, que faz nascer a obrigação de reparar. Ainda que o dano que atinge o homem repercute inevitavelmente na coletividade, pouco importa se o ilícito que o causou ameaça de algum modo a ordem social (a não ser que coincida com uma conduta tipificada pelo direito sancionatório). A sociedade incumbe-se dos atos ilícitos que a atingem diretamente e deixa a cargo do sujeito que suporta o dano a ação que visa a restabelecer o equilíbrio perturbado na sua esfera jurídica pessoal¹⁰³⁶.

Em síntese, enquanto a responsabilidade penal encontra sua razão de ser a direta tutela do interesse público, da ordem social, a responsabilidade civil tem fundamento na tutela do interesse privado¹⁰³⁷.

Nada obstante, a doutrina favorável à ressarcibilidade do dano moral coletivo – possivelmente por perceber que esse tipo de dano lesa diretamente o interesse público, e não privado, aproximando-se bastante do direito sancionatório – afirma que seria inconveniente a separação rígida entre a tutela dos interesses públicos (que se faz sobretudo mediante a aplicação de penas regidas pelo direito sancionatório, penal ou administrativo) e dos interesses privados (tutela na qual a responsabilidade civil encontra sua razão de ser)¹⁰³⁸.

Ao proteger-se o interesse difuso, está-se tutelando, na verdade, o interesse público. Este, embora seja resguardado pelo direito sancionatório, pode vir a ser tutelado por meio da responsabilidade civil, sobretudo nos casos em que a conduta não seja tipificada como crime, de modo que os instrumentos pensados para a proteção dos direitos privados acabam adquirindo uma espécie de função substitutiva do direito penal e administrativo. Haveria, então, uma fungibilidade entre as funções sancionatória e reparatória em caso de lesão a interesses coletivos, que admitiria o surgimento de um dano moral coletivo, representativo do abandono de uma concepção individualista da responsabilidade civil em prol de uma outra, mais socializada¹⁰³⁹.

Já se percebe, pois, que o dano moral coletivo está de algum modo associado a uma ideia de sanção, e não simplesmente de reparação.

Isso fica ainda mais claro quando se considera que são pressupostos da configuração de tal dano a conduta antijurídica, a ofensa intolerável a interesses jurídicos extrapatrimoniais

¹⁰³⁶ AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade...*, V. 1, cit., p. 7-8.

¹⁰³⁷ DE CUPIS. *Il danno...*, cit., p. 268.

¹⁰³⁸ DE CUPIS. *Il danno...*, cit., p. 268.

¹⁰³⁹ BESSA. *Dano...*, cit., p. 262.

da coletividade e o nexo causal¹⁰⁴⁰. O dano estaria na própria lesão, isto é, no evento em si, independentemente de suas consequências.

Afirma-se, por vezes, que a ressarcibilidade do dano moral coletivo depende de que a lesão aos valores sociais ultrapasse os “limites de tolerabilidade”¹⁰⁴¹, mas não se esclarece como aferir a superação desses limites.

Além disso, o dano moral coletivo seria figura independente e autônoma em relação aos danos não patrimoniais sofridos pelos indivíduos, de modo que as indenizações concedidas a tais títulos poderiam ser cumuladas. A quantificação desse novo dano, portanto, não sofre interferência do eventual arbitramento de reparação por danos morais individuais, ainda que configurados ambos no mesmo evento¹⁰⁴².

11.2.2 O acolhimento do dano moral coletivo na jurisprudência do STJ

Muito embora desde a década de 1990 se identifique, na doutrina, a menção ao dano moral coletivo, o primeiro caso julgado pelo STJ a esse respeito é de maio de 2006¹⁰⁴³. Tratava-se de ação civil pública que objetivava a suspensão de loteamentos no município de Uberlândia/MG, sob o fundamento de que a construção das áreas ocupadas estaria causando degradação ambiental. Não obstante o Min. Luiz Fux tenha afirmado em seu voto que a reparação do dano moral teria ultrapassado “a barreira do indivíduo para abranger o dano extrapatrimonial à pessoa jurídica e à coletividade”, a divergência instaurada pelo Min. Teori Zavascki sagrou-se vencedora, concluindo a Primeira Turma do STJ pela impossibilidade de conceber-se um dano moral coletivo.

O voto vencedor fundamentou-se na noção de que seria incompatível com os direitos transindividuais o conceito de dano moral, na medida em que este, entendido em perspectiva subjetiva, afetaria a dimensão anímica do sujeito. Assim, entendeu a Corte Superior que:

Não parece ser compatível com o dano moral a ideia da “transindividualidade” (= da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão. É que o dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica, afetando ‘a parte sensitiva do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas’. (...)

A ofensa moral sempre se dirige à pessoa enquanto portadora de individualidade própria; de um *vultus* singular e único. Os danos morais são ofensas aos direitos da

¹⁰⁴⁰ MEDEIROS NETO. O dano..., cit., p. 291.

¹⁰⁴¹ LEITE; AYALA. *Dano*..., cit., p. 286; MEDEIROS NETO. O dano..., cit., p. 291.

¹⁰⁴² MEDEIROS NETO. O dano..., cit., p. 301.

¹⁰⁴³ REsp 598.281/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 02/05/2006, DJ 01/06/2006, p. 147.

personalidade, assim como o direito à imagem constitui um direito de personalidade, ou seja, àqueles direitos da pessoa sobre ela mesma.

Até 2008, prevaleceu no STJ a tendência à rejeição da reparabilidade dos danos morais coletivos. Contudo, identifica-se, desde essa época, a existência de controvérsia quanto à tal possibilidade. No Recurso Especial nº 636.021-RJ, em que se pediu a condenação da rede de televisão “TV Globo Ltda.” ao pagamento de danos morais coletivos por ter reprisado em horário vespertino novela com conteúdo inapropriado para menores de idade, a Min. Nancy Andrichi proferiu voto em que, com amparo na doutrina, acolheu a existência do dano moral coletivo. O recurso acabou sendo julgado apenas quanto a questões de natureza processual, já que os demais ministros o acolheram para anular o julgamento dos embargos de declaração. Por esta razão, deixou de ser apreciado no mérito. A despeito disso, é relevante o voto da Min. Nancy Andrichi que, divergindo expressamente do entendimento então predominante na Primeira Turma do STJ, afirmou que o ordenamento jurídico brasileiro admitiria a existência de danos extrapatrimoniais coletivos, já que não apenas indivíduos poderiam ser titulares de interesses juridicamente tutelados, mas haveria “direitos cujo sujeito é uma coletividade difusa, indeterminada, que não goza de personalidade jurídica e cuja pretensão só pode ser satisfeita quando deduzida em juízo por representantes adequados”¹⁰⁴⁴.

No Recurso Especial nº 1.057.274-RS¹⁰⁴⁵, julgado em 2009, reconheceu-se, em tese, a possibilidade de configuração do dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas. A despeito disso, o acórdão concluiu que tal modalidade de dano não se teria verificado no caso dos autos. Isso porque a submissão de idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do transporte gratuito, em desconformidade com a previsão do Estatuto do Idoso, que exige tão somente a apresentação de documento de identidade, constituiria mero “dissabor experimentado pelos usuários do transporte gratuito que não configura abalo moral, mas tão-somente incômodo pelo entrave burocrático para a concretização de um direito”.

Um pouco mais adiante, em 2010, a 2ª Turma do STJ¹⁰⁴⁶, ao julgar ação civil pública ajuizada por danos causados ao meio ambiente, resultantes da exploração da atividade de garimpage sem autorização do órgão competente, reconheceu que, pelo princípio da

¹⁰⁴⁴ REsp 636.021/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Rel. p/ Acórdão Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 02/10/2008, DJe 06/03/2009.

¹⁰⁴⁵ REsp 1057274/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010.

¹⁰⁴⁶ REsp 1114893/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/03/2010, DJe 28/02/2012.

reparação integral, seria possível cumular a condenação à recuperação *in natura* da área degradada com a condenação à indenização pelo dano moral coletivo.

Entre 2009 e 2010, a controvérsia permaneceu no âmbito do Tribunal Superior, com decisões nos dois sentidos. Ao final, sobretudo a partir dos anos de 2011 e 2012, prevaleceu o entendimento, hoje pacífico, de que é possível a reparação por dano moral coletivo. A Primeira Turma do STJ, a última a render-se ao referido entendimento, passou também a admiti-lo, tendo decidido, em 2016, que a comercialização de leite com vício de qualidade, por atentar aos direitos dos consumidores, geraria dano moral coletivo, sendo “desnecessária e demonstração do dano efetivo, bastando seja ele potencializado”¹⁰⁴⁷.

Diante disso, muito embora a jurisprudência tenha se mostrado, em princípio, resistente ao reconhecimento dessa modalidade de dano extrapatrimonial, com o tempo consolidou-se no sentido de admiti-la. Hoje, o STJ não apenas possui o entendimento uníssono de que é possível a reparação do dano moral coletivo, como também tem reconhecido a configuração de tal dano com frequência cada vez maior.

Por conseguinte, em resposta ao entendimento mais condescendente do STJ, tem sido levado ao judiciário um número significativo de demandas em que se pleiteia indenização por danos morais coletivos, não sendo exagero dizer que tal modalidade de dano tem, atualmente, um claro protagonismo em relação às demais. Basta ver que, apenas em 2019 e 2020, foram julgados pela Corte Superior 82 acórdãos sobre o tema, número que supera – e muito – a soma de casos que versam sobre os demais tipos de danos objetos do presente estudo, julgados pelo Tribunal no mesmo período.

A evolução do acolhimento do dano moral coletivo no direito brasileiro pode ser visualizada, sob uma perspectiva quantitativa, por meio do gráfico abaixo, que indica o número de acórdãos do STJ, por data de distribuição e julgamento, a respeito do tema¹⁰⁴⁸:

¹⁰⁴⁷ AgInt no AREsp 1343283/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 17/02/2020, DJe 19/02/2020.

¹⁰⁴⁸ A pesquisa jurisprudencial foi realizada no banco de dados do STJ em 2020, sem corte temporal, e buscou por acórdãos que contivessem na ementa a expressão “dano moral coletivo”. A busca encontrou 189 resultados, mas 5 eram repetidos, de modo que, ao final, foram analisados 184 julgados.

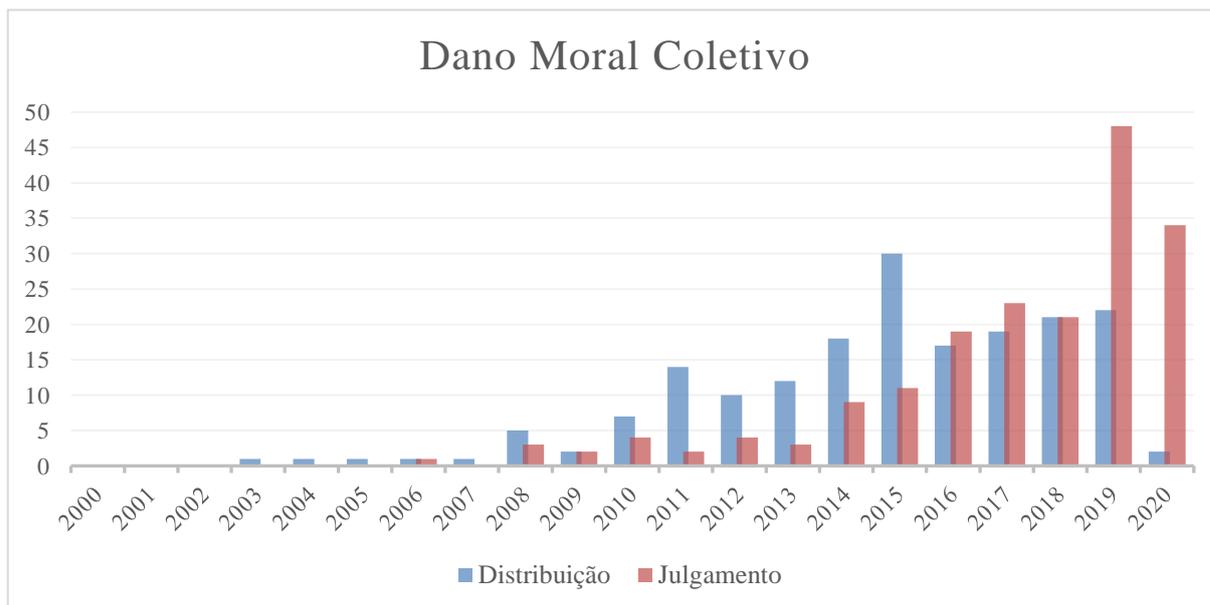


Figura 7 – Acórdãos do STJ sobre dano moral coletivo, por data de distribuição e julgamento

Consolidou-se, pois, no âmbito jurisprudencial, o reconhecimento do chamado dano moral coletivo. Isso ocorreu, entretanto, sem que antes se tenha compreendido bem em que consistiria tal dano e delimitado as situações nas quais se configuraria. Não obstante haja um número significativo de decisões da Corte Superior que afirmem a reparabilidade do dano moral coletivo, seu conteúdo e sua abrangência ainda são incertos e, portanto, fluidos.

O STJ, na linha do que entende a doutrina, tem afirmado que o dano moral coletivo identifica-se com a ofensa a direitos coletivos ou difusos de caráter extrapatrimonial, ocorrendo “quando a conduta agride, de modo ilegal ou intolerável, os valores normativos fundamentais da sociedade em si considerada, a provocar repulsa e indignação na consciência coletiva”¹⁰⁴⁹. Tal dano, de natureza transindividual, atingiria grupos, classes ou categorias de pessoas, violando valores fundamentais titularizados pela coletividade e ferindo “direitos da personalidade da coletividade enquanto realidade massificada”¹⁰⁵⁰.

Nesse sentido, distinguir-se-ia do dano moral individual, na medida em que não se identificaria com qualquer alteração anímica da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico)¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁹ AgInt no AREsp 1137714/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 11/06/2019, DJe 14/06/2019.

¹⁰⁵⁰ REsp 1637910/RN, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 03/09/2019, DJe 09/09/2019.

¹⁰⁵¹ REsp 1293606/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/09/2014, DJe 26/09/2014.

Há, em relação à configuração do dano moral coletivo, relevante divergência no que diz respeito à possibilidade de configurar-se o dano moral coletivo na hipótese de lesão de direitos individuais homogêneos.

A doutrina majoritária considera que os direitos chamados de individuais homogêneos – aqueles que possuem uma origem comum, mas cujo objeto é divisível – são de índole individualista, tendo o legislador lhes conferido um tratamento metaindividual a fim de reduzir o número de demandas em trâmite perante o Poder Judiciário, bem como propiciar solução mais ágil dos litígios e evitar decisões contraditórias¹⁰⁵². Portanto, materialmente, tais direitos são eminentemente individuais; apenas são coletivos sob a ótica processual¹⁰⁵³.

Com efeito, os direitos individuais homogêneos se inserem em situações plurissubjetivas, nas quais há um conjunto de relações jurídicas individuais e autônomas, embora ligadas por um vínculo de similitude. Desse modo, são categoria de dano essencialmente individual, e apenas se consideram coletivos no plano processual, recebendo esse tipo de tratamento em razão de sua origem comum e do interesse social que justifica sua tutela mediante uma ação única¹⁰⁵⁴.

Assim, a transindividualidade surge em razão da opção do direito positivo pela tutela coletiva de tais direitos. Cuida-se de técnica processual que se justifica por motivos outros, e não pela natureza em si desses direitos. Por isso se diz que os direitos individuais homogêneos não são essencialmente, mas apenas acidentalmente, coletivos¹⁰⁵⁵.

A rigor, traduzem-se na soma dos interesses individuais, de modo que só são coletivos quanto à forma pela qual são exercidos, e não pela sua natureza substancial. A soma de interesses individuais não se transforma em interesse coletivo pelo simples fato de o seu exercício ser coletivo¹⁰⁵⁶.

Por tal razão, a categoria do dano moral coletivo não se confunde com o dano moral comum devido individualmente em razão de lesão a direitos individuais homogêneos.

Não obstante a doutrina majoritária afirme de forma consistente a impossibilidade de a violação a direitos individuais homogêneos vir a configurar dano moral coletivo, Rosendal, em sentido contrário, afirma que a reparação pelo dano moral coletivo também alcança os

¹⁰⁵² LEITE; AYALA. *Dano...*, cit., p. 244; CAMARGO. *Dano...*, cit., p. 146; BESSA. *Dano...*, cit., p. 257.

¹⁰⁵³ CAMARGO. *Dano...*, cit., p. 146.

¹⁰⁵⁴ CAMARGO. *Dano...*, cit., p. 146.

¹⁰⁵⁵ LEITE, Marcelo Daltro. Interesses e Direitos Essencialmente e Acidentalmente Coletivos. In: *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, V. 10, nº 38, p. 189-209, 2007, p. 209; BARBOSA MOREIRA. *Tutela...*, cit.

¹⁰⁵⁶ DORETTO. *Fundamento...*, cit., p. 16.

interesses individuais homogêneos, os quais, ao se projetarem na coletividade, passam a ter relevância social e tornam-se indisponíveis¹⁰⁵⁷.

Na jurisprudência, tal questão é controversa. Desde o momento em que o STJ começou a admitir a reparabilidade do dano moral coletivo até, aproximadamente, 2017, afirmava que “a violação de direitos individuais homogêneos não pode, ela própria, desencadear um dano que também não seja de índole individual”¹⁰⁵⁸. Por essa razão, para a Corte Superior, na linha do que entende a doutrina, sendo os direitos individuais homogêneos por definição direitos subjetivos individuais, que simplesmente podem ser tratados no processo coletivamente, o dano moral ou patrimonial sofrido por violação desses direitos deveria ser apurado individualmente¹⁰⁵⁹.

Assim, de forma muito clara, o STJ afastava a possibilidade de configuração do dano moral coletivo quando eram violados direitos individuais homogêneos:

(...) o dano moral coletivo não se confunde com o dano individual homogêneo de natureza extra-patrimonial. Se uma pluralidade de sujeitos tem seus bens pessoais e não patrimoniais lesados por uma origem comum, haverá aí um conjunto de danos morais individuais cuja tutela pode se dar de forma coletiva. A reparação de danos individuais deve ser revertida em benefício de cada um dos lesados. Disso decorre que, diferentemente do que acontece com relação aos interesses difusos e coletivos, não é possível reparar eventual lesão a um direito individual homogêneo revertendo a indenização a ser paga pelo infrator a um Fundo Comum.

Este parecia ser, de fato, o entendimento mais adequado. Se a configuração de um “dano moral coletivo” é questionável nas hipóteses em que são lesados os interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, é ainda mais criticável a sua ressarcibilidade nos casos em que são lesados direitos individuais, que se assemelham e se ligam em decorrência de uma origem comum. Neste caso, é evidente que os direitos lesados são, substancialmente, individuais, e apenas processualmente recebem tratamento coletivo. As vítimas são várias pessoas, cada qual com sua individualidade, de modo que os danos morais sofridos serão reparados mediante um conjunto de indenizações atribuídas a cada indivíduo, em vista das repercussões específicas que a lesão provocou em sua esfera jurídica.

Apesar disso, verifica-se que, por volta de 2017, começou a espalhar-se pela Corte Superior o entendimento contrário, tendo a Segunda e a Terceira Turma passado a compreender que na noção de dano moral coletivo inclui-se tanto o dano indivisível, decorrente de ofensa a

¹⁰⁵⁷ ROSENVALD. O dano..., cit., p. 99.

¹⁰⁵⁸ REsp 1250582/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 12/04/2016, DJe 31/05/2016.

¹⁰⁵⁹ REsp 1293606/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/09/2014, DJe 26/09/2014.

interesses difusos e coletivos de uma comunidade, quanto o dano divisível, advindo de violação a interesses individuais homogêneos¹⁰⁶⁰. Alastrou-se, então, tese contrária à que vinha sendo abraçada pelo STJ:

A lesão de interesses individuais homogêneos pode acarretar o comprometimento de bens e institutos jurídicos superiores cuja preservação é cara à própria comunidade, vulnerando, pois, valores fundamentais da comunidade, razão pela qual é passível, em tese, de reclamar a compensação de danos morais coletivos¹⁰⁶¹.

A ideia que se desenvolveu e ganhou espaço na Corte foi a de que o interesse individual homogêneo poderia ter, além da dimensão individual, uma dimensão transindividual, quando alcançasse os valores da coletividade. Por conseguinte, o dano moral proveniente da lesão a tais direitos poderia ser individual, coletivo ou ambos¹⁰⁶².

Afinal, a tutela dos interesses individuais homogêneos seria também a tutela do interesse social. “O dano moral coletivo visa punir e inibir a injusta lesão aos valores primordiais de uma coletividade, o que efetivamente ocorre na hipótese de atentados graves e injustificáveis a interesses individuais homogêneos (...)”¹⁰⁶³, o que justificaria, pois, a configuração do desse tipo de dano também nesses casos.

A Quarta Turma do STJ, contudo, divergindo da reviravolta bancada pela Terceira e pela Segunda Turma, mantém o entendimento de que “o dano moral coletivo é essencialmente transindividual, de natureza coletiva típica, tendo como destinação os interesses difusos e coletivos, não se compatibilizando com a tutela de direitos individuais homogêneos”¹⁰⁶⁴.

