



04 O VELHO DANO MORAL E OS NOVOS DANOS – UM DEBATE NECESSÁRIO

Palavras-chave

Danos morais. Danos Extrapatrimoniais. Novos Danos.

Resumo

O presente texto serviu de base para as participações do autor nos eventos promovidos pela Comissão Especial de Responsabilidade Civil do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela Escola Superior da Advocacia – ESA, em São Paulo, no dia 09/03/2023, e em Recife, em 14/09/2023.

Uma versão aumentada desse texto (*Os novos danos e a responsabilidade civil no direito comparado e brasileiro: necessidade, conveniência ou inadequação da importação de novas etiquetas*) será publicada na coletânea “A promoção da pessoa humana na legalidade constitucional: estudos em homenagem a Maria Celina Bodin de Moraes”, e outra ainda mais expandida (*Necessidade, conveniência ou inadequação da importação de novas etiquetas de danos: em busca de maior científicidade e objetividade no universo dos danos morais*) será publicada na Revista Jurídica Luso-Brasileira.



Eugênio Facchini Neto

Eugênio Facchini Neto. Doutor em Direito Comparado (Florencia/Itália), Mestre em Direito Civil (USP). Professor Titular dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/RS. Ex-diretor da Escola Superior da Magistratura/AJURIS. Desembargador do TJ/RS.

Introdução

A responsabilidade civil, especialmente a partir da segunda metade do século XX, vem se mostrando cada vez menos preocupada com a identificação de uma conduta culposa do agente causador do dano e mais interessada na proteção à vítima de dano injusto¹. Trata-se de um reflexo da valorização do princípio da solidariedade, erigido a objetivo fundamental da República (art. 3º, I, da Constituição Federal) e destinado a afetar todos os institutos jurídicos.

Em relação aos danos indenizáveis, ao lado dos danos materiais ou patrimoniais, passou-se igualmente a ganhar relevância a compensação de danos de natureza imaterial. A esse respeito, salvo raras exceções, nossa legislação privilegia o uso da expressão “dano moral” (art. 5º, inc. V e X, da CF; art. 186 do Código Civil; art. 6º, inc. VI e VII, e 54-D, parágrafo único, do CDC, exemplificativamente). Essa também é a terminologia mais difundida na doutrina clássica e na jurisprudência pátria. A doutrina mais crítica, porém, prefere a denominação “dano extrapatrimonial” para identificar aqueles danos que não se resumem à esfera patrimonial. Essa também foi a terminologia adotada pelo legislador em mais recente intervenção, como ocorreu com reforma trabalhista de 2017, ocasião em que os artigos 223-A, 223-B, 223-E, 223-F, além do Título II-A, passaram a adotar expressamente a expressão “dano extrapatrimonial”.

À luz desse pano de fundo, enfrenta-se um dos aspectos mais controvertidos na responsabilidade civil contemporânea brasileira: se é necessária ou con-

1 Por todos, BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29; BODIN DE MORAES, Maria Celina. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Direito Civil Contemporâneo. Novos problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Ed. Atlas, 2008, p. 33, e BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na Medida da Pessoa Humana. Estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 112.

veniente a identificação de múltiplos *danos não patrimoniais*, diversos entre si, ou se, ao contrário, trata-se de uma indevida e desnecessária importação de ‘estrangeirismos’, já que a ampla figura dos *danos morais*, consagrada majoritariamente entre nós, é suficiente para resolver todos os problemas que, em outros ordenamentos jurídicos, exigem a multiplicação de espécies de danos.

Se examinados os processos que tramitam sob o rótulo de danos morais, percebe-se uma extensa variedade de temas que se abrigam sob esta denominação, desde danos relevantes, como a dor sofrida pela morte de ente querido, lesões sérias à integridade psicofísica, torturas sofridas durante o período da ditadura militar, até questões bem mais amenas – questionáveis, algumas – envolvendo recusa de concessão de cartão de crédito, lançamentos não autorizados de débito automático em conta corrente, atraso no serviço de reparo de veículo ou na entrega de bem adquirido, defeitos detectados em objetos comprados, especialmente veículos, cobrança indevida de multa de trânsito, infiltrações ocorridas em apartamentos, atraso de voo aéreo, mau funcionamento de porta giratória em banco, espera excessiva por atendimento em fila de guichê bancário, corte ou interrupção no fornecimento de água ou de energia elétrica, ou de serviço de telefonia, etc.

A ausência de critérios objetivos para identificar o que sejam danos morais, ou danos extrapatrimoniais, leva alguns operadores práticos a identificarem como tais quaisquer danos que não sejam materiais ou patrimoniais. A superficialidade de uma tal postura, que permite a propositura de demandas frívolas, levou alguns a sustentar a presença de uma “indústria do dano moral”², a ser combatida. Outros defen-

2 No direito estrangeiro, esse sentimento de preocupação por uma extensão ilimitada de pretensões reparatórias é traduzido criticamente também por expressões como “loteria dos danos” (P.S. Atyah. *The Damages Lottery*. Oxford: Hart Publishing, 2000

dem que se há uma “indústria” é porque existe matéria-prima, ou seja, vivemos em uma sociedade que desrespeita direitos alheios e que, portanto, uma das respostas jurídicas possíveis realmente passa pela possibilidade de uma ação indenizatória. E há quem procure critérios para identificar os verdadeiros danos extrapatrimoniais (ou morais), merecedores de tutela aquiliana, distinguindo-os daqueles outros que seriam “meros dissabores da vida cotidiana”, que não justificariam uma resposta da responsabilidade civil.

Para contornar tais dificuldades revela-se útil conhecer algumas figuras que foram sendo criadas, pela doutrina ou pela jurisprudência – algumas com acolhimento legislativo -, identificando a presença de danos extrapatrimoniais em determinadas situações, nem sempre ligadas à presença de aspectos anímicos. Algumas dessas figuras provêm do vetusto direito romano, como a *actio iniuriarum*, da qual derivou a proteção do direito à honra. Outras figuras são mais recentes, como o dano ao projeto de vida, dano ao direito à identidade, dano existencial, etc.

A dúvida que se impõe é se essas figuras são necessárias, úteis ou convenientes em nosso direito, que se baseia em um conceito amplo de dano moral, cuja compreensão é larga e elástica o suficiente para abranger aquelas figuras. Defender-se-á, nesse artigo, que tais figuras não são legalmente necessárias, mas são muito convenientes, especialmente sob um enfoque prático, contribuindo para afastar o subjetivismo por vezes imperante nessa área.

O artigo estrutura-se em quatro partes. Na primeira, analisar-se-á o modelo brasileiro de proteção dos danos extrapatrimoniais, em confronto com os mo-

(a primeira edição é de 1997), e “precificação das lágrimas” (Muriel Fabre-Magnan, *Le dommage existentiel. Recueil Dalloz*, 2010, p. 2376. Disponível em <https://www.dalloz-actualite.fr/revue-de-presse/dommage-existentiel-20101026>. Acesso em 26/06/2023).

delos estrangeiros. Na segunda, subdividida em três partes, será exposta a concepção brasileira de danos morais, sua origem e evolução. A terceira exporá uma breve visão da proteção da pessoa, pela via da responsabilidade civil, em alguns países. Na etapa derradeira, defender-se-á a conveniência da importação de uma mais ampla categoria de danos não patrimoniais.