As instabilidades quanto à aplicação do dano moral coletivo devem-se, em grande parte, ao fato de que tal figura carece de efetiva delimitação. O conceito que lhe costuma ser dado, a rigor, pouco serve para definir seu conteúdo e abrangência.

Sendo insuficiente a definição, em abstrato, do dano moral coletivo, a análise de sua configuração, em concreto, pode auxiliar na compreensão de seus contornos. São quatro as situações mais frequentes em que o STJ reconhece a configuração de danos morais coletivos: (i) lesão decorrente de dano ambiental; (ii) violação aos direitos do consumidor; (iii) danos ao patrimônio social, notadamente histórico e artístico; e (iv) atos de improbidade administrativa.

¹⁰⁶⁰ REsp n. 1.574.350/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/10/2017, DJe 6/3/2019; AgInt no AREsp 1413621/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 06/05/2020, DJe 11/05/2020.

¹⁰⁶¹ REsp 1.643.365/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/06/2018, DJe 07/06/2018.

¹⁰⁶² REsp 1.741.681/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/10/2018, DJe 26/10/2018.

¹⁰⁶³ REsp 1586515/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/05/2018, DJe 29/05/2018.

¹⁰⁶⁴ REsp 1610821/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15/12/2020, DJe 26/02/2021.

Em caso de lesões ao meio ambiente, o dano moral coletivo surge *ipso facto*, da ofensa ao direito ao meio ambiente equilibrado¹⁰⁶⁵, justificando-se pela necessidade de reparação integral da ofensa ambiental, sendo esta entendida em sentido amplo. No Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 737.887-SE, as réas foram condenadas ao pagamento de danos morais coletivos “decorrentes de poluição sonora e irregularidade urbanística” provocados por condensadores e geradores do seu estabelecimento empresarial. A simples constatação da poluição sonora que, nos termos do parecer do Ministério Público, não se confundiria com simples incômodo pertinente ao direito de vizinhança, consistiria em dano ao meio ambiente, à saúde e à tranquilidade pública, e justificaria a reparação.

A configuração de dano moral coletivo em caso de violação a direitos do consumidor parece surgir também do próprio evento lesivo, seja ele consistente em publicidade abusiva, descumprimento do dever de informação ou comercialização de alimentos com vícios.

Assim, por exemplo, no Recurso Especial nº 1.291.213-SC¹⁰⁶⁶, que cuidava, na origem, de ação civil pública ajuizada contra empresa de telefonia em razão de esta ter ofertado plano de telefonia sem ter prestado todas as informações acerca do produto, relativas à restrição nos serviços (impossibilidade de realizar ligações interurbanas e para telefones celulares, bem como receber ligações “a cobrar”). O STJ entendeu que a conduta abusiva da ré teria relevância social, de modo que resultara em lesão aos “valores fundamentais compartilhados pela sociedade”. Por isso, manteve o entendimento do Tribunal de origem, o qual entendera que estaria configurada a obrigação de reparar os danos difusos quando verificado que a conduta praticada seria passível de lesar a coletividade concretamente ou mesmo potencialmente. Note-se, pois, que se flexibiliza a necessidade do dano como pressuposto da responsabilidade por dano moral coletivo, na medida em que abertamente se admite que o mero potencial lesivo da conduta franquearia o arbitramento da reparação.

Ainda, no Recurso Especial nº 1.487.046-MT, um revendedor de combustível automotivo foi condenado ao pagamento de danos morais coletivos depois de ter sido autuado pela Agência Nacional de Petróleo pela prática da conduta conhecida como “infidelidade de bandeira”. Entendeu-se configurado o dano na medida em que, ao comercializar combustível adquirido de distribuidora diferente daquela cuja marca ostentava, o revendedor teria exposto os consumidores à prática comercial ilícita que, ademais, constituía infração administrativa e conduta tipificada como crime no CDC. Foi com fundamento, especialmente, na relevância da

¹⁰⁶⁵ EREsp 1410698/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 14/11/2018, DJe 03/12/2018.

¹⁰⁶⁶ REsp 1291213/SC, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 30/08/2012, DJe 25/09/2012.

transparência nas relações de consumo, a exigir “repressão dos objetivos mal disfarçados de esperteza, lucro fácil e imposição de prejuízo à parte vulnerável”, bem como na recalcitrância do fornecedor, que se reconheceu o cabimento do dano extrapatrimonial coletivo.

No que tange ao dano decorrente de lesões ao patrimônio social e urbanístico, uma situação frequentemente analisada pela Corte Superior refere-se ao transporte de cargas com excesso de peso em rodovias federais. Embora se tenha negado a configuração concreta do dano moral coletivo em algumas hipóteses¹⁰⁶⁷, a maioria das decisões do Tribunal sobre o tema são no sentido de admitir a caracterização de referido dano sempre que se constate o transporte com excesso de carga. Tal fato, por si só, faria surgir o dano extrapatrimonial ao patrimônio público, que se consubstanciaria na deterioração da rodovia federal, na lesão do meio ambiente (maior poluição do ar e gastos extras com materiais e serviços de reconstrução do pavimento), na lesão à saúde e à segurança das pessoas, mediante a violação do “direito ao trânsito seguro” e o aumento do risco de acidentes¹⁰⁶⁸. Afirma-se, nestes casos, que, apesar de já existir previsão de multa administrativa no Código de Trânsito Brasileiro (CTB) para a conduta, nada impediria o reconhecimento simultâneo da obrigação de reparar o dano moral coletivo. Afinal, a sanção administrativa se revelaria insuficiente para inibir a prática da infração, que seria, ainda assim, lucrativa¹⁰⁶⁹.

Também se reconhece a configuração de danos morais coletivos na hipótese de atos de improbidade administrativa. No Recurso Especial nº 1.485.514-DF, o recebimento de vantagem patrimonial indevida pelo réu, como contrapartida pela prestação de apoio legislativo aos interesses do Poder Executivo do Distrito Federal, teria causado abalo à credibilidade da Administração Pública e à comunidade local, sobretudo diante da gravidade da conduta e da sua repercussão nos meios de comunicação nacional¹⁰⁷⁰. Também no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 478.386-DF¹⁰⁷¹, reconheceu-se a configuração dos danos morais coletivos pela prática do mesmo ato ímprobo, sob o fundamento de que tal prática afetaria a confiança depositada na Administração Pública e causaria frustração, constrangimento e revolta à coletividade. A admissão dos danos extrapatrimoniais coletivos em ações de improbidade administrativa decorreria, ainda, da interpretação conjunta do art. 12 da

¹⁰⁶⁷ AgInt no REsp 1833565/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 21/11/2019, DJe 27/11/2019.

¹⁰⁶⁸ REsp 1637910/RN, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 03/09/2019, DJe 09/09/2019.

¹⁰⁶⁹ AgInt no AREsp 1137714/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 11/06/2019, DJe 14/06/2019.

¹⁰⁷⁰ REsp 1485514/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 09/10/2018, DJe 24/10/2018.

¹⁰⁷¹ AgRg no AREsp 478.386/DF, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 20/06/2017, DJe 22/08/2017.

Lei 8.429/92, que impõe o ressarcimento integral do dano causado por improbidade, e do art. 1º da Lei nº 7.347/85, que permite a utilização da ação civil pública para se tutelar os interesses difusos ou coletivos.

Para além desses casos recorrentes, o STJ ainda reconhece a configuração do dano moral coletivo em outras várias hipóteses, como a de ofensa à dignidade de um grupo determinado de pessoas (crianças, idosos ou pessoas com deficiência)¹⁰⁷², a de realização de jogos de azar, como bingo¹⁰⁷³, e a de práticas fraudulentas de sociedades empresariais no mercado mobiliário¹⁰⁷⁴.

O que se nota, em todos os casos, é que a figura do dano moral coletivo surge num conjunto muito diverso de situações, as quais, de comum, têm somente a prática de um ato lesivo capaz de atingir, ao menos potencialmente, um número plural de indivíduos ou uma comunidade abstratamente considerada. A análise das situações nas quais se reconhece, em concreto, esse dano extrapatrimonial, não permite também a compreensão clara de seus contornos. Seu conteúdo permanece vago, sua abrangência, não delimitada.

A despeito da ausência de nitidez e clareza no que diz respeito ao significado do dano moral coletivo, este é expressamente reconhecido como uma figura autônoma¹⁰⁷⁵. Por conseguinte, admite-se que tal dano pode se configurar independentemente da constatação de qualquer outra modalidade de dano e pode, ademais, existir concomitantemente a outros tipos de danos. Assim, por exemplo, a reparação do dano moral coletivo pode ser cumulada com a reparação do dano moral individual¹⁰⁷⁶. Pode também ser arbitrada em conjunto com a fixação de sanções administrativas e penais¹⁰⁷⁷.

Traço peculiar ao dano moral coletivo diz respeito ao beneficiário da indenização. Como o dano lesa diretamente a coletividade, o montante arbitrado a título de ressarcimento costuma

¹⁰⁷² REsp 1517973/PE, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/11/2017, DJe 01/02/2018.

¹⁰⁷³ AgInt no AREsp 601.414/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 06/12/2016, DJe 13/12/2016; AgInt no REsp 1689699/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 08/04/2019, DJe 15/04/2019.

¹⁰⁷⁴ REsp 1250582/MG, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 12/04/2016, DJe 31/05/2016.

¹⁰⁷⁵ MEDEIROS NETO. O dano..., cit., p. 301.

Nesse sentido: “O dano moral coletivo é categoria autônoma de dano que, apesar de estar relacionada à integridade psico-física da coletividade, não se identifica com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico)”. (REsp 1643365/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/06/2018, DJe 07/06/2018).

¹⁰⁷⁶ BESSA. Dano..., cit., p. 257.

Nesse sentido: “(...) parece possível a cumulação do dano moral individual com o dano moral coletivo. Isso faz sentido, já que os conceitos são tão diversos, embora o nome seja o mesmo”. (REsp 1502967/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018).

¹⁰⁷⁷ REsp 1574350/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/10/2017, DJe 06/03/2019.

ser destinado a um fundo ou a uma instituição que preste algum serviço social – os quais nem sempre têm funções que possuem correlação com a natureza da lesão. Assim dispõe o art. 13 da Lei de Ação Civil Pública:

Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados¹⁰⁷⁸.

Compreende-se, no caso de indenização por dano patrimonial, que o fundo beneficiário seja destinado à reconstituição dos bens lesados. Mas sendo o dano coletivo de natureza moral, não é possível que o ressarcimento sirva à tal reconstituição. O emprego do dinheiro recebido pode ser feito de forma bastante ampla, e nem sempre possui vinculação com a natureza da lesão. A bem da verdade, esses fundos podem se tornar uma verdadeira “caixa-preta”.

Nas decisões analisadas, as indenizações foram destinadas, por exemplo, ao Fundo Especial de Despesas de Reparação de Interesses Difusos Lesados, ao Fundo Gestor dos Interesses Difusos, ao Fundo de Defesa do Consumidor, ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, a instituições governamentais destinadas à recuperação de menores infratores.

Relativamente à prova do dano moral coletivo, tem-se uma situação peculiar em relação às modalidades clássicas de dano. Além de a responsabilidade ser objetiva na maioria dos casos e admitir-se a inversão do ônus da prova (por tratar-se, muitas vezes, de danos ao consumidor ou ao meio ambiente), afirma-se, tanto em doutrina quanto em jurisprudência, que o dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*. Sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, considerando-se despicienda a demonstração de prejuízos concretos ou de abalo moral¹⁰⁷⁹.

Nesse sentido, no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.312.148-SP, diz-se que o dano moral coletivo “configura-se *in re ipsa*, dispensando a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral. Fica caracterizado se ocorrer lesão a valores fundamentais da sociedade e se essa lesão ocorrer de forma injusta e intolerável”¹⁰⁸⁰. Naquele caso, então, bastou a comprovação de que os réus efetuavam a promessa de venda de lotes para moradia

¹⁰⁷⁸ Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, art. 13.

¹⁰⁷⁹ Nesse sentido, afirma Bittar Filho que se deve “responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*)”. (BITTAR FILHO. Do dano..., cit., p. 55). No mesmo sentido: LEITE; AYALA. *Dano...*, cit., p. 292.

¹⁰⁸⁰ AgInt no AREsp 1312148/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 17/09/2018, DJe 20/09/2018.

popular, embora soubessem da inviabilidade estrutural e legal da implantação do loteamento popular ofertado, para que se reputasse configurado o dano moral coletivo.

De modo semelhante, em Ação Civil Pública que visava à decretação de nulidade de credenciamentos, permissões, concessões, autorizações, contratações efetivados em matéria de sorteios, na modalidade de bingos e lotéricas, bem como à fixação de indenização de danos morais coletivos pelas referidas condutas, decidiu o STJ que:

O dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, revelando-se despcienda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral¹⁰⁸¹.

Nos casos – frequentes – de dano causado pelo tráfego de veículos com excesso de peso em rodovias, reconhece-se também a configuração de dano moral coletivo *in re ipsa*, entendendo-se que, como já há resoluções que estabelecem o limite de peso, seria “desnecessário exigir perícias para cada caminhão trafegando com excesso de peso para verificar a avaria causada”. Assim, “o dano material ao patrimônio público, associado à redução da longevidade do piso asfáltico rodoviário”, por ser “consequência direta do tráfego de veículos com excesso de peso”, “independe, pela sua notoriedade, de provas outras”¹⁰⁸².

Por vezes, a mera potencialidade lesiva da conduta ou o risco criado justificam a indenização.

No Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 426.382-RJ¹⁰⁸³, a empresa ré, Telemar Norte Leste S/A, foi condenada ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, em razão de ter deixado de reposicionar os cabos de telefonia, que ficaram ao alcance dos transeuntes por aproximadamente um ano, período durante o qual “a comunidade ficou exposta aos riscos decorrentes” daquela conduta antijurídica, que expressa o descompromisso da ré com os consumidores do seu serviço. Não houve, durante o tempo em que os cabos ficaram ao alcance dos transeuntes, nenhum dano concreto. Apesar disso, reputou-se configurado o dano moral coletivo pela tão só verificação da conduta antijurídica, o que revela que o simples fato de os transeuntes terem sido expostos a risco potencial já seria bastante para a configuração do “dano”.

¹⁰⁸¹ AgInt no REsp 1342846/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 19/03/2019, DJe 26/03/2019.

¹⁰⁸² AgInt no AREsp 1137714/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 11/06/2019, DJe 14/06/2019.

¹⁰⁸³ AgInt no AREsp 426.382/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 23/10/2018, DJe 30/10/2018.

O mesmo se passa no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.343.283-RJ, em que foi condenado a reparar o dano moral coletivo um supermercado que comercializou 280 mil litros de leite impróprios para consumo, conduta que “revela ofensa aos deveres anexos ao princípio da boa-fé objetiva e configura lesão injusta e intolerável à função social da atividade produtiva e à proteção do consumidor”¹⁰⁸⁴. Seria, portanto, suficiente para configurar o dano, ainda que não se tenha relatado qualquer caso de consumidor que teve alguma reação negativa após ingerir o leite.

De modo semelhante, condenou-se uma drogaria a pagar indenização por danos morais coletivos causados à população em decorrência de práticas irregulares constatadas pela Vigilância Sanitária, em vista das más condições de higiene em que se encontrava o estabelecimento, além da exposição de produtos vencidos e irregularidades no estoque de medicamentos controlados¹⁰⁸⁵. Segundo o STJ, “o Estado Social eleva a saúde pública à classe dos bens jurídicos mais preciosos”, de modo que “compete ao juiz, mais do que a qualquer um, a responsabilidade última de assegurar que normas sanitárias e de proteção do consumidor, de tutela da saúde da população, sejam cumpridas rigorosamente”. Diante disso, “em situações graves desse jaez, que põem em risco a saúde e a segurança da população, o dano moral coletivo independe de prova (*damnum in re ipsa*)”.

Mais uma vez, entendeu-se ter configurado o dano moral coletivo pelo simples fato de ter sido praticada a conduta antijurídica, independentemente da concreta verificação de um dano. O mero risco ou ameaça que emanam do ilícito são suficientes para justificar a condenação ao pagamento de indenização.

Em síntese, portanto, vê-se que, segundo o entendimento do STJ, a configuração do dano moral coletivo contenta-se com a prática de conduta antijurídica, recorrendo-se ao que se chama de dano *in re ipsa* para justificar, na verdade, a aplicação dos mecanismos da responsabilidade civil mesmo diante da ausência de dano. Não se tem em vista propriamente o dano, mas a o ilícito em si, o que revela a proximidade do instituto à lógica de funcionamento do direito sancionador. Não se trata, efetivamente, de indenização, mas de verdadeira pena privada.

Isso fica claro nos julgados do STJ, quando se analisa a figura do dano moral coletivo sob o prisma da sua função. Afirma-se expressamente, que a reparação por esse tipo de dano

¹⁰⁸⁴ AgInt no AREsp 1343283/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 17/02/2020, DJe 19/02/2020.

¹⁰⁸⁵ REsp 1784595/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/02/2020, DJe 18/05/2020.

tem a finalidade de “a) proporcionar uma reparação indireta à lesão de um direito extrapatrimonial da coletividade; b) sancionar o ofensor; e c) inibir condutas ofensivas a esses direitos transindividuais”¹⁰⁸⁶; que “a compensação judicial do dano moral coletivo possui importantes funções pedagógico-punitivas, à luz da teoria do desestímulo”¹⁰⁸⁷; e que “referido dano é de índole fortemente punitiva”¹⁰⁸⁸.

Intimamente ligada à função punitiva é a função preventiva ou dissuasória, também relevantes no caso de arbitramento de indenização por dano moral coletivo:

Nos danos morais coletivos, a função punitiva de sancionamento exemplar ao ofensor é aliada ao caráter preventivo de inibição da reiteração da prática ilícita e ao princípio da vedação do enriquecimento ilícito do agente, a fim de que o eventual proveito patrimonial obtido com a prática do ato irregular seja revertido em favor da sociedade¹⁰⁸⁹.

Não se trata de uma função sancionatória ou preventiva que atua por reflexo, em vista da própria atribuição de responsabilidade e compensação do dano em proporção à sua exata medida. Antes, trata-se de uma função punitiva-preventiva por excelência: quer-se, principalmente, repreender a conduta e evitar que ela volte a ocorrer, independentemente da configuração de um dano reparável.

A doutrina não diverge, neste ponto, do que afirma a jurisprudência. Entende-se que a função reparatória, predominante no modelo clássico de responsabilidade civil, tem sido substituída, especialmente no caso dos danos coletivos, por outra função, relacionada aos princípios da precaução e prevenção¹⁰⁹⁰. Reconhece-se, assim, que a indenização por dano moral coletivo tem “caráter exclusivamente punitivo”¹⁰⁹¹, não se conferindo dinheiro à vítima como reparação, mas imputando-se ao infrator uma sanção¹⁰⁹².

Diante disso, “o valor da condenação a ser arbitrado pelo juiz sob o norte da equidade e do bom-senso, deverá observar, em sua expressão, suficiência para representar sanção eficaz para o agente causador do dano, e, por efeito, força para dissuadir outras condutas danosas semelhantes”¹⁰⁹³. São, portanto, elementos a serem considerados na quantificação do dano: (i)

¹⁰⁸⁶ AgInt no AREsp 1312148/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 17/09/2018, DJe 20/09/2018.

¹⁰⁸⁷ AgInt no AREsp 1359026/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 10/06/2019, DJe 13/06/2019.

¹⁰⁸⁸ AgInt no AREsp 100.405/GO, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16/10/2018, DJe 19/10/2018.

¹⁰⁸⁹ AgInt no AREsp 1343283/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 17/02/2020, DJe 19/02/2020.

¹⁰⁹⁰ DORETTO. Fundamento..., cit., p. 11; BESSA. Dano..., cit., p. 263.

¹⁰⁹¹ BESSA. Dano..., cit., p. 282-283.

¹⁰⁹² DORETTO. Fundamento..., cit., p. 14.

¹⁰⁹³ MEDEIROS NETO. O dano..., cit., p. 298.

a natureza, a gravidade e a repercussão da lesão; (ii) a situação econômica do ofensor; (iii) o proveito obtido com a conduta ilícita; (iv) o grau da culpa ou do dolo, se presentes, e a verificação de reincidência; e (v) o grau de reprovabilidade social da conduta adotada¹⁰⁹⁴. Todos esses critérios revelam o caráter eminentemente punitivo da responsabilidade civil pelo chamado dano moral coletivo.

Como reconhece abertamente a maior parte da doutrina – senão toda a doutrina – que aborda o dano moral coletivo, este desempenha, sobretudo, função punitiva, pedagógica e dissuasória¹⁰⁹⁵. Trata-se, efetivamente, de uma pena privada.

A este assunto se voltará após a exposição acerca do dano social, na medida em que o caráter punitivo da indenização é aspecto comum a todos os danos coletivos.

11.3. O dano social

11.3.1. O despontar do dano social: a ideia original de Antonio Junqueira de Azevedo

Categoria muito semelhante à do dano moral coletivo é a do chamado dano social. Este desponta na doutrina alguns anos depois daquele, tendo aparecido, pela primeira vez, em texto publicado por Antonio Junqueira de Azevedo, no ano de 2004¹⁰⁹⁶.