1. O Modelo Brasileiro De Proteção Dos Danos Extrapatrimoniais Em Perspectiva Comparada.

O pano de fundo do questionamento suscitado introdutoriamente reside no fato de que nosso ordenamento jurídico se manteve, com o código civil de 2002, no interior da tradição latina da atipicidade da responsabilidade civil extracontratual, afastando-se do modelo germânico da semi-tipicidade, mas sem se alinhar perfeitamente ao modelo francês puro da atipicidade. De fato, o primeiro consagra três pequenas cláusulas gerais que especificam os interesses que, se lesados forem, abririam caminho para a indenização, com destaque para o §823 do BGB, que explicita tais interesses: vida, saúde, corpo (integridade física), liberdade, propriedade ou algum outro direito (“*ein sonstiges Recht*”) assemelhado³. Já o modelo francês, na cláusula geral do art. 1382 do código napoleônico (fórmula remanejada para o atual art. 1240 do CC, com a reforma de 2016), não especifica os interesses protegidos, nem indica outros requisitos para desencadear o dever de reparar danos que não o nexo de causalidade e a culpa: “*tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*”.

3 Para uma clássica e aprofundada exposição do sistema da responsabilidade civil no direito alemão, v. MARKESINIS, Basil S. *The German Law of Obligations. Vol. II. The Law of Torts: A Comparative Introduction*. 3rd. Ed. Oxford: Oxford University Press, 1997.

A linha seguida pelo CC de 2002, à luz do seu art. 186, parece seguir a via adotada pelo Código civil português, na primeira parte do seu art. 483, 1. Ambas as fórmulas se distanciam do modelo germânico, mas ao mesmo tempo se afastam do modelo normativo puro francês, ao exigirem a ilicitude da conduta. Todavia, o modelo brasileiro é mais flexível, pois as cláusulas gerais do diploma civilista permitem ao judiciário “promover alargada construção do direito dos danos”⁴.⁵

Especificamente quanto aos danos morais, nosso Código civil se afasta dos modelos dos códigos alemão e italiano, que só admitem a compensação dos danos morais nos casos previstos em lei, substancialmente aqueles decorrentes da prática de um ilícito penal (art. 2059 do Código Civil italiano e § 253 do BGB). Tampouco acolheu a orientação constante do art. 496 do CC português: “Na fixação da indenização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam tutela do direito”.

Assim, diante dos amplos termos da cláusula geral do art. 186 do Código Civil, não haveria necessidade de se reconhecer espécies autônomas de danos extrapatrimoniais, já que a irrestrita noção de danos existente em nosso ordenamento seria suficientemente vaga a ponto de acolhê-las.⁶ Mas, por não ter

4 MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson L. Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 129.

5 Sinde Monteiro refere que o Código brasileiro consagrou a compensabilidade dos danos morais sem fornecer nenhum tipo de critério para sua identificação – SINDE MONTEIRO, Jorge. Responsabilidade civil: o novo Código Civil do Brasil face ao direito português, às reformas recentes e às actuais discussões de reforma na Europa. In: CALDERALE, Alfredo (a cura di). *Il nuovo codice civile brasiliano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Ed., 2003, p. 314.

6 É o que expressamente referem Farias, Braga Netto e Rosenvald, ao lembrarem que tanto a Constituição brasileira quanto o Código Civil empregam a expressão *danos morais* “para se referir a todas as espécies de danos não patrimoniais”, razão pela qual a alusão à categoria de danos não patrimoniais ou extrapatrimoniais “é desnecessária, pois vivemos em um sistema

adotado as cautelas previstas no direito português, fica mais difícil demarcar os danos morais dos meros incômodos. Destarte, embora admitindo não haver *necessidade* de se acolher, em nosso direito, novas etiquetas de danos extrapatrimoniais, procurar-se-á demonstrar que é *conveniente* fazê-lo, como forma de se evitar subjetivismos na caracterização dos danos morais. Isso se deve ao fato de nossa cláusula geral de compensação de danos morais apresentar conteúdo vago, impreciso e indeterminado, não fornecendo parâmetros objetivos, racionais e isonômicos para identificá-los.

O reconhecimento de novas figuras de danos indenizáveis não resultará em um potencial aumento do número de demandas. O efeito, acredita-se, será o contrário. Diante de uma específica espécie de dano, é possível identificar objetivamente quais são as suas características e quais requisitos devem estar presentes para que ela seja reconhecida.

Passa-se, agora, à exposição da evolução sobre a noção de “danos morais” no Brasil, para se compreender o ‘estado da arte’ e, a partir daí, identificar alternativas.

2. Danos Morais No Brasil: Uma História Ainda Em Desenvolvimento.

No Brasil, fomos de uma tardia aceitação dos danos morais a um entusiasmado e quase irrestrito acolhimento da ideia. Neste percurso, acabamos nos desviando da modelagem oferecida pela experiência comparada: atrelamos os “danos morais” predominantemente a sentimentos (dor, sofrimento, angústia).

aberto”. Para eles “dano moral pode ser conceituado como uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela” – FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 307 e 312..

Podemos identificar concepções distintas sobre o que são os danos morais: uma concepção mais ampla e tradicional (sentimentalista); uma concepção mais restrita (consequencialista) e uma concepção mais moderna (ligada ao direito civil-constitucional). Passa-se à breve análise de cada uma delas.

2.1 Concepção Tradicional (Sentimentalista).

Essa concepção adota um conceito negativo: dano moral seria todo o dano não patrimonial, uma espécie de 'conceito guarda-chuva', sob o qual se reúnem as mais variadas espécies de danos e prejuízos imateriais, vinculados a sentimentos.

No direito comparado costuma-se apontar para o caso inglês *Scott v. Shepherd* (1773) como o precursor do acolhimento dessa noção de danos morais (pain and suffering), no qual se reconheceu que a vítima sofrera tormentos e dores laciniantes em razão de um acidente com um rojão.⁷

Uma vez que somente em época mais recente a Common Law passou a ser objeto de estudo e interesse pelos juristas da tradição romano-germânico, a origem da noção de 'danos morais' que nos influenciou é oriunda da França: em 1939 René Savatier afirmou que "dano moral é todo sofrimento humano não causado por uma perda pecuniária"⁸.

Esta concepção foi aceita por clássicos doutrinadores brasileiros, como Wilson Melo da Silva⁹, Orlando

Gomes¹⁰, Silvio Rodrigues¹¹ dentre outros, além de ter grande presença ainda hoje na jurisprudência.

2.2. Concepção Consequencialista

Uma concepção posterior, que chamamos de consequencialista, foi encabeçada por Aguiar Dias¹², mais tarde acompanhada por Maria Helena Diniz¹³ e outros juristas.

Sob essa orientação, a caracterização do dano moral não estaria vinculada à natureza do interesse lesado, mas sim à repercussão (consequências) da lesão sobre a vítima.

Assim, seria possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial, bem como a ofensa a um bem material poderia acarretar um dano moral a alguém. Exemplo da primeira situação poderia ser o de uma modelo que viesse a sofrer lesões corporais (bem não patrimonial) das quais resultassem cicatrizes deformantes (com potenciais reflexos patrimoniais). Exemplo da segunda hipótese seria o extravio de uma aliança de casamento que fosse deixada a um ourives, para fim de estreitamento ou alargamento, ou o extravio de um álbum de fotografias encaminhado para reparos. Os bens extraviados teriam conteúdo patrimonial, mas seu significado para o proprietário ultrapassa em muito o valor daqueles, disso derivando danos morais compensáveis.