Ao propor essa nova modalidade de dano, o autor tinha a declarada intenção de viabilizar o acréscimo de verbas punitivas e dissuasórias à indenização moral. O dano social seria o instrumento por meio do qual, além de se conceder reparação à vítima na estrita extensão do prejuízo sofrido, atribuir-se-ia também uma pena ao ofensor¹⁰⁹⁷.

Para Junqueira de Azevedo, o dano moral seria, na verdade, não patrimonial, devendo ser definido por exclusão: seria todo dano que não tem valor econômico e não pode ser, portanto, avaliado com exatidão¹⁰⁹⁸. Essa noção extensiva, que substitui o dano moral tal como era tradicionalmente compreendido, pelo dano não patrimonial, permitirá que se faça no Brasil movimento semelhante ao constatado na Itália, rumo à invenção de várias modalidades novas de dano, enquadráveis dentro do gênero “danos extrapatrimoniais”. Trata-se, assim, de ideia basilar para possibilitar o surgimento do que o autor denomina “dano social”.

¹⁰⁹⁴ MEDEIROS NETO. O dano..., cit., p. 300-301.

¹⁰⁹⁵ MEDEIROS NETO. O dano..., cit., p. 294-295; ROSENVALD. O dano..., cit., p. 98; BESSA. Dano..., cit., p. 282-283.

¹⁰⁹⁶ JUNQUEIRA DE AZEVEDO. Por uma..., cit.

¹⁰⁹⁷ JUNQUEIRA DE AZEVEDO. Por uma..., cit., p. 212.

¹⁰⁹⁸ JUNQUEIRA DE AZEVEDO. Por uma..., cit., p. 212.

A sua premissa fundamental, contudo, é a de que se vive hoje, e especialmente no Brasil, uma “profunda insegurança quanto à própria vida e incolumidade física e psíquica”¹⁰⁹⁹, o que deveria levar todos os juristas a buscar “soluções para aquilo que poderíamos afirmar, pedindo desculpas, se for o caso, aos penalistas, como ineficiência do direito penal para impedir crimes e contravenções – atos ilícitos, na linguagem civilista”¹¹⁰⁰. A percepção de que o direito penal seria ineficiente, ou insuficiente, para reprimir os atos ilícitos, revelaria, segundo Junqueira de Azevedo, a necessidade de se repensar a tradicional separação existente entre o direito penal e o direito civil¹¹⁰¹.

Essa percepção, seja falsa ou verdadeira, foi a centelha que lhe permitiu idealizar o dano social. Este teria origem nos atos ilícitos que, por serem dolosos, gravemente culposos, ou negativamente exemplares, lesam não apenas as esferas patrimonial ou moral de um indivíduo, mas toda a coletividade, provocando um “rebaixamento imediato do nível de vida da população”¹¹⁰², “rebaixamento da qualidade coletiva de vida”¹¹⁰³, principalmente no que diz respeito à segurança¹¹⁰⁴.

A indenização pelo dano social não substituiria o ressarcimento pelo dano patrimonial ou moral, mas se somaria a eles. Traduz-se em “indenização punitiva por dolo ou culpa grave”, e “indenização dissuasória”, quando atos ilícitos são praticados (especialmente por pessoas jurídicas) de forma reiterada contra a sociedade. A distinção entre as funções de punição e dissuasão da indenização por dano social indica que não necessariamente os atos capazes de gerar esse tipo de dano seriam dolosos ou mesmo culposos. Daí inexistir qualquer incompatibilidade entre a tal figura e a responsabilidade objetiva¹¹⁰⁵.

Além de pena ou fator de desestímulo à reiteração de condutas antijurídicas, a indenização pelo dano social seria também uma espécie de reposição à sociedade, que visaria a restaurar o nível de tranquilidade rebaixado em razão do ilícito¹¹⁰⁶.

A indenização poderia ser destinada, segundo Junqueira de Azevedo, à própria vítima, que foi parte do processo, ou a um fundo, nos casos em que a ação judicial fosse movida por um órgão da sociedade, como o Ministério Público¹¹⁰⁷.

¹⁰⁹⁹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO. Por uma..., cit., p. 212.

¹¹⁰⁰ JUNQUEIRA DE AZEVEDO. Por uma..., cit., p. 212.

¹¹⁰¹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO. Por uma..., cit., p. 212.

¹¹⁰² JUNQUEIRA DE AZEVEDO. Por uma..., cit., p. 214-215.

¹¹⁰³ JUNQUEIRA DE AZEVEDO. Por uma..., cit., p. 214-215.

¹¹⁰⁴ JUNQUEIRA DE AZEVEDO. Por uma..., cit., p. 216.

¹¹⁰⁵ Nas palavras do autor: “(...) se a finalidade da indenização for a de dissuasão, nem é preciso examinar dolo ou culpa grave; o desestímulo é cabível ainda que se fique exclusivamente no campo da responsabilidade objetiva”. (JUNQUEIRA DE AZEVEDO. Por uma..., cit., p. 213-215).

¹¹⁰⁶ JUNQUEIRA DE AZEVEDO. Por uma..., cit., p. 215-216.

¹¹⁰⁷ JUNQUEIRA DE AZEVEDO. Por uma..., cit., p. 217.

Embora seja notável a semelhança entre as figuras do dano moral coletivo e do dano social, o autor não faz nenhuma menção àquele. Diferencia, porém, expressamente os danos sociais dos danos ambientais. Estes, embora também coletivos, “são ‘materiais’, verificáveis pela biologia e ecologia”, enquanto aqueles “são ‘sociais’, apuráveis pela sociologia e estatística”¹¹⁰⁸.

Eis, em síntese, a categoria desenhada e proposta por Antonio Junqueira de Azevedo. Tratar-se-ia de espécie autônoma, cumulável com os danos tradicionais, com traços próprios e diversos das demais modalidades de dano, e com um forte viés punitivo-dissuasório.

11.3.2. *A recepção do dano social da doutrina brasileira*

Embora não tenha recebido, ainda, tanto destaque e prestígio quanto o dano moral coletivo, o dano social, esboçado e impulsionado pela obra de Junqueira de Azevedo, foi acolhido por parte da doutrina brasileira. Tanto assim que foi aprovado, na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o enunciado nº 456, segundo o qual “a expressão ‘dano’ no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os *danos sociais*, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas”¹¹⁰⁹.

Sempre com amparo na ideia originalmente proposta por Junqueira de Azevedo, definem-se os danos sociais como “aqueles que transcendem os interesses de vítimas individuais e alcançam a sociedade como um todo, produzindo rebaixamento no nível de vida da coletividade”¹¹¹⁰. São transindividuais tanto em suas causas quanto em consequências, sendo chamados também de danos difusos¹¹¹¹.

Para Romualdo Baptista dos Santos, os danos sociais decorrem, no mais das vezes, de atividades desempenhadas por sociedades empresárias e pelo poder público em prol da coletividade, e não de relações jurídicas individuais, razão pela qual estariam presentes os deveres de prevenção-precaução e reparação independentemente da ilicitude da conduta que dá causa ao dano¹¹¹². Essa ideia, contudo, parece contraditória à outra, muito marcante na noção original de dano social: a de que este teria caráter, sobretudo, punitivo e dissuasório. É que, para

¹¹⁰⁸ JUNQUEIRA DE AZEVEDO. Por uma..., cit., p. 217.

¹¹⁰⁹ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Ruy Rosado de Aguiar Jr. (org.). *V Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2012. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/>>. Acesso em: 06. mar. 2022. grifei.

¹¹¹⁰ SANTOS. O dano..., cit., p. 676.

¹¹¹¹ SANTOS. O dano..., cit., p. 679.

¹¹¹² SANTOS. O dano..., cit., p. 681.

Santos, não haveria, na responsabilidade civil por danos sociais, uma função propriamente punitiva. Antes, o instituto visaria à uma “socialização de danos”, por meio da qual se priorizaria a compensação¹¹¹³.

O dano social, segundo o mesmo autor, seria categoria autônoma – aliás, dificilmente amoldável à classificação tradicional de danos patrimoniais e não patrimoniais – por constituir ofensa aos interesses da sociedade como um todo, não se confundindo com as violações aos direitos individuais dos indivíduos que a compõem. Tradicionalmente, a reparação de danos é motivada pela tutela da pessoa humana. No caso do dano social, a dignidade humana é tutelada “em sua expressão coletiva, que não se confunde com a mesma dignidade da qual cada pessoa é portadora”¹¹¹⁴.

O que isso significa, não se compreende ao certo. Parece, no entanto, que se admite a existência de uma dignidade própria dessa entidade abstrata que é a coletividade.

Santos identifica três modalidades de dano social: a primeira delas compreende os danos ambientais – que, segundo Junqueira de Azevedo, seriam uma categoria diversa –; a segunda diz respeito aos danos causados aos consumidores; a terceira engloba os danos catastróficos, de causalidade múltipla e, por vezes, indeterminada¹¹¹⁵.

Para o autor, parece que a categoria do dano moral coletivo seria um sinônimo, ao menos em determinadas situações, do dano social¹¹¹⁶. Diferentemente, Teixeira Neto, notando que a figura do dano moral coletivo, principalmente em razão das deficiências estruturais de seu conceito, vem sendo aplicada em situações muito numerosas e diversas, nas quais nem sempre se verifica “um autêntico prejuízo transindividual extrapatrimonial”¹¹¹⁷, propõe o dano social como categoria complementar. Este, embora ainda tenha sido pouco desenvolvido, poderia legitimar a atribuição da obrigação de ressarcir em situações nas quais, embora não exista dano moral coletivo propriamente dito, verifica-se um dano coletivo que merece reparação. Para o autor, o dano social, ao contrário do dano moral coletivo, tende a se vincular não necessariamente a um prejuízo imaterial transindividual, mas a situações em que o prejuízo, seja patrimonial ou extrapatrimonial, embora pequeno, adquire, no conjunto, relevância social¹¹¹⁸.

¹¹¹³ SANTOS. O dano..., cit., p. 686-687.

¹¹¹⁴ SANTOS. O dano..., cit., p. 679.

¹¹¹⁵ SANTOS. O dano..., cit., p. 681-682.

¹¹¹⁶ SANTOS. O dano..., cit., p. 679.

¹¹¹⁷ TEIXEIRA NETO, Felipe. Ainda sobre o conceito de dano moral coletivo. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe. (coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba: Foco, 2018, p. 29-49, p. 43.

¹¹¹⁸ TEIXEIRA NETO. Ainda..., cit., p. 43.

Diante da linha tênue que distingue, em tese, danos sociais e danos morais coletivos, Jaime Leandro Bulos e Jamile Coelho Moreno, em vez de proporem, como Teixeira Neto, o uso daquele como figura complementar, sugerem que o dano social seja acolhido como categoria ampla, capaz de abranger o dano moral coletivo. Recomendam, assim, a extinção de qualquer distinção teórica entre as duas modalidades. Essa seria a medida mais adequada, tendo em vista as controvérsias e limites inerentes ao dano moral coletivo – nomenclatura que, por fazer referência à noção clássica de dano moral, acaba revelando-se atécnica. Afinal, a coletividade não tem personalidade, nem pode ser atingida em sua esfera subjetiva¹¹¹⁹.

A opção pela figura do dano social permitiria uma reparação mais ampla dos danos sofridos pela sociedade, incluindo tanto as hipóteses em que hoje se reconhece a configuração de um dano moral coletivo (em que há violação aos direitos coletivos *lato sensu*), quanto hipóteses outras, em que não há propriamente um dano moral coletivo, mas, ainda assim, verifica-se uma lesão aos direitos imateriais da coletividade¹¹²⁰.

Também Tartuce empenha-se em diferenciar as duas modalidades de dano coletivo. Enquanto o dano social poderia ser tanto patrimonial quanto não patrimonial – donde se vê que tal figura corresponde a uma espécie de “dano-evento” ou, pior, de responsabilidade por mera conduta –, o dano moral coletivo seria exclusivamente não patrimonial. Mas nas hipóteses em que o dano social é não patrimonial, poder-se-ia dizer que se confunde com o dano moral coletivo em alguns aspectos, muito embora a vítima daquele seja a sociedade como um todo, e as vítimas deste, os titulares de direitos coletivos *lato sensu*¹¹²¹.

Nenhuma diferença entre o dano moral coletivo e o dano social é notada por Yuri Fisberg, para quem aquela figura, se associada ao propósito punitivo – e o é, como visto –, demonstra-se correlata à do dano social¹¹²². Mas também para ele essa modalidade de dano deveria ser mais bem aprofundada e delineada, haja vista o seu potencial para servir como instrumento de aperfeiçoamento da responsabilidade civil, viabilizando sua multifuncionalidade e aumentando sua eficiência, sobretudo para conter comportamentos ilícitos.

¹¹¹⁹ BULOS, Jaime Leandro; MORENO, Jamile Coelho. Dos novos danos: dano moral coletivo ou dano social? In: *Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania*, n. 4, p. 104-127, out.-2016.

¹¹²⁰ BULOS; MORENO. Dos novos..., cit., p. 118.

¹¹²¹ TARTUCE, Flávio. Reflexões sobre o dano social. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, a. 9, V. 34, p. 179-203, abr.-jun. 2008, p. 193.

¹¹²² FISBERG, Yuri. O dano social como instituto de aperfeiçoamento do tratamento coletivo da responsabilidade civil. In: *Revista Jurídica ESMP-SP*, a. 7, V. 14, p. 134-147, jul-dez 2018. Disponível em: <https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP>. Acesso em: 06. mar. 2022, p. 138.

As lesões inerentes à “sociedade de risco” justificariam, sobretudo diante da “constitucionalização” do direito civil, a ampliação da tutela preventiva e reativa¹¹²³. Nesse contexto, o dano social surgiria como um instrumento capaz de, a um só tempo, encaixar-se na responsabilidade civil, ao lado dos pressupostos tradicionais da obrigação de indenizar, e conferir à indenização caráter punitivo e dissuasório. Assim, alcançar-se-ia plenamente a múltipla funcionalidade da responsabilidade civil, que atuaria com clara finalidade reparatória, preventiva e punitiva¹¹²⁴.

Ademais, defende-se que “a responsabilidade civil, em face da eficácia duvidosa das sanções administrativas e penais, pode e deve ostentar característica punitiva”¹¹²⁵. É dizer: a frustração do tradicional direito sancionador legitimaria a criação do dano social, enquanto pena privada apta a suprir as ineficiências do direito público. Por um lado, o direito penal teria seu espectro de incidência cada vez mais reduzido, em vista dos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade, contexto no qual a reparação de danos surgiria como uma “terceira via” do direito penal¹¹²⁶. Por outro lado, no direito administrativo, o baixo desempenho das agências reguladoras no cumprimento de suas funções institucionais esvaziaria a eficácia do seu poder sancionador¹¹²⁷. Com efeito, segundo o Relatório de Auditoria nº 022.631/2009-0 do Tribunal de Contas da União, em 2012, só 3,7% das multas aplicadas pelos órgãos e entidades federais com atribuições de fiscalização e controle, inclusive as agências reguladoras, foram efetivamente arrecadadas¹¹²⁸.

¹¹²³ FISBERG. O dano..., cit., p. 138.

¹¹²⁴ FISBERG. O dano..., cit., p. 140.

¹¹²⁵ FISBERG. O dano..., cit., p. 136.

¹¹²⁶ A proposta da reparação de danos como uma terceira via do direito penal não é discussão recente entre os penalistas. Contudo, essa ideia, segundo Claus Roxin, consistiria em incluir a reparação de danos no direito penal, visto que assim se atende melhor aos interesses da vítima do que com uma pena privativa de liberdade ou uma multa. Afinal, “investigações empíricas demonstraram que tanto o lesionado quanto a comunidade conferem nulo ou escasso valor a um castigo adicional do autor, ante a reparação do dano em forma de uma composição autor-vítima, em casos de pequena ou mediana criminalidade. Daí que, em casos que atualmente se castigam com uma pequena pena de multa, se poderia prescindir da pena quando se produz uma reparação total do dano”. (ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. t. 1. 2. ed. trad. PEÑA, Diego-Manuel Luzón; CONLEDO, Miguel Díaz y García; REMESAL, Javier de Vicente. Madri: Civitas, 1997, p. 108-110. tradução nossa).

A proposta de Roxin, portanto, é no sentido de integrar a reparação de danos ao sistema penal de sanções (e não, ao contrário, integrar a sanção ao sistema civil de reparação de danos). A visão da reparação de danos como “terceira via” do direito penal pretende prescindir da pena em determinados casos, substituindo-a pela integral reparação dos prejuízos causados à vítima, capaz, em casos de ilícitos menos graves, de recompor o equilíbrio rompido pelo dano e satisfazer à vítima e à coletividade. Nota-se, portanto, que a menção ao direito de reparação de danos como uma “terceira via” distorce a ideia debatida no âmbito penal, ao pretender justificar, em vez da substituição da pena pela reparação no âmbito penal, o acréscimo da pena (verdadeira multa, ainda que travestida de ressarcimento) à reparação no âmbito da responsabilidade civil.

¹¹²⁷ FISBERG. O dano..., cit., p. 140.

¹¹²⁸ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Ata nº 6, de 23 de fevereiro de 2011, Plenário, Presidente: Ministro Benjamin Zymler, publicada em 25/02/2011. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/>>. Acesso em: 06. mar. 2022.

Diante disso, o dano social aparece como alternativa à ineficiência do direito sancionador, respondendo à necessidade de atuação multifuncional da responsabilidade civil. Esta, inflada quanto à sua função e ao seu âmbito de atuação, alcança um protagonismo no papel de “regulação da sociedade”¹¹²⁹.

Apesar dos elogios feitos à figura do dano social, Fisberg reconhece a necessidade de aperfeiçoamento do conceito e de sua aplicação. Deveria, segundo ele, ser afirmada a exigência de dolo ou culpa grave, bem como de repercussão difusa, para o ressarcimento desse tipo de dano; deveriam ser adotados critérios objetivos capazes de indicar o rebaixamento da qualidade de vida da população; a figura deveria ter tratamento coletivo, competindo aos legitimados para a proposição de ação coletiva a formulação do pedido condenatório; por fim, a quantificação da indenização punitiva deveria se fazer em atenção aos critérios já utilizados para o arbitramento dos danos morais, como a gravidade da conduta e a extensão do dano.

Como se percebe, parte da doutrina, posteriormente ao sintético esboço proposto por Antonio Junqueira de Azevedo, tem se esforçado para delinear melhor os contornos do dano social, aprofundar o conceito e estimular sua aplicação. Muitas dúvidas permanecem, no entanto, em relação à capacidade operacional da figura. A maior delas talvez seja concernente à existência ou não de uma real diferença entre o dano social e o dano moral coletivo, o qual já foi um pouco mais desenvolvido e tem tido maior aplicação jurisprudencial.

11.3.3. *O dano social na jurisprudência do STJ*

Ao contrário do dano moral coletivo, que ganhou considerável espaço na jurisprudência e vem sendo acolhido de forma exponencial nos julgados da Corte Superior, o dano social ainda não se firmou como modalidade autônoma e ressarcível de dano.

Em pesquisa realizada no banco de dados do STJ, encontram-se, até 2020, somente três acórdãos em cuja ementa havia referência a “dano social”, no contexto da responsabilidade civil¹¹³⁰, conforme ilustrado no gráfico abaixo:

¹¹²⁹ FISBERG. O dano..., cit., p. 140-141 e 144.

¹¹³⁰ A pesquisa jurisprudencial foi realizada no banco de dados do STJ em 2020, sem corte temporal, e buscou por acórdãos que contivessem na ementa a expressão “dano social”. A busca encontrou como resultado 89 acórdãos. Contudo, a maior parte dos acórdãos dizia respeito ou à *habeas corpus*, no âmbito penal, ou a concursos públicos, no âmbito administrativo. Apenas três acórdãos versavam sobre o tema do dano social no contexto da responsabilidade civil. A análise ficou restrita, portanto, a esses julgados.

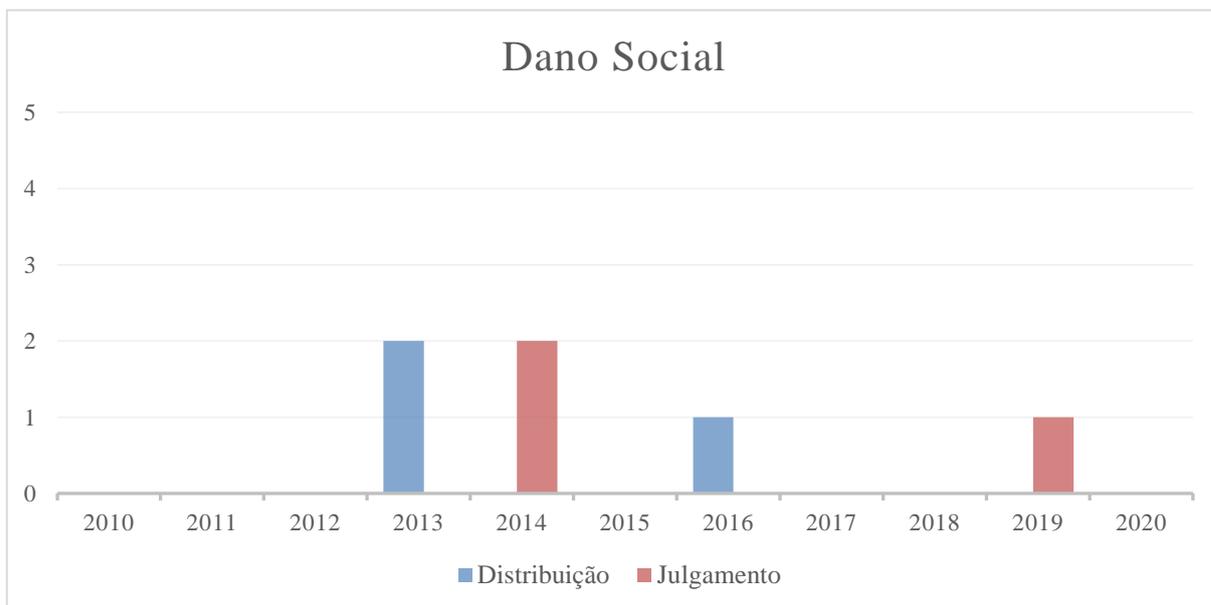


Figura 8 – Acórdãos do STJ sobre dano social, por data de distribuição e julgamento

Como são poucas decisões e considerando, ainda, que a definição desse tipo de dano é demasiado abstrata e abrangente, é oportuno que se faça uma breve síntese dos casos julgados pelo Tribunal Superior.

O primeiro caso trata-se da Reclamação nº 13.200-GO¹¹³¹. Uma ação indenizatória por danos morais foi ajuizada por um consumidor em face do Banco Bradesco, em razão de o autor ter permanecido em fila bancária para atendimento por mais de 30 minutos (ter-se-á notado, certamente, que tal situação não difere de outras acima mencionadas, que são rotuladas de “dano temporal”).

A sentença condenou o banco ao pagamento de R\$ 1.500,00 a título de danos morais. Contudo, a segunda turma dos juizados especiais de Goiânia majorou o valor dos danos morais para R\$ 2.500,00. Além disso, aplicou condenação de R\$ 15.000,00 a título de dano social. Merece algum destaque a informação, constante no acórdão, de que a Febraban havia informado já terem sido proferidas, no âmbito da mesma Turma Recursal, cerca de 200 sentenças condenatórias ao pagamento de indenização por dano social em favor de terceiros estranhos à lide.

O relator da reclamação no STJ, Min. Luíz Felipe Salomão, afirmou que, apesar do argumento do recorrente de que inexistente disposição legal prevendo o dano social, o art. 1º, inciso III, da CF/88, ao inserir no ordenamento jurídico brasileiro cláusula geral de dignidade da pessoa humana, permite o reconhecimento de novos danos indenizáveis, além dos já

¹¹³¹ Rcl 13.200/GO, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 08/10/2014, DJe 14/11/2014.

previstos na legislação civil. Além disso, citando Junqueira de Azevedo, afirma que a palavra “dano”, mencionada no art. 944, CC, “abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos [...]. (Enunciado 455 da V Jornada de Direito Civil do CJF/STJ)”.

Conclui, assim, que “não há dúvida de que o instituto tem previsão legal, tanto no âmbito constitucional, quanto no infraconstitucional”.

Nada obstante, no caso concreto sob julgamento, entendeu o relator que a Turma Recursal proferiu decisão *extra petita*, ao fixar, de ofício, indenização por dano social, o que justificou o reconhecimento da nulidade do acórdão recorrido e o afastamento da condenação. Registrou ainda o Min. Salomão que “os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos devem ser reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas”, de modo que, ainda se houvesse pedido do autor de ressarcimento de dano social, este não poderia ser concedido, em vista da ilegitimidade da parte para pleitear, em nome próprio, direito da coletividade.

O segundo caso, muito semelhante ao primeiro, é a Reclamação nº 12.062-GO, julgada sob o rito dos recursos repetitivos¹¹³². A ação havia sido ajuizada por consumidor em face de um banco, visando à condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais e materiais pela cobrança de anuidade de cartão de crédito não solicitado. A decisão recorrida também havia condenado, de ofício, em ação individual, o recorrente ao pagamento de danos sociais, no valor de R\$ 10.000,00, em favor de terceiro estranho à lide (Conselho da Comunidade de Minaçu).

O relator do recurso no STJ, Min. Raul Araújo, considerou teratológica a decisão recorrida. Reconheceu que “a doutrina moderna tem admitido, diante da ocorrência de ato ilícito, a possibilidade de condenação ao pagamento de indenização por dano social”, além dos danos patrimoniais, morais e estéticos. Com amparo, mais uma vez, em Junqueira de Azevedo e no Enunciado 455 da V Jornada de Direito Civil do CJF/STJ, afirmou que tal categoria vem sendo reconhecida “como uma nova espécie de dano reparável, decorrente de comportamentos socialmente reprováveis, pois diminuem o nível social de tranquilidade, tendo como fundamento legal o art. 944 do Código Civil”.

Apesar disso, no caso dos autos, a condenação extrapolou os limites objetivos e subjetivos da lide, pois não houve pedido de ressarcimento de danos sociais, nem a parte teria legitimidade para postular, em nome próprio, indenização da qual seria beneficiária a sociedade

¹¹³² Rcl 12.062/GO, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 12/11/2014, DJe 20/11/2014.

e que apenas poderia ser destinada a um fundo. Fixou-se, ao final, a seguinte tese: “É nula, por configurar julgamento *extra petita*, a decisão que condena a parte ré, de ofício, em ação individual, ao pagamento de indenização a título de danos sociais em favor de terceiro estranho à lide”.

Por fim, o terceiro caso é o Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.598.709-SP¹¹³³. Cuidava-se de ação ajuizada por um consumidor em face de plano de saúde, visando a condenação deste à cobertura de internação do paciente, embora se estivesse dentro do prazo de carência, bem como ao pagamento de indenização por dano moral e dano social. O acórdão recorrido entendeu ter-se caracterizado o dano social em razão da “necessidade de se coibir prática de reiteradas recusas a cumprimento de contratos de seguro saúde, a propósito de hipóteses reiteradamente analisadas e decididas”. Arbitrou, assim, indenização com caráter expressamente punitivo, no valor de R\$ 1.000.000,00, a qual seria revertida ao Hospital das Clínicas de São Paulo, não se confundindo, portanto, com o ressarcimento destinado ao próprio segurado.

O recurso especial, julgado monocraticamente pela Min. Isabel Gallotti¹¹³⁴, reconheceu que a decisão de origem incorreu em vício *ultra petita* ao condenar o recorrente, de ofício, ao pagamento de indenização por “danos morais coletivos/sociais”. Além do vício de congruência, também obstaria o ressarcimento do dano social o entendimento do STJ no sentido de que este, seja difuso, coletivo ou individual homogêneo só pode ser pleiteado pelos legitimados para propor ações coletivas. Ficou afastada, então, a condenação “a título de danos morais coletivos/sociais”.

O consumidor, porém, interpôs agravo interno contra o acórdão do recurso especial, insistindo na possibilidade de condenação da seguradora, de ofício e mesmo em demanda individual, ao pagamento de indenização por dano moral coletivo (mencionado pelo recorrente como sinônimo de dano social), tendo em vista, sobretudo, o seu caráter punitivo. A Quarta Turma do STJ negou provimento ao agravo, reiterando os fundamentos da decisão monocrática da Min. Gallotti.

Em todos os casos, portanto, a análise da Corte Superior centrou-se em aspectos processuais, relativos à legitimidade para postulação de indenização por danos sociais, e à impossibilidade de arbitramento de ofício. Apesar disso, o STJ admite, em tese, a ressarcibilidade desse tipo de dano, o qual se configura quando é verificada a reiteração de

¹¹³³ AgInt no REsp 1598709/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 10/09/2019, DJE 02/10/2019.

¹¹³⁴ REsp 1.598.709/SP, Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 26/11/2018, DJe 29/11/2018.

comportamentos socialmente reprováveis, que diminuem a tranquilidade social. Nesses casos, sendo insuficiente a indenização individual para desestimular a conduta reiterada, justifica-se um acréscimo “indenizatório” a título de dano social.

Assim como o dano moral coletivo, o dano social só pode ser indenizado nos casos em que o pedido é formulado por um dos legitimados para propor ações coletivas. Ademais, a verba ressarcitória é direcionada a um terceiro estranho à lide, geralmente um fundo ou instituição, que preste um serviço social.

A análise das decisões revela que o dano social é confundido com o dano moral coletivo. Ambas as nomenclaturas são empregadas como sinônimos no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.598.709-SP¹¹³⁵, havendo referência, inclusive, à expressão “dano moral social”, constante do acórdão estadual. A confusão não é sem razão: a rigor, não é possível identificar nenhuma diferença significativa entre as definições e as aplicações dessas duas figuras, a justificar o reconhecimento de categorias diversas.

O dano social, tão abstrato e abrangente quanto o dano moral coletivo, acaba revelando-se, na prática jurisprudencial, um outro nome para o mesmo fenômeno.

11.4. Danos coletivos: pena privada?

A análise acima empreendida, embora breve e, certamente, não exaustiva, revela que dano ambiental, dano moral coletivo e dano social são, a rigor, um só fenômeno. Por mais que se tente estabelecer uma diferença entre essas três categorias, e se lhes designe com nomes diversos, não se nota uma substancial diferença entre elas. Afinal, são todas noções demasiado vastas e fluidas, sem conteúdo específico, contornos acabados ou limites claros, que acabam-se confundindo no plano teórico e, sobretudo, na sua aplicação prática.

Como visto, dano ambiental é nome que se dá a qualquer tipo de lesão ao meio ambiente. Pode manifestar-se como dano individual ou coletivo, patrimonial ou não patrimonial. Quando é coletivo e não patrimonial, equipara-se ao que se chama de dano moral coletivo. Porém, enquanto a primeira nomenclatura tem em vista o bem jurídico lesado, a segunda atenta-se, ao menos em tese, à natureza das repercussões do evento lesivo. O dano social, por sua vez, pode também confundir-se com o dano ambiental, sob a vertente coletiva. Ademais, não se encontra, nem em doutrina nem em jurisprudência, nenhuma distinção

¹¹³⁵ AgInt no REsp 1598709/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 10/09/2019, DJe 02/10/2019.

relevante que separe satisfatoriamente a modalidade dos danos sociais da categoria dos danos morais coletivos. Ao contrário, muitas vezes se refere a elas como sinônimos.

Por isso, todos esses danos coletivos podem ser sintetizados numa mesma figura, que pretende justificar a condenação de infratores ao pagamento de “indenizações” elevadas a fundos, sempre que lesem interesses coletivos ou difusos.

Poder-se-ia sugerir que o dano moral por lesão a direitos difusos e coletivos já teria sido reconhecido pela legislação brasileira por força do art. 1º da Lei nº 7.347/1985¹¹³⁶. Contudo, referido dispositivo prevê a possibilidade de indenização por danos patrimoniais ou morais por danos causados a diversos interesses difusos ou coletivos, sem afirmar expressamente a existência e a ressarcibilidade de um dano moral coletivo.

As lesões a direitos coletivos podem, naturalmente, resultar em uma multiplicidade de danos morais suportados pelos indivíduos que compõem determinada comunidade. As ações de responsabilidade civil por violações a direitos individuais homogêneos, por exemplo, embora regidas pela Lei nº 7.347/1985, podem ter por objeto o simples dano moral individual. Nesse sentido, deve-se entender que a lei admite claramente a reparação de danos morais individuais, cujo regime processual obedece às disposições nela contidas em determinados casos em que há lesão a direitos coletivos. Mas a redação do artigo deixa dúvidas quanto à efetiva posituação do dano moral coletivo.

A melhor interpretação de tal norma, na verdade, não poderia conduzir ao entendimento de que essa nova figura de dano teria sido acolhida no sistema jurídico brasileiro. Como acima já se disse, a lei jurídica encontra limites na lei natural. Ela não tem discricionariedade para contrariar a natureza das coisas. E há insuperáveis razões, fundadas em dados apriorísticos, em elementos inalteráveis da realidade, que impedem a caracterização dos danos coletivos como espécies de dano moral (ou “extrapatrimonial”).

Não há modo de se inserir dentro desse instituto, à luz do conceito exposto na primeira parte deste trabalho, a noção de dano coletivo. Recorde-se que, como já se definiu, o dano moral consiste na perturbação da esfera psíquica de um sujeito decorrente da lesão de um bem ou

¹¹³⁶ “Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

V - por infração da ordem econômica;

VI - à ordem urbanística.

VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.

VIII - ao patrimônio público e social”.

direito da personalidade. Aceita esta premissa, deve-se constatar necessariamente a existência de dois “momentos” para que seja configurado o dano moral: o evento lesivo, consistente na violação a um bem ou direito da personalidade; e os prejuízos decorrentes de tal evento, que atingem de forma negativa a esfera psíquica do sujeito.

No caso dos danos coletivos – como, aliás, é bastante lógico –, nem um nem outro desses “momentos” pode ser verificado. A coletividade não tem personalidade. Supor o contrário seria negar a essência do que é a pessoa. Afinal, condição de ser pessoa é ser indivíduo, substância única, indivisível e distinta de qualquer outra¹¹³⁷.

As raízes ontológicas da individualidade estão na matéria: o homem, assim como todos os demais seres corpóreos (o átomo, a molécula, a planta, o animal), para existir, deve ser indivisível e distinto de todos os outros existentes. Como indivíduo, cada homem é “um fragmento de uma espécie, uma parte do universo, um ponto único na imensa teia de forças e influências cósmicas, étnicas e históricas”¹¹³⁸.

Ao contrário de outros indivíduos, o ser humano se distingue na ordem natural por subsistir numa natureza espiritual, racional, que nele é “um princípio de unidade criativa, independência e liberdade”¹¹³⁹. As raízes ontológicas da personalidade, mais profundas que as da individualidade, não estão na matéria, mas numa dimensão transcendental¹¹⁴⁰.

Logicamente, tratando-se a coletividade de um conjunto de indivíduos, em essência múltipla, divisível, indistinta, não pode ser pessoa. Não há, pois, como verificar-se, na violação direta a um bem ou valor da coletividade, lesão a direito da personalidade. Tão somente se pode constatar lesão aos direitos da personalidade dos indivíduos que a compõem.

A força coletiva não é mais que a união das forças isoladas. O direito coletivo tem seu princípio, sua razão de ser e sua legitimidade no direito individual, e não pode ter outra finalidade que não a de proteger a pessoa e seus direitos fundamentais¹¹⁴¹. Assim, enquanto no reino animal o indivíduo é para a espécie, pois é esta o valor permanente, na sociedade dos homens, a espécie é que é para o indivíduo, ou seja, para a pessoa¹¹⁴².

Nesse sentido, a coletividade jamais terá personalidade, o que é suficiente para repelir a ideia de que possa vir a sofrer danos morais. Além disso – e até mesmo em decorrência disso –, não possui a dignidade que é própria dos homens, nem a esfera espiritual ou psíquica a eles

¹¹³⁷ AQUINO. *Suma...*, cit., p. 522-534.

¹¹³⁸ MARITAIN. *The person...*, cit., p. 36-37.

¹¹³⁹ MARITAIN. *The person...*, cit., p. 38.

¹¹⁴⁰ MARITAIN. *The person...*, cit., p. 40-41.

¹¹⁴¹ BASTIAT. *A lei*, cit., p. 12.

¹¹⁴² NICOLAS, Marie-Joseph. Introdução à Suma Teológica. In: AQUINO. *Suma...*, cit., p. 51.

inerente. Por essa razão, ainda que verificada uma lesão “análoga”, por assim dizer, a um bem da personalidade, ou mesmo que violados “valores fundamentais” de uma coletividade, continuaria a ser impossível consumir-se, em relação a ela, os prejuízos que caracterizam o dano moral. Este, sob a perspectiva coletiva, não pode ser senão uma soma de prejuízos morais sofridos por um conjunto de indivíduos.

Trate-se de dano ambiental, de dano moral coletivo ou de dano social, o certo é que qualquer dano coletivo é absolutamente incompatível com o conceito tradicional de dano moral. E para enquadrá-los ali não basta modernizar o conceito ou “constitucionalizá-lo” – para usar a expressão tão em voga. Antes, seria preciso destruí-lo, apagar todos os traços históricos que levaram à sua formação e inventar para o mesmo nome significado totalmente diverso.

É que, a rigor, tais “danos”, não são morais nem são verdadeiros danos. Como se viu, reputam-se configurados esses “danos” coletivos pela simples verificação de uma lesão grave, “intolerável”, aos valores da comunidade, ao interesse público. Isso significa que a responsabilidade civil não surge diante da constatação de um dano, com o intuito de repará-lo, mas da mera constatação da prática de conduta ilícita, *potencialmente* danosa, para puni-la e assim prevenir a consumação de efetivos danos. O que se chama de “indenização”, nesse contexto, não é senão pena privada dissimulada.

E por que se insiste em designar como “dano”, o que, na realidade, não o é? Porque, ao menos enquanto não se firma a ideia de que pode haver uma “responsabilidade civil” sem dano, este continua sendo pressuposto essencial da obrigação de indenizar. Assim, toma-se inapropriadamente o instituto para tentar justificar, a custo de muito esforço retórico, a instituição, na responsabilidade civil, de uma pena privada atípica, travestida de dano moral. Mais honesto seria, certamente, que se chamassem as coisas pelo nome e que, se fosse o caso de instituir penas privadas, ao menos o fizessem fora do âmbito da responsabilidade civil, sujeitando-as a todos os limites constitucionais e legais.

Muitos dos autores que aceitam a figura do dano moral coletivo ressaltam que tal instituto não consiste propriamente em dano moral. Para Carrá, ao admitir-se a sua existência, atinge-se a fronteira do que se denomina como responsabilidade civil sem dano ou responsabilidade civil por mera conduta. O dano moral coletivo tem se constituído, assim, nas palavras do autor, “como uma verdadeira pena civil, ou seja, uma multa punitiva com nome disfarçado”¹¹⁴³.

¹¹⁴³ CARRÁ. A inviabilidade..., cit., p. 67-68.

Rosenvald também admite que o dano moral coletivo “não passa de peculiar espécie de pena civil, criativamente desenhada no ordenamento brasileiro, em nada se assemelhando com a natureza do dano extrapatrimonial”¹¹⁴⁴. Apesar disso, defende que tal instituto não deve ser desprezado, mas aplicado como aquilo que é, desde que haja uma reforma legislativa que preveja a aplicação da sanção, em observância ao princípio da legalidade (*nulla poena sine lege*). A pena ingressaria, então, no direito privado, como sanção de finalidade punitiva e preventiva, capaz de agregar efetividade ao direito civil, sobretudo em relação à tutela dos direitos da personalidade. Seria, afinal, urgente “perceber que o direito civil não se deve limitar a conter danos, mas também (e principalmente) a conter comportamentos antijurídicos, inibindo ilícitos e dissuadindo o potencial ofensor”¹¹⁴⁵.

De fato, já se está superando a preocupação em disfarçar que os danos coletivos extrapatrimoniais consistem, essencialmente, em penas civis. Admite-se abertamente que estes possuem “natureza eminentemente sancionatória”¹¹⁴⁶ e visam a “punir e inibir a injusta lesão da esfera moral de uma coletividade”¹¹⁴⁷. O esforço empreendido agora é menos para explicar o enquadramento dos danos coletivos na categoria tradicional dos danos morais e mais para justificar a necessidade e a legitimidade da sua aplicação como sanção voltada à punição de comportamentos ilícitos e à prevenção de danos. Quer-se dissolver as barreiras que, lentamente, o direito de tradição romanista ergueu entre responsabilidade civil e a responsabilidade penal, quer-se reaproximar pena e reparação¹¹⁴⁸. Tem-se concretizado a antiga previsão de Starck, segundo a qual “o movimento de abolição da pena privada é acompanhado por um movimento inverso que tende a restaurá-la”¹¹⁴⁹.

Na tradição anglo-saxã, tem-se a ideia de *punitive damages*, por meio do qual confere-se à vítima uma soma em dinheiro superior à necessária à compensação do dano, a fim de que esta possa exercer a dupla finalidade de punição e prevenção. Por sua função, esses *punitive damages* se opõem aos *compensatory damages*, que visam estritamente ao ressarcimento do prejuízo.

A figura dos *punitive damages*, por desempenhar essa dúplici função punitiva-preventiva, superando a cisão existente entre as responsabilidades penal e civil, tem exercido

¹¹⁴⁴ ROSENVALD. O dano..., cit., p. 118.

¹¹⁴⁵ ROSENVALD. O dano..., cit., p. 109.

¹¹⁴⁶ REsp 1610821/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15/12/2020, DJe 26/02/2021.

¹¹⁴⁷ AgInt no AREsp 100.405/GO, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16/10/2018, DJe 19/10/2018.

¹¹⁴⁸ BESSA. Dano..., cit., p. 262.

¹¹⁴⁹ STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris: L. Rodstein, 1947, p. 377. tradução nossa.

bastante atração sobre a doutrina e a jurisprudência em países de tradição bastante diversa. Começa a legitimar, assim, a reintrodução da pena privada no âmbito da responsabilidade civil¹¹⁵⁰. E é especialmente nos campos dos direitos transindividuais e dos danos de massa que o resgate de uma responsabilidade de viés punitivo tem sido discutida e fortemente defendida.