7 Sobre esse caso, v. ROGERS, W. V. H. *Winfield and Jolowicz on Tort*. 16th ed. London: Sweet & Maxwell, 2002, p. 68, e LUNNEY, Mark; NOLAN, Donal; OLIPHANT, Ken. *Tort Law. Text and Materials*. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 8/9.

8 SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural. T. II – Conséquences et aspects divers*. Paris: L.G.D.J, 1939, n. 525.

9 SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 2^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 14.

10 GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, n. 191 e 195, p. 364 e seg; GOMES, Orlando. *Responsabilidade Civil*. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011, p. 76.

11 RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Vol. 4 – Responsabilidade Civil. 9^a ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1985, p. 206.

12 DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. II. 6^a. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 414 e seg.

13 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol.

7 – Responsabilidade Civil. 21^a. ed. rev. E atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 88/89.

Todavia, ainda que essa segunda concepção seja bem melhor do que a primeira, a ela ainda se poderia endereçar as mesmas críticas que atingem a primeira, ou seja, de que nenhuma das concepções fornece um conceito ‘positivo’ de danos morais. Não indicam seus pressupostos e requisitos, aludindo apenas aos efeitos anímicos, que são apenas sintomas, consequências^{14, 15} não a essência do dano, deixando ainda demasiada margem para algum arbítrio na sua identificação.

2.3. Concepção Sob a Ótica do Direito Civil-Constitucional

Maria Celina Bodin de Moraes, Paulo Netto Lôbo,¹⁶ Anderson Schreiber¹⁷ e outros juristas vinculados à escola do chamado direito civil-constitucional, identificam os danos morais como violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, aludindo à violação à dignidade humana¹⁸, lesão a direitos de personalidade, danos à pessoa.

Maria Celina¹⁹ distingue os *danos morais objetivos*, que seriam aqueles que ferem quaisquer dos aspec-

14 Como refere Zannoni, “el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación y, en general, los padecimientos que se han infligido a la víctima del evento dañoso (...) no son sino estados del espíritu, consecuencia del daño” – ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. 3a. ed. actual. y ampl. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2005, p. 152 e 153.

15 Cavalieri vincula o dano moral à agressão a atributo da personalidade ou à dignidade humana, sendo que a dor, vexame, sofrimento ou humilhação só devem ser reputadas como dano moral se, “fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo” – CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11a. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2014, p. 111.

16 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade*. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 6, 2001, p. 79-97.

17 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 16.

18 Vinculando o dano moral à dignidade da pessoa e referindo que “el sufrimiento no es un requisito indispensable para que exista daño moral”, v., no direito argentino, GHERSI, Carlos Alberto. *Cuantificación Económica. Daño moral y psicológico*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2006, p. 130 e 131.

19 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro:

tos componentes da dignidade da pessoa (fundada em quatro substratos: igualdade, integridade psico-física, liberdade e solidariedade), dos *danos morais subjetivos*, caracterizados por exacerbada dor, sofrimento, angústia, tristeza ou humilhação à vítima.

Nessa senda parece estar caminhando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se vê de alguns de seus julgamentos - AgRg no Agravo no REsp 395.426, REsp 1647452, AgInt nos EDcl no REsp n. 1.838.972, REsp n. 202.564, REsp n. 944.308, REsp n. 1.406.245, dentre outros.²⁰

Vinculando-se os danos morais à violação dos direitos da personalidade, obtém-se um grande ganho de objetividade, ainda que se leve em conta o fator complicador consistente no fato de que os direitos de personalidade não configuram *numerus clausus*²¹. Diante da centralidade da pessoa humana no ordenamento jurídico e do contínuo avanço da civilização jurídica, cada vez mais nos sensibilizamos frente a novos aspectos do ser humano que achamos merecer proteção. Assim surgiu, há mais tempo, a proteção do direito à imagem da pessoa e, há menos tempo, a tutela do seu direito à identidade, para citar dois exemplos. Nessa caminhada, devemos dirigir nosso olhar para experiências jurídicas mais antigas e consolidadas, o que nos ajuda a identificar possíveis vias a serem trilhadas.

Doutrinariamente, podem-se identificar danos aos direitos da personalidade da pessoa humana nas

Renovar, 2003, p. 156 e seg.

20 Observe-se que nas V Jornadas de Direito Civil/STJ, aprovou-se o enunciado 445, desvinculando o dano moral de sentimentos: “Art. 927: O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”.

21 Acolhe-se, aqui, a concepção da existência de um direito geral de personalidade, tal como defendido por CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995; SZANIAWSKI, Elmar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2a. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, esp. p. 55s, 93s e 114s, além de outros autores.

suas diversas esferas, como ser *humano biológico* (vida e saúde – danos à integridade psicofísica, abrangendo também os danos estéticos), ser *humano moral* (danos à integridade moral, privacidade/intimidade²², vida privada^{23 24} identidade, nome, imagem, honra, etc.), e ser *humano social* (envolvendo danos à reputação, ao respeito, condutas discriminatórias, etc).²⁵ Pela própria tipologia dos direitos de personalidade acima destacados, de forma não exaustiva²⁶, percebe-se que sua proteção se justifica especialmente por representarem, segundo Schreiber, típicos direitos fundamentais²⁷.

22 No direito norte-americano, a noção de direitos de personalidade foi em grande parte absorvida pela extensa concepção do *right to privacy* por lá desenvolvida, como se percebe da leitura de PAGE, Joseph A. American tort law and the right to privacy. In: BRÜGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; O'CALLAGHAN, Patrick (Ed.). *Personality Rights in European Tort Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 38/72. Sobre a proteção dos direitos da personalidade pela via da responsabilidade civil na Europa, remete-se a BRÜGGEMEIER, Gert. Protection of personality rights in the law of delict/torts in Europe: mapping out paradigms. In: BRÜGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; O'CALLAGHAN, Patrick (Ed.). *Personality Rights in European Tort Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 5-37.

23 No direito francês, o desenvolvimento dos direitos de personalidade foi feito substancialmente a partir da proteção da "vie privée", especialmente após sua inclusão no art. 9 do Código Civil francês, pela Lei 70-643, de 17.07.1970, sob a fórmula "chacun a droit au respect de la vie privée" – nesse sentido, SUDRE, Frédéric. *La vie privée, socle européen des droits de la personnalité*. In: RENCHON, Jean-Louis (dir.). *Les droits de la personnalité*. Bruxelles: Bruylants Ed, 2009, p. 4.

24 O Código Civil argentino de 2015 dedica um artigo específico à proteção da vida privada, em termos amplos, como se vê do seu art. 1770: "Protección de la vida privada El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias (...)."

25 Uma boa análise dos mais conhecidos direitos de personalidade encontra-se em VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direitos de personalidade*. Coimbra: Ed. Almedina, 2014, p. 68 e seg.

26 Para critérios classificatórios diversos, v. LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Direitos privados da personalidade. Subsídio para sua especificação e sistematização*. Revista dos Tribunais, vol. 370 (1968), p. 7 e s. e CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2008, p. 213.