A retrospectiva da construção do instituto do dano moral, empreendida no início deste trabalho, revelou que, em suas raízes, tal dano implicava a atribuição de uma pena ao ofensor, e não propriamente uma reparação. Contudo, nos sistemas de *Civil Law*, caminhou-se lentamente rumo à separação entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil, como já foi exposto, com mais detalhes, no capítulo 3.4. Tal movimento só veio a se concluir no século XVIII, tendo ficado a reparação despojada de todo caráter punitivo.

A partir de então, nos ordenamentos jurídicos que tem sua base na tradição romanista, a função da responsabilidade civil é reparatória, ao dano privado responde-se apenas com a restituição do estado anterior ao dano, mediante a atribuição de uma indenização, na medida da extensão dos prejuízos causados.

A aplicação da pena, por sua vez, fica restrita aos casos em que o ilícito atinge diretamente o interesse coletivo e social, situações nas quais a especial gravidade do ato e de seus efeitos justifica a tipificação da conduta na lei penal e a cominação legal de uma pena fixada e dosada conforme os critérios da lei penal¹¹⁵¹.

Entre reparação e pena, portanto, há significativas diferenças que justificam o tratamento jurídico distinto de ambos os institutos no sistema jurídico brasileiro. A pena objetiva castigar o culpado pelo ilícito cometido, pode ser fixada independentemente da concretização de um dano, desde que a conduta seja típica, e é indissociável da pessoa do ofensor. Por sua vez, a reparação visa somente à recomposição do equilíbrio perturbado pelo dano, razão pela qual é proporcional à sua extensão, só tem razão de ser quando o ilícito produz um dano efetivo, e não é indissociável da pessoa do ofensor, podendo ser atribuída, excepcionalmente, a quem não cometeu o ato ilícito¹¹⁵².

A responsabilidade penal nasce quando se atinge diretamente a coletividade, interferindo-se na ordem social, mediante a violação da ordem penal. A repressão penal quer repelir a ameaça social¹¹⁵³, é no próprio ato ilícito que ela encontra sua razão de ser¹¹⁵⁴. Já responsabilidade civil tem em mira os danos privados, que agredem direta e concretamente o

¹¹⁵⁰ MARTINS-COSTA; PARGENDLER. Usos..., cit., p. 16.

¹¹⁵¹ THEODORO JÚNIOR. *Dano...*, cit., p. 71.

¹¹⁵² FISCHER. *Los daños...*, cit., p. 195; AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade...*, V. 2, cit., p. 736.

¹¹⁵³ AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade...*, V. 1, cit., p. 5-6.

¹¹⁵⁴ PESSOA JORGE. *Ensaio...*, cit., p. 11.

indivíduo. Ainda que o dano que atinge o homem repercute na coletividade, ou ameace de algum modo a ordem social, fica a cargo do sujeito que suporta o dano a ação que visa a restabelecer o equilíbrio rompido. A sociedade incumbe-se somente dos atos ilícitos que a atingem diretamente.

Os traços limítrofes entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil são desenhados pelo legislador, que tipifica, na lei penal, os atos que considera terem especial caráter ofensivo à paz e à estabilidade social. Tal tipificação é feita em atenção ao princípio da legalidade – *nulla poena sine lege* –, essencial à preservação da liberdade individual e da segurança jurídica.

A aplicação da pena exige a prévia cominação em lei, a fim de conferir ao indivíduo a segurança de que, agindo dentro da esfera do permitido, conservará sua liberdade, e a previsibilidade de que, ao violar a norma penal, atrairá para si determinada sanção. É em vista de tal previsibilidade que à função punitiva da pena associa-se uma função preventiva ou dissuasória.

Ao contrário, a incidência da obrigação de reparar o dano, por não implicar nenhuma sanção e visar apenas à neutralização do dano e à restituição do estado anterior, não exige a prévia e estrita tipificação das condutas ilícitas que dão origem à obrigação de indenizar.

A importação do instituto dos *punitive damages* para o Brasil, ou mesmo a criação de penas privadas nele de algum modo inspiradas, não é adequada. Uma longa tradição separa o sistema jurídico brasileiro do sistema anglo-saxão e ela não pode ser desconsiderada.

Nos sistemas americano e inglês, os *punitive damages* são figura aplicável apenas em procedimentos que contam com a participação do júri popular, e só podem incidir nos casos em que, antes, é reconhecida a responsabilidade do infrator pelo pagamento dos *compensatory damages*¹¹⁵⁵.

Ademais, para que sejam concedidos, exige-se prova de *malice, wantonness, willfulness, oppression, fraud*, ou outras, que se aproximam da noção brasileira de dolo. Isso significa, por um lado, que a mera negligência não é suficiente para justificar a condenação ao pagamento de *punitive damages* e, por outro lado, que tal figura é incompatível com a responsabilidade objetiva¹¹⁵⁶. Com efeito, não fosse imprescindível a comprovação do elemento subjetivo, a aplicação do instituto se tornaria “um jogo de azar” e “acarretaria os fenômenos

¹¹⁵⁵ BONNA, Alexandre Pereira; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Requisitos objetivos e subjetivos dos *punitive damages*: critérios à aplicação no direito brasileiro. In: *Scientia Iuris*, Londrina, n. 1, V. 22, p. 190-222, mar./2018, p. 197-204.

¹¹⁵⁶ MARTINS-COSTA; PARGENDLER. Usos..., cit., p. 19.

indesejáveis de hiper-prevenção e supercompensação”¹¹⁵⁷, esvaziando o potencial preventivo e pedagógico ao qual é vocacionado.

Por fim, no direito anglo-saxão, os *punitives damages* não estão sujeitos ao exclusivo arbítrio do julgador, nem se aplicam à generalidade dos casos. Há critérios e limites à sua incidência, fixados pela Constituição ou pelo sistema de precedentes¹¹⁵⁸. Não se pode deixar de considerar, ainda, que no direito americano, no qual esse instituto tem larga aplicação, nota-se, hoje, diversas preocupações com *punitive damages* excessivos e infundados, as quais têm justificado inclusive reformas, que visam a eliminar a discricionariedade, estabelecer limites mais rígidos, reduzir a imprevisibilidade e preservar a proporcionalidade entre indenização punitiva e indenizatória¹¹⁵⁹.

A introdução de uma pena privada no sistema brasileiro de responsabilidade civil, por meio do reconhecimento da ressarcibilidade dos danos coletivos extrapatrimoniais, não se submete a regime similar ao dos *punitive damages*. Afinal, o procedimento de fixação de tais danos não conta com a participação de júri popular, o qual atua apenas no julgamento penal de crimes dolosos contra a vida.

Além disso, não se exige prova de dolo ou mesmo de culpa para que seja aplicada a pena civil. Aliás, a maioria dos casos em que a jurisprudência condena o infrator ao pagamento de somas em dinheiro por danos coletivos extrapatrimoniais, o reconhecimento da responsabilidade prescinde de avaliação do elemento subjetivo. Trata-se, no mais das vezes, de situações nas quais se aplica a responsabilidade objetiva.

Por último, admitir-se a instituição de uma pena privada na responsabilidade civil, estendendo-se ao juízo cível a possibilidade de atribuir sanções, sem autorização e amparo na lei positiva, consiste em manifesta violação ao princípio da legalidade, ao qual se submete rigorosamente a imposição de penas. Representa, ainda, risco de punição dúplice do ofensor por um único fato¹¹⁶⁰, sobretudo tendo em vista a ausência de delimitação das diversas figuras de danos coletivos, as quais se confundem sob muitos aspectos. Não há, no Brasil, qualquer previsão legal ou critério objetivo para a aplicação desse tipo de pena, que acaba sendo arbitrada pelo julgador sem amparo em parâmetros claros pré-estabelecidos.

¹¹⁵⁷ MARTINS-COSTA; PARGENDLER. Usos..., cit., p. 23.

¹¹⁵⁸ MARTINS-COSTA; PARGENDLER. Usos..., cit., p. 21.

¹¹⁵⁹ GALANTER, Marc. Introduction: Shadow Play: The Fabled Menace of Punitive Damages. In: *Wisconsin Law Review*, 1998, p. 1-14, p. 3-4.

¹¹⁶⁰ THEODORO JÚNIOR. *Dano...*, cit., p. 68-69.

Assim, a transposição dos *punitive damages* para o sistema jurídico brasileiro, sobretudo como forma de legitimar a instituição de penas privadas no sistema de responsabilidade civil, é tecnicamente inapropriada.

Se olhar-se atentamente para trás, especialmente sob o enfoque da tradição romanista, perceber-se-á que a pena privada é um instrumento imperfeito de realização da justiça no direito civil e, por isso mesmo, “sua história é a história do seu progressivo desaparecimento”¹¹⁶¹. O movimento no sentido de reaproximar a responsabilidade civil da responsabilidade penal, aplicando-se penas privadas de forma velada – como são os danos coletivos extrapatrimoniais –, vai, inegavelmente, na contramão da história jurídica brasileira.

No caso dos danos ambiental, moral coletivo e social, o ressarcimento do dano, destinado não mais a restaurar uma situação jurídica individual, mas a satisfazer de algum modo a coletividade, “perde aquela sua originária estrutura civilística e se acerca sempre mais ao conceito penalístico da sanção”¹¹⁶². O interesse tutelado, de caráter eminentemente público, aproxima-se bastante do interesse que a sociedade tem na punição daqueles que cometem crimes.

Diante disso, no caso dos danos coletivos extrapatrimoniais, por ter-se em vista a conduta antijurídica que ameaça a ordem social, e por pretender-se reprimir o ilícito e evitar a concretização de danos, a reação jurídica adequada consistiria na aplicação de sanções (penais ou administrativas), desde que previstas em lei. Poderia também atrair mecanismos de tutela do ilícito que, muito embora pertençam ao direito privado, não se inserem na responsabilidade civil, como a tutela inibitória e de remoção do ilícito.

É que tais mecanismos atuam preventivamente, independentemente da concretização de um dano, enquanto a tutela reparatória, invariavelmente, tem caráter reativo e apenas atua *ex post*. Como ensina Pontes de Miranda, “a teoria da responsabilidade pela reparação dos danos não se há de basear no propósito de sancionar, de punir, as culpas”¹¹⁶³. O seu fundamento sempre esteve – e continua estando – no princípio de que o dano suportado, se possível, tem de ser *reparado*, cabendo à técnica legislativa, a partir da noção de causalidade, definir o critério para apontar-se o responsável em cada caso. Assim, “a restituibilidade é que se tem por fito, afastado qualquer antigo elemento de vingança”¹¹⁶⁴.

¹¹⁶¹ AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade...*, V. 1, cit., p. 736.

¹¹⁶² ALPA. *Responsabilità...*, cit., p. 351.

¹¹⁶³ PONTES DE MIRANDA. *Tratado...*, t. 53, cit., p. 207.

¹¹⁶⁴ PONTES DE MIRANDA. *Tratado...*, t. 53, cit., p. 207.

Ao contrário do que defendem, por exemplo, Junqueira de Azevedo¹¹⁶⁵ ou Fisberg¹¹⁶⁶, a responsabilidade civil por dano moral não pode atuar como mecanismo substitutivo das sanções penais e administrativas, nem servir de solução à ineficiência de políticas públicas. Pode-se concordar quanto ao problema, mas não quanto à solução. Se tais sanções são módicas ou insuficientes, pode-se agravá-las; se grande parte das multas aplicadas não são arrecadadas, pode-se aperfeiçoar a atuação das agências reguladoras; se a regulamentação e a fiscalização possuem defeitos ou entraves, pode-se cobrar respostas do Poder Público. O que não se pode, todavia, é supor que a ineficiência do direito público sancionatório poderia legitimar a instituição de uma pena atípica, sujeita ao arbítrio judicial, no âmbito do direito civil, que é justamente o baluarte da liberdade e das garantias individuais.

¹¹⁶⁵ JUNQUEIRA DE AZEVEDO. Por uma..., cit., p. 211-218.

¹¹⁶⁶ FISBERG. O dano..., cit., p. 136.

12. CONCLUSÃO. A TENSÃO ENTRE A LIBERDADE DE AÇÃO E A TUTELA DA PESSOA: LIMITES DO DANO MORAL RESSARCÍVEL

O correr da vida embrulha tudo, a vida é assim: esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta. O que ela quer da gente é coragem. O que Deus quer é ver a gente aprendendo a ser capaz de ficar alegre a mais, no meio da alegria, e inda mais alegre ainda no meio da tristeza! Só assim de repente, na horinha em que se quer, de propósito — por coragem. Será? Era o que eu às vezes achava. Ao clarear do dia¹¹⁶⁷.

Nunca se teve uma ideia muito clara ou precisa do que é o dano moral. Embora se encontre, entre povos diversos e desde tempos remotos, prelúdio do que viria a ser tal dano, não foi senão a partir do século XIX, sobretudo após as codificações modernas, que se passou a discutir sua existência como categoria geral, autônoma e ressarcível. A compreensão histórica do contexto anterior ao reconhecimento e à positivação do dano moral – embora ainda não se falasse propriamente em dano moral e se confundisse indenização com pena – revela que já se admitia a fixação da obrigação de pagar montantes em pecúnia ao ofensor, em contrapartida ao dano por ele causado ao ofendido, ainda que não se produzissem repercussões patrimoniais.

Não obstante, àquele momento, não se concebia que fosse compensado qualquer abalo ou desgosto; somente em casos de prejuízos que afetassem seriamente a personalidade é que se reconhecia o direito à reparação. Tanto assim que as hipóteses mais frequentes de compensação, encontradas quase que invariavelmente nas tradições jurídicas de diversos povos, diziam respeito a violações à vida, à integridade física, à honra, à liberdade. Em essência, a prescrição de penas e indenizações pelo que viria a ser o dano moral se dava apenas nas hipóteses em que os prejuízos não patrimoniais advinham da lesão aos bens mais valiosos e aos direitos primordiais, inatos, da pessoa. No fundo, já atuava a reparação moral, sobretudo, em função da tutela dos direitos da personalidade, embora àquela época, ainda não se tivesse desenvolvido, de forma consciente e sistemática, a doutrina relativa a tais direitos.

Além disso, sempre esteve ligado o dano moral à ideia de dor e sofrimento, a alterações anímicas, à esfera psíquica ou emocional do sujeito. Foi este, inclusive, o primeiro conceito que se deu à categoria, concebida como *pretium doloris*. O dano se revelava não na diminuição patrimonial, mas na perturbação psíquica, nas dores da alma.

¹¹⁶⁷ GUIMRÃES ROSA. *Grande...*, cit., p. 318.

Percebe-se, então, que o dano moral possui, em seu âmago, e desde a sua origem, duas noções determinantes: a de violação a direitos da personalidade e a de perturbação do estado de ânimo do sujeito ofendido. A primeira corresponde ao evento lesivo e indica que somente os fatos lesivos dos mais preciosos bens jurídicos da pessoa (bens da personalidade) podem causar dano moral; a segunda corresponde às consequências prejudiciais da lesão, que se manifestam na esfera não patrimonial, mas espiritual e psíquica da pessoa. Assim, para traçar-se um conceito completo e consistente de dano moral, deve-se recorrer a essas duas noções. Afinal, qualquer dano, para ser reparável, deve-se constituir em dois momentos: o evento lesivo e o prejuízo dele decorrente. O evento lesivo que não resulta em prejuízo não consiste em dano reparável; o prejuízo que não advenha de um evento lesivo, tampouco.

É por isso que, na primeira parte deste estudo, atingiu-se a conclusão de que o dano moral pode ser conceituado como a perturbação da esfera anímica ou psíquica de um sujeito decorrente da lesão a um bem ou direito da personalidade.

Sua prova contenta-se com a concreta demonstração da lesão, admitindo-se o uso do método presuntivo para se chegar à existência do prejuízo. A função da responsabilidade civil por dano moral é primordialmente reparatória, de modo que a indenização é medida pela extensão do dano. Pode-se aceitar, porém, a ideia de que as funções punitiva e preventiva tenham algum lugar na responsabilidade civil, mas tão somente como funções reflexas ou secundárias, que não servem para aumentar o valor da indenização nem para agravar a situação do autor do dano.

Com base nessas premissas, fez-se uma análise do dano à imagem e do dano estético, enquanto nomenclaturas que já se consagraram há bastante tempo no direito brasileiro. Viu-se, porém, que ambas as figuras receberam nome particular em vista do bem jurídico lesado (integridade física e imagem, respectivamente), e não propriamente em razão das consequências da lesão, as quais são necessariamente patrimoniais ou morais. Desse modo, tais figuras inserem-se numa ordem de classificação diversa, mas não consistem em modalidades autônomas de dano. Quando produzem efeitos não patrimoniais, nada mais são que dano moral, embora tenham recebido nomenclatura própria ao longo do tempo, em razão de seu conteúdo bem definido e de seu regime jurídico relativamente uniforme, o que lhes confere alguma utilidade operacional.

O dano estético é ressarcido no sistema jurídico brasileiro de forma autônoma, reconhecendo-se amplamente a possibilidade de cumulação com o dano moral. O dano à imagem, por sua vez, costuma ser ressarcido como dano moral, não se cogitando de cumular indenizações. Em nenhum caso, porém, dever-se-ia admitir a cumulação, uma vez que dano

estético e dano à imagem não configuram espécies autônomas de dano não patrimonial, mas se enquadram no conceito de dano moral. Em caso contrário, conceder-se-á uma indenização pelo evento lesivo e outra pelas consequências prejudiciais dele advindas; dupla indenização, pois, pelo mesmo e único dano. Como ambas as figuras são conhecidas há décadas por doutrina e jurisprudência, pode-se justificar o uso de suas nomenclaturas específicas, mas com objetivo meramente descritivo e operacional, não servindo elas para erigir categorias autônomas de dano, indenizáveis cumulativamente ao dano moral.

Mais recentemente, além das etiquetas “dano estético” e “dano à imagem”, há tempos empregadas por doutrina e jurisprudência brasileiras, tem-se apontado a criação de diversas outras espécies de dano não patrimonial e pretendido conferir a elas regime jurídico próprio. Assiste-se, pois, a uma verdadeira proliferação desordenada de danos, que vêm sendo propostos e aplicados de forma impetuosa e precipitada.

Assim, à luz das premissas conceituais firmadas na primeira parte deste trabalho, empreendeu-se, em sua segunda parte, a análise das principais modalidades de dano recentemente criadas no sistema jurídico brasileiro. A confrontação de tais figuras com o conceito de dano moral revelou o equívoco da opção por reconhecê-las tanto como categorias jurídicas independentes e ressarcíveis, quanto como modalidades de dano moral.

O dano moral da pessoa jurídica, embora seja solidamente admitido em doutrina e jurisprudência, não é consentâneo às bases conceituais e metodológicas da responsabilidade civil por dano moral. Em primeiro lugar, porque as pessoas jurídicas não são autênticas pessoas e, por tal razão, não possuem verdadeiramente direitos da personalidade, mas apenas alguns direitos a eles análogos. Falta-lhes, pois, a dimensão espiritual em que se funda a ressarcibilidade do dano moral. Em segundo lugar, porque é impensável que pessoas jurídicas possam suportar repercussões negativas em sua esfera psíquica, uma vez que, logicamente, não a têm. Assim, todo prejuízo causado a pessoas jurídicas é necessariamente patrimonial, não sendo aceitável que este seja indenizado como dano moral, a fim de conferir solução pragmática para atribuição de indenizações em casos nos quais é difícil a prova do prejuízo.

O dano existencial, por sua vez, é categoria importada do direito estrangeiro, que se revela desnecessária e inadequada no ordenamento jurídico brasileiro. Ele chega ao Brasil como uma versão fundida do dano existencial italiano com o dano ao projeto de vida peruano. Não tem conteúdo preciso nem contornos bem delimitados, razão pela qual serve à concessão de indenizações nas hipóteses mais excêntricas e banais. Sendo demasiado vasto e diverso o rol de situações nas quais se costuma reconhecer a configuração do dano existencial, não é possível identificar a lesão a um específico bem da personalidade. As atividades existenciais, as

expectativas, os projetos de vida do sujeito não são bens tutelados juridicamente. A pretensão de busca da felicidade, de bem-estar e prazer, à qual parece estar associada a caracterização desse dano, não é apta a justificar a aplicação dos mecanismos da responsabilidade civil. Assim, os danos que se dizem “existenciais” ou são simples danos morais, e como tais ressarcíveis, ou não são verdadeiramente merecedores de reparação, por não decorrerem da lesão a um bem da personalidade ou não se traduzirem em perturbações na esfera psíquica do sujeito. Em síntese, não é preciso nem adequado reconhecer, no Brasil, uma categoria correspondente ao dano existencial ou ao projeto de vida.

Também o dano moral por abandono afetivo é figura que não merece reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro. Uma vez que o afeto e o cuidado não consistem em deveres ou em direitos subjetivos, o descumprimento das obrigações legais de sustento, guarda e educação dos filhos menores, ainda que configure conduta antijurídica, não constitui infração a dever jurídico, nem violação a direito subjetivo. Por tal razão, quando se verifica tal descumprimento, não há ilícito indenizativo, mas somente ilícito caducificante: inexistente dano, em sentido jurídico, e não há de se falar em ressarcimento; a consequência jurídica incidente, segundo previsão legal, é a perda do poder familiar. A paternidade é ato radicalmente livre e não se pode pretender forçá-la por meio da responsabilidade civil, a qual não deve ser transformada em instrumento de punição ou dissuasão de condutas ilícitas ou imorais. Desse modo, o abandono dos pais em relação aos filhos pode implicar a obrigação de prestar alimentos a até a perda do poder familiar, mas não produz dano moral e não gera a obrigação de indenizar.

O que se chama dano temporal tampouco pode ser reconhecido como categoria de dano não patrimonial ressarcível ou como espécie de dano moral. É que o tempo não é bem jurídico (e, especialmente, não é bem da personalidade). Até em consequência disso, uma eventual repercussão negativa causada pelo evento lesivo, isto é, pela supressão de tempo, na esfera psíquica do sujeito, não possui a gravidade necessária à caracterização de um dano ressarcível. A invenção desta nova categoria de dano – que, a rigor, atenta-se mais à conduta ilícita que à efetiva presença de um dano reparável – acaba servindo à punição e à dissuasão de fornecedores que praticam atos abusivos no mercado de consumo. Contudo, a responsabilidade civil não pode ser transformada em mecanismo de aplicação de penas privadas, nem em salvaguarda contra toda frustração da vida cotidiana. Por tal razão, concluiu-se que o descontentamento causado pela percepção subjetiva de dispêndio excessivo de tempo não configura dano moral ou outra espécie de dano não patrimonial e deve continuar sendo encarado como sempre foi: dissabor ou aborrecimento inerentes à vida em sociedade, que não merece, portanto, reparação.

Por fim, não é diversa a conclusão atingida a respeito dos danos coletivos. Dano ambiental, dano moral coletivo e dano social são, na verdade, nomenclaturas diversas para um mesmo fenômeno, já que não é possível identificar diferenças substanciais entre eles, confundindo-se com frequência o seu conteúdo e os seus limites nos planos teórico e pragmático. Em relação a todos os danos não patrimoniais coletivos, é impossível verificar-se tanto uma lesão a bem ou direito da personalidade quanto uma repercussão negativa na esfera psíquica. Afinal, a coletividade não tem personalidade. Trata-se de um ente abstrato, que nada mais é do que um conjunto de indivíduos. Assim, tão somente se pode constatar lesão aos direitos da personalidade dos indivíduos que a compõem. Pelas mesmas razões, a coletividade não possui uma esfera espiritual ou psíquica, o que também impede que se verifiquem, em relação a ela, os prejuízos que caracterizam o dano moral. A rigor, esses “danos” coletivos têm sido reconhecidos e ressarcidos diante da tão só constatação de uma conduta ilícita, potencialmente danosa, a fim de puni-la e assim tentar prevenir a consumação de efetivos danos. Por isso, o que se diz “indenização”, nesse caso, não é senão pena privada dissimulada, aplicada de forma arbitrária, independentemente de prévia cominação legal. Ao fim e ao cabo, a admissão do ressarcimento desses danos coletivos não patrimoniais implica a admissão de uma responsabilidade civil sem dano, o que, logicamente, é inconcebível.

A análise das diversas categorias de dano que têm sido criadas no ordenamento jurídico brasileiro e enquadradas seja como tipo de dano moral, seja como espécie autônoma de dano não patrimonial, confirma a percepção de que se tem presenciado uma inadequada e irrefletida proliferação de figuras de dano.

Com efeito, nota-se um verdadeiro caos jurisprudencial e doutrinário: não há nenhum método no reconhecimento dos novos danos ressarcíveis e nenhuma sistematização dessas figuras, as quais são etiquetadas de modos diversos e são criadas, por vezes, com base em ordens de classificação distintas (que ora têm em vista o bem jurídico lesado, ora têm em vista a natureza das consequências prejudiciais da lesão). Isso causa, com alguma frequência, a sobreposição de figuras e sua indevida cumulação, o que implica sério problema de *bis in idem*. Ademais, a maioria dessas figuras não tem conteúdo preciso e contornos bem delineados. Nenhuma delas, como se viu, pode consistir em espécie autônoma de dano não patrimonial e, com exceção do dano estético e do dano à imagem, nenhuma se enquadra no conceito de dano moral.

Desse modo, constata-se que, no Brasil, não há a necessidade de criar-se uma categoria mais ampla de dano ressarcível, correspondente a gênero dentro do qual se poderiam inserir inúmeras espécies, além do tradicional dano moral. Afinal, não é verdadeira a insuficiência da

dicotomia entre dano patrimonial e dano moral. Este, no ordenamento jurídico brasileiro – diferentemente do que se dava, por exemplo, no ordenamento italiano – é categoria amplamente ressarcida e perfeitamente capaz de atender à exigência de reparação dos prejuízos causados pela violação dos bens e direitos primordiais da pessoa. Ademais, a responsabilidade não consiste no único instrumento de proteção aos bens jurídicos lesados e sua esfera de aplicação não coincide, pois, com a esfera de reação contra os ilícitos¹¹⁶⁸.

Assim, o dano moral se apresenta como categoria única e incidível no sistema jurídico brasileiro, apta a garantir a reparação dos prejuízos que se manifestam na esfera psíquica da pessoa em decorrência da lesão a um bem ou direito da personalidade. Inexiste, pois, outra categoria de dano não patrimonial ressarcível de modo autônomo e cumulável ao dano moral.

Em grande parte, a expansão atécnica do sistema de reparação de danos constatada, que causa distorções e insegurança, é resultado da falta de clareza que se tem quanto ao conceito de dano, e especialmente de dano moral. Este é uma categoria de difícil definição e delimitação, que, no entanto, é manejada de forma inconsequente, o que leva à sua deformação e à excessiva extensão do âmbito de aplicação da responsabilidade civil.

Já é tempo, porém, de desautomatizar a aplicação do dano moral, resgatar as bases conceituais e metodológicas do sistema brasileiro de reparação de danos e restaurar sua ordem sistemática. A responsabilidade civil possui, afinal, alguns limites inflexíveis e jamais poderá ser transformada em instrumento de aplicação de penas privadas ou em salvaguarda dos prazeres cotidianos.

É impreterível tomar consciência do alargamento exagerado da noção de dano moral e do campo de incidência da responsabilidade civil – o momento do transbordamento do curso d'água, o ápice da parábola de Busnelli. Deve-se, por conseguinte, interromper esse movimento automatizado de elasticimento do sistema de reparação mediante a invenção de novos danos, e começar a mover-se em sentido diverso. Em síntese, é preciso empreender uma tarefa de contenção, por meio da qual se restabeleça o equilíbrio entre o âmbito de liberdade de ação e a esfera de proteção dos bens da pessoa, que, por resultar na imputação de responsabilidade, acaba por impor limites à liberdade¹¹⁶⁹. Tal equilíbrio se alcançará, sobretudo, mediante a adequada demarcação das fronteiras do dano moral ressarcível.

¹¹⁶⁸ BUSNELLI. La parábola..., cit., p. 34.

¹¹⁶⁹ DÍEZ-PICAZO. *Derecho...*, cit., p. 43; BUSNELLI. La parábola..., cit., p. 35.

REFERÊNCIAS

Referências bibliográficas

AGOSTINHO, Aurélio (Santo Agostinho). *Confissões*. trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2007.

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. V. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. V. 2. 10. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALIGHIERI, Dante. *Inferno*. trad. Emanuel França de Brito, Maurício Santana Dias e Pedro Falleiros Heise. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. In: *Revista de Direito Privado*, n. 24, V.6, p. 21-53, out./dez. 2005.

ALMEIDA, Felipe Cunha de. Direito constitucional à situação existencial dos filhos: responsabilidade civil e abandono afetivo. In: *Migalhas*, mar. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/362568/situacao-existencial-dos-filhos-responsabilidade-e-abandono-afetivo>>. Acesso em: 31. mar. 2022.

ALPA, Guido. *Responsabilità civile e danno*: lineamenti e questioni. Il Mulino, 1991.

AUBRY, C.; RAU, C. *Cours de Droit civil français*. D'après la méthode de Zachariae. 4. ed. t. 4. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Marchal & Billard, 1871.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro - São Paulo: Editora Jurídica e Universitária Ltda., 1965.

AMORIM, Bruno de Almeida Lewer. *Responsabilidade civil pelo tempo perdido*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. V. 1. p. 1. q. 29. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1991. Versão disponível em domínio público: <<https://abdet.com.br/site/>>. Acesso em: 18 mai. 2021.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Teoria geral do Direito Civil*. V. 1. Lisboa: [s.n.], 1985/85.

ASHFORD, Nicholas *et al.* Wingspread Statement on the Precautionary Principle. *Wingspread Conference Center*, Racine, Wisconsin, 23-25 jan. 1998. Disponível em: <<http://www.gdrc.org/u-gov/precaution-3.html>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Entrevista. In: *Jornal do Advogado OAB/SP*, n. 289, a. 30, dez. 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A proteção jurídica dos interesses coletivos. In: *Temas de Direito Processual*. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: *Temas de Direito Processual*. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Danos: uma leitura personalista da responsabilidade civil*. Caiscais: Principia, 2018.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. O futuro da responsabilidade civil desafiada pela inteligência artificial: as dificuldades dos modelos tradicionais e caminhos de solução. In: *Revista de Direito da Responsabilidade*, a. 2, p. 280-326, 2020.

BARROS, Sérgio Resende de. *O direito ao feto*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/o-direito-ao-afeto.cont>>. Acesso em: 27. mar. 2022.

BASTIAT, Frédéric. *A Lei*. 3. ed. trad. Ronaldo da Silva Legey. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010, [n.p]. E-book disponível em: <<https://www.mises.org.br/Ebook.aspx?id=115>>. Acesso em: 22. abr. 2022.

BASTOS, Daniel Deggau; SILVA, Rafael Peteffi. A busca pela autonomia do dano pela perda do tempo e a crítica ao *compensation for injury as such*. In: *Civilistica.com*, a. 9, n. 2, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-busca-pela-autonomia-do-dano/>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BAUMAN, Zygmunt. *A arte da vida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.

BAUMAN, Zygmunt. Múltiplas culturas, una sola humanidad. Extracto de la conferencia que tuvo lugar en el Centro de Cultura Contemporánea de Barcelona (CCCB), el 22 de marzo de 2004 dentro del ciclo “Fronteras”, cf. Zygmunt Bauman (2008), Múltiplas culturas, una sola humanidad, Buenos Aires: Katz Editores. In: *Perifèria. Cristianisme Postmodernitat Globalització*, n. 1, p. 72-82, 2014.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. In: *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 9, V. 3, p. 5-52, jan.-mar/1998.

BERGSTEIN, Laís Gomes; MARQUES, Cláudia Lima. O dano pelo tempo perdido pelo consumidor: caracterização, critérios de reparação e as posições do STJ. In: *Migalhas*, [S.I.], mar.-2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/298044/o-dano-pelo->

tempo-perdido-pelo-consumidor--caracterizacao--criterios-de-reparacao-e-as-posicoes-do-stj>. Acesso em: 28. mar. 2021.

BERTRAND-DE-GREUILLE. Communication Officielle au Tribunal. Rapport fait par M. Bertrand-de-Greuille. In: FENET, Pierre-Antoine. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. t. 13. Paris: Imprimerie de Marchand du Breuil, 1827.

BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. In: *Revista da EMERJ*, n. 40, V. 10, p. 247-283, 2007. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista40/revista40_sumario.htm>. Acesso em: 26. fev. 2021.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos estados unidos do Brasil*. 6. ed. V.1. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1940.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Rio - Livraria Francisco Alves, 1980.

BÍBLIA. Português. Bíblia Sagrada. trad. CNBB. 11. ed. São Paulo: Canção Nova, [s.d.].

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 12, p. 44-62, out.-dez., 1994.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. trad. Ariana Bueno Sudatti e Fernando Pavan Batista. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

BONNA, Alexandre Pereira; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Requisitos objetivos e subjetivos dos punitive damages: critérios à aplicação no direito brasileiro. In: *Scientia Iuris*, Londrina, n. 1, V. 22, p. 190-222, mar./2018.

BORGES, Gustavo. O paciente, sua percepção do tempo e o dano temporal. In: *Revista de Direito do Consumidor*. V. 110, a. 26, p. 187-209. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar.-abr. 2017.

BORGES, Gustavo; MAIA, Maurilio Casas (org.). *Dano temporal: o tempo como valor jurídico*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. *e-book*.

BORGES, Gustavo; MAIA, Maurilio Casas. Dano temporal: por sua emancipação. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurilio Casas (org.). *Dano temporal: o tempo como valor jurídico*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. *e-book*. p. 197-210.

BULOS, Jaime Leandro; MORENO, Jamile Coelho. Dos novos danos: dano moral coletivo ou dano social? In: *Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania*, n. 4, p. 104-127, out.-2016.

BUSNELLI, Francesco Donato. *Il danno biologico: dal diritto vivente al diritto vigente*. Torino: Giappichelli, 2001.

BUSNELLI, Francesco Donato. La parábola de la responsabilidad civil. trad. Leysser León Hilário. In: *Ius et Veritas*, n. 24, p. 12-36, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 9. ed. ampl. y actual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

CABRAL DE MONCADA, Luís. *Elementos de História do Direito Romano*. V. 2. Parte geral. Teoria geral da relação jurídica. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1924.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *A construção do artigo 5º da Constituição de 1988*. Série obras comemorativas. Homenagem. n. 9. Brasília: Edições Câmara, 2013. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/15176>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 4.294/2008*, de 12 de novembro de 2008. Acrescenta parágrafo ao artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso -, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>>. Acesso em: 31. mar. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Relatório da Comissão de Seguridade Social e Família ao Projeto de Lei nº 4.294/2008, de 12 de novembro de 2008. Relatores: THADEU, Geraldo; MORAES, Jô Moraes. 13. abr. 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos;jsessionid=node014heshmf4y9kb1f89v17zgjdp7509436.node0?idProposicao=415684>. Acesso em: 17. abr. 2022.

CAMARGO, Paulo Sergio Uchôa Fagundes Ferraz de. *Dano moral coletivo: uma possibilidade de aplicação dos danos punitivos*. São Paulo: Almedina, 2016. *e-book*.

CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade. In: *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. V. 66. 2. ed. Coimbra, 1992.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. trad. A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. Coimbra/São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cª. Editores, 1942.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. A inviabilidade jurídica do dano moral coletivo. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe. (coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba: Foco, 2018. p. 53-71.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. Todo dano é dano indenizável? In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017, p. 129-139.

CASADO ANDRÉS, Blanca. El concepto de daño moral bajo el prisma de la jurisprudencia. In: *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. Almería: Universidad de Almería, V. 9, mai. 2015.

CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CASTRO, Leonardo. O preço do abandono afetivo. In: *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre, V. 9, n. 46, p. 14-21, fev./mar. 2008.

CASTRONOVO, Carlo. *Responsabilità civile*. Milão: Giuffrè, 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

CENDON, Paolo. Caso Barillà: perchè si al danno esistenziale, secondo la Cassazione Penale. In: *Altalex*, Milão, abr-2004. Disponível em: <<https://www.altalex.com>>. Acesso em: 10. jan. 2022.

CENDON, Paolo. Non di sola salute vive l'uomo. In: *Rivista Critica del Diritto Privato*, Bolonha: Il Mulino, a. 16, p. 567-581, 1998.

CENTRO DE ALFABETIZAÇÃO, LEITURA E ESCRITA (CEALE). *Glossário CEALE: termos de Alfabetização, Leitura e Escrita para educadores*. Belo Horizonte: Faculdade de Educação da UFMG. Disponível em: <<http://www.ceale.fae.ufmg.br/app/webroot/glossarioceale/>>. Acesso em: 16 set. 2021.

CHAVES, Antônio. Direito à própria imagem. In: *Revista de informação legislativa*, n. 34, V. 9, p. 23-42, abr./jun. 1972.

CÓDIGO Derecho Canónico, 1917. Texto latino y versión castellana. Com jurisprudencia y comentarios por los catedráticos de texto del código en la Pontificia Universidad Eclesiástica de Salamanca: DOMÍNGUEZ, Lorenzo Miguélez; MORÁN, Sabino Alonso; DEL ANTA, Marcelino Cabrero. Salamanca: Ilustración Divina, 2020.

COELHO DA ROCHA, Manuel Antonio. *Instituições de Direito Civil Portuguez*. 8. ed. t. 1. Lisboa: Livraria Clássica Editora A. M. Teixeira, 1917.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Comunicação da Comissão relativa ao princípio da precaução*. COM (2000) 1 final. Bruxelas, 2.2.2000. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52000DC0001>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE E O DESENVOLVIMENTO – ECO 92. Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, Rio de Janeiro, Brasil, 3-14 jun. 1992.

<https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf>. Acesso em 25 mar. 2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Ruy Rosado de Aguiar Jr. (org.). *V Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2012. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/>>. Acesso em: 06. mar. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2019. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em 20. ago. 2020.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. Responsabilidade civil no Direito de Família. In: *ADV - Advocacia Dinâmica - Seleções jurídicas*, n. 2, p. 27-31, fev. 2005.

CORÇÃO, Gustavo. *Dois amores, duas cidades*. 2. ed. Campinas: Vide Editorial, 2019.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

D'ADDA, Alessandro. Il cosiddetto danno esistenziale e la prova del pregiudizio. Sezione I Civile. Sentenza n. 7713, 7 Giugno 2000. Pres. Reale, Est. Morelli, P.M. Gambardella (concl. parz. diff.). Conferma App. Venezia 7 novembre 1997. In: *Il Foro Italiano*, V. 124 n. 1, jan-2001. p. 187/188-203/204. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/23195709>>. Acesso em: 03. jan. 2022.

DECRETALES D. Gregorii Papæ IX: svæ integritati vna cum glossis restitutæ, ad exemplar Romanum diligenter recognitæ. ed. vltima. Lugduni (Lyon): Sumptibus Horatij Cardon, 1613.

DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. t. 1. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973.

DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1946.

DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. 3. ed. V. 2. Milano: Giuffrè, 1979.

DE MAURO, Tullio. *Il nuovo De Mauro*. Paravia, 2000, versão digital. Disponível em: <<https://dizionario.internazionale.it/>>. Acesso em: 21. fev. 2022.

DEMOLOMBE, Jean-Charles-Florent. *Cours de Code Napoléon*. V. 31, t. 8. Traité des engagements qui se forment sans convention. Des contrats ou des obligations conventionnelles en général. Paris: A. Lahure, 1868.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: [s.n], 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de Daños*. Madri: Civitas, 1999.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *El escándalo del daño moral*. Pamplona: Thomson Civitas, 2008.

DIP, Ricardo. *ABC do direito natural*. São Paulo: Editorial Lepanto, 2020.

DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*. t. 1. 2. ed. Paris: Jean Baptiste Coignard, 1695.

DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*. t. 2. 2. ed. Paris: Jean Baptiste Coignard, 1695.

DONIGER, Wendy; SMITH, Brian K. *The Laws of Manu*. London: Penguin Books, 1991. p. 13; OLIIVELLE, Patrick. *Manu's Code of Law*. A critical edition and translation of the *Mānava-Dharmaśāstra*. New York: Oxford University Press, 2005.

DORETTO, Fernanda Orsi Baltrunas. Fundamento normativo do dano moral coletivo. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe. (coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba: Foco, 2018. p. 3-27.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Memórias do subsolo*. trad. Boris Schnaiderman. 6. ed. São Paulo: Editora 34, 2009. *e-book*.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Os irmãos Karamázov*. trad. Paulo Bezerra. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017.

FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977.

FISBERG, Yuri. O dano social como instituto de aperfeiçoamento do tratamento coletivo da responsabilidade civil. In: *Revista Jurídica ESMP-SP*, a. 7, V. 14, p. 134-147, jul-dez 2018. Disponível em: <https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP>. Acesso em: 06. mar. 2022.

FISCHER, Hans A. *Los daños civiles y su reparación*. trad. de Rocés Suárez. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018.

FONSÊCA, Vitor. Dano temporal processual: a responsabilidade do estado em razão da demora excessiva no processo e o REsp 1.383.776. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurilio Casas (org.). *Dano temporal: o tempo como valor jurídico*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. *ebook*.

FROST, Robert. *Complete poems of Robert Frost*. Nova York: Holt, Rinehart and Winston, 1964.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade civil pela perda do tempo. In: *Revista Jurisvox*, V. 1, n. 14, p. 43-48, jul. 2013. Disponível em: <<https://revistas.unipam.edu.br>>. Acesso em: 08 jun. 2022.

GALANTER, Marc. Introduction: Shadow Play: The Fabled Menace of Punitive Damages. In: *Wisconsin Law Review*, 1998, p. 1-14.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. Responsabilidade Civil nas Relações Familiares. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, a. 13, n. 24, p. 84-113, out./nov. 2011.

GOLDSTEIN, Mateo. *Derecho Hebreo*. Última entrega. Capítulos 17 al 27. Israel: Ediciones Fundación Internacional Raoul Wallenberg, 2010.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Elementos de responsabilidade civil. LIRA, Ricardo Pereira. (coord.). *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: FRANCESCO, José Roberto Pacheco di. (org). *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GOMES DA SILVA, Manuel Duarte. Esboço de uma concepção personalista do Direito: reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 17, p. 139-225, 1964.

GOMES DA SILVA, Manuel Duarte. Esboço de uma concepção personalista do Direito: reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos (continuação do V. 17). In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 18, p. 51-185, 1964.