27 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo:

Moderno autor francês²⁸ refere que a responsabilidade civil da contemporaneidade é caracterizada por três aspectos: "o dano está em extensão, a culpa em regressão, a causalidade em desconstrução". Isto se deve porque uma sociedade civilizada deve fazer todo o possível para reduzir ao mínimo a ocorrência de danos evitáveis e, quando estes acontecem, tomar todas as medidas necessárias para que eles sejam reparados ou compensados.²⁹

Os sistemas jurídicos fornecem uma proteção legal mais ou menos forte, de acordo com a hierarquia dos bens ou interesses visados. Lawson e Markesinis³⁰, analisando os fatores que os sistemas jurídicos costumam levar em conta para elaborar uma 'política' (policy) na área da responsabilidade civil, indicam o "superior value factor" como o primeiro deles. Segundo esses autores, uma preocupação primacial de qualquer sistema jurídico consiste na proteção de certos bens ou interesses aos quais as pessoas daquela comunidade atribuem valor. Uma hierarquia é então estabelecida a partir de considerações morais, econômicas, filosóficas, políticas, variáveis a cada época histórica, disso resultando que o direito contemporâneo fornece melhor proteção aos interesses socialmente mais valorizados: liberdade, exemplificativamente, é mais relevante do que propriedade; integridade física de uma pessoa é mais importante do que sua integridade patrimonial, etc.

Ed. Atlas, 2011, p. 13.

28 MOLFESSIS, Nicolas. *La psychologisation du dommage*. In: LEQUETTE, Yves; MOLFESSIS, Nicolas (Dir.). *Quel avenir pour la responsabilité civile?* Paris: Dalloz, 2015, p. 40. Essa visão lembra muito aquela divulgada entre nós por SCHREIBER, A. Novos *Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

29 Nesses termos, TUNC, André. Préface. In: VINEY, Geneviève. *Le déclin de la responsabilité individuelle*. (Coleção Anthologie du Droit). Paris: L.G.D.J., 2014 (reedição da edição original, de 1965), p. III.

30 LAWSON, F. H. e MARKESINIS, B. S. *Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common Law and the Civil Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982, p. 49.

O problema da seleção dos interesses dignos de tutela jurídica é uma das modernas preocupações no âmbito da responsabilidade civil. Em nosso direito, A. Schreiber³¹ preocupa-se pelo fato de inexistirem, muitas vezes, dados normativos a indicar uma hierarquia entre os interesses tuteláveis, disto redundando que acaba tocando ao magistrado a tarefa de selecionar empírica e concretamente os interesses dignos de tutela.

É nesse cenário de identificação dos bens e interesses que merecem uma proteção privilegiada dos sistemas jurídicos que surgiu a noção de dano à pessoa humana³², o que representou uma *mudança revolucionária*, nas palavras de Iturraspe³³.

Também o peruano Sessarego³⁴ refere que em meados do século XX houve uma revolução inversão na concepção do homem, a partir da qual a pessoa humana passou a ocupar lugar cimeiro no ranking dos valores e prioridades. Isso acarretou não só o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, mas de todo o Direito. Seus reflexos no campo da responsabilidade civil foram notáveis, pois obrigou a uma revisão de seus pressupostos e a ver-se transformada no novo 'Derecho de Daños'. Isso explica facilmente o surgimento, por volta da década

31 SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 167.

32 Do ponto de vista legislativo, apenas o Código Civil peruano, de 1984, faz expressa menção a esse tipo de dano, prevendo, no seu art. 1985 que: "O resarcimento compreende as consequências que decorrem da ação ou omissão geradora do dano, inclusive o lucro cessante, o dano à pessoa e o dano moral, devendo existir uma relação de causalidade adequada entre o fato e o dano produzido. Sobre o montante do resarcimento fluem os juros legais desde a data na qual se produziu o dano."

33 ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por Daños* – Tomo I – Parte General. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 313 e 314, e ITURRASPE, Jorge Mosset. *El valor de la vida humana*. 4. ed. ampl y actual. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Ed., 2002, p. 34/36.

34 SESSAREGO, Carlos Fernández. Prólogo. *Osservatorio de Derecho Civil*. Vol. 13. *La Responsabilidad Civil*. Lima: Motivensa Editora Jurídica, 2012, p. 23, 31 e 32.

de sessenta³⁵, do conceito de dano à pessoa, que acaba por deslocar a proteção ao patrimônio a um escalão inferior.

Essa evolução – ou revolução - foi possível quando a técnica da interpretação conforme a Constituição se disseminou. Foi o que ocorreu na Itália, por exemplo, cujo Código Civil, de 1942, em seu art. 2.059³⁶, permite a tutela dos danos extrapatrimoniais somente nos casos previstos na lei – o mesmo ocorrendo na Alemanha -, fazendo remissão a dispositivos penais. A clássica interpretação deste artigo era no sentido de que somente nas hipóteses em que o dano não patrimonial resultasse de um delito é que seria ele passível de indenização na esfera cível. Quando os juízes passaram a levar a sério as previsões constitucionais, esse quadro foi superado, pois "o sistema de valores pessoais introduzido pela Constituição consentiu mais facilmente aos juízes alargar o elenco dos interesses juridicamente tuteláveis".³⁷

Trata-se de uma tendência amplamente difusa, como se percebe da leitura do clássico André Tunc³⁸, na qual analisa a evolução e os fundamentos da responsabilidade civil no direito comparado em

35 A expressão "danos à pessoa" é atribuída a Guido Gentile, no verbete com esse título que elaborou para a *Enciclopedia del diritto*, em 1962, embora já no séc. XIX Melchiorre Gioia já defendia a proteção aquiliana plena da pessoa e suas emanações. Para uma resenha do seu pensamento, bem como de outros precursores de tal visão, veja-se GONZÁLES, Carlos Agurto e MAMANI, Sonia Lidia Quequejana. *Las Orígenes del 'dáño a la persona'* en Italia. In: *Osservatorio de Derecho Civil*. Vol. 13. *La Responsabilidad Civil*. Lima: Motivensa Editora Jurídica, 2012, p. 77 e seguintes.

36 "Art. 2059. *Danni non patrimoniali. Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge (Cod. Proc. Civ. 89; Cod. Pen. 185, 598)*".

37 VISINTINI, Giovanna. *I Fatti Illeciti*. Vol. I. *Ingiustizia del danno*. Padova: Cedam, 1997, p. 89. No mesmo sentido, v. CASTRO-NOVO, Carlo. *Danno biologico – Un itinerario di diritto giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè, 1998, p. 1, e MONATERI, Pier Giuseppe. *Trattato di Diritto Civile* (Org. por Rodolfo Sacco), *Le Fonti delle Obbligazioni*, vol. 3 - *La Responsabilità Civile*. Torino: Utet, 1998, p. 5.

38 TUNC, André. *La Responsabilité Civile*. 2. ed. Paris : Economica, 1989, p. 149.

geral e refere que “a ideia de garantir os direitos dos cidadãos tem desempenhado um papel incontestável no direito da responsabilidade civil, um papel que não cessa de crescer e que constitui certamente uma de suas funções”.

Passa-se a examinar, na sequência, como a questão da proteção de direitos e interesses não patrimoniais é feita no direito comparado, para se verificar se soluções lá sugeridas ou praticadas são úteis ou compatíveis com o nosso direito.

2.4. A Tutela da Pessoa Humana, Pela Responsabilidade Civil, no Direito Comparado.³⁹

No direito comparado há inúmeras figuras de danos indenizáveis, quase todas criadas ou desenvolvidas especialmente pela jurisprudência, por vezes pela doutrina, raramente pelo legislador. Muitas dessas figuras são compatíveis com nosso ordenamento jurídico e também vêm sendo acolhidas pelos nossos tribunais.

O tipo de dano não patrimonial reconhecido e mais difundido em todas as tradições jurídicas é o chamado dano moral puro, ainda que com denominações nem sempre homólogas: *danni soggettivi* (Itália), *pain and suffering* (países de Common Law), *dommage moral* (França e Bélgica), *Schmerzensgeld* (Alemanha, Áustria).

Pode-se dizer ser esse o modelo embrionário, o protótipo do qual as outras figuras, ao longo do tempo, se destacaram, em razão de algumas peculiaridades. O dano moral puro envolve sensações - dor e

39 Para um maior desenvolvimento, remete-se a FACCHINI NETO, Eugênio; FERRARI, Graziela M. R. A Tutela Aquiliana de Direitos Fundamentais no Direito Comparado: o caso dos danos biológicos, danos existenciais e danos ao projeto de vida.". In: Matheus de Castro, Maria Cristina Cereser Pezzella e Janaína Reckziegel (Org.). SÉRIE DIREITOS FUNDAMENTAIS CIVIS - A Ampliação dos Direitos Subjetivos no Brasil e na Alemanha - Tomo II. 1ed. Chapecó/SC: UNOESC, 2014, p. 79-118.

sofrimento intensos, vexame, humilhação, angústia, etc. Como regra, exige-se uma intensidade objetiva inquestionável. Na experiência italiana, costuma-se dizer que essa espécie de dano se caracteriza pela ‘transitória perturbação do estado de ânimo da vítima’, sem reflexos externos ou permanentes na vida do lesado.

Ao lado dos danos morais puros, porém, reconhecem-se outras espécies de danos, cada uma delas com seus requisitos ou pressupostos. Aqui, nem sempre a dor, sofrimento, humilhação, estão presentes. Assim, encontram-se as seguintes figuras, muitas delas conhecidas entre nós e presentes em nossa jurisprudência: danos estéticos, danos à imagem, danos à intimidade/privacidade, danos psíquicos, danos biológicos (ou danos à integridade psicofísica)⁴⁰, danos existenciais⁴¹, danos ao projeto

40 Viney e Jourdan (VINEY, Geneviève e JOURDAN, Patrice. *Traité de Droit Civil* (dir. de Jacques Ghestin). *Les effets de la responsabilité*. 2. ed. Paris: L.G.D.J, 2001, p. 206) informam que presentemente os tribunais franceses costumam isolar, para avaliá-los separadamente, os diferentes tipos de danos que podem acarretar uma lesão à integridade física.

41 Acolhe-se, aqui, a noção de danos existenciais apresentada pela Corte de Cassação, na decisão n. 6572, proferida em 24.03.2006, pelo seu órgão máximo na jurisdição civil (Sezione Unite), onde se afirmou que “por dano existencial entende-se qualquer prejuízo que o ilícito (...) provoca sobre atividades não econômicas do sujeito, alterando seus hábitos de vida e sua maneira de viver socialmente, perturbando seriamente sua rotina diária e privando-o da possibilidade de exprimir e realizar sua personalidade no mundo externo. Por outro lado, o dano existencial funda-se sobre a natureza não meramente emotiva e interiorizada (própria do dano moral), mas objetivamente constatável do dano, através da prova de escolhas de vida diversas daquela que seriam feitas, caso não tivesse ocorrido o evento danoso” (tradução livre da reprodução parcial do acórdão, colacionada por Gregor Christandl, na sua obra *La Risarcibilità del Danno Esistenziale*, Milano: Giuffrè, 2007, p. 326). Em razão de uma indevida interpretação extensiva e pouco rigorosa do que fossem danos existenciais, a Corte de Cassação, pelas suas Sezione Unite (sent. n. 26972, de 11.11.2008), especificou que os danos existenciais só podem ser reconhecidos se forem uma decorrência de violação de direitos fundamentais da pessoa, acrescentando que tais danos devem ser graves e sérios, excluindo-se, assim, os chamados “danos bagatelares” e de outros interesses não constitucionalmente relevantes. Afirmou, ainda, que tais danos devem ser provados, não se admitindo que

de vida⁴², dano à identidade pessoal⁴³, dano da morte (também chamado de dano tanatológico⁴⁴, dano catastrófico e, na França, de *angoisse de la mort imminente*), entre outros. Alguns são melhor conhecidos pelas suas expressões no idioma onde foram primeiro reconhecidas, como *mobbing*, *bullying*, *stalking*⁴⁵, *loss of amenities of life*/préjudice d'agré-

fossem aceitos como danos *in re ipsa* – sobre isso, v. a análise de ALPA, Guido. *La responsabilità civile. Príncipi. Seconda edizione*. Milano: UTET/Wolters Kluwer It., 2018, p 428.

42 Trata-se de uma figura de dano criada pelo jurista peruano Carlos Fernández Sessarego, que em diversos escritos seus manifestou-se sobre essa importante espécie de dano. Dentre eles, destaco: SESSAREGO, Carlos Fernández. *Trascendencia y reparación del "Daño ao proyecto de vida" en el umbral del siglo XXI*. In: HERNÁNDEZ, Carlos Arturo et al. (Ed.) *La responsabilidad civil* (Vol. 19 da coleção *Tendencias Contemporáneas del Derecho*). Bogotá: Universidad Libre, 2014, p. 351-432, bem como o capítulo VII de SESSAREGO, Carlos Fernández. *Derecho y persona*. 5^a. ed. actual. y ampl. Buenos Aires – Bogotá: Astrea Ed., 2015, p. 225-261. Tal figura de dano foi expressamente contemplada como dano compensável, pelo art. 1738 do novo Código Civil argentino (2015)."

43 Sobre esse dano, originado da Itália, v. PINO, Giorgio. // *diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*. Bologna: Il Mulino, 2003; em outros países, v. SESSAREGO, Carlos Fernández. *Derecho a la identidade personal*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1992; CHOERI, Raul Cleber da Silva. *Direito à Identidade na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2010; PIZARRO, Ramón Daniel; VALLESPINOS, Carlos Augusto. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo III, cap. F). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Ed., 2018.

44 Com exceção de Portugal e, em casos excepcionais (quando a pessoa gravemente ferida tem consciência da extensão das lesões sofridas e da iminência da morte) na Itália e na França, os ordenamentos jurídicos contemporâneos não admitem a morte como dano em si, a gerar o direito a uma compensação a ser transmitido hereditariamente ao seu espólio – nesses termos ROGERS, W. V. Horton. *Comparative Report of a Project Carried Out By the European Centre for Tort and Insurance Law*. In: ROGERS, W. V. Horton (ed.). *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*. Wien: Springer-Verlag, 2001, p. 247.

Na Itália, após breve hesitação da Corte Cassação, em razão da decisão isolada de n. 1361, em 23.1.2014, as Sezione Unite da Cassação unificaram a jurisprudência daquela Corte (sent. n. 15350, de 22/07/2015), afirmando não ser reparável no direito italiano o lá chamado "danno da perdita della vita". Essa orientação vem sendo desde então observada. Para uma visão do tema no direito português e brasileiro, defendendo a reparabilidade de tal dano, v. ROSENVALD, Nelson. O dano-morte: a experiência brasileira, portuguesa e os *vindictory damages*. *Revista de Direito da Responsabilidade*. Ano 3, 2021, p. 157-183.

45 Sobre esse tema, no direito italiano, v. ZANASI, Francesca Maria. Il risarcimento del danno da stalking. In: CENDON, Paolo

ment (perda das amenidades da vida)⁴⁶, *wrongful conception*, *wrongful birth*, *wrongful life*⁴⁷, *nervous shock* (ou *psychiatric injury*), *prenatal injuries*, préjudice sexuel, préjudice d'établissement, préjudice de contamination, préjudice d'anxiété, préjudice d'accompagnement, dentre outros.⁴⁸

O importante é reter que cada uma dessas espécies de danos tem certas características e exige, para seu reconhecimento, a comprovação de determinados requisitos. A importância disso será realçada no próximo item, a fim de justificar a conveniência da adoção desse modelo.

3. Necessidade ou Conveniência da Importação de uma Ampla Categoria de Danos Não Patrimoniais.

Defende-se, aqui, a posição da *desnecessidade* da importação de figuras específicas de danos não patrimoniais para o nosso direito. Isso porque, como dito, nosso ordenamento jurídico filia-se ao mode-

(Dir.). *Responsabilità Civile*. Vol. Secondo. Milanofiori Assago; UTET Giuridica/Wolters Kluwer, 2017, p. 2.511 e seg.

46 A figura do préjudice d'agrément (conhecido na esfera da *common law* como *loss of amenities of life*), foi precocemente reconhecida pela jurisprudência francesa, em 1937. A partir dos anos sessenta sua invocação passou a ser mais intensa, passando a jurisprudência por tendências sucessivas – ora mais expansivas, ora mais restritivas, como a que atualmente predomina. Sobre esses diversos momentos, com indicação de jurisprudência, v. FACCHINI NETO, Eugênio. Desenvolvimento, tendências e reforma da responsabilidade civil na França: ruptura ou continuidade na busca de sempre ampliar a tutela da pessoa?. *civilistica.com*, ano 10, n. 2 (2021), p. 15/16.

47 Sobre essa tríade, v. PETEZZI DA SILVA, Rafael. *Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro*. *Revista Ajuris*, n. 117, março de 2010, p. 311-341.

48 Não há espaço, aqui, para o desenvolvimento de cada uma dessas figuras. Sobre elas já tive oportunidade de me manifestar em outros trabalhos, dentre os quais o por último citado, além de FACCHINI NETO, Eugênio. A Tutela Aquiliana da Pessoa Humana: os interesses protegidos. Análise de Direito Comparado. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, v. 4, p. 413-464, 2015; e FACCHINI NETO, Eugênio; WESENDONCK, Tula. Danos existenciais: prefigurando lágrimas?. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais* (Eletrônica), v. 12, p. 229-268, 2012.

lo francês da atipicidade, sendo que a expressão “dano moral”, usada por nosso legislador constitucional e ordinário, tem uma abrangência e uma elasticidade capaz de albergar todas as espécies de danos extrapatrimoniais.⁴⁹

Todavia, se não há necessidade, há enorme conveniência prática de deixarmos de usar expressão “danos morais” como se fosse um gênero omnocompreensivo, passando a usar, no seu lugar, a expressão “danos não patrimoniais” (ou extrapatrimoniais) como gênero, do qual são espécies os danos morais puros (estes sim relacionados à dor, sofrimento, etc.) e as demais figuras de danos antes mencionadas (danos biológicos, existenciais, à identidade, etc.). Procura-se, assim, evitar que a vaguedade da noção de dano moral leve àquilo que Díez-Picazo denomina de “escándalo del daño moral”, que “puede responder a vagos o si se quiere, intuitivos, ideales de justicia, pero que, carecendo de ayer y de mañana, sólo se le puede calificar como arbitrariedad”.⁵⁰

De acordo com o que pensamos, a identificação doutrinária e jurisprudencial dos vários tipos de danos extrapatrimoniais, cada um deles com suas características e seus requisitos, é uma maneira mais justa e eficiente de enfrentar o problema dos danos, reduzindo o subjetivismo na aferição de um genérico “dano moral” e permitindo melhor gerir o desenvolvimento do processo judicial instaurado para a identificação e compensação de um dano não patrimonial. Essa, aliás, segundo Brüggemeier⁵¹, é

49 O mesmo ocorre no direito argentino, segundo Zannoni, que entende que na noção de dano moral vigorante no direito daquela nação vizinha é ampla o suficiente para abranger as figuras que ele cita em sua obra, como o dano à saúde, o dano biológico, o dano ao projeto de vida, o dano psíquico, o dano estético, entre outros – ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. 3^a. ed. actual. y ampl. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2005, p. 165.

50 DÍEZ-PICAZO, Luis. *El escándalo del daño moral*. Cizur Menor/Navarra: Thomson / Civitas, 2008, p. 14 e 15.

51 BRÜGGEIMEIER, Gert. *Common Principles of Tort Law*. A

uma substancial contribuição da doutrina para o desenvolvimento da responsabilidade civil, por meio da sistematização da casuística jurisprudencial (agrupamento de casos).

Exemplificativamente, os danos existenciais exigem a prova de que, em razão do evento danoso, a vítima (mesmo aquela atingida por ricochete) tenha alterado, para sensivelmente pior, a sua maneira de viver, e que essa mudança tenha sido definitiva, ou ao menos duradoura e não meramente temporária (o que representaria um dano moral puro). No caso do dano ao projeto de vida, seria necessária a prova de que a atividade desempenhada pela vítima até o evento danoso era realmente o seu projeto de vida, algo para o que tinha se preparado profissionalmente, e que lhe permitia a sensação de uma vida realizada e gratificante (para muito além do simples retorno financeiro) – com a demonstração de que não mais poderia desempenhar tal atividade, com uma evidente frustração no seu projeto de vida. O verdadeiro projeto de vida é que pode caracterizar alguém como um ser humano livre e autônomo, capaz de escolher o que quer fazer com sua vida, projetar-se no futuro e dar um sentido à sua existência. Não bastaria, para tanto, a caracterização de um simples projeto de vida alternativo, na conhecida concepção de Sessarego. E assim se procederia em relação a cada uma das espécies de danos extrapatrimoniais, cada uma delas com suas características e pressupostos.

Principalmente no momento da fixação do valor de cada uma das rubricas indenizatórias é que se observará um ganho de objetividade. Isto porque, na atual *praxis* de aglomerar todas as consequências danosas sob a mesma rubrica dos “danos morais”, há uma grande subjetividade do julgador, que em

poucas linhas e muitas vezes limitando-se a se reportar aos chavões jurisprudenciais – “considerando a intensidade da culpa, as condições sociais do ofendido e econômicas do ofensor, as consequências do dano”, etc., - fixa um valor sem especificar o peso de cada uma das circunstâncias que levou em consideração. Já com a adoção do critério aqui proposto, ao longo do tempo seria possível contar com uma casuística que fornecesse parâmetros monetários para cada tipo de dano, de maneira a garantir uma maior homogeneidade na fixação dos valores, reduzindo-se o subjetivismo judicial. Isso também permitirá a elaboração de uma certa hierarquização dos interesses tuteláveis – por exemplo, danos ao projeto de vida como representando valor mais elevado do que os danos existenciais, estes valendo mais do que o *loss of amenities of life* e assim por diante.

Útil, para tal fim, levar a sério as sugestões dadas por Paolo Cendon⁵², no sentido que um ordenamento jurídico justo, sistemático e coerente deve procurar:

(i) compensar integralmente todos os danos (tidos como injustos e merecedores de atenção) sofridos pela vítima, desde que adequadamente provados no curso do processo (ressalvados os casos de adequada presunção de sua ocorrência, nos casos de cabimento da ideia de danos *in re ipsa*). Ou seja, não basta a afirmação da existência de um genérico dano moral, a ser identificado arbitrariamente pelo magistrado. É necessária a demonstração da presença dos requisitos de cada um dos danos especificamente alegados.

(ii) evitar hipóteses de duplicações de reparação. Essa preocupação, aliás, foi o que levou ao não reconhecimento, durante muito tempo entre nós, da existência de danos estéticos de forma separada

52 CENDON, Paolo. *Trattato breve dei nuovi danni*. Padova: Cedam/Wolters Kluwer, 2014, p. XXX.

dos danos morais, pois se entendia que aqueles estavam abrangidos por estes, questão só superada pela Súmula 387 do STJ. Ao se adotar a presente proposta, o magistrado terá de fixar um valor para cada uma das situações danosas pleiteadas e identificadas nos autos. Com a adoção também do método bifásico e a identificação de valores homogêneos para grupos de casos efetivamente similares, reduzir-se-á o impacto do subjetivismo.

(iii) denominar cada dano pelo nome apropriado, possibilitando que a parte demandada possa fazer impugnações específicas, tentando demonstrar a ausência dos requisitos dos pretendidos danos.

(iv) avaliar sempre as peculiaridades do caso concreto, afastando os automatismos na fixação do dano.

Para encerrar, é interessante lembrar o que ficou assentado por ocasião do célebre julgamento das Seções Unidas da Corte de Cassação italiana, em 11 de novembro de 2008 (sent. n. 26972, 26973, 26974 e 26975)⁵³, enfrentando o problema do abusivo alargamento da noção de danos existenciais, afirmando que eles não configuram um dano autônomo, mas sim uma espécie de dano extrapatrimonial, indenizável sempre que violar um direito fundamental da pessoa⁵⁴:

“A referência a determinados tipos de da-

53 Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, sentenza n. 26972 (integrada e complementada pelas sent. 26973, 26974 e 26975, da mesma data) disponível em <https://www.unibocconi.it/wps/wcm/connect/ce3d24a2-21bf-40e7-8653-3e9ed4af9672/Danno+alla+persona.pdf?MOD=AJPERES&CVID=11GHWMx>. Acesso em 27.06/2023.

54 Sobre essa reação da CCassação, v. ZIVIS, Patrizia. *Il danno non patrimoniale. Evoluzione del sistema risarcitorio*. Milano: Giuffrè Ed., 2011, p. 183 e seg. (item “2.8. Le risposte delle Sezione Unite dell’11 novembre 2008”); ALPA, Guido. *La responsabilità civile. Principi*. Seconda edizione. Milano: UTET/Wolters Kluwer It., 2018, p. 423 e seguintes, e também CASTRONOVO, Carlo. *Responsabilità Civile*. Milano: Giuffrè Ed., 2018, p. 178 e seg.

nos, diversamente nominados (dano moral, dano biológico, dado de perda da relação parental) responde a exigências descriptivas, mas não implicam o reconhecimento de distintas categorias de danos. É tarefa do julgador identificar a efetiva consistência do alegado dano, independentemente do nome que lhe foi atribuído, individuando quais repercussões negativas tenham incidido sobre o ‘valor-homem’, provendo-lhe a sua integral reparação”. (...) “O dano não patrimonial, mesmo quando decorra da lesão de direitos invioláveis da pessoa, constitui dano-consequência, que deve ser alegado e provado. Afasta-se, portanto, a tese que identifica o dano com o evento danoso, faltando de dano-evento. (...) Afasta-se, também, a variante constituída pela afirmação que no caso de lesões de valores da pessoa, o dano seria *in re ipsa*.”

A mesma paradigmática decisão procedeu ao balanceamento entre os direitos invioláveis da pessoa e o dever de solidariedade – ambos referidos expressamente pelo art. 2º da Constituição italiana -, afirmando não ser reparável o dano por lesão de direitos que não supere o “nível de tolerabilidade” (*livello di tollerabilità*) que cada pessoa inserida no complexo contexto social deve aceitar, em razão do dever de tolerância que a convivência impõe.

É hora de concluir.

Considerações Finais

Como o Brasil adota o modelo da atipicidade dos danos, nosso conceito clássico de “danos morais” – expressão acolhida pela nossa legislação - seria suficiente amplo para abranger todas as figuras de danos desenvolvidas no exterior.

Sob esse enfoque, o dano não patrimonial constituiria uma categoria unitária, não suscetível de subdivisão em subcategorias. A referência a determinados

tipos de danos (morais, biológicos, existenciais, etc.) responderia a exigências descriptivas e não implicaria o reconhecimento de categorias distintas de danos.

Todavia, embora não haja *necessidade* de importarmos algumas figuras de dano, há uma substancial *conveniência* de fazê-lo, para “ordenar” e objetivar o debate jurídico e reduzir o subjetivismo imperante. As vantagens de se seguir tal orientação são percebidas em todos os momentos: na fase postulatória, durante a instrução processual, por ocasião da sentença, do recurso e da fixação dos valores compensatórios. O risco de duplicações de indenizações é mais retórico do que real, pois os valores indenizatórios podem ser facilmente inflacionados quando não se têm parâmetros objetivos para a fixação de danos morais complexos. Por outro lado, a exigência de se fazer a prova da ocorrência dos requisitos de cada tipo de dano pleiteado certamente reduzirá o risco de uma ‘loteria dos danos’ (Atyha), pois não caberá mais ao juiz o critério exclusivo de decidir se está ou não diante de um ‘dano moral’.

Espera-se, assim, que se possa melhor proteger a pessoa humana, com maior objetividade, quando ela tiver interesses relevantes violados.

Referências

ALPA, Guido. *La responsabilità civile*. Principi. Seconda edizione. Milano: UTET/Wolters Kluwer It., 2018.

ATYAH, Patrick .S. *The Damages Lottery*. 2nd ed. Oxford: Hart Publishing, 2000.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Direito Civil Contemporâneo*. Novos

problemas à Luz da Legalidade Constitucional. São Paulo: Ed. Atlas, 2008.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na Medida da Pessoa Humana. Estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRÜGGEMEIER, Gert. *Common Principles of Tort Law. A Pre-Statement of Law*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2004.

BRÜGGEMEIER, Gert. Protection of personality rights in the law of delict/torts in Europe: mapping out paradigms. In: BRÜGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; O'CALLAGHAN, Patrick (Ed.). *Personality Rights in European Tort Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

CASTRONOVO, Carlo. *Danno biologico – Un itinerario di diritto giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè, 1998.

CASTRONOVO, Carlo. *Responsabilità Civile*. Milano: Giuffrè Ed., 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11^a. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2014.

CENDON, Paolo. *Trattato breve dei nuovi danni*. Vol. I. Padova: Cedam/Wolters Kluwer, 2014.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. *Direito à Identidade na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2010.

CHRISTANDL, Gregor. *La Risarcibilità del Danno Esistenziale*. Milano: Giuffrè, 2007.

CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2008.

CNJ. *Justiça em números*. 2022. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em 20 de junho de 2023.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. II. 6^a. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *El escándalo del daño moral*. Cizur Menor/Navarra: Thomson / Civitas, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 7 – Responsabilidade Civil. 21^a. ed. rev. E atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

FABRE-MAGNAN, Muriel. Le dommage existentiel. *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2376. Disponível em <https://www.dalloz-actualite.fr/revue-de-presse/domage-existentiel-20101026>. Acesso em 26/06/2023.

FACCHINI NETO, Eugênio. Prefácio a SOARES, Flávia Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009.

FACCHINI NETO, Eugênio; WESENDONCK, Tula. Danos existenciais: precificando lágrimas?. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais* (Eletrônica), v. 12, p. 229-268, 2012.

FACCHINI NETO, Eugênio; FERRARI, Graziela M. R. A Tutela Aquiliana de Direitos Fundamentais no Direito Comparado: o caso dos danos biológicos, danos existenciais e danos ao projeto de vida.". In: Matheus de Castro, Maria Cristina Cereser Pezzella e Janaína Reckziegel (Org.). SÉRIE DIREITOS FUNDAMENTAIS CIVIS - A Ampliação dos Direitos Subjetivos no Brasil e na Alemanha - Tomo II. 1ed. Chapeá/SC: UNOESC, 2014, p. 79-118.

FACCHINI NETO, Eugênio. A Tutela Aquiliana da Pessoa Humana: os interesses protegidos. Análise de Direito Comparado. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, v. 4, p. 413-464, 2015.

FACCHINI NETO, Eugênio. Desenvolvimento, tendências e reforma da responsabilidade civil na França: ruptura ou continuidade na busca de sempre ampliar a tutela da pessoa. *Civilistica.com - Revista Eletrônica de Direito Civil*, v. 10, p. 1-35, 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GHERSI, Carlos Alberto. *Cuantificación Económica. Daño moral y psicológico*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2006.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

GOMES, Orlando. *Responsabilidade Civil*. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011.

GONZÁLES, Carlos Agurto e MAMANI, Sonia Lidia Quequejana. Las Orígenes del 'daño a persona' en Italia. In: *Osservatorio de Derecho Civil*. Vol. 13. *La Responsabilidad Civil*. Lima: Motivensa Editora Jurídica, 2012.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *El valor de la vida humana*. 4. ed. ampl y actual. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Ed., 2002.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por Daños – Tomo I – Parte General*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

LAWSON, F. H. e MARKESINIS, B. S. *Tortius Liability for Unintentional Harm in the Common Law and the*

Civil Law. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. Direitos privados da personalidade. Subsídio para sua especificação e sistematização. *Revista dos Tribunais*, vol. 370 (1968).

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 6, 2001, p. 79-97.

LUNNEY, Mark; NOLAN, Donal; OLIPHANT, Ken. *Tort Law. Text and Materials*. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2017.

MARKESINIS, Basil S. *The German Law of Obligations. Vol. II. The Law of Torts: A Comparative Introduction*. 3rd. Ed. Oxford: Oxford University Press, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson L. Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.

MOLFESSIS, Nicolas. La psychologisation du dommage. In: LEQUETTE, Yves; MOLFESSIS, Nicolas (Dir.). *Quel avenir pour la responsabilité civile?* Paris: Dalloz, 2015.

MONATERI, Pier Giuseppe. *Trattato di Diritto Civile* (Org. por Rodolfo Sacco), *Le Fonti delle Obbligazioni*, vol. 3 - La Responsabilità Civile. Torino: Utet, 1998.

PAGE, Joseph A. American tort law and the right to privacy. In: BRÜGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; O'CALLAGHAN, Patrick (Ed.). *Personality Rights in European Tort Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro. *Revista Ajuris*, n. 117, março de 2010.

PINO, Giorgio. *Il diritto all'identità personale*. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale. Bologna: Il Mulino, 2003.

PIZARRO, Ramón Daniel; VALLESPINOS, Carlos Augusto. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo III. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Ed., 2018.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Vol. 4 – Responsabilidade Civil. 9^a ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1985.

ROGERS, W. V. Horton. Comparative Report of a Project Carried Out By the European Centre for Tort and Insurance Law. In: ROGERS, W. V. Horton (ed.). *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*. Wien: Springer-Verlag, 2001.

ROGERS, W. V. H. *Winfeld and Jolowicz on Tort*. 16th ed. London: Sweet & Maxwell, 2002.

ROSENVALD, Nelson. O dano-morte: a experiência brasileira, portuguesa e os *vindictory damages*. *Revista de Direito da Responsabilidade*. Ano 3, 2021.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile em droit français civil, administratif, professionnel, procédural*. T. II – Conséquences et aspects divers. Paris: L.G.D.J., 1939.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Ed. Atlas, 2011.

SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2012.

SESSAREGO, Carlos Fernández. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1992.

SESSAREGO, Carlos Fernández. Prólogo. *Osservatorio de Derecho Civil*. Vol. 13. *La Responsabilidad Civil*. Lima: Motivensa Editora Jurídica, 2012.

SESSAREGO, Carlos Fernández. Trascendencia y reparación del “Daño ao proyecto de vida” en el umbral del siglo XXI. In: HERNÁNDEZ, Carlos Arturo et al. (Ed.) *La responsabilidad civil* (Vol. 19 da coleção Tendencias Contemporáneas del Derecho). Bogotá: Universidad Libre, 2014, p. 351-432.

SESSAREGO, Carlos Fernández. *Derecho y persona*. 5^a ed. actual. y ampl. Buenos Aires – Bogotá: Astrea Ed., 2015.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

SINDE MONTEIRO, Jorge. Responsabilidade civil: o novo Código Civil do Brasil face ao direito português, às reformas recentes e às actuais discussões de reforma na Europa. In: CALDERALE, Alfredo (a cura di). *Il nuovo codice civile brasiliiano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Ed., 2003.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009.

STJ. Dano moral: o esforço diário da Justiça para evitar a indústria das indenizações. Disponível em https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2015/2015-02-08_08-00_Dano-moral-o-esforco-diario-da-Justica-para-evitar-a-industria-das-indenizacoes.aspx. Acesso em 27/06/2023.

STOCO, Rui (Org.). *Doutrinas essenciais – Dano Moral*. Vol. I – Teoria do Dano Moral e Direitos da Personalidade. São Paulo: Thomson Reuters / Revista dos Tribunais, 2015.

SUDRE, Frédéric. La vie privée, socle européen des droits de la personnalité. In: RENCHON, Jean-Louis (dir.). *Les droits de la personnalité*. Bruxelles: Bruylant Ed., 2009.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TUNC, André. *La Responsabilité Civile*. 2. ed. Paris : Economica, 1989.

TUNC, André. Préface. In: VINEY, Geneviève. *Le déclin de la responsabilité individuelle*. (Coleção Antologie du Droit). Paris: L.G.D.J., 2014.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direitos de personalidade*. Coimbra: Ed. Almedina, 2014.

VINEY, Geneviève e JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil* (dir. de Jacques Ghestin). *Les effets de la responsabilité*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 2001.

VISINTINI, Giovanna. *I Fatti Illeciti*. Vol. I. Ingiustizia del danno. Padova: Cedam, 1997.

ZANASI, Francesca Maria. Il risarcimento del danno da *stalking*. In: CENDON, Paolo (Dir.). *Responsabilità*

Civile. Vol. Seccundo. Milanofiori Assago; UTET Giuridica/Wolters Kluwer, 2017.

ZANNONI, Eduardo A. *El daño em la responsabilidad civil*. 3ª. ed. actual. y ampl. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2005.

ZIVIS, Patrizia. *Il danno non patrimoniale*. Evoluzione del sistema risarcitorio. Milano: Giuffrè Ed., 2011.