GROCIO, Hugo. *Del derecho de la guerra y de la paz*. trad. Jaime Torrubiano Ripoll. t. 3. Capítulos XVII-XXVI, livro 2, capítulos I-III, livro 3. Madrid: Editorial Reus, 1925.

GUGLINSKI, Vitor Vilela. Responsabilidade civil do estado pela perda do tempo do administrado. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurilio Casas (org.). *Dano temporal: o tempo como valor jurídico*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. ebook. p. 253-280.

GUIMRÃES ROSA, João. *Grande Sertão: Veredas*. 19. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à teoria do Direito*. ed. refundida. Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1962.

HILARIO, Leysser León. El daño al proyecto de vida colisiona con la Constitución. Repaso sobre (y “repase” de la jurisprudencia peruana contra) um concepto no resarcible. In: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n. 80, p. 11-48, fev. 2020.

HILARIO, Leysser León. *La responsabilidad civil: Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. 3. ed. Breña: Instituto Pacífico, 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – Além da obrigação legal de caráter material. In: *Repertório IOB de jurisprudência: civil, processual, penal e comercial*, n. 18, p. 582–569, set. 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elemento e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: *Repertório IOB de jurisprudência: civil, processual, penal e comercial*, n. 13, p. 418-410, jun. 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFG*. V. 31, p. 33-59, jan./jun. 2007, Goiânia. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br>>. Acesso em 26. mar. 2021.

HOMERO. *Odisseia*. trad. Frederico Lourenço. Lisboa: Quetzal, 2018.

HORNE, Francisco Alejandro. O não cabimento de danos morais por abandono afetivo do pai. *IBDFAM*, mai. 2007. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/>>. Acesso em 28. mar. 2022.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. V. 6. Arts. 137 a 154. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

JHERING, Rudolf Von. *El fin en el derecho*. trad. Leonardo Rodríguez. Madrid: B. Rodriguez Serra, 1911.

JHERING, Rudolf Von. *O espírito do direito romano nas diversas fases de seu desenvolvimento*. trad. Rafael Benaion. V. 1. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

JHERING, Rudolf Von. *3 estudios jurídicos*. Del interés en los contratos; La posesión; La lucha por el derecho. trad. Adolfo Gonzáles Posada. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1947.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 38, V. 86. Fascículo 454, p. 548-559, jun. 1941.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro: Padma, V. 19. p. 211-218. jul.-set. 2004.

KAYSER, Pierre. Les droits de la personnalité: aspects théoriques et pratiques. In: *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris: Éditions Sirey, a. 70, n. 2, jul-set, 1971.

KOHLER, Joseph. A própria imagem no direito. trad. Walter Moraes. In: *Revista Justitia*, a. 34, V. 79, p. 23-43, out./dez., 1972. São Paulo: Ministério Público de São Paulo.

KOSTECKI, Michel. Waiting lines as a marketing issue. In: *European Management Journal*, n. 3, V. 14, p. 295-303, jun-1996. Grã-Bretanha: Pergamon.

LALOU, Henri. *Traité pratique de la responsabilité civile*. 6. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1962.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamago. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.

LAURENT, François. *Principes de droit civil*. t. 20. 2. ed. Bruxelles: Bruylant-Christophe et Cie, 1876.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. Teoria e prática. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LEITE, Marcelo Daltro. Interesses e Direitos Essencialmente e Acidentalmente Coletivos. In: *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, V. 10, nº 38, p. 189-209, 2007.

LOPEZ, Teresa Ancona. Dano Existencial. In: *Revista de direito privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 15, V. 57, jan.-mar/2014, p. 288-301.

LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MACHADO, Antonio. Proverbios y cantares, XXIX. *Apud*: UNAMUNO, Miguel de. *Niebla*. 30. ed. Madri: Cátedra – Letras Hispánicas, 2017.

MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. *Memórias Póstumas de Brás Cubas*. Rio de Janeiro: Sociedade Editora e Gráfica Ltda., 1962.

MAIA, Maurilio Casas. O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro – é dignidade e liberdade. In: *Revista de Direito do Consumidor*, V. 23, n. 92, p. 161-176, mar./abr. 2014.

MAIA, Maurilio Casas. 3 (três) enunciados sobre o dano temporal: autonomia, quantificação e cumulabilidade. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurilio Casas (org.). *Dano temporal: o tempo como valor jurídico*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. ebook. p. 73-78.

MANN, Thomas. *A montanha mágica*. trad. Herbert Caro. São Paulo: Companhia das Letras, [s.d]. *e-book*.

MARITAIN, Jacques. *The person and the common good*. trad. John J. Fitzgerald. Indiana: University of Notre Dame Press, 1966.

MARTINS, Guilherme Magalhães. A travessia do individual ao social: dano moral coletivo nas relações de consumo. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe. (coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba: Foco, 2018. p. 189-209.

MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. In: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB)*, a. 3, n. 9, p. 7074-7122. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). In: *Revista CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan.-mar/2005.

MARTY, Gabriel; RENAULT, Pierre. *Droit civil: Les obligations*. 2. ed. t. 1. Les sources. Paris: Sirey, 1988.

MARX NETO, Edgard Audomar. *O direito à imagem de crianças e adolescentes*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2008.

MARX NETO, Edgard Audomar; FARIA, Juliana Cordeiro de. A prova no dano extrapatrimonial. p. 119-130. In: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; MARX NETO, Edgard Audomar (Orgs.). *Novas tendências. Diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: D'Placido, 2018. p. 122.

MATTA MACHADO, Edgar de Godoi da. Conceito Analógico de Pessoa Aplicado à Personalidade Jurídica. *Revista da Faculdade de Direito [da] Universidade de Minas Gerais*, Belo Horizonte, out. 1954.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. t. 1. 4. ed. Paris: Sirey, 1947.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. O dano moral coletivo e o valor da sua reparação. In: *Revista do TST*, Brasília, n. 4, V. 78, p. 288-304, out/dez. 2012. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/35831>>. Acesso em: 26. fev. 2021.

MEIRA, Sílvio A. B. *A Lei das XII Tábuas*. Fonte do direito público e privado. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Tratado de direito civil português*. V. 2. Direito das obrigações. t. 3. Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina 2010.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*. V. 1. Parte geral. t. 3. Pessoas. Coimbra: Almedina, 2004.

MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil. Da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios*. V. 13. Arts. 927 a 965. 3. ed. rev. e atual. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Breves notas sobre a (des)patrimonialização da responsabilidade civil: ainda a fundamentalidade do dano. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017, p. 176-189.

MONATERI, Pier Giuseppe. *La fenomenologia del danno non patrimoniale*. Commento alla sentenza 7766/16, 20 aprile 2016, della Corte di Cassazione. In: *Danno e Responsabilità*, Assago, V. 21, n. 7, p. 720-728, 2016.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Lesão ao tempo: configuração e reparação nas relações de consumo. In: *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 141, V. 43, dez. 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem (II). In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 61, V. 444, p. 11-28, out. 1972.

NAVARRETTA, Emanuela. Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente. Nota a Cass. 31 maggio 2003, n. 8828. In: *Il Foro Italiano*, V. 126, n. 9, set-2003. p. 2277-2286. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/23198418>>. Acesso em: 09. jan. 2022.

NAVARRETTA, Emanuela. La Corte costituzionale e il danno alla persona «in fieri». Nota a Cass. 11 luglio 2003, n. 233. In: *Il Foro Italiano*, V. 126, n. 9, set-2003. p. 2201/2202-2207/2208. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/23198400>>. Acesso em: 09. jan. 2022.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. In: *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, São Paulo, a. 17, V. 64, p. 12-47, abr-jun/1993.

NUNES, Rizzatto. A sociedade contemporânea é ladra de tempo; é ladra de vida. In: *Migalhas*, [S.I.], mar.-2013. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/abc-do-cdc/174621/a-sociedade-contemporanea-e-ladra-de-tempo--e-ladra-de-vida>>. Acesso em: 05. dez. 2021.

OLIVEIRA, Caio Maximino de; ZILIO, Diego. A experiência subjetiva do tempo em Husserl e Brentano: contribuições das neurociências. In: *Ciências & Cognição*, V. 8, p. 110-117. ago.-2006. Disponível em: <<http://www.cienciasecognicao.org>>. Acesso em: 05. dez. 2021.

OLIVEIRA, Miguel Luiz Barros Barreto de. Desvio produtivo do consumidor e a função punitiva. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurilio Casas (org.). *Dano temporal: o tempo como valor jurídico*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. ebook. p. 198-196.

ORGAZ, Alfredo. *El daño resarcible* (actos ilícitos). Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1952.

ORTEGA Y GASSET, José. *A Rebelião das Massas*. trad. Herrera Filho. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores. p. 33 e 382, nota 12. Disponível em: <<http://www.leb.esalq.usp.br/leb/aulas/lce1302/ortega.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. 12. ed. rev. atual. e ampl. versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; MARCONDES, Sylvio; SANTOS, Theophilo de Azevedo. *Código Civil: anteprojetos*. V. 3. Anteprojeto de Código Civil de Obrigações. Brasília: Senado Federal, 1995.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Entenda como surgiu a tese do abandono afetivo e o seu impacto no Direito de Família. *Youtube*, abr. 2020. Disponível em: <<https://youtu.be/eMM5reFWVVs>>. Acesso em: 27. mar. 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Nem só de pão vive o Homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo. In: *IBDFAM*, mar. 2008. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/>>. Acesso em: 27. mar. 2022.

PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999.

PIRES DE LIMA, Z. Responsabilidade Civil por danos morais. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 37, V. 83, p. 216-227, jul./1940.

POMBO, Rocha. *Dicionário de sinônimos da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras, 2011.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. t. 26. Parte especial. Direito das obrigações. Inadimplemento. Atualizado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. t. 53. Parte especial. Direito das obrigações: fatos ilícitos absolutos. Atos-fatos ilícitos absolutos. Atos ilícitos absolutos. Responsabilidade. Danos causados por animais. Coisas inanimadas e danos. Estado e servidores. Profissionais. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. t. 54. Direito das obrigações. Danos à pessoa. Acidentes do trabalho. 4. ed. Atualizado por Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. t. 2. Parte geral. Bens. Fatos jurídicos. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

PONZANELLI, Giulio. Attenzione: non è danno esistenziale ma vera e propria pena privata. In: *Danno e Responsabilità*, Milão: Ipsos, V. 5, p. 841-843, set-2000.

PONZANELLI, Giulio. Danno morale, danno esistenziale e Corte di Cassazione. In: *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Pádua: Cedam, V. 33, f. 1, p. 38-40, 2017.

PONZANELLI, Giulio. La responsabilità civile e la perdita di scientificità: dai *system builders* al danno esistenziale. In: *Responsabilità Civile e Previdenza*, V. 73, n. 11, p. 2188-2193, nov. 2008.

PONZANELLI, Giulio. Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale. In: *Danno e Responsabilità*, Milão: Ipsos, a. 2000, V. 5, p. 693-695, 2000.

PORTO, Antonio José Maristello; GAROUPA, Nino; FRANCO, Paulo Fernando de Melo. As indenizações pela perda do tempo útil do consumidor: espera e custos de oportunidade. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 28, V. 124, p. 263-293, jul./ago. 2019.

REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, Doutor Miguel Reale, datada de 16 de janeiro de 1975. In: *Anais do "EMERJ Debate o Novo Código Civil"*. 16. jan. 1975.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REINIG, Guilherme Henrique Lima. O escopo de proteção da norma como critério limitativo da responsabilidade civil por ato ilícito: algumas contribuições ao direito civil brasileiro a partir do direito civil alemão. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, V. 14, a. 5, p. 237-309, jan./mar. 2018.

RIGONI, Carliana Luiza; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. O dano temporal: aproximações e divergências com outras espécies de danos imateriais. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurilio Casas (org.). *Dano temporal: o tempo como valor jurídico*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. *ebook*. p. 47-72.

ROCA JUAN, J. Notas de Derecho español a MONTEL, Alberto. *Problemas de la responsabilidad civil*. trad. Francisco Sobrao Martínez. Alcoy: Editorial Marfil S.A., 1955.

ROCHA, Ruth; PIRES, Hindenburg da Silva. *Minidicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Scipione, 2005.

RODOTÀ, Stefano. *Il problema dela responsabilità civile*. Milão: Giuffrè, 1967.

ROGEL VIDE, Carlos. *La responsabilidad civil extracontractual en el derecho español*. Madri: Civitas, 1976.

ROSA, Alexandre Moraes da; MAIA, Maurilio Casas. O dano temporal na sociedade do cansaço: uma categoria lesiva autônoma? In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurilio Casas (org.). *Dano temporal: o tempo como valor jurídico*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. *ebook*. p. 27-46.

ROSEVALD, Nelson. O dano moral coletivo como uma pena civil. In: ROSEVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe. (coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba: Foco, 2018. p. 97-127.

ROSEVALD, Nelson. Por uma tipologia aberta dos danos extrapatrimoniais. *Migalhas*, abr. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/325209/por-uma-tipologia-aberta-dos-danos-extrapatrimoniais>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

ROSSETTI, Marco. La maledizione del danno esistenziale: inutile e pericoloso, fa ancora vittime. Nota a Cass. 15 marzo 2005, n. 5624. In: *Diritto e Giustizia*, Nápoles: Jovene, n. 13, p. 18-23, 2005.

ROTH, Martha T. *Law collections from Mesopotamia and Asia Minor*. 2. ed. Atlanta: Scholars Press, 1997.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. t. 1. 2. ed. trad. PEÑA, Diego-Manuel Luzón; CONLEDO, Miguel Díaz y García; REMESAL, Javier de Vicente. Madri: Civitas, 1997.

SACCO, Rodolfo *et al.* *Digesto delle discipline privatistiche*. Sezione civile. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), 1989.

SALVI, Cesare. *La responsabilità civile*. 3. ed. Milão: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. O dano social no estágio atual da responsabilidade civil. In: *Revista de direito da responsabilidade*, Coimbra, a. 2, p. 676-697, 2020. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/35831>>. Acesso em: 26. fev. 2021.

SAVIGNY, Federico Carlo di. *Sistema del Diritto romano attuale*. trad. Vittorio Scialoja. V. 1. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1886.

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

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, a. 8, n. 35, p. 57-77, abr./mai. 2006.

SCOGNAMIGLIO, Claudio. L'ingiustizia del danno (art. 2043). In: BESSONE, Mario (diret). *Trattato di diritto privato*. Illecito e responsabilità civile. V. 10. t. 1. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005.

SCRUTON, Roger. Animal Rights. In: *City Journal*, 2000. Disponível em: <<https://www.city-journal.org/html/animal-rights-11955.html>>. Acesso em: 9 dez. 2020.

SCRUTON, Roger. *Filosofia verde: como pensar seriamente o planeta*. São Paulo: É Realizações, 2016.

SERRANO, Laura Gázquez. El daño en el ordenamiento jurídico español: ¿Nuevos daños? Análisis jurisprudencial. In: *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros*, Bogotá, V. 26, n. 46, p. 215-235, jan.-jun/2017.

SESSAREGO, Carlos Fernández. Daño al proyecto de vida. In: *Derecho PUC – Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica*, Lima, n. 50, p. 47-97, dez. 1996. Disponível em: <<https://revistas.pucp.edu.pe/>>. Acesso em: 13 jun. 2022.

SESSAREGO, Carlos Fernández. *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*. Lima, Peru, 1993. Disponível em: <<http://dike.pucp.edu.pe/>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

SILVA, Adalberto Prado e; LOURENÇO FILHO, M.B.; MARINS, Francisco *et al* (coord.). *Dicionário brasileiro da língua portuguesa*. 3. ed. São Paulo: Mirador Internacional, 1979.

SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra: Almedina, 1999.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SILVA, Wilson Melo da. Pessoas Jurídicas. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, a. 17, n. 6, out./1966. p. 65-98. Belo Horizonte: Imprensa da Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <<https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/72>>. Acesso em: 11 out. 2021.

SILVEIRA BUENO, Francisco da. *Minidicionário da língua portuguesa*. ed. rev. e atual. São Paulo: FDT, 2000.

SOARES, Flaviana Rampazzo. Dano existencial no direito italiano e no direito brasileiro. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurilio Casas. (Org.). *Novos danos na pós-modernidade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

SOARES, Flaviana Rampazzo. Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero “danos imateriais”. In: *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 127, V. 39, p. 197-227, set.-2012.

SOMMA, Alessandro. I diritti della personalità e il diritto generale della personalità nell'ordinamento privatistico della Repubblica Federale Tedesca. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, a. 50, n. 3, set. 1996, p. 807-835.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao Direito*. Coimbra: Almedina, 2016.

STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris: L. Rodstein, 1947.

TARRIBLE, Jean Dominique Léonard. Discours prononcé par le tribun Tarrible. In: FENET, Pierre-Antoine. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. t. 13. Paris: Imprimerie de Marchand du Breuil, 1827.

TARTUCE, Fernanda; COELHO, Caio Sasaki Godeguez. Reflexões sobre a autonomia do dano temporal e a sua relação com a vulnerabilidade da vítima. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurilio Casas (org.). *Dano temporal: o tempo como valor jurídico*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. *ebook*.

TARTUCE, Flávio. Danos Morais por Abandono Moral. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, a. 10, n. 7, p. 100-115, dez./jan. 2009.

TARTUCE, Flávio. Reflexões sobre o dano social. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, a. 9, V. 34, p. 179-203, abr.-jun. 2008.

TAVARES, José. *Os princípios fundamentais do Direito Civil*. V. 1. Primeira Parte. Teoria geral do Direito Civil. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1929. p. 531.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Caso real de abandono paterno. *ADFAS – Associação de Direito de Família e das Sucessões*, fev, 2016. Disponível em: <<http://adfas.org.br/>>. Acesso em: 27. mar. 2022.

TEIXEIRA NETO, Felipe. Ainda sobre o conceito de dano moral coletivo. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe. (coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba: Foco, 2018. p. 29-49.

TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e direitos da personalidade. In: *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdades do Brasil*, n. 2, p. 15–31, jan./jun., 2003, Curitiba, Faculdades do Brasil, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. O art. 931 do Código Civil e a antijuridicidade do dano injusto. Editorial. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, V. 22, out./dez., 2019.

TEPEDINO, Gustavo. O futuro da responsabilidade civil. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Editoria, V. 24, 2004. p. 1. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2012/09/RTDC.Editorial.v.024.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos de direito civil*. Responsabilidade Civil. V. 4. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *e-book*.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Prescrição e Decadência*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

THIBIERGE, Catherine. Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir. In: *Recueil Dalloz*, n. 9, p. 577-582, 2004.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Ata nº 6, de 23 de fevereiro de 2011, Plenário, Presidente: Ministro Benjamin Zymler, publicada em 25/02/2011. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/>>. Acesso em: 06. mar. 2022.

VANNI, Icilio. *Lições de filosofia do direito*. trad. Octávio Paranaguá. São Paulo: Poci Weiss & C., 1916.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direitos da personalidade*. Coimbra: Almedina, 2019.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

VELOSO, Maria Manoel. Danos não patrimoniais. In: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. V. 3. Direito das obrigações. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Obrigações e responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, a. 27, n. 21, p. 401-419, mai. 1979.

VILLELA, João Baptista. Dos limites naturais da lei jurídica. In: *Revista de Informação Legislativa*, V. 13, n. 49, p. 87-90, jan./mar. 1976.

VILLELA, João Baptista. Emenda Constitucional nº 66: Outras Imprecisões. *Carta Forense*, São Paulo, out. 2010.

VILLELA, João Baptista. *Liberdade e Família*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

VILLELA, João Baptista. Perchè non Parli? Sobre a Possibilidade de Dano Moral às Pessoas Jurídicas. In: *Revista Doutrinária*, Rio de Janeiro, n. 7, p. 97-118, jun. 2004.

VILLELA, João Baptista. Procriação, Paternidade & Alimentos. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Alimentos no Código Civil*. São Paulo, Saraiva, 2005. p. 131-146.

VILLELA, João Baptista. Repensando o Direito de Família. In: Coordenação Científica Sérgio Couto. *Nova Realidade do Direito de Família*. Rio de Janeiro: COAD, t. 2, p. 52-59, 1999.

VILLEY, Michel. Esboço histórico sobre o termo responsável (1977). In: *Revista Direito GV*, n. 1, V. 1, p. 135-148, mai. 2005.

VINEY, Geneviève. Introduction à la Responsabilité. In: *Traité de Droit Civil*. GHESTIN, Jacques (dir.). 2. ed. Paris: LDGJ, 1995.

VINEY, Geneviève; KOURILSKY, Philippe. *Le principe de précaution. Rapport au premier ministre*. s/e, 1999.

VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. t. 1. trad. W. Roces. Madri: Editorial Reus S.A., 1934.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle Pandette*. trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. V. 1. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1902.

ZIVIZ, Patrizia. Alla scoperta del danno esistenziale. In: *Contratto e Impresa*, Pádua: Cedam, a. 10, n. 2, p. 845-869, 1994.

Referências jurisprudenciais

CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA:

CORTE COSTITUZIONALE. *Sentenza 233, 30 giugno - 11 luglio 2003*. Pres. Chieppa, Red. Marini. Roma, 30 jun. 2003. Disponível em: <<https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>>. Acesso em: 01. jan. 2022.

CORTE COSTITUZIONALE. *Sentenza n. 184, 30 giugno 1986*. Pres. Livio Paladin, Rel. Renato Dell'Andro. Pubblicazione in "Gazz. Uff." n. 35/1 s.s. del 23 luglio 1986. Disponibile em: <<https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>>. Accesso em 14. set. 2021.

CORTE COSTITUZIONALE. *Sentenza n. 6607, 11 novembre 1986*. Pres. Scribano, Est. Schermi, P.M. Benanti (concl. conf.). Cassa App. Roma 20 febbraio 1984. In: *Il Foro Italiano*. V. 110, n. 3, mar-1987, p. 833/834-843/844. Disponibile em: <<https://www.jstor.org/stable/23179401>>. Accesso em 29. dez. 2021.

CORTE DI CASSAZIONE ITALIANA:

CASSAZIONE CIVILE. Sezione I Civile. *Sentenza n. 7713, 7 giugno 2000*. Pres. Reale, Est. Morelli, P.M. Gambardella (concl. parz. diff.). Conferma App. Venezia 7 novembre 1997. In: *Il Foro Italiano*, V. 124, n. 1, jan-2001. p. 187/188-203/204. Disponibile em: <<http://www.jstor.org/stable/23195709>>. Accesso em: 03. jan. 2022.

CASSAZIONE CIVILE. *Sezione III Civile. Sentenza n. 3675, 6 giugno 1981*. Pres. M. Pedroni, Est. G. E. Longo, P. M. Zema (concl. conf.). Cassa App. Genova, 21 febbraio 1978. In: *Il Foro Italiano*, V. 104 n. 7/8, jul/ago-1981. p. 1883/1884-1891/1892. Disponibile em: <<http://www.jstor.org/stable/23172574>>. Accesso em: 04. jan. 2022.

CASSAZIONE CIVILE. Sezione III Civile. *Sentenza n. 8827, 31 maggio 2003*. Disponibile em: <<https://st.ilsole24ore.com/>>. Accesso em: 01. jan. 2022.

CASSAZIONE CIVILE. Sezione III Civile. *Sentenza n. 8828, 31 maggio 2003*. Carbone, Est. Preden, P.M. Pivetti (concl. diff.). Cassa. App. Brescia 2 gennaio 2001. In: *Il Foro Italiano*, V. 126, n. 9, set.-2003. p. 2271/2272-2301/2302. Disponibile em: <<http://www.jstor.org/stable/23198418>>. Accesso em: 01. jan. 2022.

CASSAZIONE CIVILE. *Sezione Unite. Sentenza n. 26972, 11 novembre 2008*. Pres. Carbone – Rel. Preden. Roma, 24 giugno 2008. Disponibile em: <<https://www.ordineavvocatitrani.it/2008/11/13/cassazione-civile-ssuu-sentenza-11112008-n-26972/>>. Accesso em: 01. jan. 2022.

CASSAZIONE CIVILE. Sezione Unite. *Sentenza n. 6572, 24 marzo 2006*. Pres. Carbone, Est. La Terza, P.M. Martone (concl. diff.). Cassa. App. Roma, 24 gennaio 2002. In: *Il Foro Italiano*, V. 129, a. 5, mai.-2006, p. 1343/1344-1359/1360. Disponibile em: <<http://www.jstor.org/stable/23203220>>. Accesso em: 01. jan. 2022.

GIUDICE DI PACE DI CASAMASSIMA:

GIUDICE DI PACE DE CASAMASSIMA. *Sentenza del 10 giugno 1999*. Est. Stasi – Scicutella c. Laforgia e Soc. Sara Assicurazioni. Com nota de BONA, Marco. Perdita del nascituro: un nuovo precedente per il danno esistenziale. In: *Danno e Responsabilità*, V. 5, n. 1, p. 89-98, 2000.

STF:

AP 223 recebimento da queixa, Relator(a): Cordeiro Guerra, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/1975, DJ 07-11-1975.

Inq 800, Relator(a): Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/1994, DJ 19-12-1994.

Pet 2491 AgR, Relator(a): Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 11/04/2002, DJ 14-06-2002.

RE 11.786 EI, Relator(a): Ribeiro Da Costa, Relator(a) p/ Acórdão: Hahnemann Guimarães, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/1953, DJ 03-06-1954.

RE 11.786/MG, Relator(a): Orozimbo Nonato, Relator(a) p/ Acórdão: Hahnemann Guimarães, Segunda Turma, julgado em 07/11/1950, DJ 19-01-1951.

RE 11.974, Relator(a): Rocha Lagoa, Relator(a) p/ Acórdão: Hahnemann Guimarães, Segunda Turma, julgado em 12/05/1953, DJ 28-01-1954.

RE 19.272, Relator(a): Mário Guimarães, Primeira Turma, julgado em 25/09/1952, DJ 15-01-1953.

RE 215.984, Relator(a): Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 28-06-2002.

RE 26.427, Relator(a): Macedo Ludolf - Convocado, Segunda Turma, julgado em 21/09/1954, DJ 11-08-1955.

RE 28.161, Relator(a): Lafayette De Andrada, Segunda Turma, julgado em 13/09/1955, DJ 17-05-1956

RE 29.447, Relator(a): Afrânio Costa - Convocado, Segunda Turma, julgado em 25/11/1958, DJ 29-01-1959.

RE 69.754/SP, Relator: Min. Thompson Flores, Segunda Turma, j. 11.03.1971. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 65, V. 485, mar. 1976.

RHC 61993, Relator(a): Francisco Rezek, Segunda Turma, julgado em 26/10/1984, DJ 14-12-1984.

STJ:

AgInt no AREsp 100.405/GO, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16/10/2018, DJe 19/10/2018.

AgInt no AREsp 100.405/GO, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16/10/2018, DJe 19/10/2018.

AgInt no AREsp 1137714/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 11/06/2019, DJe 14/06/2019.

AgInt no AREsp 1137714/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 11/06/2019, DJe 14/06/2019.

AgInt no AREsp 1137714/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 11/06/2019, DJe 14/06/2019.

AgInt no AREsp 1162391/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 27/02/2018, DJe 09/03/2018.

AgInt no AREsp 1256777/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018.

AgInt no AREsp 1286242/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 08/10/2019, DJe 15/10/2019.

AgInt no AREsp 1312148/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 17/09/2018, DJe 20/09/2018.

AgInt no AREsp 1312148/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 17/09/2018, DJe 20/09/2018.

AgInt no AREsp 1343283/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 17/02/2020, DJe 19/02/2020.

AgInt no AREsp 1343283/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 17/02/2020, DJe 19/02/2020.

AgInt no AREsp 1343283/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 17/02/2020, DJe 19/02/2020.

AgInt no AREsp 1359026/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 10/06/2019, DJe 13/06/2019.

AgInt no AREsp 1359026/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 10/06/2019, DJe 13/06/2019.

AgInt no AREsp 1380002/MS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 02/04/2019, DJe 15/04/2019.

AgInt no AREsp 1380002/MS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 02/04/2019, DJe 15/04/2019.

AgInt no AREsp 1400292/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 09/03/2020, DJe 11/03/2020.

AgInt no AREsp 1413621/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 06/05/2020, DJe 11/05/2020.

AgInt no AREsp 1414871/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 22/06/2020, DJe 26/06/2020.

AgInt no AREsp 1649686/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 24/08/2020, DJe 15/09/2020.

AgInt no AREsp 1701482/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 30/11/2020, DJe 02/12/2020.

AgInt no AREsp 1813043/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 11/10/2021, DJe 17/11/2021.

AgInt no AREsp 1833602/PI, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 21/03/2022, DJe 24/03/2022.

AgInt no AREsp 1954973/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/04/2022, DJe 27/04/2022.

AgInt no AREsp 426.382/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 23/10/2018, DJe 30/10/2018.

AgInt no AREsp 492.243/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 05/06/2018, DJe 12/06/2018.

AgInt no AREsp 492.243/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 05/06/2018, DJe 12/06/2018.

AgInt no AREsp 601.414/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 06/12/2016, DJe 13/12/2016.

AgInt no REsp 1309924/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 15/06/2020, DJe 18/06/2020.

AgInt no REsp 1342846/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 19/03/2019, DJe 26/03/2019.

AgInt no REsp 1527232/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 08/10/2019, DJe 15/10/2019.

AgInt no REsp 1527232/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 08/10/2019, DJe 15/10/2019.

AgInt no REsp 1527232/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 08/10/2019, DJe 15/10/2019.

AgInt no REsp 1527232/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 08/10/2019, DJe 15/10/2019.

AgInt no REsp 1598709/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 10/09/2019, DJe 02/10/2019.

AgInt no REsp 1598709/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 10/09/2019, DJe 02/10/2019.

AgInt no REsp 1689699/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 08/04/2019, DJe 15/04/2019.

AgInt no REsp 1833565/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 21/11/2019, DJe 27/11/2019.

AgInt no REsp 1862380/DF, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 07/12/2020, DJe 11/12/2020.

AgInt no REsp 1878337/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/12/2020, DJe 18/12/2020.

AgInt no REsp 1878337/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/12/2020, DJe 18/12/2020.

AgInt no REsp 1888967/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 07/12/2020, DJe 11/12/2020.

AgInt nos EDcl no AREsp 1669683/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 23/11/2020, DJe 30/11/2020.

AgInt nos EDcl no REsp 1432219/SP, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 27/02/2018, DJe 13/03/2018.

AgInt nos EDcl no REsp 1842234/RS, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020.

AgRg no Ag 100.877/RJ, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 03/09/1996, DJ 29/10/1996, p. 41663.

AgRg no AREsp 166.985/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 06/06/2013, DJe 18/06/2013.

AgRg no AREsp 189.780/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 09/09/2014, DJe 16/09/2014.

AgRg no AREsp 395.426/DF, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 15/10/2015, DJe 17/12/2015.

AgRg no AREsp 478.386/DF, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 20/06/2017, DJe 22/08/2017.

AgRg no REsp 1170662/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/08/2010, DJe 25/08/2010.

AgRg no REsp 1176981/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 06/11/2014, DJe 13/11/2014.

AgRg no REsp 1675698/MS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018.

AgRg no REsp 935.476/RJ, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, DJe 25/6/2008.

EDcl no AREsp 626.695/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 19/05/2015, DJe 18/06/2015.

EDcl no AREsp 626.695/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 19/05/2015, DJe 18/06/2015.

EResp 1.410.698/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 14/11/2018, DJe 03/12/2018.

Rel 12.062/GO, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 12/11/2014, DJe 20/11/2014.

Rel 13.200/GO, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 08/10/2014, DJe 14/11/2014.

REsp 1.258.389/PB, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, quarta turma, julgado em 17/12/2013, DJe 15/04/2014.

REsp 1.346.430/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18/10/2012, DJe 21/11/2012.

REsp 1.346.430/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18/10/2012, DJe 21/11/2012.

REsp 1.598.709/SP, Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 26/11/2018, DJe 29/11/2018.

REsp 1.643.365/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/06/2018, DJe 07/06/2018.

REsp 1.741.681/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/10/2018, DJe 26/10/2018.

REsp 1.822.640/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/11/2019, DJe 19/11/2019.

REsp 1.822.640/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/11/2019, DJe 19/11/2019.

REsp 1037759/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 5/3/2010.

REsp 1053534/RN, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 23/09/2008, DJe 06/10/2008.

REsp 1057274/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010.

REsp 1105665/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/04/2012, DJe 02/02/2015.

REsp 1114398/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 08/02/2012, DJe 16/02/2012.

REsp 1114893/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/03/2010, DJe 28/02/2012.

REsp 1159242/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012.

REsp 1159242/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012.

REsp 116.372/MG, Rel. Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 11/11/1997, DJ 02/02/1998, p. 110.

REsp 1190880/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/05/2011, DJe 20/06/2011.

REsp 1250582/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 12/04/2016, DJe 31/05/2016.

REsp 1250582/MG, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 12/04/2016, DJe 31/05/2016.

REsp 1291213/SC, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 30/08/2012, DJe 25/09/2012.

REsp 1293606/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/09/2014, DJe 26/09/2014.

REsp 1293606/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/09/2014, DJe 26/09/2014.

REsp 1298689/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 09/04/2013, DJe 15/04/2013.

REsp 1346449/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18/10/2012, DJe 21/11/2012.

REsp 1346449/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18/10/2012, DJe 21/11/2012.

REsp 1381211/TO, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 15/05/2014, DJe 19/09/2014.

REsp 1383776/AM, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 06/09/2018, DJe 17/09/2018.

REsp 1390560/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 03/10/2013, DJe 14/10/2013.

REsp 1406245/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/11/2020, DJe 10/02/2021.

REsp 1410698/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23/06/2015, DJe 30/06/2015.

REsp 144.430/MG, Rel. Ministro Ruy Rosado De Aguiar, Quarta Turma, julgado em 04/11/1997, DJ 19/12/1997, p. 67511.

REsp 1485514/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 09/10/2018, DJe 24/10/2018.

REsp 1502967/RS, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018.

REsp 1504833/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 01/12/2015, DJe 01/02/2016.

REsp 1517973/PE, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/11/2017, DJe 01/02/2018.

REsp 1517973/PE, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/11/2017, DJe 01/02/2018.

REsp 1557978/DF, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 03/11/2015, DJe 17/11/2015.

REsp 1574350/SC, Rel. Ministro Herman Benjamim, Segunda Turma, julgado em 03/10/2017, DJe 06/03/2019.

REsp 1579021/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 19/10/2017, DJe 29/11/2017.

REsp 1579021/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 19/10/2017, DJe 29/11/2017.

REsp 1579021/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 19/10/2017, DJe 29/11/2017.

REsp 1586515/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/05/2018, DJe 29/05/2018.

REsp 161.913/MG, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 22/09/1998, DJ 18/12/1998, p. 344.

REsp 1610821/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15/12/2020, DJe 26/02/2021.

REsp 1610821/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15/12/2020, DJe 26/02/2021.

REsp 1637910/RN, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 03/09/2019, DJe 09/09/2019.

REsp 1637910/RN, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 03/09/2019, DJe 09/09/2019.

REsp 164.126/RJ, Rel. Min. Salvio De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 20/08/1998, DJ 23/11/1998, p. 181.

REsp 1642318/MS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/02/2017, DJe 13/02/2017.

REsp 1642318/MS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/02/2017, DJe 13/02/2017.

REsp 1643365/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/06/2018, DJe 07/06/2018.

REsp 1655731/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/05/2019, DJe 16/05/2019.

REsp 1656888/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 25/04/2017.

REsp 1657795/PB, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/08/2017, DJe 13/09/2017.

REsp 173.124/RS, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 11/09/2001, DJ 19/11/2001, p. 277.

REsp 1734536/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 06/08/2019, DJe 24/09/2019.

REsp 1737412/SE, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/02/2019, DJe 08/02/2019.

REsp 1784595/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/02/2020, DJe 18/05/2020.

REsp 1799346/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/12/2019, DJe 13/12/2019.

REsp 1807242/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/08/2019, REPDJe 18/09/2019, DJe 22/08/2019.

REsp 1807242/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/08/2019, REPDJe 18/09/2019, DJe 22/08/2019.

REsp 1807242/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/08/2019, REPDJe 18/09/2019, DJe 22/08/2019.

REsp 1822640/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/11/2019, DJe 19/11/2019.

REsp 1826668/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/08/2019, DJe 13/09/2019.

REsp 192.823/RJ, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 23/11/1999, DJ 21/02/2000, p. 131.

REsp 218.849/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 19/02/2004, DJ 02/08/2004, p. 395.

REsp 219.807/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado De Aguiar, Quarta Turma, julgado em 02/09/1999, DJ 25/10/1999, p. 92.

REsp 228.244/SP, Rel. Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 09/11/1999, DJ 17/12/1999, p. 381.

REsp 254.073/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 27/06/2002, DJ 19/08/2002, p. 170.

REsp 259.277/MG, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 27/06/2002, DJ 19/08/2002, p. 171.

REsp 289.885/RJ, Rel. Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 15/02/2001, DJ 02/04/2001, p. 303.

REsp 295.130/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 22/02/2005, DJ 04/04/2005, p. 298.

REsp 3.604/SP, Rel. Ministro Ilmar Galvão, Segunda Turma, julgado em 19/09/1990, DJe 22/10/1990.

REsp 3.604/SP, Rel. Ministro Ilmar Galvão, Segunda Turma, julgado em 19/09/1990, DJe 22/10/1990.

REsp 312.689/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 18/09/2001, DJ 29/10/2001, p. 204.

REsp 331.517/GO, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 27/11/2001, DJ 25/03/2002, p. 292.

REsp 41.492-0/RJ, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 03/05/1994.
REsp 49.913/RJ, Rel. Ministro Nilson Naves, Terceira Turma, julgado em 08/08/1995, DJ 23/10/1995, p. 35662.

REsp 538.687/RS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 16/12/2003, DJ 29/03/2004, p. 237.

REsp 538.687/RS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 16/12/2003, DJ 29/03/2004, p. 237.

REsp 546.329/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02/10/2003, DJ 20/10/2003, p. 276.

REsp 561.027/RJ, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 14/10/2003, DJ 19/12/2003.

REsp 564.981/BA, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 28/03/2006, DJ 08/05/2006, p. 216.

REsp 578.777/RJ, Rel. Ministro Castro Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Humberto Gomes De Barros, Terceira Turma, julgado em 24/08/2004, DJ 25/10/2004, p. 342.

REsp 57824-8 /MG, Rel. Ministro Costa Leite, Terceira Turma, julgado em 03/10/1995.

REsp 58.101/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 16/09/1997, DJ 09/03/1998, p. 114.

REsp 58.101/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 16/09/1997, DJ 09/03/1998, p. 114.

REsp 598.281/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 02/05/2006, DJ 01/06/2006, p. 147.

REsp 636.021/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 02/10/2008, DJe 06/03/2009.

REsp 659.715/RJ, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Quarta Turma, julgado em 14/10/2008, DJe 03/11/2008.

REsp 709.877/RS, Rel. Ministro Luiz Fux Primeira Turma, DJ 10/10/2005.

REsp 71.778/RJ, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 28/05/1996, DJ 01/07/1996, p. 24049.

REsp 757.411/MG, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006, p. 299.

REsp 769.688/MT, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 14/12/2009.

REsp 81.986/RJ, Rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 27/02/1996.

REsp 812.506/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 19/04/2012, DJe 27/04/2012.

REsp 899.869/MG, Rel. Ministro Humberto Gomes De Barros, Terceira Turma, julgado em 13/02/2007, DJ 26/03/2007, p. 242.

REsp n. 1.574.350/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/10/2017, DJe 6/3/2019.

REsp 65.393/RJ, Rel. Ministro Ruy Rosado De Aguiar, Quarta Turma, julgado em 30/10/1995, DJ 18/12/1995, p. 44580.

STJ. *Súmula* 227. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula227.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2022.

STJ. *Súmula* n. 227. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula227.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

TJSP:

TJSP, Ap. 113.190-1, 2ª C., j. 28.11.89, rel. Des. Walter Moraes. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 61, V. 444, p. 11- 28, out. 1972.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA:

TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 6 diciembre 1912, n. 95. In: *Revista general de legislación y jurisprudencia*: jurisprudencia civil, Madri, t. 125, p. 582-606, dez. 1912.

TRIBUNALE DI MILANO:

TRIBUNALE DI MILANO. Sentenza del 21 ottobre 1999. Giudice Unico Chindemi. Menni, Palladini e altri c. Menni. Com nota de ZIVIZ, Patrizia. Il danno esistenziale preso sul serio. In: *Responsabilità Civile e Previdenza*, V. 64, n. 6, p. 1335-1348, 1999.

TST:

AIRR-5110-97.2015.5.10.0018, 7ª Turma, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 23/11/2018.

AIRR-999-19.2014.5.10.0111, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 17/03/2017.

TST, Ag-AIRR-669-77.2014.5.04.0664, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 29/03/2019.

TST, AIRR-5110-97.2015.5.10.0018, 7ª Turma, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 23/11/2018.

TST, AIRR-599-98.2013.5.15.0111, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 10/05/2019.

TST, AIRR-599-98.2013.5.15.0111, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 10/05/2019.

TST, AIRR-619-72.2016.5.06.0002, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 06/09/2018.

TST, AIRR-863-81.2015.5.09.0671, 7ª Turma, Rel. Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 23/11/2018.

TST, AIRR-863-81.2015.5.09.0671, 7ª Turma, Rel. Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 23/11/2018.

TST, AIRR-863-81.2015.5.09.0671, 7ª Turma, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 23/11/2018.

TST, AIRR-863-81.2015.5.09.0671, 7ª Turma, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 23/11/2018.

TST, RR-1392-42.2014.5.12.0028, 7ª Turma, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 18/03/2016.

TST, RR-338-79.2013.5.09.0668, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 30/08/2019.

TST, RR-523-56.2012.5.04.0292, 7ª Turma, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 28/08/2015.

APÊNDICE

Os gráficos que ilustram, sob a perspectiva quantitativa, a pesquisa jurisprudencial, embora já tenham sido apresentados ao longo deste trabalho, são novamente exibidos, um abaixo do outro, e com as mesmas configurações de eixo, a fim de facilitar a análise comparativa dos resultados obtidos para cada tipo de dano estudado:

