MARCELO CHIAVASSA DE MELLO PAULA LIMA

Por uma tipologia do Dano à Pessoa Humana: uma análise dos chamados danos extrapatrimoniais

Tese de Doutorado

Orientadora: Profa. Titular Dra. Teresa Ancona Lopez

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2020

MARCELO CHIAVASSA DE MELLO PAULA LIMA

Por uma tipologia do Dano à Pessoa Humana: uma análise dos chamados danos extrapatrimoniais

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Civil, sob a orientação da Profa. Titular Dra. Teresa Ancona Lopez.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2020

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Lima, Marcelo Chiavassa de Mello Paula
Por uma tipologia do Dano à Pessoa Humana: uma análise dos chamados danos extrapatrimoniais ; Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima ; orientadora Teresa Ancona Lopez -- São Paulo, 2020.
230 páginas
Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Responsabilidade Civil. 2. Danos Extrapatrimoniais. 3. Dano moral. 4. Dano existencial. 5. Dano Tanatológico. I. Lopez, Teresa Ancona, orient. II. Título.

“Nada falseia mais o espírito jurídico, nada o afasta mais perigosamente do seu verdadeiro sentido, do que a convicção, favorecida pelos longos períodos de estabilidade, de que a vida social deve se ajustar aos conhecimentos jurídicos, em vez de se adequarem estes àquela.”
(San Tiago Dantas)

“Alice perguntou: Gato que ri... pode me dizer qual o caminho que eu devo tomar?
Isso depende muito do lugar para onde você quer ir – disse o Gato.
Eu não sei para onde ir! – disse Alice.
Se você não sabe para onde, ir qualquer caminho serve.”
(Alice no País das Maravilhas – Lewis Caroll)

Pouco – ou quase nada – me recordo dos meus sonhos inconscientes. Talvez dois ou três. Dos conscientes, todavia, sei todos, e não são poucos. O término do doutorado é o fim de uma longa caminhada estudantil, iniciada quando sequer compreendia minha existência. E o início de uma nova jornada. Nada disso seria possível sem meus pais, a quem dedico cada sopro da minha vida.

Dedico todas as reflexões deste trabalho à minha orientadora, Profa. Dra. Teresa Ancona Lopez, por ter apostado em mim três anos de sua atividade docente, a quem agradeço, ainda, pelos momentos de tranquilidade nas minhas crises (e tantas tentativas de mudança de tema corretamente barradas).

Dedico este trabalho a todas as pessoas que me ajudaram, direta ou indiretamente, na concretização deste objetivo.

Dedico à minha companheira de vida, Isabella, a quem sou devedor eterno pelas horas, dias, meses e anos em que estive ausente ou parcialmente presente; nunca serei capaz de reparar o tempo perdido.

Dedico a conclusão deste sonho a minha versão mais nova, por não ter capitulado em momento algum, e a minha versão mais velha, como lembrança daquilo que foi conquistado.

Addio.

Resumo

O tema da responsabilidade civil é dos mais ricos e intrincados do direito civil. Ao mesmo tempo, a reparação do dano é cânone basilar do Direito, de sorte que seu estudo é essencial para a pacificação social. Tradicionalmente, a reparação civil recaia apenas sobre os bens economicamente aferíveis de uma pessoa. Apenas no século XIX foi reconhecido que ao lado dos bens economicamente aferíveis, a pesosa humana é titular de direitos inerentes à sua condição de *persona*, tais quais a honra, a imagem, o nome, o corpo, a liberdade, a dignidade, dentre outros. Desta forma, expandiu-se a responsabilidade civil para também abarcar a lesão a estes direitos da personalidade, o que veio a ser consagrado por meio dos chamados danos de natureza extrapatrimonial. No Brasil, a tutela dos danos extrapatrimoniais foi feita mediante a categoria do dano moral. Todavia, o que se propõe neste trabalho é uma reavaliação da categoria do dano moral, a fim de mostrar que ele é, na verdade, uma das espécies dos chamados danos extrapatrimoniais. Trata-se, portanto, de trabalho que envolve a releitura da tipologia da responsabilidade civil, a fim de serem reconhecidos os seguintes danos de natureza não economica: (i) dano moral puro; (ii) dano biológico (à saúde); (iii) dano estético; (iv) dano existencial e (iv) dano da morte (tanatológico). A releitura proposta parece se enquadrar melhor na sociedade atual e é decorrente da própria evolução social e da evolução do Direito e tem como finalidade única permitir aquilo que o ordenamento jurídico brasileiro consagra: a ampla reparabilidade dos danos sofridos pela pessoa humana.

Palavras Chave: responsabilidade civil; danos extrapatrimoniais; dano moral; dano biológico; dano existencial, dano estético, dano tanatológico

Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima. Por uma tipologia do dano à pessoa humana: uma análise dos chamados danos extrapatrimoniais. Janeiro/2020. 230 pags. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

Riassunto

L'argomento della responsabilità civile è uno dei più ricchi e intricati del diritto civile. Allo stesso tempo, la riparazione del danno è un canone fondamentale del Diritto, quindi il suo studio è essenziale per la pacificazione sociale. Tradizionalmente, il risarcimento civile ha riguardato esclusivamente i beni economicamente aferibile di una persona. Fu solo nel diciannovesimo secolo che fu riconosciuto che accanto ai beni economicamente aferibile, la persona umana detiene diritti inerenti al suo status di persona, come onore, immagine, nome, corpo, libertà, dignità, tra gli altri. In questo modo, la responsabilità civile è stata estesa per includere anche il danno a questi diritti della personalità, che è stato consacrato attraverso i cosiddetti danni extrapatrimoniale. In Brasile, la protezione dei danni extrapatrimoniale è stata assicurata dalla categoria dei danni morali. Tuttavia, ciò che viene proposto in questo lavoro è una rivalutazione della categoria del danno morale, al fine di dimostrare che si tratta, in effetti, di uno dei tipi di cosiddetti danni extrapatrimoniale. Pertanto, questo lavoro comporta la rilettura della tipologia della responsabilità civile, al fine di riconoscere i seguenti danni non economici: (i) danno morale puro; (ii) danno biologico (per la salute); (iii) danni estetici; (iv) danno esistenziale e (iv) danno da morte (tanatologico). La rilettura proposta sembra adattarsi meglio alla società odierna ed è dovuta all'evoluzione sociale stessa e all'evoluzione del Diritto e il suo unico scopo è quello di consentire ciò che il sistema legale brasiliano sancisce: l'ampia riparabilità del danno subito dalla persona umana.

Parole chiave: responsabilità civile; danni extrapatrimoniale; danno morale; danno biologico; danno esistenziale, danno estetico, danno tanatologico

Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima. Per una tipologia del danno alla persona umana: una anlise dei cosiddetti danni extrapatrimoniale. Gennario/2020. 230 pag. Dottorato – Facultà di Giurisprudenza, Università de São Paulo, São Paulo, 2020.

Resumen

El tema de la responsabilidad civil es uno de los más complejos del derecho civil. Al mismo tiempo, la reparación por daños es un canon fundamental del Derecho, por lo que su estudio es esencial para la pacificación social. Tradicionalmente, la reparación civil ha estado únicamente en los activos económicos de una persona. Fue solo en el siglo XIX que se reconoció que, junto con los bienes económicamente verificables, la persona humana posee derechos inherentes a su condición de persona, como honor, imagen, nombre, cuerpo, libertad, dignidad, entre otros. De esta manera, la responsabilidad civil se amplió para incluir también la lesión de estos derechos de personalidad, que se consagraron a través de los llamados daños extrapatrimoniales. En Brasil, la protección de daños extrapatrimoniales se realizó por la categoría de daño moral. Sin embargo, lo que se propone en esta tese es una reevaluación de la categoría de daño moral, con el fin de mostrar que el daño moral, es soltanto uno de los tipos de daños denominados extrapatrimoniales. Por lo tanto, este trabajo implica la relectura de la tipología de responsabilidad civil, a fin de reconocer los siguientes daños no económicos: (i) daño moral puro; (ii) daño biológico (a la salud); (iii) daño estético; (iv) daño existencial y (iv) daño de muerte (tanatológico). La nueva lectura propuesta parece encajar mejor en la sociedad actual y se debe a la evolución social en sí misma y a la evolución del Derecho y su único propósito es permitir lo que el sistema legal brasileño consagra: la amplia reparación del daño sufrido por la persona humana.

Palabras Clave: responsabilidad civil; daños extrapatrimoniales; daño moral; daño biologico; daño estético; daño existencial; daño de muerte.

Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima. Para una tipologia de daño a la persona humana: un análisis del llamado daño extrapatrimonial. Enero/2020. 230 pags. Doctorado – Faculdad de Derecho, Universidad de São Paulo, São Paulo, 2020.

Abstract

The subject of civil liability is one of the richest and most intricate of civil law. At the same time, reparation for damage is a fundamental canon of Law, so that its study is essential for social pacification. Traditionally, civil liability has been solely on a person's economical assets. It was only in the nineteenth century that it was recognized that alongside economically verifiable goods, the human person holds rights inherent to her persona status, such as honor, image, name, body, freedom, dignity, among others. In this way, the civil liability was expanded to also include the injury to these personality rights, which came to be consecrated through the so-called non pecuniary damage. In Brazil, the protection of non pecuniary damage was made by the category of pain and suffering. However, what is proposed in this paper is a reevaluation of the category of pain and suffering, in order to show that it is, in fact, one of the kinds of so-called non pecuniary damages. Therefore, this work involves the rereading of the typology of civil liability, in order to recognize the following non-economic damages: (i) pain and suffering; (ii) biological damage (to health); (iii) disfiguring damage; (iv) loss of amenities of life and (iv) death damage (tanatological). The proposed rereading seems to fit better in today's society and is due to the social evolution itself and the evolution of the Law and its sole purpose is to allow what the Brazilian legal system enshrines: the ample reparability of the damage suffered by the human person.

Keywords: civil liability; non pecuniary damage; pain and suffering; biological damage; loss of amenities of life, disfiguring damage, tanatological damage

Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima. For a damage tipology of the human person: an analysis of so-called non pecnuary damage. Por uma tipologia do dano à pessoa humana: uma análise dos chamados danos extrapatrimoniais. january/2020. 230 pages. Doctorate – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

Résumé

Le sujet de la responsabilité civile est l'un des plus riches et des plus complexes du droit civil. Dans le même temps, la réparation des dommages est un principe fondamental du Droit. Son étude est donc essentielle à la pacification sociale. Traditionnellement, les recours civils ont été uniquement sur les actifs économiques d'une personne. Ce n'est qu'au XIXe siècle qu'il a été reconnu que, parallèlement à des biens économiquement vérifiables, la personne humaine détenait des droits inhérents à son statut personnel, tels que l'honneur, l'image, le nom, le corps, la liberté, la dignité, entre autres. De cette manière, la responsabilité civile a été élargie afin d'inclure également le préjudice causé à ces droits de la personnalité, qui ont été consacrés par le biais des soi-disant dommages hors bilan. Au Brésil, la protection des dommages non économiques était classée dans la catégorie du préjudice moral. Cependant, ce qui est proposé dans le présent document est une réévaluation de la catégorie du préjudice moral, afin de montrer qu'il s'agit en réalité d'un type de dommage non économiques. Ce travail implique donc la relecture de la typologie de la responsabilité civile, afin de reconnaître les dommages non économiques suivants: (i) le préjudice moral pur; ii) dommages biologiques (à la santé); (iii) des dommages esthétiques; (iv) préjudice d'agrement et (iv) dommages de mort (tanatologiques). La relecture proposée semble mieux correspondre à la société actuelle et est due à l'évolution sociale elle-même et à l'évolution du Droit et de son unique objectif: permettre à ce que le système juridique brésilien consacre: la réparabilité intégrale du préjudice subi par la personne humaine.

Mots-clés: responsabilité civile; dommages non économiques; préjudice moral; dommages biologiques; préjudice d'agrement, dommages esthétiques, dommages tanatologiques

Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima. Pour une typologie du dommage à la personne humaine: une analyse des dommages dits non économiques. Janvier/2020. 230 pags. Doctorat – Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2020.

Sumário

INTRODUÇÃO 11

1. CONCEITO DA PESSOA HUMANA E SUA EVOLUÇÃO 16

1.1. Da necessária proteção da pessoa: a dignidade da pessoa humana 24

1.2. A Cristalização dos Direitos Humanos: Passado e Presente 28

1.3. Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade 38

1.4. Direitos da Personalidade 41

1.5. Direitos Fundamentais da Pessoa Humana 62

1.5.1. Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade – Conflito de Fontes ou Finalidade Diversa? 66

1.5.2. Eficácia Horizontal e Vertical dos Direitos Fundamentais 69

1.6. Conclusão 71

2. DIREITO OBRIGACIONAL E RESPONSABILIDADE CIVIL 78

2.1. Responsabilidade Civil por dano extrapatrimonial 84

2.1.1. Código Civil Beviláqua 1916 89

2.1.2. Constituição Federal de 1988 91

2.1.3. Código de Proteção e Defesa do Consumidor 92

2.1.4. Código Civil Reale 2002 93

3. DA TIPOLOGIA DO DANO À PESSOA E A NOÇÃO DE PATRIMÔNIO 95

3.1. Importância da decomposição do dano à pessoa humana 108

3.2. Dano Moral Puro (em Sentido Estrito) 119

3.2.1. Dano Moral e o Desvio Produtivo do Consumidor 131

3.3. Dano Biológico (Dano à Saúde) 132

3.3.1. Dano Psíquico 141

3.3.1.1. Jurisprudência dos Tribunais Superiores 146

3.3.2. Dano à Convivência social 148

3.3.2.1. Dano ao projeto de vida 156

3.3.2.2. Dano à vida sexual 157

3.3.2.3. Abandono Afetivo e Alienação Parental 159

3.3.2.4. Análise Jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça 162

3.4. Dano Estético 164

3.4.1. Evolução 166

3.4.2. Dano Estético como Dano Autônomo 169

3.4.3. Análise Jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça 173

3.5. Dano Existencial 174

3.5.1. Análise Jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça 185

3.5.2. Análise Jurisprudencial na Justiça do Trabalho 188
3.6. Dano da Morte 189
CONCLUSÃO 215
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 221

INTRODUÇÃO

A Responsabilidade Civil é um dos temas mais fascinantes do Direito, e ao mesmo tempo, dos mais basilares. Fascinante porque tem sofrido inúmeras mutações ao longo da evolução humana, devendo o jurista se esmeirar na sua compreensão e se debruçar sobre a sua (re)construção. O sistema de responsabilidade surge de maneira coletiva e como mecanismo de vingança. Depois, evolui e se torna individual e culposo, permitindo o ataque apenas ao patrimônio do devedor (e não mais à sua esfera corporal).

Mais tarde, ocorre a ruptura entre a responsabilidade civil e penal. A revolução industrial e o surgimento das máquinas a vapor e a eletricidade tornou o sistema da culpa insatisfatório. Assim, passa-se a presunção de culpa e, mais tarde, a responsabilidade objetiva, centrada no risco. A reparação patrimonial, ademais, abre espaço para a possibilidade da reparação extrapatrimonial, com a estabilização e sedimentação dos direitos da personalidade e dos direitos humanos.

Basilar porque lida com os três preceitos romanos elencados por Ulpiano, *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que lhe pertence), *alterum non laedere* (não lesar ninguém) e *honest vivere* (viver honestamente).

Estes preceitos são, ainda hoje, atuais e fundamentais de todo o sistema jurídico, principalmente do direito privado. A premissa daquela época – e ainda a atual – é que se deve viver a vida da maneira mais honesta possível (viver honestamente), aqui compreendido não apenas no sentido moral, mas também de forma leal, justa e de boa-fé. Isso envolve respeitar a todos, cumprir com suas obrigações e reparar todo e qualquer dano causado.

Deste preceito máximo, decorrem os outros dois: não lesar ninguém e dar a cada um o que é seu.

Não lesar ninguém é a base de todo o sistema da responsabilidade civil e penal. Ao causar um dano, o ofensor deverá repará-lo (esfera cível) e poderá vir a ser punido por isso (esfera penal). Trata-se de ideia que advém do direito natural e da filosofia grega.

Portanto, estudar a responsabilidade civil é estudar as raízes filosóficas e antropológicas da sociedade e ver o direito se adaptar as mudanças socioculturais de cada época histórica.

O desafio enfrentado neste trabalho é tentar encontrar uma tipologia para os chamados danos extrapatrimoniais. São eles caracterizados pelos danos causados a aspectos da personalidade e sem consequência patrimonial direta. No Brasil, por diversas razões, os danos extrapatrimoniais são vulgarmente chamados “danos morais”, sem grande apreço técnico, como será observado.

Assim, este trabalho tem como ponto de partida entender o conceito de pessoa humana, passando por um breve, mas necessário, estudo sobre a formação dos diretos humanos, direitos da personalidade e direitos fundamentais. É o que se faz no primeiro capítulo.

Compreendido esse grupo de direitos, com formação histórica bastante particular e com funções distintas, embora semelhantes, passa-se a realmente iniciar o estudo da responsabilidade civil, a partir do direito das obrigações.

O segundo capítulo é destinado a compreensão do conceito de “obrigação” e de “responsabilidade”. Conceitos estes que muito embora costumem caminhar de mãos dadas, podem também andar desacompanhados (obrigação sem responsabilidade e responsabilidade sem obrigação). A responsabilidade é, em síntese, o dever jurídico de reparar o dano, o qual pode ou não recair sobre quem se obrigou.

Da responsabilidade decorre a ideia de reparação do dano. Aquele que é responsável pelo dano causado, deve repará-lo. A reparação é compreendida (após o reconhecimento da impossibilidade de o devedor responder com seu próprio corpo, ainda no direito romano, a partir do sec. IV a.C.) com a submissão do patrimônio do devedor ao interesse patrimonial do credor.

O século XIX trouxe a consolidação dos direitos da personalidade pela doutrina francesa, alemã e italiana. A partir deste momento, mas não sem muito debate doutrinário e

jurisprudencial, consolidou-se a ideia que o dano pode ter como consequência efeitos patrimoniais e não patrimoniais (ligadas a aspectos da personalidade da vítima). Os efeitos patrimoniais são os prejuízos materiais sofridos pela vítima, a serem aferidos economicamente a partir de simples cálculo aritmético. Os efeitos não patrimoniais, por sua vez, dizem respeito a um grupo de lesões que a vítima sofre em aspectos de sua personalidade e que, por essa razão, não podem ser aferidos economicamente através de cálculo aritmético. Fala-se, aqui, do dano à honra, à privacidade, à imagem, à saúde, à liberdade, à incolumidade física e até mesmo à própria vida, sem prejuízo dos outros direitos humanos e da personalidade. A lesão a algum dos direitos que integram este extenso – e heterogêneo – grupo de direito passou a ser chamada de "dano moral", em oposição aos danos materiais de origem patrimonial.

Este capítulo ainda traz uma breve passagem pela legislação brasileira que envolve a consolidação destes chamados "danos morais": Código Civil de 1916, a Constituição Federal de 1988, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor de 1990 e o Código Civil de 2002.

O terceiro capítulo é o coração da obra. É a partir dele que se desenvolve a tese. A doutrina e a jurisprudência há muito tempo vêm se debruçando sobre a questão dos danos morais. Muitas são as teses defendidas; desde a irreparabilidade deste tipo de danos até a reparabilidade integral. O que aqui se propõe é analisar a própria tipologia dos chamados danos morais e dos danos extrapatrimoniais.

Seriam os danos morais sinônimos de danos extrapatrimoniais? Se sim, se está diante de vários tipos de danos isoladamente considerados e que integram o gênero ou de apenas um tipo de dano? Se for gênero, quais são as espécies que o integram?

Nos parece que muito embora sejam utilizados como sinônimos, o dano moral é espécie do gênero danos extrapatrimoniais. Entretanto, considerando que o próprio legislador realizou a equiparação, com base na doutrina e jurisprudência brasileira, deve-se admitir que o dano moral pode funcionar tanto como gênero (sinônimo de dano extrapatrimonial) quanto espécie, quando se falará em dano moral em sentido estrito.

Como já adiantado, não temos dúvida sobre ser o dano extrapatrimonial uma categoria autônoma que congrega diversas espécies. Seria ele, portanto, gênero, formado por vários tipos distintos.

Neste estudo, entendemos que existem no direito brasileiro os seguintes tipos (espécies) de danos extrapatrimoniais, todos eles autônomos entre si: (i) dano moral em sentido estrito; (ii) dano à saúde ou bilógico; (iii) dano estético; (iv) dano existencial e (v) dano da morte.

A tipologia aqui desenvolvida não é nova. Trata-se de tipologia que vem sendo desenvolvida no direito italiano já há bastante tempo. Esta ideia vem sendo, lentamente, absorvida pelos demais países ocidentais de inspiração romano-germânica. A razão é simples. A legislação italiana, desde a vigência do atual Código Civil (1942), teve uma série de restrições em relação ao reconhecimento e aplicabilidade dos chamados danos morais e danos extrapatrimoniais. Por essa razão, eles precisaram, desde sempre, estudar e desenvolver a tipologia destes danos, o que não foi objeto de necessidade em nenhum outro país.

O que parece ser um problema, na verdade se mostra a resposta mais adequada e precisa. A legislação de outros países, tal qual o Brasil, admite a ampla reparabilidade dos danos morais (art. 5º, X, CF e Código Civil brasileiro). Por essa razão, temos cometido um equívoco metodológico que precisa ser clareado e enfrentado: entendemos que se trata de um único dano, homogêneo e constante.

O problema desse entendimento é ignorar que por ser uma categoria (gênero), ele compreende uma série de danos diferentes entre si, embora com a constante de serem, digamos, extrapatrimoniais. Ao não perceber isso, somos incapazes de reparar adequadamente todas as facetas da personalidade lesadas.

A doutrina e jurisprudência italiana pereberam isso na medida em que precisaram decompor a categoria. Esse entendimento foi reconhecido no novel Código Civil argentino, e, em maior ou menor grau, em países como França, Espanha, Inglaterra, Portugal, Peru, Estados Unidos e Alemanha.

Se múltiplos e heterogêneos são os direitos da personalidade, como exigir que sejam eles lesados da mesma forma, com a mesma intensidade e com as mesmas consequências?

Uma das grandes dificuldades na reparação dos danos extrpatrimoniais está na fixação do *quantum debeatur* pelo Poder Judiciário. Muitas vezes casos idênticos são julgados de forma muito distinta e casos diferentes de forma igual. Em outras, o mesmo fato gerador faz com que as vítimas sejam indenizadas de modo uniforme, quando, na verdade, os danos aos direitos da personalidade podem ter sido muito diferentes. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça sacramentou a adoção do método bifásico, a fim de tentar evitar este tipo de problema. Este método, como o próprio nome diz, é dividido em duas fases. Na primeira fase, adota-se a indenização média reconhecida pelo judiciário em casos semelhantes; a segunda fase, por seu turno, leva em consideração questões do caso concreto para majorar ou diminuir o valor da indenização.

Boa parte desses problemas pode ser solucionada com o estudo da tipologia dos danos extrapatrimoniais, exatamente porque ela permite a decomposição dos diversos danos, reparando-se (ou compensando-se) efetivamente o prejuízo causado. É o que se pretende demonstrar.

Para tanto, será analisada a doutrina e a jurisprudência brasileira e italiana sobre o tema, comparando, quando possível, com o entendimento em outros países ocidentais de tradição romano-germânica.

O resultado – espera-se – demonstrará a autonomia e a existência de tipos de danos extrapatrimoniais, cada um com uma categoria e consequências próprias, a fim de se propor uma nova tipologia dos danos extrapatrimoniais aplicável ao direito brasileiro.

1. CONCEITO DA PESSOA HUMANA E SUA EVOLUÇÃO

A palavra *pessoa* possui etimologia duvidosa. Normalmente é atrelada ao vocábulo grego *prosopon*[1], que eram as máscaras utilizadas pelos atores gregos nas peças de teatro, como atesta Aristóteles[2]. *Prosopon*, aliás, teria dado origem ao vocábulo *prosopopeia,* "que significa *figura que dá ação, movimento ou voz às coisas inanimadas*" [3].

Além da possível origem no vocábulo *prosopon*, "o termo pode ter provindo de outros vocábulos gregos, *peri soma,* significando o círculo em volta do corpo; ou de *persum* (rosto); ou de *per se una* [por (meio de) si próprio]; ou de *personare* (ressoar)"[4].

Discussões etimológicas à parte, adotaremos aqui a origem no vocábulo grego *prosopon,* que é a tese adotada pela doutrina majoritária (nacional e estrangeira)[5]. Os filósofos gregos individualizaram a atuação de cada homem na sociedade de acordo com suas funções e/ou atividades por eles desenvolvidas. A função que esse indivíduo exercia era conhecida como *prosopon,* no sentido de que aquela pessoa utilizava uma máscara (exercia um papel) ao realizar aquela função/atividade na sociedade[6]. A função/atividade desenvolvida não se confundia com o âmago da pessoa, e daí a ideia da máscara e da representação teatral dos atores. Mais tarde, os romanos traduziram *prosopon* para *persona*, de onde se originou o vocábulo *personagem* e *pessoa*.

---

[1] "Etimologicamente a palavra tem origem duvidosa. Há quem entenda que pode provir de *prosopon,* de que deriva para nós a ideia de face, figura, aparência, máscara. Nesse sentido, Aristóteles usa o termo *como se retornasse à origem teatral do termo pessoa.* A origem teatral do termo também acompanha o sentido da palavra *persona,* que seria o equivalente latino do grego *prosopon*, como algo que se liga à representação de alguém no teatro e ao sentido de máscara, de atuação do personagem, de representação mesmo e, no caso de nosso interesse, como veremos a seguir, de representação da substância individual (racional e corporal) de que o homem é composto." (NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil, Vol. 1, Tomo II, Parte Geral.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pag. 02).

[2] NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil, Vol. 1, Tomo II, Parte Geral.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pag. 02.

[3] NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil, Vol. 1, Tomo II, Parte Geral.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pag. 02.

[4] NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil, Vol. 1, Tomo II, Parte Geral.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pag. 02.

[5] RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona.* Editoriale Scientifica, 2007, pag. 8.

[6] COMPARATO Fabio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.* São Paulo: Saraiva, 2015, pag. 27.

A *pessoa* (ou *persona* ou *prosopon*) não guardava relação – para os gregos e romanos – com a ideia de sujeito de direitos, mas sim para designar qualquer *ser-humano*[7]-[8]. Ao contrário do que significa atualmente, apenas os sujeitos de direito eram tutelados pelo ordenamento jurídico, na medida em que apenas eles poderiam ser atores jurídicos naquela sociedade; isto é, poderiam contrair direitos e obrigações (vender, comprar, casar, votar e ser votado, participar da vida pública da cidade e etc). Aqui é importante notar que *pessoa* e *ser-humano* não se confundiam: só era considerado *pessoa* quem tinha capacidade jurídica[9], de sorte que era comum (maior parte da população, inclusive) um *ser-humano* não ser considerado *pessoa*[10]. Ademais, a *pessoa* não corresponde necessariamente a um *ser-humano*, o que fica bastante claro ao se analisar o conceito de *pessoa jurídica.*

Em Roma, estima-se que oitenta e cinco por cento da população não era protegida pelo Direito Romano (*ius civilis*), na medida em que era formada por indivíduos alheios à sociedade (escravos, gentios, etc). Quem não era protegido pelo Direito Romano, não era considerado *pessoa* (na medida em que não poderia titularizar direitos e obrigações, ainda que integrantes de sua própria sua esfera jurídica). Apenas o cidadão romano livre[11] era detentor do *status* de sujeito de direitos e daí a razão da pena máxima do Direito Romano

[7] "O sujeito de direito subjetivo é denominado, tecnicamente, *pessoa.* Os romanos, porém, não possuíam termo específico para exprimí-la. A palavra latina *persona* (que originariamente quer dizer *máscara*) é utilizada nos textos, com a significação de homem em geral, independentemente de sua condição de sujeito de direito, tanto que se aplica aos escravos, que, em Roma, jamais foram sujeitos de direito, mas, sim, coisas, isto é, objeto de direitos." (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano.* Rio de Janeiro: Forense, 2012, pag. 97).

[8] "I romani non hanno un termine generale corrispondente a quello moderno di persona. Per loro *persona* significa uomo, indipendentemente dalla capacità; persona quindi è anche lo schiavo, che mai è considerato come soggeto di diritto (...)." (BIONDI, Biondo. *Istutuzioni di Diritto Romano.* Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, pag. 85).

[9] ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano.* Rio de Janeiro: Forense, 2012, pag. 97.

[10] TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano.* Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1990, pag. 74.

[11] "Se quisermos definir o cidadão dos tempos antigos por seu atributo mais essencial, deveremos dizer que é o homem que detém a religião da cidade. É aquele que honra os mesmos deuses da Cidade." (FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A Cidade Antiga.* São Paulo: Edipro, 2009, pag. 159).

ser o *exílio*[12], na qual a pessoa deixa de ser considerada cidadã e passa a viver sem proteção jurídica (inclusive de celebrar seus cultos religiosos)[13].

Desta forma, a noção de *pessoa* não é historicamente ligada à de *sujeito de direitos*, tal qual hoje conhecemos (*centro de imputação de direitos e deveres*).

Este cenário (da compreensão da *pessoa* como sujeito de direitos e não como *ser-humano*) começou a sofrer abalos com a Igreja Católica[14] e com a Escolástica, que colocaram a pessoa humana (*ser-humano*) no centro do universo[15]. Jesus rompe com o paradigma do povo prometido (Judeus) e, ao fazer isso, deu enorme contribuição para que todos os povos e raças fossem igualados do ponto de vista humano (não existiria um povo melhor do que outro). Em decorrência disso, o vocábulo *pessoa* aparece na língua portuguesa, pela primeira vez, apenas no século XIII[16].

---

[12] "Ora, a religião era a fonte de onde provinham os direitos civis e políticos. O exilado perdia então tudo isto ao perder a religião da pátria. (...). Não tinha mais direito de propriedade, sendo sua terra e todos os seus bens confiscados a favor dos deuses ou do Estado. Privado de culto, não tinha mais família; deixava de ser esposo e pai. Seus filhos não estavam mais sob seu poder, sua mulher não era mais sua mulher, podendo de imediato desposas outro homem. (...). Assim, o exilado perdia, com a religião e os direitos de cidadania, a sua religião e os direitos familiares; não possuía mais nem fogo doméstico, nem mulheres, nem crianças. Morto, não podia ser sepultado nem no solo da cidade nem no túmulo de seus ancestrais, pois tornara-se um estrangeiro. Não é de se surpreender que as repúblicas antigas tenham quase sempre permitido ao culpado escapar à morte pela fuga. O exílio não parecia um suplício mais suave que a morte. Os jurisconsultos romanos o consideravam uma pena capital." (FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A Cidade Antiga.* São Paulo: Edipro, 2009, pags. 164/165).

[13] "Tudo o que o homem podia ter de mais caro se confundia com a pátria. Nela se encontrava o seu bem, a sua segurança, o seu direito, a sua fé, o seu deus. Ao perde-la, perdia tudo. (...) Uma tal pátria não é para o homem apenas um domicílio. Se abandonar suas santas muralhas, se transpuser as fronteiras sagradas do território não encontrará mais para si nem religião, nem vínculo social de espécie alguma. Em todo lugar, à exceção de sua pátria, estará excluído da vida regular e do direito; em todo lugar, à exceção de sua pátria, ele estará sem deus e excluído da vida moral. Somente em sua pátria ele goza de sua dignidade humana e de seus deveres. Somente em sua pátria pode ele ser homem." (FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A Cidade Antiga.* São Paulo: Edipro, 2009, pag. 163).

[14] MORAES, Walter. *A concepção tomista da pessoa.* Revista de Direito Privado, 2/187. Ed. Revista dos Tribunais, pags. 4/5.

[15] "não te damos, ó Adão, nem um lugar determinado nem um aspecto próprio nem uma função peculiar, a fim de que o lugar, o aspecto ou a função que desejares, tu os obtenhas e conserves por tua escolha e deliberação próprias. A natureza limitada dos outros seres é encerrada no quadro de leis que prescrevemos. Tu, diversamente, não constrito em limite algum, determinarás tua natureza segundo teu arbítrio, a cujo poder te entregamos. Pusemos-te no centro do mundo, para que daí possas examinar à tua roda tudo o que nele se contém. Não te fizemos nem celeste nem imortal, para que tu mesmo, como artífice por assim dizer livre e soberano te possas plasmar e esculpir a forma que escolheres. Poderás te rebaixar à irracionalidade dos seres inferiores; ou então elevar-te ao nível divino dos seres superiores." (Giovanni Pico *apud* COMPARATO Fabio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.* São Paulo: Saraiva, 2015, págs. 19/20).

[16] "Nossa língua portuguesa registra a palavra *pessoa* pela primeira vez no século XIII. O curioso da análise desse termo é identificar porque a ideia de *pessoa* (o que representa papel) gerou a de sujeito (alguém dotado de uma dignidade, o próprio autor do texto a ser representado, o mestre dos atos, que detém o *dominium sui actus*) e emprestou, também, para as línguas indo-europeias, na sequência da evolução cultural de seu sentido semântico, o conteúdo substancial de outros conceitos (...)." (NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY JUNIOR,

Ao que parece, a primeira vez que o *indivíduo* se tornou *pessoa*, no sentido de ter uma identidade própria (antes, o indivíduo era um número, integrava a plebe, mas isso não lhe dava um *status*, e sem esse *status* o indivíduo não tinha dignidade, e era ignorado pelas classes mais altas – naquela época "a individualidade física não implicava em liberdade de agir, e nem mesmo na titularidade de direitos pessoais"[17]), se deu no período do Humanismo e do Renascimento[18].

Nem mesmo o Iluminismo acabou com essa distorção do *status*, ainda que tenha havido uma grande revolução social. Antigamente, o *status* pertencia apenas à nobreza e ao clero; após a Revolução Francesa, tinha *status* quem era proprietário de terra (a burguesia quis romper com o sistema antigo apenas para se beneficiar, daí ter sido uma revolução burguesa, e não propriamente social)[19].

Na mesma época (sec. XVIII), Kant ajudou a mudar este panorama ao escrever seu Primeiro Postulado, por meio do qual traçava a distinção entre pessoas e coisas: "só o ser racional possui a faculdade de agir segundo a representação de leis ou princípios" [20]; só o ser racional tem vontade, que é uma espécie de razão (razão prática). Ademais, foi também com Kant o surgimento da ideia de dignidade da pessoa humana ("todo homem tem dignidade, e não um preço, como as coisas"); "a humanidade como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma"[21].

Nelson. *Instituições de Direito Civil, Vol. 1, Tomo II, Parte Geral.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pags. 03/04).

[17] l'individualità física non implica ancora libertà di agire, e neppure la titolarità di diritti personali" (ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato.* Padova: CEDAM, 2013, pag. 135).

[18] ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato.* Padova: CEDAM, 2013, pag. 135.

[19] "Il principio di eguaglianza è assicurato a tutti gli uomini che per l'appunto nei diritti. Se ammettono però le *distinzioni social* le quale possono essere fondate solo sulla utilità comune (art. 1). Accanto alle libertà personali si afferma la garanzia della proprietà, definito diritto inviolabile e sacro (art. 17). Ciò che releva, ai nostri fini, è in particolare l'art. 6, secondo il quale tutti i *cittadini* (non dunque tutti gli uomini) sono <<egualmente ammissibili a tutte le dignità, posti e impieghi pubblici secondo la loro capacitì e senza altra distinzione che quella delle loro virtù e dei loro talenti>>. Si sostiene che con queste affermanzioni si abolì la schiavitù, ma nelle colonie francesi essa fu sopressa solo a metà dell'Ottocento. Le cariche continuarono ed essere acquisibili mediante negoziazione, e nei fatti per via ereditaria. Ciò che interessava era confermare la caduta dell'Ancién Régime, e quindi la soppresione della distinzione dei consociati in nobili, ecclesiastici, borghesi e quarto stato. Essendo l'organizzazione sociale fondata sulla proprietà, la sostanziale distinzione era tra *proprietari* e *non proprietari.*" (ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato.* Padova: CEDAM, 2013, pag. 143).

[20] COMPARATO Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.* São Paulo: Saraiva, 2015, pag. 33.

[21] COMPARATO Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.* São Paulo: Saraiva, 2015, pag. 34.

Ainda assim, o esforço da doutrina católica e da filosofia de Kant não conseguiram suplantar a visão ortodoxa e tradicional do conceito de "pessoa", que nunca foi vista como um fim em si mesma. Falava-se em "pessoa" apenas para poder identificar os polos de uma relação jurídica de cunho patrimonial. Mais do que "pessoa", a associação era feita com os "sujeitos de direito"[22].

Stefano Rodotà, em monografia sobre a evolução do conceito de *pessoa*, pontua que a *pessoa* como conceito jurídico abstrato (sujeito de direitos) serviu, originariamente, para igualar todos os indivíduos, não importando condição econômica, sexo, trabalho, etc. Entretanto, com o passar dos séculos, este mesmo conceito serviu para neutralizar as desigualdades e controlar movimentos sociais[23]-[24]. Por essa razão, por exemplo, a criação dos uniformes escolares, a fim de ocultar as desigualdades através de artifícios[25].

Essa suposta igualdade abstrata entre os sujeitos de direito não se concretizava na prática, principalmente após a primeira Revolução Industrial: "durante uma longa fase histórica, o beneficiário da plenitude da subjetividade era apenas o homem burguês, maior de idade, alfabetizado, proprietário. A subjetividade da mulher era apagada, com sua exclusão da esfera pública, com a reduzida capacidade patrimonial da mulher casada, com a mortificação da sexualidade"[26].

Um outro conceito jurídico também foi bastante utilizado para neutralizar as individualidades e tentar conter os movimentos sociais do século XIX: a capacidade jurídica. Por meio dela, passou-se a dizer que todo indivíduo tem a capacidade de ser titular de direitos

---

[22] "Toda relação jurídica se estabelece, como vimos, entre pessoas. A uma toca o dever, a outra toca o direito, mas o ponto de imputação da relação jurídica é sempre alguém, alguém que nós chamamos sujeito de direito." (DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil – Teoria Geral.* Rio de Janeiro: Forense, 2001, pag. 133).

[23] "Attraverso la costruzione del soggetto astratto, infatti, era stato possibile liberare formalmente la persona dalle servitú del ceto, del mestiere, della condizione economica, del sesso, che fondavano la società della gerarchia, della disugualizanza. Muovendo da questo punto di vista, si è oportunamente sottolineato che il soggetto di diritto è una invenzione dello stesso codice dell'egualianza". (RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Editoriale Scientifica, 2007, pag. 13).

[24] "Nella modernità, tuttavia, i procedimenti astratti, non solo nel caso del soggetto, avevano anche assunto il fine deliberato di realizzare una diversa neutralizzazione, che si risolveva nell'uso dei concetti e delle categorie giuridiche per l'occultamento dei conflitti, dunque della realtà" (RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona.* Editoriale Scientifica, 2007, pag. 14/15).

[25] RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona.* Editoriale Scientifica, 2007, pag. 13.

[26] "per una lunga fase storica, il beneficiario della pienezza della soggettività è stato soltanto il borghese maschio, maggiorenne, alfabettizato, proprietário. La soggettività delle donne era cancellata, con l'esclusione dalla sfera pubblica, con la ridotta capacità patrimoniale della donna maritata, con la mortificazione della sessualità." (RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Editoriale Scientifica, 2007, pag. 15).

e obrigações e, mais do que isso, titularizar bens (o conceito tradicional de patrimônio)[27]. O problema é que este conceito ficava apenas no campo das ideias[28], com a massa proletariada não conseguindo lograr êxito em titularizar bens e direitos.

Mesmo no sec. XIX ainda se verificavam *pessoas* que não eram *sujeitos de direito*, tal como os escravos, muito embora já existisse um movimento forte de abolição da escravidão, que veio a se consolidar na segunda metade do século XIX.

Ainda assim, alguns grupos de pessoas ainda tinham seus direitos limitados, dentre os quais se destacam as mulheres, às quais dependiam do homem (marido) para poderem atingir a plenitude social (*capacidade jurídica*). Isto em pleno século XX, como nos lembra o Código Civil de 1916, depois modificado pelo Estatuto da Mulher Casada (1962). A igualdade de gêneros apenas veio realmente consagrada na Constituição Federal de 1988, há 30 (trinta) anos.

Esse movimento – agora definitivo – de fazer com que todo ser humano fosse considerado *pessoa*, e que toda *pessoa* seja *sujeito de direitos*, ganhou fôlego no séc. XX, especialmente pós-segunda guerra mundial (após o holocausto judeu), com a concretização de um princípio máximo de proteção: a dignidade da pessoa humana.

Stefano Rodotà[29] salienta que essa mudança de paradigma é caracterizada pela (i) passagem do sujeito como mero centro de imputação de situações jurídicas à pessoa como via para recuperar integralmente a individualidade e para identificar os valores basilares do sistema; (ii) passagem de uma noção (sujeito) marcada mais pela indiferença do que pela neutralidade à outra que se mostra muito mais realista e concreta; (iii) passagem de um conceito (sujeito) fixado uma única vez e que atinge todos igualmente, para uma estrutura jurídica que agora acompanha o desenvolvimento da personalidade e (iv) passagem de uma situação de separação para uma de divisão.

---

[27] ANDRADE, Manual A. Domingues. *Teoria Geral da Relação Jurídica – Vol. 1*. Coimbra: Almedina, 2013, pags. 30/31.
[28] RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona.* Editoriale Scientifica, 2007, pag. 19.
[29] RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona.* Editoriale Scientifica, 2007, pag. 45.

O ponto mais importante, a nosso ver, reside em uma atual visão que propõe a igualdade (toda pessoa natural é ser humano e todo ser humano é pessoa natural) em detrimento de uma antiga visão que propagava a indiferença (*sujeito*), como demonstrado pelo mesmo autor: "se pode dizer que se passa da consideração kelseniana do sujeito como <<unidade de deveres e direitos>>, para a *pessoa* como via de recuperação integral da individualidade e para a identificação dos valores basilares do sistema, ou seja, de uma noção que privilegiava a indiferença e a neutralidade para uma que impõe atenção para o modo em que o direito entra na vida, e age assim através de um conjunto de critérios referenciais"[30]. A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU reforça essa ideia, ao pontuar (artigo 1º) que "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. (...)".

Não se trata aqui daquela igualdade formal típica do Século XIX, mas sim da igualdade substancial (isonômica) tão bem defendida por Rui Barbosa[31]. Na igualdade formal, os riscos do sucesso e do fracasso são suplantados totalmente pelo indivíduo, com base na liberdade absoluta proposta pelos franceses[32]-[33], na qual o centro era a liberdade individual, não podendo o Estado interferir nessa esfera de liberdade ampla e absoluta[34].

---

[30] "si può dire che si passa dalla considerazione kelseniana del soggetto come "unità personificata di norme", dalla stessa persona física tutta risolta in "unità di doveri e diritti", alla persona come via per il recupero integrale dell'individualità e per l'identificazione dei valori fondativi del sistema, dunque da una nozione che predicava indifferenza e neutralità ad una che impone attenzione per il modo in cui il diritto entra nella vita, e si fa così tramite di un diverso insieme di criteri di riferimento" (RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Editoriale Scientifica, 2007, pag. 25).

[31] "A parte da natureza varia ao infinito. Não há, no universo, duas coisas41 iguais. Muitas se parecem umas às outras. Mas todas entre si diversificam. Os ramos de uma só árvore, as folhas da mesma planta, os traços da polpa de um dedo humano, as gotas do mesmo fluido, os argueiros do mesmo pó, as raias do espectro de um só raio solar ou estelar. Tudo assim, desde os astros no céu, até os micróbios no sangue, desde as nebulosas no espaço, até aos aljôfares do rocio na relva dos prados. A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem." (*in Oração aos Moços*, Rio de Janeiro: Casa Rui Barbosa, 1999, pag. 26).

[32] Daí a celebre frase de Lacordaire "entre os fortes e fracos, entre ricos e pobres, entre senhor e servo, é a liberdade que oprime e a lei que liberta".

[33] Em sentido análogo, Ruy Rosado de Aguiar Júnior pontuou, enquanto Ministro do STJ: "os princípios fundamentais que regem os contratos deslocaram seu eixo do dogma da vontade e do seu corolário da obrigatoriedade, para considerar que a eficácia dos contratos decorre da lei, a qual os sanciona porque são úteis, com a condição de serem justos (...). O primado não é da vontade, é da justiça, mesmo porque o poder da vontade de uns é maior do que o de outros (...)." (REsp 45.666. 4ª Turma STJ. Voto vencido do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, 17.05.1994).

[34] "Afirmar o valor jurídico de todos os seres humanos, para o codificador do século XIX, significava a consagração da igualdade formal, e concedia ao sujeito de direitos a mais ampla esfera de liberdade, no interior

Exatamente pela igualdade, ninguém pode ser perseguido, discriminado ou rebaixado, na medida em que todos são iguais perante a lei, como, aliás, reforça o artigo 5º, *caput*[35], da Constituição Federal Brasileira.

A reforçar essa mudança de paradigma, na qual o *sujeito* é substituído pela *pessoa*, a Constituição Federal brasileira não utiliza o vocábulo "sujeito" (no sentido de pessoa) senão em uma única passagem no artigo 150, §7º, quando fala da atribuição de obrigação tributária a sujeito passivo. Sempre que ela quer fazer referência a um indivíduo, o vocábulo utilizado é "pessoa", como se nota em 124 (cento e vinte e quatro) passagens ao longo de toda a Constituição Federal. Isto, sem ignorar que o artigo 1º elenca a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Brasileira.

No mesmo sentido, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta de Nice coloca a "pessoa" no centro do ordenamento jurídico (preambulo): "Consciente do seu patrimônio espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser-humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, coloca o ser-humano no cerne de sua ação."

Se a *pessoa* é o núcleo do ordenamento jurídico, a *dignidade* é atributo jurídico-humano inato a ela[36]. "O homem é digno porque é pessoa; a dignidade não lhe é atribuída

---

da qual ele pudesse exercer com plenitude os direitos subjetivos dos quais fosse titular; em outras palavras, o "valor originário e fundamental era constituído pelo *indivíduo*, por sua capacidade individual, por suas liberdade de escolher suas próprias metas, seus objetivos, assumindo sozinho o risco do sucesso e do fracasso"." (TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República – Tomo I.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pag. 03).

[35] "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:"

[36] "O ponto fundamental da obra do Professor Oliveira Ascensão, conforme já se apontou, é reconhecer que a *pessoa* é elemento que transcende a ordem jurídica – em especial aquela positivada – e, mais do que isso, que é a ela anterior. (...). Muito embora a *personalidade jurídica* seja conferida a pessoas naturais e jurídicas, a noção de que o conceito de *pessoa* é elemento pré-legal, pressuposto na obra de Oliveira Ascensão, limita-se apenas ao primeiro grupo: "[...] o homem é digno porque é pessoa. A dignidade não lhe é atribuída de fora, não é um a mais, é intrinsecamente decorrente da própria característica de ser pessoa, que é dialecticamente unitária desde a concepção até a morte". O autor, quando assim afirma, tem em mente as pessoas naturais, *animais racionais* que possuem consciência do mundo e que, assim sendo, podem dominá-lo, e não os animais irracionais. É no substrato ético da pessoa que se encontra sua distinção em relação a outros entes. A *pessoa*,

de fora, não é um a mais, é intrinsecamente decorrente da própria característica de ser pessoa"[37].

1.1. Da necessária proteção da pessoa: a dignidade da pessoa humana

A visão do velho regime já não prospera nos dias atuais. Decorre disto que o conceito abstrato de *sujeito* tem cedido lugar para uma visão mais protetiva, baseada na igualdade substancial, o que é assegurado por mecanismos jurídicos conhecidos por todos (Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, Estatuto da Pessoa com Deficiência e, principalmente, a própria Magna Carta, que estabelece como objetivo fundamental do país a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, *ex vi* art. 3º, IV, C.F.). Pela igualdade substancial, reconhece-se que o tratamento jurídico, social e humano dado a todos os seres humanos devem ser iguais; entretanto, reconhece-se que não existem dois únicos indivíduos iguais (a diferença – características psíquicas, sociais, fenótipas, culturais, etc... – é o que faz o *ser humano* merecer a tutela máxima do ordenamento jurídico).[38]

A modificação deste cenário do antigo regime veio com a criação de valores que viriam a proteger a *pessoa,* valores estes que apesar de ter sido teorizado pelos alemães na segunda metade do século XIX, parece ter sido positivado pela primeira vez na Itália pós-segunda guerra mundial, especificamente no artigo 2º da Constituição Federal Italiana: "A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo, seja no grupo social onde se desenvolve sua personalidade, e exige o adimplemento dos deveres

---

assim, não se confunde com *personalidade* – o que somente reitera a possibilidade de sua compreensão a partir do texto da lei – sublinhando que os conceitos jurídicos são instrumentais, porém não totalizantes da concepção de *pessoa*." (NALIN, Paulo. STEINER, Renata C.. *A Pessoa e o Direito na Obra de José de Oliveira Ascensão: entre a proclamação discursiva e a aplicação prática. In Direito Civil – Estudos em Homenagem a José de Oliveira Ascensão – Vol. 2 – Direito Privado (Coords José Fernando Simão e Silvio Romero Beltrão).* São Paulo: Atlas, 2015, pags. 20/21).

[37] José de Oliveira Ascensão, *apud* NALIN, Paulo. STEINER, Renata C.. *A Pessoa e o Direito na Obra de José de Oliveira Ascensão: entre a proclamação discursiva e a aplicação prática. In Direito Civil – Estudos em Homenagem a José de Oliveira Ascensão – Vol. 2 – Direito Privado (Coords José Fernando Simão e Silvio Romero Beltrão).* São Paulo: Atlas, 2015, pags. 20/21.

[38] "Se não fossem iguais, os homens não seriam capazes de se compreenderem entre si e aos seus ancestrais, nem de prever as necessidades das gerações futuras. Se não fossem diferentes, os homens dispensariam o discurso ou a ação para se fazerem entender, pois com simples sinais e sons poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas. A pluralidade humana, afirma Hannah Arendt, tem este duplo aspecto: o da igualdade e o da diferença." (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pag. 76).

inderrogáveis da solidariedade política, econômica e social"[39]. Surgia a dignidade da pesosa humana.

Na sequência, esta ideia ganhou o mundo na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1948, que estabeleceu Direitos tidos como invioláveis por decorrerem da própria essência humana. Dentre eles, pode-se citar o direito à vida, à liberdade, à segurança pessoal, à saúde, à vida privada, à intimidade, à honra, à nacionalidade, a ser reconhecido como pessoa, a não ser feito escravo, a não ser torturado e nem receber tratamento cruel ou desumano, a não ser discriminado. No Brasil, o artigo 5º da Constituição Federal elenca 78 (setenta e oito) direitos fundamentais da pessoa.

Modernamente, a pessoa tem sido analisada como fundamento de todo e qualquer ordenamento jurídico, e não apenas como instrumento imprescindível na estrutura patrimonial (ou como parte integrante do Estado). A *pessoa* precede o Ordenamento Jurídico, e, por isto, precisa ser o centro dele[40]. A *pessoa* como *ser humano* é o Sol, de onde gravitam todos os demais institutos jurídicos.

No Brasil, o artigo 1, inciso III da Constituição Federal "acaba por concluir que toda a existência da sociedade e da organização do Estado resume-se na pessoa-humana. Fenômeno que Kant chama de personalismo ético, que vem a ser o fundamento de qualquer ordenamento jurídico.

Essa nova visão protetiva sobre a *pessoa*, embora positivada no século XX, traz consigo marcas indeléveis da história do ocidente. A *pessoa* como centro do ordenamento jurídico foi forjada em longas e inúmeras guerras, rebeliões, movimentos civis e pressão legislativa. Ela nasce dos conflitos raciais, étnicos e culturais.[41]

---

[39] La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalita`, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarieta` politica, economica e sociale"

[40] "Desde el punto de vista jurídico ha de sostenerse que todo hombre es persona. La personalidade no es mera cualidad que el ordenamiento jurídico pueda atribuir de una manera arbitraria, es una exigencia de la naturaliza y dignidade del hombre que el Derecho no tiene más remedio que reconocer. (...). ?Qué significa en el ordem jurídico reconocer al hombre como persona? (...). Pero significa sobre todo que las normas jurídicas han de darse y aplicarse teniendo cuenta la dignidad del hombre como persona y sus atributos." (DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil – vol. 1*. Madrid: Tecnos, 2012, pag. 201).

[41] "O termo é inegavelmente fundamental para quem quer que pretenda enfrentar temas relacionados com as ciências humanas. *Pessoa* é um termo-chave na antropologia cultural e na psicologia, na jurisprudência e na

Por ser um animal racional, por ser dotado do livre arbítrio (não ser refém de seus instintos, como todos os demais animais) e por conseguir interagir com outros indivíduos e com o meio à sua volta, o homem conseguiu (em grande parte) domar a fúria da natureza, moldar paisagens e conquistar o planeta. É isso que o faz *humano*; e é *desumano* tudo o que o recoloque na posição de objeto (escravidão, por exemplo)[42].

A mitologia grega ajuda a compreender um pouco da essência do ser humano. Epimeteu e Prometeu foram escolhidos por Zeus para que dessem nomes a todos os seres vivos, e a eles distribuíssem as qualidades necessárias para sua vida (velocidade, força, etc). Ao final de seu trabalho, Epimeteu percebe que faltou atribuir estas qualidades a uma espécie: o ser humano. Entretanto, as qualidades já haviam sido esgotadas.

Sem saber como continuar, Epimeteu pede a ajuda de Prometeu, que decide, então, roubar do Olimpo o fogo primordial, concedendo aos seres humanos, desta forma, as características e qualidades então pertencentes apenas aos Deuses. Conclui-se, portanto, que o ser humano, apenas uma das criações divinas, foi agraciado com qualidades divinas, e daí se tornou o centro de toda a criação e motivo de ira dos Deuses.

Ainda sobre a *pessoa humana*, Maria Celina Bodin de Moraes[43] explica, com rara percepção, sobre os princípios constitucionais que defluem da própria condição humana, a saber igualdade, integridade psicofísica, liberdade e solidariedade. Para tanto, salienta que a *dignidade* pode ser decomposta em quatro postulados: (i) o sujeito moral (ético) capaz de

---

sociologia, na filosofia e na teologia, e guarda em si, em seu sentido cultural, construída através do tempo, a lógica profunda da história do ocidente." (NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil, Vol. 1, Tomo II, Parte Geral.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pag. 02).

[42] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da Pessoa Humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pag. 85.

[43] "O substrato material da dignidade deste modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; (ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica -, da liberdade e da solidariedade. De fato, quando se reconhece a existência de outros iguais, daí dimana o princípio da igualdade; se os iguais merecem idêntico respeito à sua integridade psicofísica, será preciso construir o princípio que protege tal integridade; sendo a pessoa essencialmente dotada de vontade livre, será preciso garantir, juridicamente, esta liberdade; enfim, fazendo a pessoa, necessariamente, parte do grupo social, disso decorrerá o princípio da solidariedade social. Essa decomposição serve, ainda, para demonstrar que, embora possa haver conflitos entre duas ou mais situações jurídicas subjetivas – cada uma delas amparada por um desses princípios, logo, conflito entre princípios de igual importância hierárquica –, o fiel da balança, a medida de ponderação, o objetivo a ser alcançado, já está determinado, *a priori*, em favor do conceito da dignidade da pessoa humana." (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da Pessoa Humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pag. 85).

reconhecer a existência de outros indivíduos iguais a ele, com a mesma proteção psicofísica; (ii) por serem iguais, são merecedores de igual proteção jurídica; (iii) por serem iguais, pertencem a um grupo social (muitas vezes o mesmo), não podendo ser marginalizados e (iv) são dotados de livre arbítrio (capacidade de autodeterminação).

Do primeiro postulado decorre o princípio da igualdade. Se o *ser humano* consegue perceber que existem outros indivíduos como ele, logo precisa reconhecer que todos são iguais, independentemente de credo, cor, etnia, procedência, cultura, religião, etc.... O princípio da proteção psicofísica é perceptível através do segundo postulado (se todos são iguais e merecem a mesma tutela psicofísica, surge o princípio da proteção). Se integram um grupo social, os indivíduos deste grupo devem zelar pela *pessoa*, do que decorre o princípio da solidariedade. Por fim, se as pessoas são dotadas de livre-arbítrio, é necessário criar um princípio que garanta a liberdade. Desta forma, cria-se o arcabouço jurídico principiológico de tutela da pessoa humana.

Um dos reflexos diretos deste movimento é exatamente o valor da *dignidade da pessoa humana*[44], elencado como valor principal do mundo ocidental a partir da segunda metade do século XX. [45] Um exemplo fácil de ser compreendido reside no tema deste trabalho; a responsabilidade civil sempre atrelada a um viés patrimonial, se expandiu para também abarcar questões extrapatrimoniais (dano moral puro, dano estético, dano existencial, dano biológico, etc..). [46]

---

[44] "Na atualidade, a crença no chamado "papel constitucional" do Código Civil e no "individualismo como verdadeira religião", característicos das codificações liberais, dão lugar à tutela da pessoa humana de acordo com as suas necessidades existenciais, a partir de uma releitura do direito civil à luz da Constituição, "de maneira a privilegiar (...) os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais" (Gustavo Tepedino, "Premisas", p. 22). Assim, por intermédio de intensa legislação extracodificada, volta-se o ordenamento não mais para o "indivíduo", abstratamente considerado, mas para a tutela da pessoa humana nas concretas e diferenciadas relações jurídicas em que se insere, como forma de assegurar os princípios constitucionais da solidariedade social (art. 3º, III) e da igualdade substancial (art. 3º, IV)." (TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República – Tomo I.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pag. 03).

[45] RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona.* Editoriale Scientifica, 2007, pag. 47.

[46] "Così, ad esempio (...) il sistema della responsabilità civile è uscito dalla prigione patrimonialistica, ha allargato i suoi orizzonti grazie al principio costituzionale di solidarierà, è approdato al "danno alla persona" come categoria generale, specificandosi ulteriormente como danno "biológico" o alla "vita di relazione", assumendo la funzione di strumento generale di tutela della salute." (RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona.* Editoriale Scientifica, 2007, pag. 47/48).

O *ser-humano* é o único animal (dada sua racionalidade), capaz de moldar o mundo de acordo com as suas necessidades. Não fica à mercê das intempéries, mas as domina. É formado pela conjugação de *corpo* e *psique*; "corpo *animado* segundo o princípio operativo da natureza"[47]. Além disso, apenas o *ser-humano,* independentemente de etnia e cultura, é capaz de "amar, descobrir a verdade e criar a beleza", o que leva a uma constatação irrefutável: "o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém - nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação - pode afirmar-se superior aos demais"[48].

1.2. A Cristalização dos Direitos Humanos: Passado e Presente

Como pontuado anteriormente, *pessoa* decorre do grego *prosopon*, traçando a ideia de máscara que permite a criação de personagens de teatro. [49] A reforçar essa ideia de máscara, Sócrates pontuava que a essência do homem se encontra na alma, sendo o corpo apenas um instrumento. Desta concepção, a essência teria sido chamada de *personalidade* e, portanto, os direitos da personalidade seriam aqueles que visam tutelar a essência da pessoa (ser-humano)[50].

A construção dos direitos humanos, contudo, não surge por osmose; ao contrário, foi forjada pela navalha de espadas, pela pólvora de armas, pelas lágrimas de escravos e pelo pranto das minorias.

A origem dessa discussão – sobre igualdade e respeito ao ser-humano – advém da religião. Mesmo as religiões antigas e politeístas de certa forma já traziam isso em sua essência. O respeito aos mortos, a pausa nas guerras para enterrar os mortos de maneira digna e o respeito pelos corpos dos inimigos (algumas vezes até devolvidos para que pudessem ter o rito fúnebre adequado) são alguns exemplos de direitos divinos e humanitários. A literatura nos reserva um ótimo exemplo sobre o direito natural ao sepultamento, como se observa da obra de Sófocles (Antígona). Outro exemplo histórico é o "cilindro de Ciro" (539 a.C.), que

[47] MORAES, Walter. *A concepção tomista da pessoa.* Revista de Direito Privado, 2/187. Ed. Revista dos Tribunais, pag. 7.
[48] COMPARATO Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.* São Paulo: Saraiva, 2015, pag. 13.
[49] RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona.* Editoriale Scientifica, 2007, pag. 8.
[50] COMPARATO Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.* São Paulo: Saraiva, 2015, pags. 27/28

ficou marcado como a primeira carta de Direitos Humanos do mundo. Ciro foi o primeiro Rei da Pérsia e, após conquistar a cidade da Babilônia, libertou os escravos, estabeleceu a igualdade racional e autorizou o livre culto religioso aos habitantes da cidade. Suas normas ficaram marcadas em um cilindro de argila e os quatro primeiros artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU são inspiradas nas normas do Rei Ciro[51].

[51] "O culto de Marduque, o rei dos deuses, ele [o Rei Nabonido] transformou em abominação, diariamente fazia o mal contra a sua cidade … Atormentou os habitantes com um jugo sem descanso, arruinou-os a todos. Às queixas dos seus habitantes, o senhor dos deuses ficou extremamente irritado e foi-se embora da sua terra, os deuses que habitavam entre eles deixaram as suas moradas, tanto ele os tinha irritado na Babilónia. Marduque que cuida… uma vez que os santuários de todos os seus lugares estavam em ruínas e os habitantes da Suméria e Acad tinham ficado como mortos, voltou a trás, dominou a sua irritação e mostrou-se compadecido. Examinou e perscrutou todos os países, procurando um governante recto, que estivesse disposto a levar processionalmente Marduque. Pronunciou o nome de Ciro, Rei de Anshã, proclamou o seu nome para ser o governante do mundo inteiro. Fez que o país de Guti e todas as hordas de Manda se inclinassem em submissão aos seus pés. E este sempre se esforçou em tratar conforme a justiça os cabeça-pretas [], que Marduque o levou a conquistar. Marduque, o grande Senhor, um protector do seu povo Ou , observando as suas boas acções e o seu coração recto [de Ciro], ordenou que marchasse contra sua cidade de Babilónia. Fez que ele se pusesse a caminho da Babilónia, pondo-se ele ao seu lado como um verdadeiro amigo. As suas tropas bem alargadas [compostas por citas, medos e persas], cujo número, como a água do rio, não poderia ser determinado, foram passeando, com suas armas encaixotadas. Sem nenhuma batalha, ele fez entrar na cidade de Babilónia, poupando à Babilónia qualquer calamidade. Entregou as suas mãos Nabonido, o rei que não lhe rendia adoração. Todos os habitantes de Babilónia, bem como do país da Suméria e Acad com príncipes e governadores inclinaram-se para ele [Ciro] e beijaram os pés, jubilosos por ser ele a realeza, e de faces radiantes. Felizes, aclamaram-no como um senhor através de cuja ajuda todos tinham regressado da morte à vida e tinham sido poupados ao prejuízo e ao desastre, e reverenciaram o seu nome. Eu sou Ciro, rei do mundo, grande rei, rei legítimo, rei de Babilónia, rei da Suméria e Acad, rei dos quatro cantos [da terra], filho de Cambises, grande rei, rei de Anshã, neto de Ciro, grande rei, rei de Anshan, descendente de Teispes, grande rei, rei de Anshã, de uma família de perpétua realeza, cujo o governo Bel e Nebo amam, que eles desejam como rei para satisfazer os seus corações. Quando eu entrei na Babilónia como amigo e estabeleci a sede de governação no palácio do soberano por entre júbilo e regozijo Marduque, o grande senhor, levou os magnânimos habitantes da Babilónia a amar-me, e eu estava diariamente ocupado em reverenciá-lo. As minhas numerosas tropas passaram por Babilónia em paz; não permitirei que ninguém espalhasse o terror no país da Suméria e Acad. Esforcei-me pela paz em Babilónia e em todas as suas cidades sagradas. Quanto as habitantes de Babilónia que, contra vontade dos deuses [tinham ... eu aboli] o jugo que era contrário à sua condição. Trouxe melhoria às suas degradadas condições de habitação, acabando com as suas razões de queixa. Marduque, o grande senhor, ficou bem agradado com as minhas acções e enviou amistosas bênçãos para mim, Ciro, o rei que o reverencia, para o meu filho, Cambises, rebento dos meus rins, bem como para todas as minhas tropas e todos nós [louvamos] exultantes a sua grandeza, permanecendo em paz. Todos os reis do mundo inteiro do Mar Superior ao Inferior, aqueles que estão sentados em salas de trono, ou vivem noutros tipos de edifícios bem como todos reis do Oeste, que vivem em tendas, trouxeram seus pesados tributos e beijaram os meus pés em Babilónia. [Quanto a região de] … até Assur e Susa, Agadé, Eshnunna, as cidades de Zamban, Me-Turnu e Der [região na Mesopotâmia Oriental], assim como as regiões dos Gútios eu devolvi às cidades sagradas do outro lado do Tigre, santuários que estiveram em ruínas durante muito tempo, as imagens que viviam dentro delas e estabeleci para elas santuários permanentes. Reuni igualmente todos os seus habitantes e devolvi-lhes as suas habitações. Além disso, por ordem de Marduque, o grande Senhor, restabeleci todos os deuses da Suméria e Acad, que Nabonido tinha trazido para Babilónia para irritação do senhor dos deuses, intactos nas suas capelas, os lugares que os tornam felizes. Possam todos os deuses que eu restabeleci nas suas cidades sagradas pedir diariamente a Bel e a Nebo uma longa vida para mim e interceder por mim; a Marduque, meu senhor, possam eles dizer: "Ciro, o rei que vos venera, Cambises, seu filho, ..." ... todos eles eu estabeleci em lugar tranqüilo … patos e pombos, Procurarei fortalecer os seus lugares de habitação." (tradução livre original http://www.britishmuseum.org/research/collection_online/collection_object_details.aspx?objectId=327188&partId=1 – acessado em 10.06.2018).

Na sequência, o surgimento da filosofia axial (secs. VIII a II a.C.), marcada por Zaratrustra (Pérsia), Buda (Índia), Lao-Tse e Confúcio (China) e Pitágoras e Dêutero-Isaías (Israel), em um cenário de monoteísmo, começou a combater o dirigismo divino, pontuando aquilo que viria a ser a raiz do livre-arbítrio. Fabio Comparato[52] diz, ainda, que foi neste período que "pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes".

Foi com o Cristianismo (primeira religião em que a divindade se relaciona com o indivíduo, e não com uma família, uma cidade ou um país), todavia, que essa ideia ganhou corpo e, principalmente, ganhou boa parte do mundo[53]. Deus teria criado o homem para que ele pudesse "apreciar racionalmente a obra divina, de amar a sua beleza e admirar-lhe a vastidão"[54]; e teria feito o homem como o único animal a caminhar sobre duas patas para poder observar melhor as estrelas e o seu Criador[55]. Não passou batido, entretanto, o fato do Cristianismo segregar o tratamento dado aos cristãos e aos não cristãos: aos primeiros, tudo (*dignitas*); aos segundos, nada. Isso só veio a mudar (ser universal) diante do Novo Testamento e do Alcorão.[56]

A doutrina de São Tomás de Aquino, galgada na valorização da dignidade do homem foi essencial para o desenvolvimento do tema[57]. O Cristianismo ajudou no desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana. Isto se deu de duas formas distintas: (i) o

---

[52] COMPARATO Fabio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.* São Paulo: Saraiva, 2015, pags. 23/24.
[53] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, vol 1, Parte Geral e LINDB.* São Paulo: Atlas, 2015, pag. 137.
[54] Giovanni Pico, *apud* COMPARATO Fabio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.* São Paulo: Saraiva, 2015, pag. 19.
[55] BULFINCH, Thomas. *O livro de ouro da mitologia.* Ed. Martin Claret, 2013.
[56] "Na tradição judaico-cristã, pessoa tem a mais elevada conceituação. Na Bíblia, pessoa representa todo o ser inteligente, humano ou divino: não como ideia abstrata, então inexistente, mas como a sua representação: a "face". O homem foi criado à imagem de Deus. O pensamento bíblico original – tal como, de resto, o ideário greco-romano, mau grado o seu afinamento – foi permanentemente prejudicado pela limitação da dignidade aos membros da comunidade considerada: seja pela ideia de "povo eleito", seja pela exclusão dos "bárbaros". Uma ideia de universalidade, diríamos hoje: de Humanidade – surgiria no Novo Testamento e no Alcorão. Trata-se de uma concepção que contundia com sociedades esclavagistas, como a grega ou a romana, onde a *dignitas* exprimia apenas a posição relativa do titular considerado." "CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil – IV – Parte Geral e Pessoas.* Coimbra: Almedina, 2011, pag. 32/33).
[57] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Dos direitos da personalidade. In Teoria Geral do Direito Civil (coords. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni).* São Paulo: Atlas, 2008, pag. 244.

homem como centro da criação divina e (ii) o livre-arbítrio decorre do amor de Deus pela sua criação humana, e apenas por isso que o homem pode tomar decisões contra o seu desejo natural.[58] Boécio, no Século VI, assinalou as bases da doutrina de São Tomás de Aquino, ao dizer que a pessoa é uma "substância individual de natureza racional"[59]. Isso propiciou, alguns séculos depois, que São Tomás de Aquino assinalasse que a dignidade é inerente à pessoa humana e que ela existe só no homem residindo em sua alma. A partir daí, surge o fato "de que o homem deve agora não mais olhar apenas em direção a Deus, mas também se voltar para si mesmo, tomar consciência de sua dignidade e, assim, agir de modo compatível"[60].

Em termos de evolução legislativa, a Carta Magna Inglesa de 1215 foi o primeiro conjunto de regras destinados a proteção de direitos fundamentais da personalidade. Naquela época, o então Rei João Sem Terra, Rei da Inglaterra, foi obrigado, após violar várias leis e costumes consagrados naquele período, a assinar um documento que garantisse direitos e garantias mínimas aos seus súditos; documento este que ficou conhecido historicamente como Carta Magna. Nela, restaram consagrados direitos e garantias como (i) direito de propriedade aos cidadãos livres; (ii) direito de herança, também aos cidadãos livres; (iii) direito de proteção contra impostos excessivos; (iv) autonomia da Igreja; (v) direito ao devido processo legal (ninguém poderá ser preso sem o devido processo); (vi) direito a igualdade perante a lei; (vii) garantia contra o suborno e a má-conduta oficial e (viii) garantia contra a mudança de leis unilateralmente pelo Rei, devendo sempre ser levada ao Grande Conselho (que mais tarde daria origem ao Parlamento Inglês).

A Carta Magna Inglesa de 1215 marcou principalmente a criação do devido processo legal e o processo de Constitucionalização, que séculos mais tarde viria a ganhar o mundo.

A noção moderna dos Direitos da Personalidade ganhou corpo no século XVI, através das lições de Hugo Donellus. Percebeu ele que os direitos de um indivíduo podem recair sobre a própria pessoa e também sobre coisas externas; os primeiros, com conexão direta ao estado da pessoa, abrangeriam a vida, a integridade do corpo, a liberdade e a reputação.[61]

---

[58] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pag. 77.
[59] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pag. 78.
[60] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pag. 78.
[61] CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil – IV – Parte Geral e Pessoas.* Coimbra: Almedina, 2011, pag. 50.

Na sequência da História, ainda na Inglaterra, a Petição de Direito de 1628 reafirmou aquilo que a Magna Carta já havia previsto quatro séculos antes. Por meio dela, o Parlamento Inglês enviou ao Rei Carlos uma petição com quatro princípios: (i) a Lei Marcial não pode ser utilizada em tempos de paz; (ii) devido processo legal, de forma que nenhum cidadão poderia ser preso sem um processo judicial; (iii) todos os tributos deviam ser previamente aprovados pelo Parlamento e (iv) nenhum soldado pode ser alojado em casa de cidadãos.

A Independência dos Estados Unidos da América em 1776 foi outro marco importante e crucial para o desenvolvimento dos humanos e dos direitos fundamentais. A declaração de independência[62] aprovada pelo Congresso americano parte da descrição da violação de uma série de direitos e garantias por parte do Rei da Inglaterra.

[62] "Quando, no curso dos acontecimentos humanos, se torna necessário a um povo dissolver os laços políticos que o ligavam a outro, e assumir, entre os poderes da Terra, posição igual e separada, a que lhe dão direito as leis da natureza e as do Deus da natureza, o respeito digno para com as opiniões dos homens exige que se declarem as causas que os levam a essa separação. Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade. Na realidade, a prudência recomenda que não se mudem os governos instituídos há muito tempo por motivos leves e passageiros; e, assim sendo, toda experiência tem mostrado que os homens estão mais dispostos a sofrer, enquanto os males são suportáveis, do que a se desagravar, abolindo as formas a que se acostumaram. Mas quando uma longa série de abusos e usurpações, perseguindo invariavelmente o mesmo objecto, indica o desígnio de reduzi-los ao despotismo absoluto, assistem-lhes o direito, bem como o dever, de abolir tais governos e instituir novos Guardiães para sua futura segurança. Tal tem sido o sofrimento paciente destas colónias e tal agora a necessidade que as força a alterar os sistemas anteriores de governo. A história do actual Rei da Grã-Bretanha compõe-se de repetidas injúrias e usurpações, tendo todos por objectivo directo o estabelecimento da tirania absoluta sobre estes Estados. Para prová-lo, permitam-nos submeter os factos a um mundo cândido. Recusou assentimento a leis das mais salutares e necessárias ao bem público. Proibiu aos governadores a promulgação de leis de importância imediata e urgente, a menos que a aplicação fosse suspensa até que se obtivesse o seu assentimento, e, uma vez suspensas, deixou inteiramente de dispensar-lhes atenção. Recusou promulgar outras leis para o bem-estar de grandes distritos de povo, a menos que abandonassem o direito de representação no legislativo, direito inestimável para eles e temível apenas para os tiranos. Convocou os corpos legislativos a lugares não usuais, sem conforto e distantes dos locais em que se encontram os arquivos públicos, com o único fito de arrancar-lhes, pela fadiga, o assentimento às medidas que lhe conviessem. Dissolveu Câmaras de Representantes repetidamente porque se opunham com máscula firmeza às invasões dos direitos do povo. Recusou por muito tempo, depois de tais dissoluções, fazer com que outros fossem eleitos; em virtude do que os poderes legislativos incapazes de aniquilação voltaram ao povo em geral para que os exercesse; ficando durante esse tempo o Estado exposto a todos os perigos de invasão externa ou convulsão interna. Procurou impedir o povoamento destes estados, obstruindo para esse fim as leis de naturalização de estrangeiros, recusando promulgar outras que animassem as migrações para cá e complicando as condições para novas apropriações de terras. Dificultou a administração da justiça pela recusa de assentimento a leis que estabeleciam poderes judiciários. Tornou os juízes dependentes apenas da vontade dele para gozo do cargo e valor e pagamento dos respectivos salários. Criou uma multidão de novos cargos e para eles enviou enxames de funcionários para perseguir o povo e devorar-nos a substância. Manteve entre nós, em tempo de paz, exércitos

A Declaração de Independência baseava-se em abusos perpetuados pela Inglaterra; abusos estes direcionados às liberdades civis e algumas das garantias mais essenciais à civilização: (i) manutenção de exércitos ingleses em terras norte-americanas em tempos de paz; (ii) tentou tornar o poder militar superior ao poder civil; (iii) aquartelar tropas em território norte-americano (violando o que já previa a Petição de Direito de 1628); (iv) lançar impostos sem consentimento (violando a Magna Carta e a Petição de Direito); (v) alguns delitos eram julgados na Inglaterra; (vi) saqueou os mares, devastou a costa, incendiou cidades e destruiu a vida do povo. A Declaração é considerada um marco no que diz respeito aos direitos individuais e ao direito de revolução.

Apenas onze anos após (1787) sobreveio a Constituição Norte-Americana, que em seu preâmbulo estabelece os valores supremos dos EUA: "Nós, o Povo dos Estados Unidos, a fim de formar uma União mais perfeita, estabelecer a Justiça, assegurar a tranqüilidade interna, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral, e garantir para nós e para os

---

permanentes sem o consentimento dos nossos corpos legislativos. Tentou tornar o militar independente do poder civil e a ele superior. Combinou com outros sujeitar-nos a uma jurisdição estranha à nossa Constituição e não reconhecida pelas nossas leis, dando assentimento aos seus actos de pretensa legislação: para aquartelar grandes corpos de tropas entre nós; para protegê-las por meio de julgamentos simulados, de punição por assassinatos que viessem a cometer contra os habitantes destes estados; para fazer cessar o nosso comércio com todas as partes do mundo; por lançar impostos sem nosso consentimento; por privar-nos, em muitos casos, dos benefícios do julgamento pelo júri; por transportar-nos por mar para julgamento por pretensas ofensas; por abolir o sistema livre de leis inglesas em província vizinha, aí estabelecendo governo arbitrário e ampliando-lhe os limites, de sorte a torná-lo, de imediato, exemplo e instrumento apropriado para a introdução do mesmo domínio absoluto nestas colónias; por tirar-nos nossas cartas, abolindo as nossas leis mais valiosas e alterando fundamentalmente a forma do nosso governo; por suspender os nossos corpos legislativos, declarando-se investido do poder de legislar para nós em todos e quaisquer casos. Abdicou do governo aqui por declarar-nos fora de sua protecção e fazendo-nos guerra.

Saqueou os nossos mares, devastou as nossas costas, incendiou as nossas cidades e destruiu a vida do nosso povo. Está, agora mesmo, a transportar grandes exércitos de mercenários estrangeiros para completar a obra de morte, desolação e tirania, já iniciada em circunstâncias de crueldade e perfídia raramente igualadas nas idades mais bárbaras e totalmente indignas do chefe de uma nação civilizada.

Obrigou os nossos concidadãos aprisionados no mar alto a tomarem armas contra a própria pátria, para que se tornassem algozes dos amigos e irmãos ou para que caíssem em suas mãos. Provocou insurreições internas entre nós e procurou trazer contra os habitantes das fronteiras os índios selvagens e impiedosos, cuja regra sabida de guerra é a destruição sem distinção de idade, sexo e condições. Em cada fase dessas opressões solicitamos reparação nos termos mais humildes; responderam a nossas petições apenas com repetido agravo. Um príncipe cujo carácter se assinala deste modo por todos os actos capazes de definir um tirano não está em condições de governar um povo livre. Tão-pouco deixamos de chamar a atenção de nossos irmãos britânicos. De tempos em tempos, os advertimos sobre as tentativas do Legislativo deles de estender sobre nós uma jurisdição insustentável. Lembramos-lhes das circunstâncias de nossa migração e estabelecimento aqui. Apelamos para a justiça natural e para a magnanimidade, e conjuramo-los, pelos laços de nosso parentesco comum, a repudiarem essas usurpações que interromperiam, inevitavelmente, nossas ligações e a nossa correspondência. Permaneceram também surdos à voz da justiça e da consanguinidade. Temos, portanto de aceitar a necessidade de denunciar nossa separação e considerá-los, como consideramos o restante dos homens, inimigos na guerra e amigos na paz."

nossos descendentes os benefícios da Liberdade, promulgamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América".

É fácil perceber que o valor supremo do ordenamento jurídico norte-americano é a liberdade, o que fica bastante evidente através de sua política econômica e cultural. Mas está lá igualmente o dever de promoção do bem-estar geral, não muito diferente do atual preâmbulo da Constituição Federal brasileira[63].

Impulsionados pelos ideais iluministas e pelo sucesso da Independência Norte-Americana, eclodiu na França, em 1789, a Revolução Francesa, caracterizada pelo levante da burguesia contra as duas castas dominantes (realeza e clero). No meio da Revolução Armada, foi elaborado um documento que ficou conhecido como Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na qual os insurgentes estabeleceram o mote da Revolução: igualdade, liberdade e fraternidade.

O preambulo da Declaração[64] é destinada a situar politicamente a situação na França e expor a finalidade do documento[65].

Ab initio, estabelece o artigo 1º da Declaração que os homens nascem e são livres e iguais em direitos. Na sequência, pontuou-se a finalidade de toda associação política: a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, quais sejam a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão (art. 2º). Para os iluministas, estes direitos eram garantidos pelo Direito Natural (Rousseau era, acima de tudo, um jusnaturalista), o que

---

[63] "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL."

[64] Encontrado em "Biblioteca Virtual de Direitos Humanos" da Universidade de São Paulo - http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html - acessado em 12.12.2017.

[65] "Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral."

fica ainda mais evidente na concepção do direito à liberdade estabelecido no art. 4º ("A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei"). O art. 5º é o precursor do atual art. 5º, inciso II, da Constituição Federal Brasileira, na medida em que diz que tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene. O artigo 6º novamente deixa claro a importância do direito à igualdade, ao salientar que todos são iguais aos olhos da lei. O devido processo legal está positivado no artigo 7º, ao passo que a presunção de inocência se encontra no art. 9º ("Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei"). A declaração também prevê a liberdade de expressão e opinião (arts. 10º - "Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei" e 11 – "A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei") e o dever de pedir contas por parte do cidadão e de prestar contas por parte do agente público (art. 15). Por fim, o último artigo (17) é destinado à proteção da propriedade privada, tida como "inviolável e sagrada" ("Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização").

Quase concomitantemente à Constituição Norte-Americana e à Revolução Francesa, os EUA anunciaram a sua Declaração dos Direitos (*Bill of Rights* - 1791), inspirada pela Declaração de Independência, pela Constituição Norte-Americana e pelos ideais iluministas presentes naquela época, especialmente na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão. Os pontos mais marcantes deste documento são aqueles listados no artigo III[66],

[66] "Article III. Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances." (https://www.varsitytutors.com/earlyamerica/freedom-documents/bill-rights/original-bill-rights-text-version - acessado em 12.12.2017).

IV[67], V[68] e VI[69], consistente na vedação do parlamento criar leis (i) que estipulem ou proíbam o livre exercício da religião; (ii) que proíbam a liberdade de expressão (iii) que proíbam o porte de armas; (iv) nenhum soldado poderia ser hospedado na residência dos cidadãos (sem autorização) em épocas de paz e (iv) que proíbam que o governo norte-americano prive a vida, liberdade e a propriedade dos cidadãos sem o devido processo legal.

O século XIX reservou espaço para aquele que parece ser o primeiro tratado internacional sobre Direitos Humanos: a Convenção de Genebra de 1864, que marcou o surgimento da Cruz Vermelha, uma instituição supranacional que visava dar assistência e salvaguarda aos soldados feridos em combate.

A evolução e a afirmação histórica dos Direitos Humanos sofreriam, ainda, um golpe devastador. No meio do século XX, a Segunda Guerra Mundial marcou o ápice da crueldade e do terror contra o ser-humano, especialmente em face do povo judeu e das minorias (negros, homossexuais, etc...). Além disto, as duas bombas atômicas lançadas sobre o Japão (Hiroshima e Nagasaki) instituíram, ainda, um medo global sobre as potências bélicas, especialmente EUA e a então União Soviética (URSS).

A marca deixada pela Segunda Guerra foi tão profunda que apenas um ano após o seu término (1944), foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU, 1945), com a finalidade precípua de formar um corpo internacional que visa a promoção da paz[70]. Logo

---

[67] "Article IV - A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed."

[68] "Article V - No Soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the Owner, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law."

[69] "Article VI - The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

[70] "Com o Cristianismo e a pregação de uma fraternidade universal, tem início um despertar para a proteção dos direitos da personalidade humana. A Carta Magna Inglesa, de 1215, estabeleceu a proteção de aspectos fundamentais da personalidade humana, como a liberdade, vindo a reconhecer, implicitamente, os direitos da personalidade. Mais adiante, a Declaração dos Direitos do Homem, em 1789, valorizou a tutela da personalidade humana e a defesa de direitos individuais. No entanto, somente após a Segunda Guerra Mundial, consideradas as atrocidades praticadas pelo nazismo contra a individualidade da pessoa humana e contra a humanidade como um todo, sentiu-se a necessidade de proteção de uma categoria básica de direitos reconhecidos à pessoa humana. Era preciso assegurar uma tutela fundamental, elementar, em favor da personalidade humana, salvaguardando a própria raça. Nesse passo, em 1948, foi promulgada a Declaração Universal de Direitos do Homem." (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, vol 1, Parte Geral e LINDB.* São Paulo: Atlas, 2015, pag. 137).

no preâmbulo da Carta de fundação da ONU, percebe-se a preocupação com os recentes eventos.

Por fim, no contexto da segunda guerra mundial, ainda no âmbito da Organização das Nações Unidas, foi editada a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que estabeleceu Direitos tidos como invioláveis por decorrerem da própria essência humana. Dentre eles, pode-se citar o direito à vida, à liberdade, à segurança pessoal, à saúde, à vida privada, à intimidade, à honra, à nacionalidade, a ser reconhecido como pessoa, a não ser feito escravo, a não ser torturado e nem receber tratamento cruel ou desumano, a não ser discriminado.

Há que se destacar, para fins de estudo do ordenamento jurídico brasileiro sobre direitos humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, firmada em 1969, na cidade de San José da Costa Rica. Por essa razão, a Convenção é vulgarmente conhecida no país como Pacto de San Jose da Costa Rica.

Por meio dele, firmou-se uma série de regras sobre Direitos Humanos; a mais famosa certamente é a proibição da prisão do devedor civil (entre eles o depositário infiel)[71], formalizada em 1988, que mais tarde serviu de fundamento para que o Supremo Tribunal Federal editasse a Súmula Vinculante nº 25, proibindo a prisão do depositário infiel no Brasil.

Mas o Pacto de San José da Costa Rica não parou nesta questão. Ele veda a pena de morte a crimes políticos (ou comuns, quando existente conexo com crime político) e proíbe ela *in totum* quando um país já a tiver abolido anteriormente (não permite que ela retorne ao ordenamento jurídico). Também fica vedada a pena de morte às mulheres gravidas e aos infratores que no momento do delito eram menores de 18 anos ou maiores de 70 anos.[72]

---

[71] "7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar."

[72] "Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.

3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.

Também é particularmente interesse a proteção do direito à propriedade, através do artigo 21 do Pacto. Por meio dele, repetiu-se a ideia da função social da propriedade e a vedação à usura.[73] É importante lembrar que as disposições do Pacto de San Jose da Costa Rica, no Brasil, tem força constitucional, por conta da regra (art. 5º, §3º, CF) de que os tratados internacionais de Direitos Humanos aprovados nas casas legislativas gozam de hierarquia constitucional.

Dos tratados internacionais, os direitos humanos ganharam espaço nas principais Constituições do planeta. No Brasil, não foi diferente, com seu reconhecimento expresso em diversos artigos, como se observa no artigo 4º, inciso II ("a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II – prevalência dos direitos humanos") inclusive no art. 5º, incisos III ("ninguém será submetido a tortura e nem tratamento desumano ou degradante") e XLVII (vedação de penas cruéis, perpétuas, de morte, e de trabalho forçado), exemplificativamente, que versam sobre os direitos fundamentais individuais e coletivos.

1.3. Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade

Direitos Humanos, Direitos da Personalidade e Direitos fundamentais tem muito em comum. É possível encontrarmos os mesmos direitos listados nas três classificações ou em ao menos duas delas. Um exemplo disto seria o direito à honra, encontrado na Declaração

4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada a delitos políticos, nem a delitos comuns conexos com delitos políticos.
5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.
6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente."

[73] "Artigo 21 - Direito à propriedade privada
1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.
2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.
3. Tanto a usura, como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem, devem ser reprimidas pela lei."

Universal dos Direitos Humanos da ONU, na Constituição Federal brasileira (art. 5º, inciso X) e no Código Civil brasileiro (art. 20).

Os Direitos Humanos não constituem uma classe de direitos dogmaticamente próprios. São apenas aqueles listados pela comunidade jurídica internacional como valores supremos da pessoa humana naquele determinado momento histórico. Eles têm valor e eficácia mais amplos do que aqueles reconhecidos pelas próprias Constituições de cada país e pelo direito privado, na medida em que refletem o consenso social mundial[74]. Vale ressaltar que sob a chancela de "direitos humanos", iniciativas de imperialismo, mormente quando dirigidas a grupos sociais culturamente muito diferentes em relação ao padrão ocidental que deu origem à própria Organização das Nações Unidas.

Assim, nada impede que um direito tido como Humano não seja tutelado pelo ordenamento jurídico de algum país (se este não foi signatário do tratado internacional que estabeleceu as regras sobre Direitos Humanos) ou que, ao reverso, o ordenamento de um segundo país também o tutele como direito da personalidade e direito fundamental. Retornaremos a este tema na conclusão deste capítulo.

Muito se tem debatido se estes direitos e garantias atrelados à pessoa humana tem origem no Direito Natural (Jusnaturalistas) ou no Direito Positivo (Escola Positivista). Os jusnaturalistas usam o julgamento dos nazistas no Tribunal de Nuremberg como argumento para defender o caráter natural dos direitos e garantidas da pessoa humana. A defesa dos acusados era uniforme em alegar que os comandantes e subordinados do exército alemão apenas cumpriam as ordens e as leis alemãs, e que não poderiam ser punidos por isto (a lei mandava matar e eles matavam, por exemplo). De fato, o massacre perpetuado por Hitler era todo fundado nas próprias leis germânicas, o que levou o julgamento a um impasse: ou todos seriam inocentados por terem estritamente cumprido a lei ou seria necessário criar um argumento, baseado na inviolabilidade do Direito Natural, para condená-los.

[74] "La Constitución garantiza derechos humanos fundamentales para una determinada sociedad. El Derecho Privado no puede apartarse de ellos y su sentido. Estos derechos reconocen un ámbito más amplio que el de la propria Constitución, ya que se encuentran reconocidos por la soceidad humana, sin límite de frontera política de ninguna especie. Juridicamente recogidos por tratados internacionales que están reflejando un consenso social mundial. La relación con el Derecho Privado es de absoluta supremacía. La relación con la Constitución Nacional es de coordinación. Su ingresso al ámbito nacional a través del ordenamiento jurídico debe ser, en principio, a través de la norma constitucional." (ITURRASPE, Jorge Mosset. PIEDECASAS, Miguel A. *Contratos – Aspectos Generales.* Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005, pag. 185.)

Considerando que seria catastrófico um evento daquela magnitude não ser juridicamente punível (ficaria o exemplo e a sensação de impunidade para o futuro e para a sociedade daquela época), a solução foi fundamentar os crimes exatamente no Direito Natural, pontuando que vida, integridade física e liberdade são naturais de todo ser-humano, e deveriam ser condenadas ainda que o ordenamento jurídico da Alemanha autorizasse Hittler, seus generais e seus comandados a fazerem aquilo que fizeram.

Esta tese (garantias e direitos do ser-humano como Direito Natural) ganhou corpo e mente da maioria da doutrina e jurisprudência[75]. Entretanto, não parece ser a melhor solução (respeitado o fato de que o Tribunal de Nuremberg pode ser descrito como um *hard case*[76] e, principalmente, como um julgamento político de cunho internacional, que demandou soluções complexas e também políticas). Escorar estes direitos e garantias no Direito Natural ignora não só o passado de abusos e atrocidades como também o presente. É necessário que a norma jurídica atue na defesa da pessoa humana, e não somente o Direito Natural. Muito embora o direito a vida, a integridade física e a liberdade tenham como ponto de partida o Direito Natural, outros direitos da personalidade, como proteção da imagem, voz e direitos autorais, têm como pressuposto o Direito Positivo. Assim, a adoção da tese jusnaturalista implicaria em cingir o direito da personalidade em dois grupos distintos, um decorrente do Direito Natural e outro decorrente do Direito Positivo.

Ademais, a construção dos Direitos Humanos, Personalidade e Fundamentais estão muito centrados nos valores que a própria sociedade elenca como principais; e isto muda de país para país, cultura para cultura e religião para religião. Logo, estes direitos da pessoa humana não podem ser utilizados como instrumento de imperialismo em face de outros povos, culturas e religiões. Apenas isso já demonstra que embora o núcleo seja comum (vida e liberdade, acima de tudo), existe uma ampla gama destes direitos que não são necessariamente universais, o que já afasta sua exegese no Direito Natural.

---

[75] "Situamo-nos entre os naturalistas. Entendemos que os direitos da personalidade constituem direitos inatos – como a maioria dos escritores ora atesta -, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los (...)." (BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade.* São Paulo: Saraiva, 2015, pag. 38).

[76] Nestes casos, a Teoria da Integridade desenvolvida por Ronald Dworkin manda aplicar princípios de natureza moral (in *O Império do Direito*).

Não podemos ignorar que o Direito é uma ciência social, que decorre de vários aspectos concretos de uma sociedade, como povo, cultura, religião, aspectos históricos, moral e uma outra infinidade de fatores. Uma rápida perspectiva do mundo ocidental (mais conhecido entre nós) mostra dois sistemas jurídicos diferentes (*common law* e *civil law*) e duas tutelas sobre a pessoa diametralmente opostas (EUA mais liberal e Europa mais social).

Assim, ignorar que o Oriente é formado por outros povos, outras culturas, outras religiões, outra História e outros valores sociais e morais é ignorar que o Direito lá é diferente. Isso não os faz superiores ou inferiores, apenas diferentes.

1.4. Direitos da Personalidade

Os direitos da personalidade, como construção dogmática, devem sua essência à doutrina alemã da segunda metade do século XIX. Muitas discussões foram travadas até que a doutrina de fato aceitasse o instituto[77]-[78]. Os operadores do Direito perceberam que o *Code Civil* francês, de 1804, tinha como centro de preocupação o patrimônio, ignorando a tutela da pessoa humana, o que passou a ser alvo de crítica por parte dos franceses e, principalmente, dos alemães no século XX. Entretanto, vale dizer que o próprio BGB, no ocaso do séc. XIX, também não se deteve sobre essa questão[79].

---

[77] "A categoria jurídica dos "direitos da personalidade" foi objeto de intensa polêmica doutrinária desde o final da Idade Média e só conseguiu ultrapassar as teses negativistas no final do século XIX, quando se derrotou a implacável oposição que se lhe fazia, sob a liderança de Friedrich Carl Freiherr von Savigny. (...) Mesmo com a força de Savigny e sua ascendência sobre os corifeus da Escola Histórica e, posteriormente, dos Pandectas, no século XIX, a afirmação dos direitos da personalidade ganhou corpo na Alemanha." (RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *O Direito ao nome, à imagem e outros relativos à identidade e à figura social, inclusive a intimidade. In Direito Civil – Estudos em Homenagem a José de Oliveira Ascensão – Vol. 2 – Direito Privado (Coords José Fernando Simão e Silvio Romero Beltrão).* São Paulo: Atlas, pag. 4/5).

[78] Em sentido contrário, ou seja, pontuando que Savigny não era contrário aos direitos da personalidade: "Curiosamente, Savigny é apontado como um negativista, em termos de direitos de personalidade, imputando-se-lhe mesmo o atraso no reconhecimento da figura. Todavia, e em rigor, Savigny apenas questionou a possibilidade dogmática de construir um direito decalcado no de propriedade, mas dirigido ao próprio "titular" e que poderia envolver diversos inconvenientes, entre os quais o reconhecimento de um direito ao suicídio. A tutela da pessoa seria conseguida através de múltiplos "direitos": desde a proteção penal às acções possessórias. A inviolabilidade da pessoa seria o fundamento último de toda essa proteção, a qual só seria "obscurecida" na sua "verdadeira natureza", através da construção de "direitos sobre a própria pessoa". Savigny não era contrário a tutela da pessoa: bem pelo contrário. Ele apenas duvidou da viabilidade dogmática dos direitos de personalidade, numa dimensão a que, de resto, ainda hoje teremos de atender. (...). A esta luz, compreende-se bem a objeção de Savigny: uma construção de "direitos sobre si próprio" só viria a obscurecer a tutela da pessoa humana." (António Menezes. *Tratado de Direito Civil – IV – Parte Geral e Pessoas.* Coimbra: Almedina, 2011, pag. 52). Savigny, como se sabe, previu errado em relação à (des)necessidade de criação dogmática deste instituto, como ficou bem evidente nos massacres da Segunda Guerra Mundial.

[79] CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil – IV – Parte Geral e Pessoas.* Coimbra: Almedina, 2011, pag. 59.

A principal discussão residia na aparente impossibilidade de a pessoa ser objeto de direito. Como a personalidade, na visão do Direito Civil, consistia na capacidade de ter direito, não podia essa mesma personalidade se tornar objeto de direito algum[80]. Contudo, os direitos da personalidade não transformam a pessoa em objeto de direito. Por "direitos da personalidade" a doutrina queria dizer "direitos da pessoa humana"; ou seja, um dos problemas era de origem semântica (personalidade enquanto instituto do direito civil e personalidade enquanto pessoa humana). Desta forma, os direitos da personalidade têm como objeto não a pessoa em si, mas "as próprias expressões da personalidade [pessoa humana], como a honra, a integridade física, a imagem, a privacidade, a identidade"[81]. Ora, essas expressões da personalidade são também bens jurídicos, os "bens mais preciosos"[82] de cada indivíduo. Em sendo *bens jurídicos*, são passíveis de serem objeto dos direitos da personalidade, como esclarece José de Oliveira Ascensão[83].

Para afastar esse problema, a doutrina pontuou – com razão – que a tutela da personalidade é um "fundamento e pressuposto" de todo o ordenamento jurídico[84], e os direitos da personalidade não podem ser enquadrados como de natureza *pessoal* ou *real*, mas sim um *tertium genus*[85]: "os direitos da personalidade são uma categoria especial de direitos, que se destaca em relação às classes dos direitos obrigacionais e dos direitos reais. Através dos direitos da personalidade, protegem-se a essência da pessoa e suas principais características, não bens de propriedade do ser humano, nem bens de conteúdo patrimonial. Para o autor italiano Adriano de Cupis, há, no ordenamento jurídico, uma hierarquia entre os bens, sendo que o objeto dos direitos da personalidade são os bens de maior valor jurídico, sem os quais os outros perdem valor"[86].

---

[80] SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade.* São Paulo: Atlas, 2013, pag. 05.
[81] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Dos direitos da personalidade. In Teoria Geral do Direito Civil (coords. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni).* São Paulo: Atlas, 2008, pag. 245.
[82] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil, Tomo I, Teoria Geral.* São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 73.
[83] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil, Tomo I, Teoria Geral.* São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 73.
[84] LOPEZ, Teresa Ancona. *O Dano Estético.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pags. 55/56.
[85] "Para nós, os direitos da personalidade são *direitos subjetivos* de gozo, isto é, existem independentemente da ação de seu titular. Essa só será necessária na hipótese da violação de tais direitos. Esses direitos subjetivos têm como *objeto* emanações, manifestações da personalidade do seu sujeito e não a personalidade em si, porque esta, como vimos, é condição prévia da existência de qualquer direito ou obrigação na órbita jurídica. Finalmente, pensamos que os direitos da personalidade constituem um *tertium genus*, uma categoria especial de direitos subjetivos, não fazendo parte dos direitos reais como querem muitos, nem dos direitos obrigacionais como querem outros." (LOPEZ, Teresa Ancona. *O Dano Estético.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pag. 57).
[86] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Dos direitos da personalidade. In Teoria Geral do Direito Civil (coords. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni).* São Paulo: Atlas, 2008, pag. 245.

Se é verdade que "todo o direito existe por causa dos homens"[87], não parece nenhum absurdo que existam regras criadas para tutelar a própria essência do ser humano.

Mais do que isso, os direitos da personalidade não se traduzem apenas em direitos subjetivos, mas, também, "como poder jurídico, como direito potestativo, como interesse legítimo, pretensão, autoridade parental, faculdade, ônus, estado – enfim, como qualquer circunstância juridicamente relevante"[88].

Atualmente, a tutela dos direitos da personalidade tem fundamento no valor supremo da *dignidade da pessoa humana.* No Brasil, a *dignidade da pessoa humana* é o valor constitucional nuclear e, mais do que isso, constitui um dos fundamentos da República, como se observa no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

A segunda metade do século XX – período pós-guerras – é marcado por um movimento de *despatrimonialização do Direito Civil*, por meio do qual institutos de natureza patrimonial que sempre foram o centro do Direito Civil (contratos e propriedade, principalmente) passaram a ser reinterpretados a fim de se adequarem à tutela da pessoa humana.[89] O movimento de *despatrimonialização* significa que o eixo central passou a ser a tutela da pessoa humana, de natureza extrapatrimonial (direitos da personalidade, direitos fundamentais, direitos humanos, mecanismos de igualdade substancial, reconhecimento do dano moral, etc..).[90]

---

[87] "Trata-se de um aforismo clássico que, todavia, está ainda longe de esgotar os seus reflexos no Direito Civil." "CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil – IV – Parte Geral e Pessoas.* Coimbra: Almedina, 2011, pag. 29).

[88] "Por outro lado, tampouco há que se falar apenas em "direitos" (subjetivos) da personalidade, mesmo se atípicos, porque a personalidade humana não se realiza somente através de direitos subjetivos, que podem se apresentar, como já referido, sob as mais diversas configurações: como poder jurídico, como direito potestativo, como interesse legítimo, pretensão, autoridade parental, faculdade, ônus, estado – enfim, como qualquer circunstância juridicamente relevante"." (TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República – Tomo I.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pag. 33).

[89] "Este pronunciamento judicial, como lo advertíamos, pone en juego los conceptos de libertad de empresa, mercado, facultades estatales de regulación del mercado y derechos humanos. La Corte no rehuye el dilema. Y determina con claridad que lo prioritario son las reglas constitucionales y los derechos humanos y no el mercado. No se deben resignar los derechos humanos." (ITURRASPE, Jorge Mosset. PIEDECASAS, Miguel A. *Contratos – Aspectos Generales.* Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005, pag. 87).

[90] "Com o termo, certamente não elegante, "despatrimonizalização", individua-se uma tendência normativa-cultural, se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma,

Esta tradicional patrimonialização do direito civil (privado) tem origem ainda no Direito Romano. Povo caracteristicamente prático e pouco filosófico, os romanos criaram um arcabouço jurídico riquíssimo, que até hoje influencia os ordenamentos jurídicos dos países ocidentais.

A praticidade, contudo, fez com que os romanos nunca olhassem e se debruçassem sobre temas mais sensíveis e abstratos, como, por exemplo, a tutela da pessoa humana. Só o faziam quando era extremamente necessário, em virtude de problemas práticos que precisassem ser resolvidos.

Obviamente que a tutela da pessoa gerava alguns conflitos. Para isso, os romanos criaram um remédio processual, conhecido como *actio injuriarum*, por meio do qual uma ofensa dirigida em face de uma pessoa era tida como *injuria*, e a ação *injuriarum* era a forma adequada de combatê-la[91].

As influências do Cristianismo, da doutrina Escolástica e, bem mais tarde, dos franceses e alemães (principalmente) ajudaram a forjar a tutela dos direitos da

---

do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores). Com isso, não se projeta a expulsão e a "redução" quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência, certamente não de natureza técnica, concerne à avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência de tutela do homem, um aspecto idôneo, não a "humilhar" a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. Isso induz a repelir a afirmação – tendente a conservar o caráter estático-qualitativo do ordenamento – pela qual não pode ser "radicalmente alterada a natureza dos institutos patrimoniais do direito privado". Estes não são imutáveis: por vezes são atropelados pela sua incompatibilidade com os princípios constitucionais, outras vezes são exaustorados ou integrados pela legislação especial e comunitária; são sempre, porém, inclinados a adequar-se aos novos "valores", na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais. Estes não podem mais ser confinados aprioristicamente no papel de limites ou de finalidades exteriores, como se não fossem idôneos a incidir sobre a função do instituto e portanto sobre a sua natureza." (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pag. 33).

[91] "Aos romanos, o problema nunca se apresentou com essa nitidez conceitual, porque os romanos eram juristas práticos, que só se lembravam de doutrinas e teorias naturais, em virtude de uma necessidade qualquer de ordem prática, pois só essas os impressionavam. Os romanos possuíam um recurso técnico para defender a personalidade humana, qualquer que fosse o aspecto pelo qual ela fosse lesada. Esse remédio era o *actio injuriarum*, sobre a qual Ihering escreveu uma monografia clássica. Tudo o que se fizesse contra o homem, à sua moral, ofensas físicas, ataque à liberdade, ou a qualquer outro atributo pessoal, era *injuria*, e o meio de repelir a *injuria* era a proposição daquela *actio injuriarum*." (DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil – Teoria Geral.* Rio de Janeiro: Forense, 2001, pag. 151).

personalidade.[92] Pontes de Miranda, com acuidade, diz que "com a teoria dos direitos da personalidade, começou, para o mundo, nova manhã para o direito" [93].

Para compreender adequadamente o alcance da tutela da pessoa humana, através dos direitos da personalidade, é necessário, primeiro, entender as necessidades inerentes à toda pessoa humana. San Tiago Dantas explica que o homem, para viver em sociedade, precisa ter alguns *bens* preservados. A maioria destes bens são *externos* à pessoa (coisas móveis ou imóveis, corpóreas ou incorpóreas[94]); entretanto, alguns são *internos*, pois inerentes à própria vida humana, como o nome, a imagem, a privacidade, a integridade física, a liberdade, a honra, dentre outros. A privação de gozo destes *bens internos* implicaria em "grave mutilação nos seus interesses".[95]

Desta forma, os direitos da personalidade seriam o núcleo da célula humana; sem este núcleo, não seria possível que a pessoa humana se desenvolvesse dignamente[96], o que, por sua vez, violaria o núcleo do Direito moderno (dignidade da pessoa humana)[97]. Por direitos da personalidade se deve entender "o reconhecimento de um espaço mínimo de

---

[92] "A construção de uma categoria à parte de direitos, tendo por conteúdo os próprios bens da personalidade, é obra da doutrina moderna, especialmente da doutrina germânica da última metade do século passado em diante." (DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil – Teoria Geral.* Rio de Janeiro: Forense, 2001, pag. 151).

[93] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado – Tomo 7.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, pag. 58

[94] Casa, carro, agua, alimentação, ar, por exemplo.

[95] "Em primeiro lugar, para bem compreendermos o que sejam os direitos da personalidade, precisamos partir da idéia de que o homem, para sua vida individual e social, precisa do gozo de certos bens que, na sua maior parte, estão no ambiente, pois são externos, são coisas móveis ou imóveis, corpóreas ou incorpóreas, que ele encontra fora de si, e de que precisa para o pleno gozo das suas faculdades, para o pleno desfruto da vida. Ao lado, porém, desses bens externos, existem outros que se encontram no próprio homem, e de cujo gozo ele não pode ser privado sob pena de sofrer uma grave mutilação nos seus interesses. São bens interiores ou, por outra, bens que aderem à personalidade, enquanto os outros são bens externos, sobre os quais o homem precisa se estender. Entre esses bens internos aderentes à personalidade estão a honra, a liberdade, a vida, a integridade corpórea, etc." (DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil – Teoria Geral.* Rio de Janeiro: Forense, 2001, pag. 153).

[96] LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado – Parte Geral.* São Paulo: Saraiva, 2004, pag. 49.

[97] "I *diritti della persona* sono, secondo la terminologia usuale, identificati con i diritti inviolabili e le libertà fondamentali. Ma alla persona – física e, in quanto ciò sia possibile, anche alla persona giuridica – si riconoscono ulteriori diritti, che si raccolgono nell'espressione *diritti*, o meglio *diritto della personalità.* La moderna concezione del diritto civile, che esalta la posizione della persona nell'ordinamento, e attua in primo luogo le norme costituzionali, consente di unificare gli argomenti, sì che le disposizioni contenute nel codice civile e nelle leggi speciali riguardo alla persona possano essere corretamente interpretate *alla luce del dettato costituzionale*." (ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato.* Padova: CEDAM, 2013, pg. 175).

existência onde a pessoa tenha garantido o gozo e o respeito ao seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas"[98]-[99].

É atualmente inimaginável que a pessoa humana não seja soberana em relação aos seus próprios caracteres essenciais. Teresa Ancona Lopez, a este respeito, ensina que estes caracteres essenciais (que ela chama de "dimensões da pessoa humana") podem ser agrupados em três centros: (i) físico; (ii) intelectual e (iii) moral[100].

O centro *físico* recai, como o próprio nome diz, sobre os aspectos físicos da pessoa humana; ou seja, a integridade física corpórea, total ou parcial, seja durante a vida, seja após a morte. Aqui se encontram direitos como a inviolabilidade da integridade física por terceiros, em vida ou após a morte (integridade do túmulo); a possibilidade de doação de órgão em vida (se não for prejudicar a própria pessoa – ex. doação de um rim) ou após a morte (coração, pulmões, pele, fígado, etc); decisões sobre a própria saúde (fazer ou não fazer determinada cirurgia, transplante, etc – ex. caso dos Testemunhas de Jeová) e, por fim, decisões sobre o término da própria vida ou a de fetos (testamento vital, ortotanásia, eutanásia, aborto).

Estes caracteres de natureza física, vale dizer, não são absolutos[101], como normalmente prega a doutrina; o que, aliás, só ajuda a reforçar que os direitos humanos, da

---

[98] BELTRÃO, Silvio Romero. *Limites ao livre desenvolvimento da personalidade e o estudo de um caso concreto. In Direito Civil – Estudos em Homenagem a José de Oliveira Ascensão – Vol. 2 – Direito Privado (Coords José Fernando Simão e Silvio Romero Beltrão).* São Paulo: Atlas, pag. 66.

[99] "Consideram-se da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma, e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa dos valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade e outros tantos." (BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade.* São Paulo: Saraiva, 2015, pag. 29).

[100] "Os direitos da personalidade são as prerrogativas do sujeito em relação às diversas dimensões de sua própria pessoa. Assim, na sua dimensão física exerce o homem os direitos sobre sua vida, seu próprio corpo vivo ou morto ou sobre suas partes separadamente. Isto é o que chamaríamos de direitos sobre a integridade física. (...). Outra dimensão do homem é a intelectual. Como decorrência disto, toda pessoa tem direito às suas próprias criações artísticas, literárias e científicas, assim como tem o direito de manifestar suas opiniões como lhe convier. É o que o Prof. Limongi França chama de direitos à integridade intelectual. Finalmente, temos a dimensão moral e é aí que se localiza o gozo dos direitos sobre a integridade moral. Dentre esses estão o direito à liberdade, à honra, ao segredo, ao recato, ao nome, ao próprio retrato e à própria imagem, hoje consagrados pela Constituição Federal." (LOPEZ, Teresa Ancona. *O Dano Estético.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pags. 55/56).

[101] Até mesmo os defensores do direito absoluto e indisponível acabam enxergando essas flexibilizações: "Revestindo-se das qualidades gerais dos direitos da personalidade, acompanha o ente humano desde a concepção à morte, ultrapassando as barreiras fisiológicas e ambientais para alcançar tanto o nascituro quanto o corpo sem vida. Mas, ao contrário do direito à vida, *é disponível, sob certos condicionamentos, ditados pelo interesse geral.*" (BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade.* São Paulo: Saraiva, 2015, pag. 129).

personalidade e/ou fundamentais não decorrem do direito natural, e sim do direito positivo (além da moral, costume, aspectos históricos, culturais, religião, etc; enfim, dos valores consagrados naquela própria sociedade). Se fossem absolutos e baseados no direito natural, a utilização de drogas (inclusive bebidas alcoólicas) seria vedada; ademais, pena de morte (o Brasil admite em hipótese de guerra declarada, *ex vi* art. 5º, inciso XLVII, "a" da Constituição Federal), liberação de aborto, eutanásia e ortotanásia seriam combatidas mundialmente; da mesma forma, não existiriam Estados que permitissem a mutilação como sanção criminal; também seria vedada a vacinação compulsória (lembremos aqui da Revolta das Vacinas, no Rio de Janeiro, em 1904) e a extração de sangue compulsória para fins de saúde pública; igualmente seria vedada qualquer tentativa de esterilização humana (em alguns países a esterilização é regra); por fim, seria terrivelmente combatida a transgenitalização (cirurgia de mudança de sexo). Isso para não citar outros exemplos mais heterodoxos[102].

O centro intelectual, por seu turno, é o responsável pela intelectualidade da pessoa humana; vale dizer, as criações, invenções e livre manifestação de cada indivíduo. As criações são tuteladas através dos Direitos Autorais; as invenções através da Lei de Propriedade Industrial; a livre manifestação através do direito de se expressar, peticionar e opinar.

Neste grupo alguns direitos também não são absolutos. A livre opinião e manifestação encontra limites na ética, na moral, na sociedade, na capacidade probatória do fato, na vedação de ofensa e do anonimato.

---

[102] "Outro aspecto a ser levado em consideração é a nova dimensão que o ato de disposição do corpo vem assumindo, visto que este, saindo de uma lógica proprietária, permite à pessoa usá-lo como instrumento de expressão para realizar protestos ou mesmo manifestar a própria posição perante a vida. Refiro-me aos fenômenos da bodyart e da body modification. A bodyart é um antigo método de manifestação cultural, política e intelectual que utiliza o corpo para veicular ideias, como o caso da estudante de artes plásticas que resolveu tatuar seu corpo com manchas pretas imitando o couro de uma vaca malhada holandesa com o intuito de protestar contra a incapacidade do ser humano de digerir ideias novas e diferentes. 12 Com a body modification, trata-se de modificação deliberada sobre o próprio corpo por razões que não sejam médicas. Creio que todos tenham ouvido falar no homemlagarto13, um indivíduo que se submeteu a sucessivas cirurgias com a finalidade de se assemelhar a um lagarto. Com sucesso. O seu objetivo era fazer as pessoas refletirem sobre a condição humana." (DE CICCO, Maria Cristina. *Atos de disposição do próprio corpo entre autonomia e dignidade da pessoa humana.* Revista Eletrônica Civilistica.com, Ano 2, n. 2. 2013, pag. 4. Disponível em http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Cicco-civilistica.com-a.2.n.2.2013.pdf. Acessado e visualizado em 13.10.2019).

Por fim, o centro moral do indivíduo é aquele responsável por todos os aspectos psicológicos da pessoa humana, como liberdade, privacidade, imagem, nome e honra. Novamente, tais direitos não são absolutos. A privação de liberdade é uma das sanções previstas no Direito Penal. A privacidade e a imagem ficam flexibilizadas diante do interesse jornalístico e do interesse público.

Estes três centros de caracteres especiais da pessoa humana possuem algumas características em comum. A doutrina pontua que eles são (i) absolutos; (ii) intransmissíveis; (iii) imprescritíveis; (iv) indisponíveis; (v) vitalícios e (vi) de natureza extrapatrimonial[103]. Ao que parece, contudo, essas características não têm essa força toda que a doutrina quer implantar.

Sobre os direitos da personalidade não serem absolutos[104], muito já foi dito nos parágrafos anteriores. A própria ordem jurídica limita o exercício destes direitos. Melhor é dizer que existe um dever de não interferência *erga omnes*, nos limites do ordenamento jurídico. A inoponibilidade é tecnicamente mais correta do que a adoção da tese de direito absoluto.

A questão da indisponibilidade/irrenunciabilidade dos direitos da personalidade parece remontar ao famoso caso do lançamento de anão, ocorrido na França em 1991. Manuel Wackenheim, francês, tinha enorme dificuldade em encontrar trabalho por ser anão (1,14mts); um certo dia, encontrou uma profissão: ser lançado, devidamente equipado e protegido, em colchões de ar, pelos frequentadores de bares e discotecas[105]. O caso chegou

---

[103] "Diz-se que são absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, indisponíveis, vitalícios e necessários. Absolutos, porque são de tal ordem que devem ser observados, respeitados por todos. Extrapatrimoniais, porque não se reduzem a dimensionamento de interesses nem a avaliações econômicas. São ditos imprescritíveis no sentido de que o exercício do direito pode dar-se qualquer momento na preservação de sua esfera de integridade, física ou moral. Indisponíveis, porque o titular não pode privar-se de seus direitos da personalidade, o que é muito mais do que intransmissibilidade, ou inalienabilidade. (...). Vitalícios, porque integrados à vida do titular, e, enquanto esta existir, perduram seus direitos, alguns dos quais podem produzir efeitos *post mortem*. Necessários, porque não se admite a ausência de qualquer um deles para o desenvolvimento da própria vida; são imprescindíveis à própria vida. Os direitos da personalidade podem ser divididos em direitos à integridade física e em direitos à integridade moral. Em relação à integridade física, destacam-se o direito à vida, o direito sobre o próprio corpo e o direito ao cadáver. Quanto aos direitos à integridade moral, tem-se o direito à honra, à liberdade, à privacidade e, numa esfera mais estreita, à intimidade, à imagem, ao nome e a direitos morais sobre as criações pela inteligência." (LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado – Parte Geral.* São Paulo: Saraiva, 2004, pag. 49/50).

[104] "Esse direito, como todos os demais direitos da personalidade, não é absoluto (...)." (LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Parte Geral.* São Paulo: Saraiva, 2013, pag. 137.

[105] SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade.* São Paulo: Atlas, 2013, pag. 01.

ao conhecimento do Prefeito de Morsang-sur-Orge, que proibiu aquela atividade, por considerá-la ofensiva ao próprio Manuel. Inconformado, ele recorreu à Corte Administrativa de Versailles, onde conseguiu anular (inexistência de distúrbio à ordem, à segurança ou à saúde pública) a decisão do Prefeito. O Prefeito recorreu e o Conselho de Estado da França deu provimento ao recurso, fundamentando a vedação da atividade na dignidade da pessoa humana. Manuel, então, apresentou uma reclamação ao Tribunal de Direitos Humanos das Nações Unidas, pontuando que aquele era o único trabalho que havia conseguido encontrar e que a vedação o condenaria a uma vida sem dignidade (sem trabalho, sem dinheiro, sem condições mínimas de viver), além de afrontar sua liberdade. A Corte de Direito Humanos, no entanto, rejeitou a reclamação, salientando que de fato aquela atividade violaria a dignidade da pessoa humana[106]. Por conta disto, fortaleceu-se a tese de que os direitos da personalidade são irrenunciáveis, ainda que a própria pessoa entenda ser melhor para ela. Mais do que isto, sedimentou a ideia de que o Estado "precisa proteger certos direitos essenciais do Homem, não apenas contra ameaças do próprio Estado ou de outros particulares, mas também, em situações extremas, contra a vontade do próprio titular desses direitos" [107].

A indisponibilidade/irrenunciabilidade é inerente a este grupo de direitos. Indisponível significa dizer que o titular não pode abrir mão destes direitos (irrenunciabilidade). Aqui é importante fazer uma distinção: a irrenunciabilidade do direito à integridade física, por exemplo, não exclui que o indivíduo possa, no caso concreto, doar um rim para salvar outrem; o que não se admite é a renúncia da integridade física de forma abstrata[108] (se a pessoa doar o rim, ainda assim persistirá o direito da integridade física). Situações de disponibilidade (renúncia) concretas são corriqueiras, seja em virtude de religião (Testemunho de Jeová que recusa a transfusão de sangue que pode ser vital), seja em virtude da mera liberdade concedida ao indivíduo (doação de um rim para salvar outra pessoa). Até mesmo a manutenção da vida – suposto valor supremo do ordenamento jurídico[109] - pode ser recusada pela pessoa humana, como os casos já positivados da ortotanásia, através das Resoluções do Conselho Federal de Medicina.

---

[106] SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade.* São Paulo: Atlas, 2013, pag. 02.
[107] SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade.* São Paulo: Atlas, 2013, pag. 02.
[108] "O titular pode renunciar ao exercício de um direito da personalidade, mas não pode renunciar ao direito em si." (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil, Tomo I, Teoria Geral.* São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 75).
[109] "Suposto" porque, minoritariamente, parece ser a liberdade o valor supremo, e não a vida. Daí que alguém pode tirar a própria vida em razão da liberdade que lhe é concedida.

Ronald Dworkin, em minucioso estudo sobre o tema, pugna pelo respeito máximo à autonomia do paciente, pontuando que "devemos ter a preocupação de respeitar ao máximo a autonomia do paciente, seus interesses fundamentais e o valor intrínseco ou a santidade de sua vida. (...) A ideia que, como afirmei, nos une a todos – a ideia de que nossas vidas têm um valor intrínseco e inviolável – também nos divide profunda e sistematicamente, pois a concepção de cada pessoa sobre o *significado* dessa ideia irá acompanhá-la ao longo de toda a sua vida"[110].

Mais do que nunca, a sociedade – e o direito deve acompanhar estas mudanças – vem entendendo como bem jurídico mais importante a liberdade, mesmo em detrimento da vida. Assim, caminha-se para que seja dada ampla e total autonomia para que a própria pessoa decida como construir o próprio projeto de vida digna[111]. O ordenamento jurídico não diz o que é uma vida digna, apenas coloca a dignidade como seu valor supremo e central. Ainda bem que é assim. Não existe uma receita caseira para uma vida digna; isto apenas pode ser construído e entendido pela própria pessoa[112].

Ademais, mister dizer que igualmente não parecem ser imprescritíveis. O ressarcimento de uma lesão à integridade física de alguém se sujeita ao prazo prescricional da responsabilidade civil. A regra também vale para o dano causado à reputação de alguém pela publicação de fatos falsos. Sob qualquer prisma, não é possível defender que sejam

---

[110] DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida – aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, pag. 36/38.

[111] "L'assunto è che nella nostra forma di vita si conviene ormais, alla stregua di um dato di fatto, di riconoscere che ogni individuo ha il diritto di decidere come costruire il proprio personale progetto di "vita buona", a quali valori ispirarlo e come perseguirne la realizzazione, nelle alterne vicende della vita, attraverso le scelte con le quali ognuno di noi anticipa quel che vuol fare della sua vita e, in definitiva, il tipo di persona che vuol essere o diventare. Questa libertà, in sé considerata, non tolera limitazione alcuna, nel senso che non existe argomento a sostegno dell'eventuale pretesa di altri di dicidere per me quale sia il piano di vita buona per me. (...) Al contrario, nessuna vita migliora se è condotta dall'esterno in base a valori che la persona non approva. (...) Una limitazione di questa libertà può dunque essere giustificata solo in presenza di un danno reale ad altri o alla società, quando cioè le azioni che ognuno compie per realizzare il próprio piano di vita possono toccare interessi, diritti e piani di vita degli altri." (NERI, Demetrio. *Il diritto di dicidere la propria fine. In Trattato di Biodiritto – Il Governo del corpo – Tomo II (coords. Stefano Rodotà e Paolo Zatti*). Giuffrè Editore, 2011, pág. 1786).

[112] "Un carattere sembra anzi tutto contraddistinguere gli atti a contenuto non patrimoniale: la peculiare rilevanza attribuita alla volontà del disponente. Nella disciplina di queste fattispecie, infatti, si sottolinea costantemente l'esigenza – di più, la necessità – che il consenso dell'autore dell'ato sia pieno, efetivo, mai presunto, attuale, spontaneo, consapevole, informato: caratteri, questi, non sempre richiesti con pari intensità per la validità dei contratti, ove si registra un'impostazione prevalentemente oggetiva." (BONA, Laura Di. *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, pag. 64).

imprescritíveis, principalmente porque alguns deles são meros direitos subjetivos, e, como tais, passíveis de prescrição e decadência[113].

É verdade que é possível dizer que apenas são imprescritíveis em relação à tutela do direito da personalidade. Desta forma, uma foto publicada sem autorização há 15 (quinze) anos pode ser objeto de ação judicial para que seja excluída, inexistindo, para os defensores da tese, prazo prescricional neste sentido. Entretanto, vale lembrar que não temos regra no ordenamento jurídico brasileiro sobre a imprescritibilidade dos direitos da personalidade; ao passo que temos uma regra geral (art. 206 do Código Civil) que submete todos os direitos subjetivos ao prazo prescricional de dez anos, quando não previsto prazo inferior[114].

Ademais, tecnicamente estar-se-ia diante da impossibilidade da perda de um direito, e, portanto, discute-se o direito em si e não a pretensão dele decorrente. Logo, a possibilidade do pedido judicial de remoção de uma imagem publicada indevidamente seria indecaível, e os efeitos patrimoniais ressarcitórios daí decorrentes seriam, sim, prescritíveis. Desta forma, será possível tirar a foto de circulação, mas não será possível a reparação do dano causado pela imagem.

Mesmo esta hipótese (de tirar a foto de circulação), embora abstratamente possível, é de difícil apuração no caso concreto, na medida em que o decurso do lapso temporal poderia acarretar renúncia tácita (ou *supressio*, como desejam alguns, embora a nosso ver ambos os institutos são a idênticos). Assim, preferimos concluir pela indecaibilidade dos direitos da personalidade e da prescritibilidade das pretensões patrimoniais a serem deduzidas pela violação de algum destes direitos.

Por fim, também não são "necessários" no sentido de imprescindibilidade à vida. A lesão a um direito da personalidade, muito embora gere um dano (moral lato sensu), não impede necessariamente a vida.

---

[113] Como idealizado por Agnelo Amorim Filho, em artigo intitulado "Critério Científico pra distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis", o qual, por sua vez, foi idealizado na classificação das ações de Chiovenda.

[114] "A doutrina brasileira reiteradamente aponta a imprescritibilidade como característica dos direitos da personalidade, no entanto os autores nacionais raramente dispensam a essa característica mais do que algumas linhas, apenas asseverando que os direitos da personalidade não se perdem pelo não uso e não são adquiridos pelo decurso do tempo. Parece-nos, entretanto, que a questão não é tão simples assim." (ZANINI, Leonardo Estevam de. *Direitos da Personalidade.* São Paulo: Saraiva, 2011, pag. 217).

Desta forma, entendemos que as características dos direitos da personalidade são: (i) a intransmissibilidade, cientes de que existe uma legitimidade extraordinária para tutelar os direitos da personalidade de pessoa falecida; (ii) a irrenunciabilidade, ressaltando que ela se refere ao direito em si, e não a uma situação específica concreta; (iii) a vitaliciedade, lembrando a possibilidade de alguns efeitos continuarem a serem produzidos após a morte; (iv) a natureza não econômica, (v) a oponibilidade *erga omnes*, nos limites do ordenamento jurídico e (vi) a indecaibilidade dos direitos da personalidade, com a prescritibilidade das pretensões patrimoniais.

O Código Civil brasileiro de 2002 inovou ao trazer um capítulo destinado aos direitos da personalidade (arts. 11 a 21). Apesar da inovação, a doutrina tem criticado a timidez com que o legislador regulamentou o tema, principalmente se comparado com o anteprojeto do Código Civil e com o entendimento já consolidado da própria doutrina e jurisprudência[115].

O artigo 11 funciona como cláusula geral dos direitos da personalidade e estabelece que eles são, com exceção dos casos previstos em lei, intransmissíveis e irrenunciáveis, salientado que o seu exercício não pode sofrer limitação voluntária. Percebe-se, aqui, que o legislador pontuou pela irrenunciabilidade (indisponibilidade) dos direitos da personalidade, ressalvadas as hipóteses legais. Como já mencionamos anteriormente, a ortotanásia não é regulada por lei alguma, e começa a ser admitida no sistema jurídico brasileiro. Refutamos, uma vez mais, a absoluta irrenunciabilidade destes direitos tal como colocada pelo Código Civil brasileiro[116].

No movimento de despatrimonializacão do Direito Civil, o artigo 11 ainda deve ser analisado não só como cláusula geral dos direitos da personalidade, mas, também, como

---

[115] "Embora anunciado como uma importante inovação, o capítulo destinado aos direitos da personalidade acaba sendo, a bem da verdade, um dos terrenos onde mais nitidamente se percebe o acanhamento do legislador de 2002, principalmente quando se compara o teto codificado ao que já se havia positivado e ao estado da doutrina e da jurisprudência." (TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República – Tomo I.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pag. 31).

[116] "Exagera, contudo, o art. 11 quando veda toda e qualquer "limitação voluntária" ao exercício dos direitos da personalidade. A vedação lançaria na ilicitude não só os *reality shows*, mas também atos bem mais prosaicos, como furar a orelha, lutar boxe ou expor informações pessoais em redes sociais (...). Em uma série de situações não previstas em lei, mas socialmente admitidas, as pessoas desejam e aceitam limitar, pontualmente, o exercício de algum atributo da própria personalidade." (SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade.* São Paulo: Atlas, 2013, pag. 27).

cláusula geral de qualquer situação jurídica de natureza existencial.[117] Nesse sentido, é importante conceituar a situação jurídica existencial; que, como proposta pela doutrina, significa "o poder reconhecido pelo ordenamento jurídico para a auto-regulamentação de interesses existenciais. Nesse sentido, a autonomia privada existencial se apresenta como instrumento de promoção e desenvolvimento da personalidade. Por conseguinte, os atos de autonomia privada podem ter conteúdo patrimonial ou não-patrimonial, cada qual submetido à lógica própria. Por este motivo, enquanto os atos de autonomia privada que têm por objeto situações patrimoniais encontram fundamento constitucional na livre iniciativa, aqueles que têm por objeto situações existenciais se reconduzem à cláusula geral de proteção da pessoa humana. Releva a distinção porque, ao diverso fundamento, corresponde diversa colocação na hierarquia das fontes. Conferir fundamentos constitucionais diferente para a autonomia privada nas situações patrimoniais e nas situações existenciais, sendo aquela pautada na livre inciativa e esta na dignidade da pessoa humana, portanto, corresponde à prevalência da proteção dos interesses existenciais sobre os patrimoniais"[118].

O artigo 12, por seu turno, visa salientar quais são as tutelas jurídicas colocadas a favor da pessoa (natural ou jurídica) nas hipóteses dela ter seus direitos da personalidade violados. Desta forma, "pode-se exigir que cesse a ameaça ou a lesão" (tutela inibitória), "e reclamar perdas e danos" (tutela indenizatória), "sem prejuízo de outras sanções previstas em lei" (penais, inclusive). Na hipótese do titular do direito da personalidade violado ser falecido, terá legitimidade extraordinária para tutelar os interesses do falecido o cônjuge supérstite, qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau (art. 11, *parágrafo único,* CC).

Os artigos 13, 14 e 15 são destinados a tutelar o direito à saúde (lato sensu, como propõe a doutrina italiana). Nela são englobados a tutela do corpo (integridade física) e à saúde stricto sensu. Desta forma, a pessoa humana não pode dispor do próprio corpo, salvo por exigência médica, quando isso venha a acarretar a diminuição permanente da integridade física ou, ainda, quando contrariar os bons costumes (art. 13 CC). Na sequência, existe

[117] "O art. 11 do Código Civil prevê as características dos direitos da personalidade, mas que são, comumente referidas em face das situações pessoais em geral. Em virtude disso, a análise do citado art. 11 não se atém aos direitos da personalidade, mas abrangerá todas as situações subjetivas existenciais."
(MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pag. 151).

[118] MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Negócios (Bio)jurídicos. In Dos hospitais aos Tribunais (coords. Ana Carolina B. Teixeira e Luciana Dodalto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, pag. 623.

previsão legal para a possibilidade de estipular regras sobre a destinação do próprio corpo (total ou parcial) após a morte (art. 14 CC), o que é melhor regulado pela Lei de Doação de Órgãos, Tecidos e Partes do Corpo Humano para fins de Transplante e Tratamento (Lei 9.434/1997). Além dessa possibilidade, o corpo também poderá ser doado para fins científicos. Por decorrer de ato *inter vivos* com eficácia *post mortem*, ele pode ser revogado a qualquer tempo e de qualquer forma, inclusive através de testamento (art. 14, *parágrafo único*, CC). Por fim, o artigo 15 diz que "ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica".

Apesar destas aparentes normas rígidas e absolutas, já demonstramos que elas podem ser flexibilizadas. Desta forma, é comum que uma transfusão de sangue (muitas vezes vital) seja recusada por indivíduos Testemunhas de Jeová, na medida em que isso contraria sua religião. Entre morrer de forma "pura" (ou perder um membro ou ter sua saúde comprometida) e ficar vivo de forma "impura", é opção deste grupo de pessoas o prejuízo à saúde. Também já mencionamos a possibilidade de uma pessoa doar um órgão (rim, por exemplo) para outra, a fim de salvar-lhe a vida. Muito embora seja possível viver com apenas um rim, é nítido que houve diminuição permanente da integridade física, o que supostamente violaria o artigo 13 do Código Civil. Daí, também, que insistimos ser a liberdade o bem supremo tutelado pelo ordenamento jurídico, e não a vida, como proposto pela maior parte da doutrina e jurisprudência.

Os artigos 16, 17, 18 e 19 do Código Civil são destinados à tutela do nome da pessoa. Desta forma, e até por uma questão de dignidade, "toda pessoa tem direito a um nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome", *ex vi* art. 16 do Código Civil. Prenome é o que vulgarmente se conhece como "nome" de uma pessoa (Ex. Marcelo, Carlos, Maria e Beatriz), de livre estipulação pelos pais, desde que não exponha o filho ao ridículo (*ex vi* art. 56, Parágrafo Único, da Lei de Registros Públicos[119]) ao passo que o sobrenome é o signo familiar que irá distinguir um Marcelo de outro e daí por diante. É o sobrenome que permite identificar que uma pessoa pertence àquela família. É possível, ainda a existência de um

[119] "Art. 56.
Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente."

agnome, que funciona como um símbolo distintivo dentro da mesma família (ex. Filho, Neto, Junior).

Como reflexo do direito ao nome, que, à luz da sociedade, é um signo de diferenciação e de identificação pessoal[120], é vedada a utilização do nome de alguém em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória, como preceitua o art. 17 do Código Civil. Por conta desta redação, pontua a doutrina que o direito não protege o nome em si, mas sim a personalidade da pessoa detentora do nome[121]. A crítica a ser feita é que o direito ao nome é um direito da personalidade autônomo, e não pode ser sempre vinculado ao direito à honra. Ademais, como lembra Anderson Schreiber, "o uso não autorizado do nome nem sempre é ilegítimo"[122], bastando lembrar da possibilidade de matéria jornalística que precisa citar o nome de uma pessoa para relatar um fato ocorrido (político corrupto, por exemplo). O critério a ser adotado pelo legislador deveria ser outro, mas ao intérprete do direito cabe o árduo papel de tentar encontrar as melhores soluções possíveis. Desta forma, parece razoável que a utilização do nome sem autorização apenas seja combatida quando não houver o interesse público[123].

Ainda que não exponha a pessoa ao desprezo público, é vedada a utilização do nome de alguém sem autorização para fins de publicidade de qualquer natureza. Embora o Código Civil (art. 18) mencione apenas para fins de "propaganda comercial", nos parece que não pode ser utilizada em nenhuma publicidade, na medida em que viola os direitos da

---

[120] "Ao mesmo tempo, pode-se afirmar que o nome da pessoa é sua principal identificação e é a porta de entrada para os segredos de sua intimidade pessoal e da reserva de sua priva privada. Pelo nome, a imagem se revela; pelo nome, a pessoa se faz presente no espaço moral e jurídico de sua experiência humana e, pelo nome, aflora a fama, que contribui, de outra maneira, para a identificação total da pessoa." (NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil, Vol. 1, Tomo II, Parte Geral.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pag. 20).

[121] "O artigo menciona apenas a exposição ao desprezo público, mas por certo o direito ao nome compreende toda e qualquer agressão que tencione atingir a pessoa pela via do menosprezo a este sinal distintivo. Este o sentido da lição de Maria Celina Bodin de Moraes: "Parece oportuno ressaltar que o nome não é protegido em si e per si mas enquanto se encontra indissoluvelmente ligado à personalidade do portador. O fato de o nome de alguém não poder vir a ser empregado por outrem somente se o seu uso puder ensejar desprezo público, e não também quando gerar simpatia, por exemplo, indica que o que se protege não é propriamente o nome mas a pessoa e sua dignidade, que seriam, através do nome, atingidas" (A Tutela do Nome da Pessoa Humana, p. 220)." (TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República – Tomo I.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pag. 47/58).

[122] SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade.* São Paulo: Atlas, 2013, pags. 192/193.

[123] SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade.* São Paulo: Atlas, 2013, pag. 193.

personalidade[124]. É obvio que na propaganda comercial isso é ainda mais grave, na medida em que alguém está explorando o nome de outrem para fins lucrativos.

A proteção do nome, repise-se, se dá pela individualização da pessoa na sociedade; ele permite que a pessoa seja reconhecida em seu meio social. Assim sendo, o pseudônimo (apelido) notório, adotado pela própria pessoa, goza da mesma proteção dada ao nome. Os dois casos mais notórios no Brasil são o do ex-jogador de futebol Edson Arantes do Nascimento, que adotou o apelido "Pelé", por meio do qual é reconhecido mundialmente e do ex-presidente da República Luís Inácio da Silva, que adotou o apelido "Lula" e, mais tarde, dado o fato de que era mais conhecido pelo apelido do que pelo nome, o incorporou ao seu nome, se tornando Luís Inácio Lula da Silva.

O artigo 20 do Código Civil é destinado à tutela da imagem, da voz, e das produções artísticas e literárias de qualquer natureza. Assim, estabelece o Código Civil que salvo (i) mediante autorização da própria pessoa (enquanto viva) ou dos detentores da legitimação extraordinária (após o falecimento) ou (ii) quando for necessário para a administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, é vedada "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". A interpretação literal do artigo 20 do Código Civil permite inferir que a utilização da imagem, escritos e/ou palavra só seriam vedadas quando violasse a honra, a boa fama, a respeitabilidade ou, então, quando se destinarem a fins comerciais; tal interpretação é inadmissível e inconstitucional, na medida em que a Constituição Federal estabelece a proteção da "imagem" e da "honra" sem qualquer restrição, *ex vi* art. 5º, inciso X (o Ordenamento Jurídico é um sistema; e de tal forma, deve ser interpretado de forma sistemática, e não estanque)[125]. Com efeito, é vedada a divulgação de imagem não autorizada ainda que o conteúdo não viole a honra, a boa fama, a respeitabilidade e não tenha finalidade

[124] SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade.* São Paulo: Atlas, 2013, pags. 194/195.

[125] "Essa regra, de redação ambígua, tem ensejado controvérsias acerca de sua constitucionalidade, pois o inciso X do art. 5º da CF enuncia a imagem e a honra como direitos da personalidade autônomos, sem depender um do outro para seu exercício ou proteção, notadamente quanto à reparação por danos moral e material. Pode haver lesão ao direito à imagem sem ter havido simultânea lesão à honra, bastando a primeira para a incidência da norma constitucional. Para salvar a regra do art. 20, sem a incompatibilidade que a interpretação literal acarretaria, não se pode condicionar a tutela jurídica de um direito à existência de idêntica lesão a outro, recorrendo-se à interpretação em conformidade com a Constituição." (LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Parte Geral.* São Paulo: Saraiva, 2013, pag. 143/144).

comercial[126], como, aliás, atesta o caso Sebastião Jesus em Santa Catarina[127]. A única exceção admitida é o interesse público, seja para fins de informação (jornalístico – nos termos da Lei da Imprensa), seja para fins da administração da justiça e manutenção da ordem pública.

A diferença é que a utilização comercial autorizaria, além da indenização a título de danos morais, também a indenização a título de danos materiais, com base no lucro que a pessoa teve divulgando imagem, escritos ou voz não autorizadas.

Aqui também se verifica a tutela extraordinária ao cônjuge supérstite, ascendentes e descendentes vivos, a fim de tutelarem os interesses do falecido, *ex vi* artigo 20, parágrafo único, do Código Civil. Chama particular atenção a (desnecessária) diferença de tratamento dada aos colaterais em relação à regra geral do artigo 12 do Código Civil, na medida que pela redação do artigo 20, não poderiam eles (colaterais até quarto grau) tutelarem os interesses do falecido. Por conta desta aparente antinomia, a doutrina tem entendido que a regra geral do artigo 12 se aplica também às hipóteses do artigo 20, ressalvadas as restrições impostas pelo próprio artigo 20 (Enunciado 5 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal). Desta forma, o rol dos legitimados, para fins de tutela aos direitos previstos no artigo 20, não abrange os colaterais até quarto grau.

Por fim, a tutela da vida privada da pessoa é tutelada no artigo 21 do Código Civil brasileiro, que estabelece ser ela inviolável, podendo o juiz, mediante requisição do interessado, adotar todas as providências necessárias (tutela específica, cominação de multa,

[126] "Tampouco há razão para que a proteção da imagem se limite às hipóteses de reprodução destinada a fins comerciais. O uso não autorizado da imagem alheia pode gerar responsabilidade mesmo quando não haja qualquer intuito comercial na sua utilização." (SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013, pag. 107).

[127] Sebastião Jesus é morador de rua na cidade de Lajes, Santa Catarina. Certa vez, sua imagem foi veiculada em uma campanha política, sem que, contudo, lhe fosse ofendida a honra. Tampouco se poderia falar em utilização comercial. Sebastião Jesus, ainda assim, ingressou com ação indenizatória e obteve êxito, sob o fundamento que direito à imagem e direito à honra são direitos autônomos e não vinculados. (Apelação Cível nº 2002.021.552-5, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Des. Rel. Newton Janke, julgado em 17.07.2008).

força policial, etc) para impedir ou fazer cessar a interferência na vida privada. É necessário ter em mente que a vida privada engloba a privacidade[128] e a intimidade[129].

Questão interessante e de alta relevância diz respeito a eventual tipicidade e taxatividade dos direitos da personalidade. O Código Civil de 2002 esgotaria o tema nos artigos 11/21 ou regulamentaria apenas aqueles direitos da personalidade tidos como mais comuns na prática jurídica?

Para responder esta questão de forma adequada, precisa ser lembrado que o fundamento de proteção dos direitos da personalidade atualmente tem sua matriz no princípio (no Brasil de natureza constitucional) da dignidade da pessoa humana. Isso significa duas coisas: (i) que a dignidade é o fundamento de todo direito da personalidade e (ii) por ser uma cláusula geral, o conceito de dignidade é moldado de acordo com a própria evolução social[130]; desta forma, o que hoje é direito da personalidade amanhã pode deixar de ser e o que hoje não é, amanhã pode vir a ser.[131]

---

[128] "Sob a denominação "privacidade" cabem os direitos da personalidade que resguardam de interferências externas os fatos da intimidade e da reserva da pessoa, que não devem ser levados ao espaço público. (...) O direito à intimidade diz respeito a fatos, situações e acontecimentos que a pessoa deseja ver sob seu domínio exclusivo, sem compartilhar com qualquer outra. É a parte interior da história de vida de cada um, que o singulariza, e que deve ser mantida sob reserva. Estão cobertos pelo manto tutelar da intimidade os dados e documentos cuja revelação possa trazer constrangimento e prejuízos à reputação da pessoa, quer estejam na moradia, no automóvel, no cube, nos arquivos pessoais, na bagagem, no computador, no ambiente de trabalho. O conceito de intimidade varia de pessoa para pessoa, mas acima acima de tudo depende da cultura de onde emergiu sua formação, em cada época e nos diferentes lugares onde desenvolva seu projeto existencial. (...). O direito à vida privada diz respeito ao ambiente familiar, e sua lesão resvala nos outros membros do grupo. O gosto pessoal, a intimidade do lar, as amizades, as preferências artísticas, literárias, sociais, gastronômicas, sexuais, as doenças porventura existentes, medicamentos tomados, lugares frequentados, as pessoas com quem conversa e sai, até o lixo produzido, interessam exclusivamente a cada indivíduo, devendo ficar fora da curiosidade, intromissão ou interferência de quem quer que seja (Monteiro, 2003, p. 99)." (LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Parte Geral.* São Paulo: Saraiva, 2013, pag. 138/139).

[129] "A distinção entre intimidade e vida privada nem sempre é fácil, pois condicionada aos variados ambientes culturais e às mutações ocorridas no tempo, razão por que quase sempre essas expressões estão conjugadas, como optou a Constituição. A alusão a uma quase sempre é abrangente da outra. De toda forma, quando a norma jurídica se refere a uma delas o intérprete deve considerar implicitamente referida a outra." (LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Parte Geral.* São Paulo: Saraiva, 2013, pag. 140).

[130] "Os direitos da personalidade consistem em atributos essenciais da pessoa humana, cujo reconhecimento jurídico resulta de uma contínua marcha de conquistas históricas." (SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade.* São Paulo: Atlas, 2013, pag. 13).

[131] "L'espressione tradizionale che riunisce la materia è *diritti della personalità,* espressione non sempre accolta con favore a causa della sua eccessiva ridigità, che si manifesta nella tendenza a recepire, soprattuto da parte da giurisprudenza, un unico diritto della personalità, cui si dovrebbe fare ricorso nelle molteplici, ed eterogenee, varietà di manifestazioni ove l'esigenza di tutela si riconduce (...)." (MAZZONI, Cosimo Marco. *Instituzioni di Diritto Privato (a cura di Mario Bessoni).* Torino: G. Giappichelli, 2013, pag. 125)

Há que se recordar que a privacidade é uma construção jurídica que começa no final do século XIX, pelos amigos Samuel Warren e Louis Brandeis, em artigo publicado em 1890 na Revista da Faculdade de Direito de Harvard ("The Right to Privacy"). E o estudo deles teve como causa a invenção da máquina fotográfica[132]. As novas tecnologias cada vez mais se colocam como vetores de importantes mudanças sociais, o que acaba por demandar novas soluções jurídicas.

Considerar os direitos da personalidade previstos no Código Civil como um rol taxativo, e estender a proteção deles apenas àqueles tipificados pelo legislador seria um enorme problema prático, na medida em que deixaria o sistema muito engessado; não sendo capaz de encontrar soluções rápidas às novas demandas sociais.

Ademais, o fenômeno da tipificação cada vez mais vem sendo destinado apenas a poucas áreas jurídicas, como por exemplo o Direito Tributário, o Direito Penal e o Direito das Coisas. Mesmo nos contratos – que os romanos tipificaram e tornaram taxativos – a regra é a atipicidade. Muito porque a tipicidade não conseguia resolver todos os problemas, fazendo com que as pessoas se utilizassem de formas típicas para buscarem efeitos atípicos (o que originou os contratos fiduciários e indiretos)[133].

A técnica legislativa das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, ademais, vem a corroborar a necessidade de permitir que o próprio ordenamento jurídico seja flexível a ponto de acompanhar as mudanças sociais. Um Código Civil estanque, sem esta técnica legislativa que marcou o século XX, estaria fadado ao colapso em pouquíssimo tempo, na medida em que nunca antes a sociedade (e os valores dela) mudou de forma tão drástica e tão rápida, diante das novas tecnologias que permeiam as necessidades sociais[134].

---

[132] Fotos não autorizadas do casamento da irmã de Warren estamparam os jornais da época.

[133] Para mais detalhes, ver *Negócios Indiretos e Negócios Fiduciários* (Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima), dissertação de mestrado apresentada como requisito parcial para aprovação no Mestrado na PUCSP no ano de 2016.

[134] "Mas mesmo aí os direitos da personalidade continuam a manifestar-se como uma categoria histórica, por serem sensíveis a variações no tempo e no espaço. O homem está no mundo e não fora dele. Os direitos da personalidade correspondem à circunstância histórica. O agravar das possibilidades técnicas de intromissão na vida privada, com a possibilidade de escutas, gravações não autorizadas, fotografias com teleobjetivas e assim por diante, deu a partir do final do século passado uma nova dinâmica à preocupação de defesa da personalidade. Hoje, é a intromissão informática, com as potencialidades espantosas de rastreamento de toda a vida social de cada pessoa através do cruzamento de dados, que representa o grande problema. Não se chegou ainda, apesar de várias leis sobre a tutela dos dados pessoais face à informática, a um equilíbrio entre a vida pessoal e o computador." (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil, Tomo I, Teoria Geral.* São Paulo: Saraiva, 2010, pag. 60).

Os direitos da personalidade encontrados no Código Civil (arts. 11/21) são apenas exemplificativos; na realidade, o legislador optou por tipificá-los exatamente por serem os mais comuns do ponto de vista histórico e fático.[135] Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF)[136] e a cláusula geral dos direitos da personalidade prevista no Código Civil (art. 12) não podem ser limitadas pelo legislador (em um rol taxativo). Assim sendo, "agressões à dignidade da pessoa humana, mesmo não tipificadas, são objeto de proteção pelos direitos da personalidade, com base e fundamento na própria dignidade da pessoa humana, a partir da cláusula geral do art. 12 do Código Civil"[137].

Na origem, eram identificados como direitos da personalidade (i) o nome; (ii) o domicílio; (iii) o estado; (iv) a capacidade e (v) o patrimônio. Entretanto, muitos outros direitos da personalidade já eram reconhecidos, de maneira atípica, praticamente todos eles vigentes até os dias atuais.[138]

---

[135] "Neste sentido, Pedro Paes de Vasconcelos esclarece que a tipificação dos direitos da personalidade respeita uma ordem social, onde os tipos foram consagrados diante de sua frequência, das reiteradas experiências de agressões da personalidade, pela gravidade que assumiram e assumem no sistema. Assim os direitos da personalidade típicos são estabelecidos por lei de acordo com a prática, em face das lesões à dignidade humana, que deixam cicatrizes nas pessoas e na memória do sistema. Do mesmo modo, tanto o Código Civil brasileiro quanto o Código Civil português estabeleceram uma cláusula geral de proteção contra ameaça ou lesão ao direito da personalidade, que deriva do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, devendo dessa forma receber proteção do direito não só os direitos tipificados no Código Civil e na Constituição Federal, mas também todos os direitos que representem a proteção da personalidade humana. A tipificação não constitui um limite aos direitos da personalidade, mas sim uma fragmentação daqueles tipos mais frequentes, bem como não determina a exclusão dos casos não previstos em lei, por não ser este o sentido dos direitos da personalidade." (BELTRÃO, Silvio Romero. *Limites ao livre desenvolvimento da personalidade e o estudo de um caso concreto. In Direito Civil – Estudos em Homenagem a José de Oliveira Ascensão – Vol. 2 – Direito Privado (Coords José Fernando Simão e Silvio Romero Beltrão).* São Paulo: Atlas, pag. 69/70).

[136] "Portanto, o princípio previsto no art. 1º, III, da Constituição funciona como uma cláusula geral de tutela da personalidade, permitindo a utilização dos mais diversos instrumentos jurídicos para sua salvaguarda. Como explica Maria Celina Bodin de Moraes: "não há mais, de fato, que se discutir sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, porque se está em presença, a partir do princípio constitucional da dignidade, de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana." (TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República – Tomo I.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pag. 33).

[137] BELTRÃO, Silvio Romero. *Limites ao livre desenvolvimento da personalidade e o estudo de um caso concreto. In Direito Civil – Estudos em Homenagem a José de Oliveira Ascensão – Vol. 2 – Direito Privado (Coords José Fernando Simão e Silvio Romero Beltrão).* São Paulo: Atlas, pag. 70.

[138] "La personalidad comporta cierto número de atributos que no se reducen, por los demás, exclusivamente a ventajas, a prerrogativas, sino que implican también, para aquellos que de dichos atributos están investidos, una multitud de deberes, de cargas, de obligaciones: todos somos más o menos prisioneros de nuestra propria personalidad y de los corolarios jurídicos que a ella siguen. Estos atributos, que corresponden a las personas morales lo mismo que a las personas humanas, con ciertas variantes, son principalmente: 1º El *nombre;* 2º El *domicílio*; 3º El *estado*; 4º La *capacidade;* 5º El *patrimonio.* A decir verdade, existen otros muchos atributos que necesitarían amplios desenvolvimentos: los *derechos de la personalidad* son tan numerosos como sagrados: derecho al honor, la consideración, a la integridad de la persona moral, intelectual o física, derecho a la manutención, al respeto del caráter privado, de la persona (*The right of Privacy,* de los americanos), por ejemplo, el derecho para todos de oponerse a la reproducción o la exposición de su retrato o de su fotografia, o la erección de su estatua: es el *right to be left alone,* el derecho a ser dejado tranquilo; y también, en un orden

Um bom exemplo de direito da personalidade atípico é o direito à identidade pessoal. O caso mais conhecido é o do advogado de São Paulo que teve sua imagem vinculada a uma reportagem sobre o público homossexual. Não se trata de violação à honra, na medida em que ser homossexual não é defeito e tampouco desabonador; tampouco se trata de ofensa à imagem, novamente porque não lhe é algo desabonador por si só (muito embora tenha sido a *ratio decidendi* no STJ); entretanto, trata-se do direito à identidade pessoal, ou seja, da pessoa ser corretamente identificada no seu meio social. O jornal que estampou a imagem do advogado acabou sendo condenado a indenizá-lo em R$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais)[139].

Deve-se ter, contudo, o cuidado necessário ao se classificar um determinado direito como sendo *da personalidade*. Não é qualquer direito que pode ser classificado desta forma, mas apenas àqueles que de fato tenham algum vínculo com a tutela da personalidade. Mais do que uma interpretação restritiva/extensiva do rol tipificado pelo Código Civil, é necessária uma criteriosa análise qualitativa[140]: "Quando o juiz deparar-se com situação fática que não se enquadra nos tipos legais de direitos da personalidade, mas que evidencia violação a esta, deve verificar se é cabível, no caso, a tutela do princípio da dignidade da pessoa humana. Essa operação hermenêutica de reenvio ao princípio assegura a plena aplicabilidade dos direitos da personalidade"[141].

---

de ideas menos general, el *derecho moral de autor* (...)." (JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil – Tomo 1, vol. 1*. Buenos Aires: Bosch y cia. Editores, 1950, pag. 193/194).

[139] "Civil. Responsabilidade Civil. Dano Moral. Reportagem de Jornal A respeito de Bares freqüentados por homossexuais, ilustrada por foto de duas pessoas em via pública. A homossexualidade, encarada como curiosidade, tem conotação discriminatória, e é ofensiva aos próprios homossexuais; nesse contexto, a matéria jornalística, que identifica como homossexual quem não é, agride a imagem deste, causando-lhe dano moral. Recurso especial conhecido e provido em parte." (Recurso Especial nº 1.063.304/SP, Terceira Turma STJ, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 26.08.2008., DJe 13.10.2008).

[140] "Com efeito, uma interpretação restritiva, porém qualitativa, mostra-se necessária, de forma que "só se pode falar em direito de personalidade quando a personalidade estiver efetivamente em causa" e assim o será quando presente um fundamento ético. Nesse contexto mínimo dos direitos da personalidade, um tanto quanto dentro da linha adotada pelo Código Civil brasileiro de 2002, proclama-se que direitos de personalidade seriam somente aqueles relativos à *inviolabilidade física, liberdade física de movimento, liberdade de fazer ou não fazer, de se manifestar (expressar-se, proferir religião, politicamente opinar), ao nome e ao pseudônimo, à honra e à verdade pessoal (história biológica).* A afirmação não leva, por evidente, à conclusão de que os direitos da personalidade não mereceriam máxima tutela, mas antes que é preciso separar o *joio do trigo*, no sentido de conferir proteção àquilo que efetivamente tenha ligação com a *personalidade.* É aí que reside o desafio, também no Direito brasileiro." (NALIN, Paulo. STEINER, Renata C.. *A Pessoa e o Direito na Obra de José de Oliveira Ascensão: entre a proclamação discursiva e a aplicação prática. In Direito Civil – Estudos em Homenagem a José de Oliveira Ascensão – Vol. 2 – Direito Privado (Coords José Fernando Simão e Silvio Romero Beltrão).* São Paulo: Atlas, 2015, pag. 25).

[141] LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Parte Geral.* São Paulo: Saraiva, 2013, pag. 133/134.

Por fim, vale dizer que os Direitos da Personalidade, tal qual os Direitos Humanos, não decorrem do *direito natural*[142], e sim do *direito positivo,* acima de tudo da cláusula geral da dignidade da pessoa humana[143]. O que se falou antes sobre os Direitos Humanos é igualmente aplicável a este capítulo[144].

1.5. Direitos Fundamentais da Pessoa Humana

A utilização dos "direitos fundamentais" como valores supremos da Constituição Federal foi cunhada na Constituição de Weimar – Alemanha, 1919 –, especialmente nos artigos 109º a 165º. Na sequência, se solidificaram na Lei Fundamental alemã de 1949, de onde ganharam o mundo (Constituição Italiana, Portuguesa, Espanhola, Brasileira, etc...).

---

[142] "A personalidade é a aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e obrigações. A Escola Positivista entende que a personalidade decorre do ordenamento jurídico, em anteposição aos jusnaturalistas, os quais defendem como inatos os direitos da personalidade e inerentes ao ser humano, independentemente de positivação." (LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado – Parte Geral.* São Paulo: Saraiva, 2004, pag. 12).

[143] "La considerazione giuridica della persona passa attraverso l'attribuzione di alcune qualità, come dignità e umanità, dichiarate inviolabili o assistite da un vincolo che ne impone l'assoluto rispetto; attraverso un emergere della materialità dell'esistenza, che tuttavia non ha nulla del fondamento puramente naturalístico, ma compreende le nuove artificialità che accompagnano o addirittura strutturano il corpo; attraverso diversi conformazioni di istituti giuridici tradizionali," (RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona.* Editoriale Scientifica, 2007, pag. 47).

[144] "Folgada maioria na doutrina brasileira e estrangeira busca em fontes suprajurídicas a justificativa dos direitos da personalidade. Salientam que se relacionam com atributos inerentes à própria condição humana, motivo pelo qual entendem decorrer do chamado *direito natural*. Para essa corrente, os direitos da personalidade manteriam estreito laço com uma concepção religiosa do Direito, sendo emanação divina. Exemplo utilizado para ilustrar diz respeito ao julgamento de Nuremberg, quando se condenaram atrocidades cometidas durante o período nazista, na Alemanha, sob pretexto de estar sendo cumprida a lei. Essa é a posição, seguramente, majoritária em sede doutrinária. Não parece ser a melhor solução. Efetivamente, embora em posição minoritária, entendemos assistir razão aos positivistas, que vislumbram a fonte precípua dos direitos da personalidade no próprio ordenamento jurídico. Ou seja, é a ordem jurídica que reconhece os direitos da personalidade, viabilizando o seu exercício. Com efeito, há evidente equívoco na escola jusnaturalista, que entende os direitos da personalidade como inatos ao homem, ou seja, afirmam decorrer de uma ordem jurídica previamente constituída (...). Resulta, assim, demasiadamente difícil aos jusnaturalistas explicar a aplicação de direitos da personalidade (garantidores da proteção humana) de forma inata em situações ainda hoje existentes, nas quais queda inerte a tutela humana, como nos países muçulmanos com suas penas corporais, nos países africanos com suas cirurgias de mutilação dos órgãos sexuais femininos e nos países que admitem a pena de morte. Se decorrem do direito natural (se são inatos), onde estariam escondidos os direitos da personalidade em tais situações? Tudo isso sem questionar os países que admitem a escravidão. Outro exemplo eloquente diz respeito aos direitos autorais que, embora classificados como direitos da personalidade, não são, às escâncaras, inatos, destruindo a tese jusnaturalista. Enfim, como afirmou Hanna Arendt, em passagem eloquente e célebre: "os direitos da personalidade não são um dado, mas um construído"." (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, vol 1, Parte Geral e LINDB.* São Paulo: Atlas, 2015, pag. 140/141).

Estes chamados "direitos fundamentais" exprimiam – não muito diferente de como é hoje – os direitos essenciais a toda pessoa humana.[145]

A matriz dos direitos fundamentais, entretanto, parece ser a Magna Carta inglesa de 1215, como mencionada anteriormente. Ainda na cronologia, pode-se citar a Constituição Norte-Americana, especialmente a primeira emenda (1791), que tem como finalidade estabelecer limites para a atividade do legislador. Desta forma, o Congresso ficou proibido de (i) estabelecer uma religião oficial; (ii) impedir ou dificultar o livre exercício da religião; (iii) limitar a liberdade de expressão; (iv) limitar a liberdade de imprensa; (v) limitar o direito de livre associação pacífica; (vi) limitar o direito de fazer petições ao governo com o intuito de reparar agravos[146].

Há quem mencione que os direitos fundamentais de hoje guardam relação com o direito natural de outrora[147], com o que não podemos concordar, por entender que existem uma série de direitos fundamentais que não correspondem aos direitos naturais.

A positivação destes direitos na Magna Carta demonstra uma clara supremacia deles em relação ao restante do ordenamento jurídico, não podendo nenhum outro ramo do direito (privado ou público) negar a eficácia dos "direitos fundamentais"[148].

Há quem sustente, não sem razão, que a centralidade da pessoa no ordenamento jurídico é o que dá sustentáculo à própria formação do Estado. Desta forma, a violação dos

---

[145] CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil – IV – Parte Geral e Pessoas.* Coimbra: Almedina, 2011, pag. 137.

[146] "É possível rastrear a ideia de que os direitos fundamentais são aplicáveis diretamente e vinculam os três poderes até à Primeira Emenda da Constituição da Filadélfia de 1791. Os *pais fundadores* dos Estados Unidos desejavam restringir os poderes legisferantes do Congresso da nova república. Essa restrição incidiria em matérias que, na linguagem contemporânea, denorminar-se iam "direitos fundamentais"." (RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo - Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, pag. 246).

[147] "L'espressione *diritti fondamentali* significa diritti che fanno parte della persona come tale. Sono perciò diritti intrinseci, caratterizanti la persona humana in quanto tale, e perciò inalienabili, imprescritibili e persino irrinunciabili (...). Una volta si usava, sulla scorta di un movimento di pensiero che ha lasciato grandi tracce anche sul pensiero giuridico contemporaneo, l'espressione *diritto naturali*, per alludere al carattere congenito di quei diritti alla natura della persona umana." (MAZZONI, Cosimo Marco. *Instituzioni di Diritto Privato (a cura di Mario Bessoni).* Torino: G. Giappichelli, 2013, pag. 125).

[148] "La Constitución garantiza derechos humanos fundamentales para una determinada sociedad. El Derecho Privado no puede apartarse de ellos y su sentido. Estos derechos reconocen un ámbito más amplio que el de la propria Constitución, ya que se encuentran reconocidos por la soceidad humana, sin límite de frontera política de ninguna especie. Juridicamente recogidos por tratados internacionales que están reflejando un consenso social mundial." (ITURRASPE, Jorge Mosset. PIEDECASAS, Miguel A. *Contratos – Aspectos Generales.* Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005, pag. 185).

direitos fundamentais (liberdade, vida, etc...) colocaria em xeque a legitimidade do Estado.[149]

Se o movimento de cristalização dos direitos fundamentais se deu na Constituição de Weimar, em 1919, no Brasil isto apenas veio a ocorrer setenta anos depois, após várias constituições e duas ditaduras. Somente em 1988, através da Constituição Federal ora vigente, que o Brasil seguiu a tendência constitucional europeia de estratificar a Magna Carta em "direitos fundamentais".[150]

O Preâmbulo da Constituição Federal já ajuda a compreender a importância destes direitos fundamentais. A passagem mais marcante é aquela que menciona que a intenção dos representantes do povo brasileiro (CF) se destina a assegurar o *exercício dos direitos sociais e individuais*; em outras palavras, o *exercício dos direitos fundamentais,* que englobam os direitos individuais, sociais, dentre outros.

A importância dos "direitos fundamentais" também fica evidenciada em virtude da posição topográfica deles no texto constitucional. O título I da Constituição é destinada aos "princípios fundamentais" (quatro primeiros artigos) e, logo na sequência, o título II trata dos "direitos fundamentais". Em termos normativos, perdem apenas para os "princípios fundamentais". O fato deste grupo de direitos ser imutável – cláusulas pétreas (art. 60, §4º

[149] "O reconhecimento da centralidade da pessoa ao Direito faz com que o próprio ente estatal exista em sua função. Assim, por exemplo, afirma Paulo Otero, ao sustentar que uma ordem constitucional que não tivesse em mente as garantias e direitos fundamentais de liberdade, dentre outros, careceria de legitimidade e sequer poderia ser considerada ordem constitucional. A lição do publicista é relevante exatamente para apontar que, também no campo do Direito Constitucional, a tutela da pessoa humana se faz presente como, aliás, não poderia deixar de ser." (NALIN, Paulo. STEINER, Renata C.. *A Pessoa e o Direito na Obra de José de Oliveira Ascensão: entre a proclamação discursiva e a aplicação prática. In Direito Civil – Estudos em Homenagem a José de Oliveira Ascensão – Vol. 2 – Direito Privado (Coords José Fernando Simão e Silvio Romero Beltrão).* São Paulo: Atlas, 2015, pag. 27).

[150] "Uma breve análise sobre a evolução constitucional brasileira mostra que a CF 88, inspirada principalmente no constitucionalismo alemão, português e espanhol, foi a primeira a lançar mão da expressão genérica *direitos e garantias fundamentais*, abrangendo as diversas espécies de direitos (individuais e coletivos, sociais, nacionalidade, direitos políticos), o que aproxima o direito constitucional positivo pátrio da tendência dominante no âmbito do direito comparado, especialmente a partir da Lei Fundamental da Alemanha, de 1949." (SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In Comentários à Constituição do Brasil (coords. J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck*). São Paulo: Almedina/Saraiva, 2013, pag. 184).

CF[151]) – pelo Poder Constituinte Derivado demonstra, ainda mais, que inexiste Constituição Federal de 1988 sem a proteção deles.[152]

Aos direitos fundamentais positivados – e já mencionados -, a doutrina constitucional pátria tem elencado e adicionado três características marcantes da Constituição Federal de 1988 aos "direitos fundamentais". São elas (i) seu caráter analítico; (ii) seu pluralismo e (iii) seu (forte) cunho dirigente.[153] Outra parte da doutrina ainda incorpora aos direitos fundamentais os direitos econômicos e culturais, como aponta Carlos Alberto Bittar[154].

Aliás, mais do que enunciar direitos subjetivos, os direitos fundamentais "representam decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, que se projetam em todo o ordenamento jurídico"[155]. Assim sendo, eles formam um conjunto de valores que protegem os indivíduos e servem de norte para que a administração pública possa realizar ações positivas que tragam concretude aos princípios constitucionais[156].

---

[151] "Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais."

[152] "Dentre as inovações, assume destaque a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o Preâmbulo e os princípios fundamentais. Igualmente inovadora foi a acolhida dos direitos sociais em capítulo próprio no título dos direitos fundamentais, o que se revelou fundamental para a valorização sem procedentes de tais direitos na ordem jurídica brasileira (...). Todavia, talvez a inovação mais significativa tenha sido a do art. 5º, §1º, da CF, de acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata (...). Já no que diz com a proteção dos direitos fundamentais, merece destaque, tal como já apontado, a sua expressa inclusão no rol das assim designadas "cláusulas pétreas" do art. 60, §4º, da CF, de tal sorte que se encontra vedada a supressão e erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do poder de reforma constitucional." (SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In Comentários à Constituição do Brasil (coords. J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck*). São Paulo: Almedina/Saraiva, 2013, pag. 184).

[153] SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In Comentários à Constituição do Brasil (coords. J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck*). São Paulo: Almedina/Saraiva, 2013, pag. 184.

[154] BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade.* São Paulo: Saraiva, 2015, pag.31.

[155] SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In Comentários à Constituição do Brasil (coords. J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck*). São Paulo: Almedina/Saraiva, 2013, pag. 185/186.

[156] "Em outras palavras, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas (e positivas) dos interesses individuais." (SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In Comentários à Constituição do Brasil (coords. J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck*). São Paulo: Almedina/Saraiva, 2013, pag. 185/186)

1.5.1. Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade – Conflito de Fontes ou Finalidade Diversa?

Muito se debate se haveria conflito entre os direitos da personalidade do direito privado (Código Civil) com aqueles listados como direitos fundamentais pelas Constituições Federais ao redor do mundo.

Um importante fator a ser analisado para fins de compreensão da multiplicidade de fontes dos direitos da personalidade guarda relação com as razões históricas. Via de regra, a ausência de proteção dos direitos da personalidade no direito privado fez com que primeiro fossem inseridos nas Constituições Federais. Com as constantes modificações na Magna Carta, era possível atualizar o direito de forma mais eficiente. Aliás, esta é uma das razões para a corrente do Direito Civil Constitucional, desenvolvida na Itália na segunda metade do século XX. Com efeito, o Código Civil Italiano de 1942 é um código fascista, editado no meio da Segunda Guerra Mundial, com valores oitocentistas. Já a Constituição Federal Italiana de 1947 – apesar de apenas cinco anos mais velha – foi promulgada após o final da Segunda Guerra, incorporando o homem no centro do ordenamento jurídico e baseada em princípios e valores sociais, características marcantes do século XX.

Neste ponto, a doutrina civilista italiana se deparou com um problema hermenêutico: ou se interpretava o Código Civil a partir da Constituição Federal italiana, ou se perpetuariam injustiças sociais, na medida em que os valores do Código Civil não espelhavam os valores da sociedade italiana na segunda metade do século XX. Esse fato ajudou a compreender o direito privado não como área isolada, mas sim como parte integrante de um ordenamento jurídico que tinha como lei suprema a Constituição Federal.

Existe, contudo, um segundo fator para que os direitos da personalidade hoje se encontram também protegidos pelas Constituições Federais. Menezes Cordeiro pontua que eles (direitos da personalidade) têm uma natural vocação de deter o Estado (ou de se antepor ao Estado), razão pela qual acabaram por ser objeto de estudo do direito público (e consequentemente do Direito Constitucional)[157].

[157] CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil – IV – Parte Geral e Pessoas.* Coimbra: Almedina, 2011, pags. 51/52.

Ainda que alguns dos direitos fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição sejam iguais a alguns direitos da personalidade protegidos pelo Código Civil (ex. imagem, honra, privacidade), os escopos de tutela são complementares.

Ab initio, a proteção dos direitos da personalidade na Constituição Federal – assim como os demais direitos fundamentais – tem como destinatário o Estado (relação vertical – *Estado-Pessoa*), no sentido de que ele deve garantir e não violar estes direitos e garantias concedidos pela Constituição em prol do povo brasileiro. Já os direitos da personalidade protegidos pelo Código Civil têm como destinatário outras pessoas (relação horizontal, *Pessoa-Pessoa*), na medida em que o Código Civil regula o direito privado; ou seja, as relações jurídicas privadas travadas entre as pessoas naturais e jurídicas. Seriam, portanto, os mesmos direitos; tratados em planos diferentes.[158]

Disto decorreria que os direitos fundamentais seriam oponíveis apenas em face do Estado, ao passo que os direitos da personalidade possuiriam eficácia *erga omnes*. Nesta linha, os eventuais direitos fundamentais oponíveis *ergam omnes* seriam, na realidade, direitos da personalidade, e não verdadeiros direitos fundamentais.[159]

Sobre isso (se seriam direitos da personalidade ou direitos fundamentais), é necessário deixar claro que os direitos fundamentais têm cunho político bastante elevado. Os valores e direitos positivados como direitos fundamentais passam necessariamente pelo Poder Constituinte. Disto resulta que eles não estão lá por conta do direito natural ou por conta de uma razão suprema, mas apenas e tão somente porque os representantes do povo assim quiseram e desejaram. Logo, se eles quiseram alçar os direitos da personalidade a

---

[158] "alguns desses direitos, quando enfocados sob o aspecto do relacionamento com o Estado e reconhecidos pelo ordenamento jurídico positivo, recebem o nome de "direitos fundamentais". São, pois, os mesmos direitos, mas examinados em planos distintos: de uma pessoa em relação a outras, e diante do Estado. Separa-os, nesse passo, a perspectiva de estudo, anotando-se, outrossim, que, no campo dos direitos fundamentais, vem-se identificando também um conteúdo próprio, com o acréscimo dos direitos econômicos, sociais e culturais ao lado dos direitos civis e políticos." (BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2015, pag.31).

[159] "Ainda a propósito do regime pôs-se a questão complexa da eficácia civil ou *erga omnes* dos direitos fundamentais. Recordamos que o problema ocorre porque, em princípio, os direitos fundamentais deveriam dirigir-se contra o Estado: apenas reflexamente se situariam no campo privado, obrigando outros particulares. (...). Os direitos fundamentais que, estruturalmente, surgem oponíveis *erga omnes* são, precisamente, os direitos da personalidade." "CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil – IV – Parte Geral e Pessoas.* Coimbra: Almedina, 2011, pag. 143).

direitos fundamentais, não compete à doutrina questionar a natureza deles, pontuando que não seriam, na realidade, direitos fundamentais.

Obviamente que esta segregação – Constituição apenas na relação Estado-Pessoa e Código Civil apenas na relação Pessoa-Pessoa – não poderia sobreviver aos dias atuais[160]. O ordenamento jurídico é *uno*, de sorte que a melhor interpretação é aquela sistemática. Desta forma, seria um tanto quanto simplista dizer que a tutela dos direitos da personalidade previstos na Constituição Federal não seriam aplicáveis nas relações de natureza privada entre duas ou mais pessoas[161]. Isso tanto não é verdade que já falamos sobre a aparente necessidade de interpretação constitucional do artigo 20 do Código Civil (que tutela a imagem e a honra, conjuntamente; ignorando que a imagem possui proteção constitucional como direito autônomo, não sendo necessário, portanto, a ofensa à honra para a proteção do direito de imagem).

Uma solução que nos parece adequada é proposta por Otávio Luiz Rodrigues Júnior. Ele reconhece que os direitos da personalidade e os direitos fundamentais têm aplicação

[160] "Ainda hoje a distinção entre *direitos fundamentais* e *direitos de personalidade* faz-se presente, tanto assim que o tratamento destes é feito quando do Estudo do Direito Civil e daquele, do Direito Constitucional (ou Administrativo). Para o Direito Internacional fala-se em direitos humanos ou direitos do homem. Não se pode, de forma alguma, defini-las como figuras idênticas, conquanto se lhe reconheçam pontos de contato (e convergência) e, ao mesmo tempo, não parece razoável aprisiona-las às barreira do *público* e do *privado*, que em si já não parecem se sustentar de maneira tão rígida quanto outrora." (NALIN, Paulo. STEINER, Renata C.. *A Pessoa e o Direito na Obra de José de Oliveira Ascensão: entre a proclamação discursiva e a aplicação prática. In Direito Civil – Estudos em Homenagem a José de Oliveira Ascensão – Vol. 2 – Direito Privado (Coords José Fernando Simão e Silvio Romero Beltrão).* São Paulo: Atlas, 2015, pag. 27).

[161] "Ainda neste contexto, sustentou-se, acertadamente, que em qualquer caso e independentemente do modo pelo qual se dá a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (isto é, se de forma imediata ou mediata), verifica-se, entre as normas constitucionais e o direito privado, não o estabelecimento de um abismo, mas uma relação pautada por um contínio fluir, de tal sorte que, ao aplicar-se uma norma de direito privado, também se está a aplicar a própria Constituição." (SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In Comentários à Constituição do Brasil (coords. J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck*). São Paulo: Almedina/Saraiva, 2013, pags. 196/197).

distinta; entretanto, para solucionar o problema das fontes, pontua que cabe ao Direito Privado (Civil) a primariedade dos casos[162]-[163].

1.5.2. Eficácia Horizontal e Vertical dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais podem produzir efeitos verticais e horizontais. Os efeitos verticais são aqueles entre Estado e o cidadão, normalmente utilizado pelo cidadão para invocar um direito fundamental em face do Estado; teria o direito fundamental o papel de proteger o cidadão[164]. Trata-se da aplicação mais comum e tradicional dos direitos fundamentais, exprimida no Pacto Social de Rousseau, Locke, Hobbes e outros filósofos do século XVIII.

Os efeitos horizontais decorrem de uma construção bem mais recente, tendo surgido na Alemanha, em 1958. A discussão era saber se "entre particulares poderiam incidir direitos fundamentais"[165]. Erich Lüth, crítico de cinema, incitou um boicote a um dos filmes de Veit Harlam, cujos filmes pretéritos haviam incitado a violência em face dos judeus. Veit Harlam, e a distribuidora do filme, ingressaram, então, com uma medida judicial em face de Lüth, argumentando que o boicote afrontava a ordem pública (protegida pelo BGB). Após ser condenado nas instâncias ordinárias, Lüth recorre ao Tribunal Constitucional alemão, que acolheu o pleito, indicando que a liberdade de expressão (direito fundamental) deveria se sobrepor à regra geral do BGB que dispunha sobre a proteção da ordem pública[166]. Assim

---

[162] "Na doutrina atual, especialmente a ligada ao chamado Direito Civil-Constitucional, tem-se defendido uma espécie de sujeição dos direitos da personalidade ao conceito publicístico de direitos fundamentais. Ao visto desta dissertação trata-se de um equívoco, porque dilata excessivamente o campo do Direito Constitucional. Melhor será a admissão do que os alemães chamam, em tradução literária, de "paralelismo dos direitos fundamentais" (...) segundo o qual há esferas próprias de atuação do Direito Constitucional e do Direito Privado, cabendo ao Direito Civil a primariedade dos casos." (RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *O Direito ao nome, à imagem e outros relativos à identidade e à figura social, inclusive a intimidade. In Direito Civil – Estudos em Homenagem a José de Oliveira Ascensão – Vol. 2 – Direito Privado (Coords José Fernando Simão e Silvio Romero Beltrão).* São Paulo: Atlas, pag. 6/7).

[163] Esclarece-se, diante das críticas formuladas na citação acima ao Direito Civil Constitucional e diante do fato do ora Autor integrar a escola do Direito Civil Constitucional, que não se defende aqui a sujeição dos direitos da personalidade aos direitos fundamentais. Pontua-se, apenas, que a interpretação dos direitos da personalidade previstos no Código Civil deve ser sistemática, abarcando também àquelas disposições previstas no artigo 5º da Constituição Federal.

[164] CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil – IV – Parte Geral e Pessoas.* Coimbra: Almedina, 2011, pags. 51/52.

[165] RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo - Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, pag. 246.

[166] "(...) o *core* da decisão é a assertiva de que os direitos fundamentais são *primordialmente* defesas do cidadão contra o Estado, mas a Constituição é uma ordem objetiva de valores, que deve vincular todas as áreas do

nasceu a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, aplicável na relação cidadão-cidadão, e não apenas na relação Estado-cidadão[167].

A teoria horizontal ainda se subdivide em outras duas: a direta e a indireta. Dominante no sistema jurídico alemão, a eficácia horizontal indireta (ou mediata), assinala que a aplicação do direito fundamental nas relações privadas prescinde da criação, no direito privado, de lei que incorpore o direito fundamental no código civil. Foi o modelo adotado e sedimentado no caso Lüth, como assinala Otávio Luiz Rodrigues Jr.[168].

Posição minoritária na Alemanha, porém acolhida maciçamente pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro[169], a eficácia horizontal direta (ou imediata), criada e desenvolvida por Hans Carl Nipperdey[170], postula pela aplicação direta das normas constitucionais que versem sobre os direitos fundamentais na relação entre privados.

Na relação entre privados, duas são as hipóteses: (i) a igualdade é comum a ambos ou (ii) um é detentor do poder econômico ou social, ao passo que o outro está em condição de inferioridade. No primeiro caso, a aplicação dos direitos fundamentais deve ser restrita à

Direito." (RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo - Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, pag. 246).

[167] "Além dos órgãos estatais (...) também os particulares, na condição de destinatários, estão sujeitos à força vinculante dos direitos fundamentais, temática habitualmente versada sob o rótulo da constitucionalização do direito privado ou, de modo mais preciso, da eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas." (SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In Comentários à Constituição do Brasil (coords. J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck*). São Paulo: Almedina/Saraiva, 2013, pags. 196).

[168] "O terceiro dos mais importantes legados da decisão Lüth para o Direito Civil foi definir o modelo de *eficácia indireta dos direitos fundamentais em relação aos particulares* como o mais adequado para resolver os problemas ínsitos ao Direito Constitucional e ao Direito Privado." (RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo - Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, pag. 269).

[169] "De qualquer modo, para além dessas e de outras considerações que aqui poderiam ser tecidas, constata-se que no direito constitucional brasileiro tem prevalecido a tese de que, em princípio, os direitos fundamentais geram uma eficácia direta *prima facie* na esfera das relações privadas (...)." (SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In Comentários à Constituição do Brasil (coords. J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck*). São Paulo: Almedina/Saraiva, 2013, pags. 197).

[170] RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo - Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, pag. 271.

preservação da dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade; no segundo caso, os direitos fundamentais podem ser aplicados integralmente[171]-[172].

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal acolheu a tese da eficácia horizontal em diversos julgados. Destacam-se o Recurso Extraordinário 201.819/RJ, de relatoria do Min. Gilmar Mendes[173], e o Recurso Extraordinário 161.243/DF, de relatoria do Ministro Carlos Velloso[174].

1.6. Conclusão

[171] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 395.

[172] "Sem adentrar especificamente o mérito destas concepções e das variantes surgidas no seio da doutrina constitucional, é possível constatar – a exemplo do que sustenta Vieira de Andrade – uma substancial convergência de opiniões no que diz respeito ao fato de que também na esfera privada ocorrem situações de desigualdade geradas pelo exercício de um maior ou menor poder social. Por isso não podem ser toleradas discriminações ou agressões à liberdade individual que atentem contra o conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais, zelando-se, de qualquer modo, pelo equilíbrio entre estes valores e os princípios da autonomia privada e da liberdade negocial e geral, que, por sua vez, não podem ser completamente destruídos." (SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In Comentários à Constituição do Brasil (coords. J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck*). São Paulo: Almedina/Saraiva, 2013, pags. 196).

[173] "Sociedade civil sem fins lucrativos. União brasileira de compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso desprovido. I. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. Ii. Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.(...)". (RE 201819/RJ. Min. Rel. Gilmar Mendes. Segunda Turma STF. Julgado em 11.10.2005)

[174] "Ementa: Constitucional. Trabalho. Princípio da igualdade. Trabalhador brasileiro empregado de empresa estrangeira: estatutos do pessoal desta: aplicabilidade ao trabalhador estrangeiro e ao trabalhador brasileiro. C.f., 1967, art. 153, § 1º; c.f., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido." (RE 161243/DF. Min. Rel. Carlos Velloso. Segunda Turma STF. Julgado em 29.10.1996).

Em sede de conclusão, é fato indiscutível que atualmente a pessoa humana figura no centro do ordenamento jurídico, cuja tutela é iniciada a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, encampado no artigo 1º da Constituição Federal.

O Direito, como ciência social aplicada, visa trazer segurança jurídica para a vida em sociedade. Logo, o destinatário do direito é a sociedade e, em último caso, a pessoa humana. É ela a estrela central do ordenamento jurídico; e a partir dela gravitam os demais institutos jurídicos.

Não é difícil, entretanto, ignorarmos este fato; e daí a necessidade de o próprio direito criar mecanismos de salvaguarda da pessoa humana. Afinal, se ela está no centro do ordenamento, é ela também o alvo principal das condutas antijurídicas.

Essas condutas antijurídicas podem recair sobre os bens de propriedade da pessoa humana ou sobre a própria pessoa humana.

Ao recair sobre a própria pessoa humana, o direito precisou criar soluções jurídicas que tutelassem o ser humano em especial, estabelecendo direitos e garantias mínimas que permitissem o seu desenvolvimento pleno.

Neste cenário, surgem os direitos humanos, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade.

Parece ser muito simplista dizer que estes direitos sejam idênticos, operando apenas em planos distintos (direitos humanos no campo internacional; direitos fundamentais no plano constitucional e direitos da personalidade no plano privado), como pontua boa parte da doutrina[175].

[175] "A ampla variedade de termos não deve gerar confusões. Todas essas diferentes designações destinam-se a contemplar atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica. O que muda é tão somente o plano em que a personalidade humana se manifesta. Assim, a expressão *direitos humanos* é mais utilizada no plano internacional, independentemente, portanto, do modo como cada Estado nacional regula a matéria. *Direito fundamentais*, por sua vez, é o termo normalmente empregado para designar "direitos positivados numa constituição de um determinado Estado". Já a expressão *direitos da personalidade* é empregada na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional. Trata-se, como se vê, do mesmíssimo fenômeno encarado por facetas variadas. O valor tutelado é idêntico e unitário: a dignidade humana." (SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade.* São Paulo: Atlas, 2013, pag. 13).

Isso talvez seja reflexo da visão do direito compartimentada, quando direito privado e direito público não se comunicavam. Mais do que nunca, o ordenamento jurídico deve ser visto como uma unidade, sendo que todos os ramos do direito estão interligados e interconectados.

Ainda que assim não fosse – e a visão compartimentada do direito fosse a mais adequada –, a menção aos planos continuaria, a nosso ver, equivocada.

Direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade, apesar de terem o mesmo objetivo (proteção da pessoa humana), estão longe de serem idênticos[176].

Os direitos da personalidade constituem o grupo mais homogêneo e restrito de mecanismos de tutela da pessoa humana. Eles incidem apenas sobre as características psicofísicas da pessoa (dignidade) – e daí a sua homogeneidade e restrição – podendo ser divididos em três grupos: (i) físico; (ii) moral e (iii) intelectual, como já exposto no capítulo 1.2. Sua fonte tradicional é o direito privado – no Brasil, especificamente artigos 11 a 21 do Código Civil –; entretanto, nada impede que tenham como fonte o direito constitucional (art. 5º, *caput* e incisos X e XII, por exemplo) e o direito internacional (Declaração de Direitos do Homem da ONU, Pacto de San José da Costa Rica, etc...).

Eles não são qualificados pela fonte e sim pela finalidade. Foi-se o tempo em que o Direito Privado continha regras apenas de Direito Privado e o Direito Constitucional se limitasse ao Direito Constitucional. Daí a imperiosa necessidade de se visualizar o ordenamento jurídico como uma unidade indissociável e indissolúvel. O estudo em diferentes áreas e planos visa apenas facilitar a compreensão da matéria, na medida em que a mente humana precisa primeiro visualizar a parte para poder compreender o todo (e daí a razão fundamental para o homem precisar *classificar* tudo aquilo que estuda).

---

[176] "Ainda hoje a distinção entre *direitos fundamentais* e *direitos de personalidade* faz-se presente, tanto assim que o tratamento destes é feito quando do Estudo do Direito Civil e daquele, do Direito Constitucional (ou Administrativo). Para o Direito Internacional fala-se em direitos humanos ou direitos do homem. Não se pode, de forma alguma, defini-las como figuras idênticas, conquanto se lhe reconheçam pontos de contato (e convergência) e, ao mesmo tempo, não parece razoável aprisiona-las às barreira do *público* e do *privado*, que em si já não parecem se sustentar de maneira tão rígida quanto outrora." (NALIN, Paulo. STEINER, Renata C.. *A Pessoa e o Direito na Obra de José de Oliveira Ascensão: entre a proclamação discursiva e a aplicação prática. In Direito Civil – Estudos em Homenagem a José de Oliveira Ascensão – Vol. 2 – Direito Privado (Coords José Fernando Simão e Silvio Romero Beltrão).* São Paulo: Atlas, 2015, pag. 27).

Assim é que os direitos elencados, exemplificativamente no art. 5º, *caput* e incisos X e XII, todos da Constituição Federal brasileira são, antes de direitos fundamentais, verdadeiros direitos da personalidade. E assim o são porque visam tutelar os aspectos psicofísicos da pessoa humana.

Se eles são, também, direitos fundamentais, isso se dá não porque operam em planos distintos, mas sim porque o Poder Constituinte preferiu elevá-los ao nível mais alto de proteção jurídica, deixando claro que eles não são exclusividade do direito privado, e assegurando que eles sempre estejam protegidos no ordenamento jurídico brasileiro, independentemente de ter ou não previsão na legislação infraconstitucional (lembre-se que em 1988 ainda vigia o Código Civil de 1916 que não versava sobre os direitos da personalidade).

A mesma ideia vale para os Direitos Humanos, cujo plano de atuação é o direito internacional. A tutela da vida, da honra e de outros direitos da personalidade nos tratados internacionais não retiram a qualificação destes direitos como sendo *da personalidade*. Eles são apenas alçados ao plano internacional, a serem observados e protegidos por todos os países signatários.

Assim, o direito da personalidade do direito privado é aquele protegido apenas pelo direito privado de um determinado Estado; ao passo que o direito da personalidade elencado na Constituição Federal possui aplicabilidade em qualquer esfera do direito daquele próprio Estado e, por fim, o direito da personalidade elencado em tratados internacionais é oponível e é aplicável a todo o ordenamento jurídico dos Estados signatários.

Ademais, surge como característica dos direitos da personalidade: (i) a intransmissibilidade, cientes de que existe uma legitimidade extraordinária para tutelar os direitos da personalidade de pessoa falecida; (ii) a irrenunciabilidade, ressaltando que ela se refere ao direito em si, e não a uma situação específica concreta; (iii) a vitaliciedade, lembrando a possibilidade de alguns efeitos continuarem a serem produzidos após a morte; (iv) a natureza extrapatrimonial; (v) o dever de não interferência *erga omnes*, nos limites do ordenamento jurídico; (vi) a indecaibilidade do direito (sendo prescritível a pretensão

indenizatória) e (vii) sua atipicidade, fazendo com que sua tutela não se limite aos direitos da personalidade típicos escolhidos pelo legislador.

Se é verdade que os direitos da personalidade são também direitos fundamentais constitucionais e direitos internacionais (humanos), o mesmo não se verifica na outra ponta. Os direitos fundamentais de um Estado são aqueles elencados, em nível Constitucional, à tutela de direitos e garantias da pessoa humana. O rol é muito mais amplo.

Os Direitos e Garantias Fundamentais, no ordenamento jurídico brasileiro, são aqueles relacionados (i) aos direitos e deveres individuais e coletivos; (ii) aos direitos sociais; (iii) à nacionalidade; (iv) aos direitos políticos e (v) aos partidos políticos.

Daí se verifica que são muito mais amplos do que os direitos da personalidade (que se limitam a serem mencionados em alguns incisos do art. 5º da Constituição Federal, destinado aos direitos e deveres individuais e coletivos). E não poderia ser diferente, considerando que os demais temas possuem um cunho essencialmente de direito público constitucional (direito ao voto, direito à propriedade e à herança, devido processo legal, juiz natural, cidadania)[177], não tendo razão para serem tutelados exclusivamente pelo direito privado.

Raciocínio idêntico se aplica aos direitos humanos, que acabam por misturar direito privado e direito público, a fim de tutelarem, por completo, a pessoa humana a nível internacional. Um bom exemplo é o Pacto de San José da Costa Rica, que agrupa direitos da personalidade, como integridade física, liberdade e nome, a direitos nitidamente públicos, como nacionalidade, devido processo legal, etc...

Um ponto em comum, entre todos eles, crucial para esta tese é que a violação destes direitos da pessoa humana, sejam eles *da personalidade,* sejam eles *fundamentais* ou sejam

[177] "No Brasil, há direitos no art. 5º que são tipicamente de personalidade, tal como a proteção à vida, intimidade, vida privada, honra e imagem (inciso X) e, por estarem inseridos no rol de direitos e garantias fundamentais, passam também a ser assim qualificados. Outros direitos, contudo, igualmente classificados como fundamentais, não configuram direitos de personalidade, como o direito ao voto, o direito à propriedade e à herança, o direito ao julgamento pelo juiz natural ou constitucional exemplificativamente." (NALIN, Paulo. STEINER, Renata C.. *A Pessoa e o Direito na Obra de José de Oliveira Ascensão: entre a proclamação discursiva e a aplicação prática. In Direito Civil – Estudos em Homenagem a José de Oliveira Ascensão – Vol. 2 – Direito Privado (Coords José Fernando Simão e Silvio Romero Beltrão).* São Paulo: Atlas, 2015, pag. 27).

eles *humanos* acabarão por gerar um dano de natureza extrapatrimonial (na medida em que a pessoa humana não possui um valor de face, de sorte que não é passível de ser calculado financeiramente), cujos reflexos serão analisados nos capítulos subsequentes.

A violação dos direitos humanos, da personalidade e dos direitos fundamentais atrelados aos aspectos individuais ou com reflexos sobre eles gera, na esfera cível, a possibilidade de indenização, através da responsabilização civil – imputação da responsabilidade pelos danos causados pelo causador do dano.

Entretanto, considerando que os danos causados pela violação destes direitos não são exclusivamente de natureza econômica (na medida em que incidem sobre aspectos psicofísicos da *pessoa humana* e, em alguns casos, da pessoa jurídica), é inviável a sua reparação em espécie. É impossível reparar o dano à personalidade decorrente de uma prisão injusta (ainda não é possível voltar no tempo), por exemplo; ou então o dano da utilização indevida da imagem de alguém (ainda não é possível apagar da memória da coletividade).

A indenização, nestes casos, terá, então, função meramente compensatória; isto é, uma quantia em dinheiro que terá como função tentar compensar o prejuízo moral sofrido pelo ofendido.

À essa função compensatória, marcante na violação de um direito inerente à pessoa humana, o direito civil brasileiro cunhou a expressão “indenização por danos morais”, cujo estudo aqui será desenvolvido.

A indenização por dano moral, apesar de vulgarmente ser uma coisa só, na realidade abrange um conjunto de espécies de danos diferentes, que não podem ser tratados tecnicamente da mesma forma.

O que diferenciará estas espécies de danos morais é exatamente a compreensão de qual aspecto da personalidade que foi violado, como será visto no capítulo apropriado.

Daí a imperiosa necessidade de ter debatido, neste primeiro capítulo, um pouco da evolução do conceito da pessoa humana ao longo dos séculos, bem como os aspectos mais

marcantes e singulares dos direitos humanos, dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais.

2. DIREITO OBRIGACIONAL E RESPONSABILIDADE CIVIL

Obrigação e responsabilidade são institutos que caminham juntos desde a Antiguidade. Não se pode, contudo, confundi-los. A construção dos institutos na atualidade remonta à doutrina alemã e italiana (em especial Brinz e Perozzi, respectivamente[178]) da segunda metade do séc. XIX, a qual tratou de diferenciar a "schuld" (débito, obrigação) da "haftung" (responsabilidade)[179].

Na Grécia Antiga inexistia um conceito acerca do vocábulo obrigação, muito embora os gregos conhecessem tal figura. Coube a Aristóteles a visão mais precisa sobre tal instituto, ao dividir as relações obrigacionais em voluntárias – oriundas de um acordo entre as partes – e involuntárias – oriundas de outros fatos que não um acordo entre as partes[180]. Mais tarde, esta classificação veio a ser aprimorada pelos romanos, que falavam, então, em obrigações *ex contractu* e *ex delicto,* respectivamente.

O Direito Romano antigo não utilizava o vocábulo obrigação, tanto era assim que a Lei das XII Tábuas não traz uma única menção ao instituto. A palavra que representava a ideia de obrigação era o "nexum"[181], contrato antigo cujo inadimplemento resultava na sujeição pessoal do devedor ao credor[182].

Foi apenas no Baixo Império Romano, especificamente após a *Lex Poetelia Papiria*, que a obrigação passou a ser encarada como ataque ao patrimônio do devedor. Com efeito, a experiência jurídica é sempre um produto de evolução constante[183].

---

[178] MOREIRA ALVES, José Carlos de. *Direito Romano.* Rio de Janeiro: Forense, 2012, pag. 375/376.
[179] TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano.* Milano: Giuffrè Editore, 1990, pag. 502.
[180] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil.* São Paulo: Atlas, 2011, pag. 9.
[181] "O vínculo é o nexo, ou *nexum*, proveniente do verbo *nectare*, traduzindo-se por atar, unir ou vincular. Daí nascer a sujeição no sentido de compromisso, e não propriamente de submissão, ao cumprimento de uma obrigação." (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações.* Rio de Janeiro: Forense, 2015, pag. 4).
[182] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil.* São Paulo: Atlas, 2011, pag. 10.
[183] ROSSETTI, Marco. *Il danno alla salute.* Milano: CEDAM, 2017, pag. 04.

Assim, a responsabilidade é, desde o Direito Romano Clássico, o remédio legal para sancionar a violação de direitos pertencentes a uma determinada pessoa[184].

Antes, contudo, não era assim. Na pré-história, a vingança foi "a primeira forma de reação contra comportamentos lesivos"[185]. No início ela era coletiva, de sorte que se uma pessoa da tribo fosse prejudicada por outra tribo, então todos os membros da tribo lesada se voltavam contra os membros da tribo ofensora[186]. Mais tarde, ao invés da guerra – sempre muito onerosa – os clãs começaram a entregar o membro causador do dano ao clã vitimado, naquilo que mais tarde veio a se aperfeiçoar como *nexum*.

Na sequência, as legislações mais antigas (Código de Hamurabi[187], Código de Manu, Lei das XII Tábuas[188], dentre outras) traziam a ideia da vingança privada ("olho por olho, dente por dente", expressa na ideia da Lei do Talião). Desta forma, a vítima poderia atacar a liberdade do ofensor (se tornaria escravo), sua integridade física e até mesmo a sua vida. A *obligatio* era, assim, um vínculo de sujeição pessoal do devedor ao credor, até que fosse cumprido por este e liberado (*solutio*) pelo credor, através de um ato formal e solene entre as partes[189].

---

[184] "Frise-se que a etimologia da palavra *responsabilidade* mostra como se considerava "responsável" todo o indivíduo que pudesse ser convocado pelos tribunais em virtude de pesar sobre ele certa "obrigação", dívida precedente ou não de um ato de vontade livre. Esse é o significado jurídico original da palavra encontrada no direito romano. Tratava-se, portanto, de uma prestação determinada pela lei e que finalmente seria resolvida nos tribunais, caracterizando-se, assim, a responsabilidade como referida ao futuro, mas consequências de um ato pretérito." (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil, Tomo 3 – Responsabilidade Civil.* São Paulo: Atlas, 2015, pag. 30).

[185] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil, Tomo 3 – Responsabilidade Civil.* São Paulo: Atlas, 2015, pag. 27.

[186] "As reconstruções históricas possíveis apontam a vingança colectiva como o grande antecedente das situações hoje ditas de responsabilidade. Os danos internos provocados, dentro do clã ou da família, pelos seus próprios membros, eram solucionados, soberanamente, pelo *pater*, no âmbito do seu poder. Punha-se, porém, o problema quando a danos – materiais ou pessoais, *maxime* da morte de uma pessoa – causados a um membro de um clã, pelo membro doutro. Nessa altura, os membros do clã ofendido desviam, pelas armas, tirar desforço, junto do clã cujo membro perpretara a ofensa. O resultado normal seria a guerra entre os clãs, com a subjugção do mais fraco." (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil, Volume VIII,, Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 291).

[187] Seção 229 - Se um construtor edificou uma casa para um Awilum, mas não reforçou seu trabalho, e a casa que construiu caiu e causou a morte do dono da casa, esse construtor será morto. E também a Seção 230 - Se uma casa mal-construída causa a morte de um filho do dono da casa, então o filho do construtor será condenado à morte. Igualmente a Seção 218 - Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o mata ou lhe abre uma incisão com a lanceta de bronze e o olho fica perdido, se lhe deverão cortar as mãos.

[188] Tábua III – Depois do terceiro dia de feira, será permitido dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quanto forem os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem poderão vender o devedor a um estrangeiro.

[189] MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil, Volume IX, Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 21.

A Lei das XII Tábuas – primeiro conjunto normativo escrito do Direito Romano – é composta por uma série de regras que trazem penas ao ofensor, "mas não em resposta ao fato cometido"[190], de sorte que não existia, ainda, a ideia de obrigação tal qual a conhecemos hoje.

O surgimento da moeda comum permitiu que o ressarcimento fosse feito em dinheiro[191], o que era, via de regra, de preferência do credor. A vingança privada, com o tempo, veio a ser utilizada apenas como mecanismo de garantia, até que foi definitivamente abolida por Justiniano[192].

Já no Direito Romano Clássico, a responsabilidade começa a se desvincular da figura do devedor, e passa a se voltar ao seu patrimônio[193]. Talamanca lembra duas passagens desta época[194]: (i) a obrigação é uma relação jurídica vinculante na qual somos obrigados a prestar uma coisa com fundamento no direito da nossa cidade (I. 3. 13 pr.) e (ii) a essência da obrigação não consiste em que se faça uma coisa corpórea ou uma servidão, mas em que se obrigue outrem a nos dar, fazer ou entregar alcuma coisa (Digesto de Paulo, 44.7.3 pr.).

Na República, já existiam ações pretorianas que cancelavam a violação da liberdade, da integridade física e da vida do ofensor (ex. Lex Poetelia Papiria) e permitiam apenas a execução do valor devido a título de indenização[195]; em outras palavras, o patrimônio do ofensor passa a ser alvo da execução do ofendido[196]. Assim, a liberação do devedor (*solutio*)

---

[190] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil, Tomo 3 – Responsabilidade Civil.* São Paulo: Atlas, 2015, pag. 28.

[191] TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano.* Milano: Giuffrè Editore, 1990, pag. 504 e 507.

[192] "A sentença de Ihering, segundo a qual a história da pena privada é a história da sua decadência, é verdadeira quando se refere à evolução do sistema jurídico romano, começando pela Lei das XII Tábuas e terminando no *corpus iuris* de Justiniano, em que pouco a pouco ocorreu um abrandamento do caráter aflitivo ínsito à reação ao ilícito." (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil, Tomo 3 – Responsabilidade Civil.* São Paulo: Atlas, 2015, pag. 28).

[193] "Tale respobsabilità presenta, ancora nel detto periodo, caratteristiche particolari: se ha praticamente perso parte la natura personale che aveva nel periodo più antico (sebbene l'esecuzione sulla persona sia ancora possibile), nel processo formularei il giudice può pronunciare una condanna soltanto a pagar ela *litis aestimatio*, la valutazione in termini pecuniari dell'interesse del creditore all'adempimento dell'obbligazione." (TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano.* Milano: Giuffrè Editore, 1990, pag. 502).

[194] TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano.* Milano: Giuffrè Editore, 1990, pag. 506.

[195] TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano.* Milano: Giuffrè Editore, 1990, pag. 507.

[196] "Quanto ao direito pré-clássico, os romanistas divergem sobre se a obrigação nasceu do delito (essa, a opinião da maioria) ou do contrato, mas concordam em que ela estabelecia, a princípio, não um vínculo jurídico (isto é, *imaterial*), mas um vínculo material, em virtude do qual o devedor respondia pela dívida com o seu próprio corpo; somente depois da lei *Poetelia Papiria* (326 a.C.) é que o patrimônio do devedor passou a responder pelo débito, como sucede no direito moderno." (MOREIRA ALVES, José Carlos de. *Direito Romano.* Rio de Janeiro: Forense, 2012, pag. 378).

passou a ser *ipso iure*, sendo desnecessário o cumprimento de um ato formal entre as partes[197].

Contudo, foi apenas com Justiniano que o conceito de obrigação que conhecemos hoje foi solidificado: "obrigação é a relação jurídica pela qual alguém deve realizar uma prestacão, de conteúdo economico, em favor de outrem"[198]. Foi também com Justiniano que a *actio injuriarum*[199] passou a tutelar também os chamados danos extrapatrimoniais (especificamente o que hoje poderia ser chamado de direitos da personalidade)[200].

É na fase Imperial do Direito Romano que começam a ser travadas as distinções entre as penas privadas e as penas públicas no âmbito do direito civil e do direito penal. É o início da separação da responsabilidade civil e da penal[201].

Contemporaneamente, o vocábulo "responsabilidade" é bem parecido com o ideal romano Justiniano: "obrigação de reparar danos que infringimos por nossa culpa e, em certos casos determinados pela lei; em direito penal, pela obrigação de suportar o castigo"[202]. Responsabilizar alguém por algo é imputar a ela a responsabilidade de arcar com o prejuízo causado.

---

[197] MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil, Volume IX, Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 22.

[198] MOREIRA ALVES, José Carlos de. *Direito Romano.* Rio de Janeiro: Forense, 2012, pag. 379.

[199] "A actio injuriarum foi originariamente destinada à compensação de danos não patrimoniais. Como, porém, no direito romano autorizavam igualmente a queixa por danos imateriais, com base no interesse afetivo, a actio injuriarum acabou adquirindo caráter patrimonial. O direito, aos poucos, firma a reparação do dano moral, porque reconheceu que há "um conjunto de bens ligados ao espírito, aos sentimentos, à inteligência, que também completam o patrimônio de uma personalidade"." (SILVA FILHO, Artur Marques. *A responsabilidade civil e o dano estético*. *In* Doutrinas Essenciais de Dano Moral, vol. 1/2015, fls. 921/939. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015).

[200] CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil, Volume VIII, Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 300.

[201] "Contudo, na era imperial romana, assiste-se a uma progressiva crise da pena privada, determinada basicamente pelo sucesso da pena pública, inaugurada pelo juízo penal mediante demanda do ofendido. Os jurisconsultos romanos registraram melhor efetividade da esfera penal, alegando-se a inidoneidade da pena privada para punir o ofensor indigente. O juízo cível, assim, reserva-se às demandas ressarcitórias." (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil, Tomo 3 – Responsabilidade Civil.* São Paulo: Atlas, 2015, pag. 29/30).

[202] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil, Tomo 3 – Responsabilidade Civil.* São Paulo: Atlas, 2015, pag. 5.

Durante a Idade Média, as penas privadas voltaram a existir no ocidente, mormente quando subsistia um interesse meramente privado[203]. Ainda assim, a doutrina canônica desenvolveu de forma substancial a teoria da responsabilidade civil, sedimentando que a culpa "seria o elemento subjetivo do ilícito" civil e o dolo o elemento subjetivo do ilícito penal[204].

Foi apenas nos Séculos XVII e XVIII que o tema da responsabilidade veio a ganhar os contornos que conhecemos hoje. A partir das ideias de Hugo Grocio (primeira metade do séc. XVII) e Pufendorf (segunda metade do séc. XVII) e da Escola Jusnaturalista é que a responsabilidade civil veio a ganhar um caráter ressarcitório. Por fim, Domat (séc. XVII) acaba por sistematizar os contornos da responsabilidade civil e da responsabilidade penal, traçando as diferenças entre o delito civil e o delito penal (crime), modelo que acabou por ser adotado no *Code Napoleon* de 1804[205]. Assim, o delito civil passou a ser conhecido como "ato ilícito", nas lições clássicas de Ripert e Planiol, consistente no fato danoso intencional ou voluntário que acarrete prejuízo a outrem[206].

Também decorre do *Code Napoleon* de 1804 a consagração da regra de Justiniano no direito moderno, segundo a qual os bens do devedor são a garantia comum de seus

---

[203] "A punição a esse tipo de crime dava-se pela via de uma sanção aflitiva, exercitando-se diretamente sobre o réu, mediante pena patrimonial como confisco de bens ou uma composição elevada em favor do *fiscus regis*. Mas nem todo sistema de pena privada terminava nas composições, pois, lateralmente, previa-se pena capital, corporal ou restritiva de liberdade. Em qualquer caso, deixava-se todo o procedimento nas mãos da vítima. O ordenamento apenas interferia para delimitar a *potestade* punitiva. Enfim, nos delitos privados havia ampla autonomia aos particulares, no campo que modernamente se define penal." (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil, Tomo 3 – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2015, pag. 30).

[204] CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil, Volume VIII, Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 310.

[205] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil, Tomo 3 – Responsabilidade Civil.* São Paulo: Atlas, 2015, pag. 31/32.

[206] "Le Code Civil emploie de *délit* pour designer le fait dommageable *intentionnel* ou tout au moins *volontaire.* Il a confundu dans cette notion de délit les notions anciennes d'*injuria* et de *dolus* et la notion plus moderne de *culpa*. Aujord'hui on préfère parler d'*acte illicite* ou de *faute.* Il y a entre le délit penal et le délit civil deux différences essentiales. 1. Le délit penal ne peut résulter que d'une peine. Il y a des delits, non un délit. Au contrair le délit civil existe toutes les fois qu'il y a une faute volontaire, sans qu'il soit besoin de préciser ses éléments constitutifs. Nous considérons cette distinction comme capitale parce que d'aprés les principes de notre droit public tout délit pénal doit être édicté par une loi: *Nullum delictum sine lege.* 2. Le délit pénal existe, même s'il n'a pas été causé de dommage. La loi vise l'action coupable sans que l'on ait à rechercher les conséquences de l'acte. La peine est la punition du coupable et l'amende n'est pas attribuée à la victime. Au contraire, le délit civil n'est pris en considération que s'il a entrainé um préjudice pour une autre personne: la victime a une action en réparation pour se faire allouer des dommages-inlérêts." (PLANIOL, Marcel. RIPERT, Georges. *Traité Élémentaire de Droit Civil.* Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947, pag. 308).

credores (art. 2093[207]). Trata-se da regra matriz da responsabilidade patrimonial do devedor, hoje amplamente difundida ao redor do globo[208], inclusive no ordenamento jurídico brasileiro.

Aliás, sobre isso, vale mencionar que o Direito Civil ainda possui alguns resquícios do direito primitivo, de quando ainda não existia a separação das penas civis e penais. A Magna Carta brasileira expressamente autoriza a prisão do devedor civil em caso de depositário infiel e do devedor de alimentos (art. 5º, inciso LXVII)[209]. A prisão do depositário infiel, contudo, foi extirpada do nosso ordenamento jurídico com esteio no Pacto de San Jose da Costa Rica, também conhecida como Convenção Americana de Direitos Humanos, e da Súmula Vinculante nº 25 do Supremo Tribunal Federal. Ainda assim, permanece a prisão do devedor de alimentos e, mais do que isso, os resquícios evolutivos de um sistema que continua a se aperfeiçoar.

Atualmente, a responsabilidade civil implica na obrigação de reparar o dano causado a outrem diante de um comportamento, comissivo ou omissivo, sujeitando o devedor, em caso de inadimplemento, a ver o seu patrimônio atacado[210]. Assim, é que "o ponto de origem de todo o fenômeno da responsabilidade civil é um comportamento; um ato humano que de aguma maneira se possa considerar como causa do dano. Esta ação humana pode consistir em uma ação positiva (fazer), em uma ação negativa ou em uma omissão ou abstenção (não fazer)"[211].

Vulgarmente, o *dano á pessoa* é conhecido pelos operadores do direito como *dano moral*, utilizado como sinônimo de dano extrapatrimonial, sempre que se quer diferenciar

---

[207] "Les bies du débiteur sont le gage commun de ses creanciers."
[208] TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile.* Padova: CEDAM, 2013, pag. 694.
[209] "Trata-se de providencia coercitiva que está em processo de lenta extinção, o qual, aliás, foi iniciado já no Direito Romano (pelo menos no que diz respeito a prisões ligadas ao inadimplemento de obrigações cuja origem não estivesse em atos então chamados "delituosos", como já visto), embora se tenha acelerado a partir do século XIX. No mundo dos países de tradições culturais semelhantes às nossas, a prisão civil já foi abolida, mesmo na hipótese de danos resultantes de crimes." (NORONHA, Otávio. *Direito das Obrigações.* São Paulo: Saraiva, 2013, pag. 176).
[210] "Embora alguns juristas tratem dos termos *obrigação* e *respnsabildiade*, como sinônimos, devem ser diferenciados. Eles exprimem situações diversas. A relação jurídica obrigacional nasce da vontade das pessoas ou da lei e deve ser cumprida no meio social, espontaneamente. Quando a obrigação não se cumpre pela forma espontânea é que surge a responsabilidade." (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil.* São Paulo: Atlas, 2011, pag. 18).
[211] DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil, Volume 2, Tomo II.* Madrid: Ed. Tecnos, 2013, pag.321.

do dano patrimonial clássico. Mas nem sempre ele foi aceito pela doutrina e jurisprudência, como será visto na sequência.

2.1. Responsabilidade Civil por dano extrapatrimonial

Na Babilónia e em Roma já tínhamos exemplos do dano extrapatronial, inclusive com a actio injuriarum. Ainda assim, pelas regras da Lex Aquilia (286 a. C.), apenas os danos corpóreos eram passíveis de indenização, de sorte que os danos à esfera espiritual, por não serem corpóreos, eram ignorados[212]. Coube, como já explicado, a Justiniano a tarefa de estendê-la aos hoje chamados direitos da personalidade.

Com a queda do Imperio Romano do Ocidente, isto se perdeu.

O atualmente conhecido dano extrapatrimonial não era juridicamente admissível até meados do sec. XIX. Com efeito, a doutrina entendia que se tratava de dar preço à dor, e, por isso, dizia ser imoral[213]. É, incluive daí, que decorre sua nomenclatura mais conhecida: *pretium doloris.*

Na Modernidade, diversas teorias surgiram acreca dos "danos extrapatrimoniais". A primeira delas, negativista, como o próprio nome diz, negava a reparabilidade dos danos extrapatrimoniais[214]-[215], na medida em que dar preço à dor seria imoral. Ademais, sustentavam que a prova do dano era impossível de ser feita, além da arbitrariedade e subjetividade na fixação da indenização[216].

Ademais, se baseavam na interpretação equivocada dos textos romanos, entendendo que a obrigação deveria ter conteúdo patrimonial. Portanto, falar em danos extrpatrimoniais seria um problema, considerando a economidade necessária da prestação[217].

---

[212] GALGANO, Francesco. *Trattato di Diritto Civile. Volume Terzo.* Padova, CEDAM, 2015, pag. 122.
[213] BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais.* São Paulo: Saraiva, 2015, pag. 75.
[214] LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Obrigações.* Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1916, 2ª edição, pag. 281.
[215] "Para muitos, entre os quais nos alistamos, o dano moral não é indenizável, em face do nosso direito." (ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências.* São Paulo: Saraiva, 1949, pag. 194).
[216] BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais.* São Paulo: Saraiva, 2015, pag. 81/82.
[217] BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais.* São Paulo: Saraiva, 2015, pag. 82/83.

Após a teoria negativista, surgiram as teorias positivas, que ganharam bastante espaço na Europa e no Brasil. A teoria positiva, entretanto, não é uniforme, tendo como ponto em comum a tentativa de identificar os elementos caracterizados do "dano extrapatrimonial".

Uma das teorias mais comuns – e problemáticas - ficou conhecida exatamente por conceituar o dano extrapatrimonial através da oposição ao chamado "dano patrimonial"[218]-[219]. Desta forma, o dano seria extrapatrimonial quando não tivesse conteúdo patrimonial[220]-[221]. O conceito negativo quase nunca é de grande utilidade, na medida em que se restringe a pontuar o que "ele não é"[222], faltando identificar os elementos que o caracterizam[223].

---

[218] "Quer dizer, os primeiros, porque incidem sobre interesses de natureza material ou econômica, refletem-se no patrimônio do lesado, ao contrário dos últimos, que se reportam a valores de ordem espiritual, ideal ou moral." (PEREIRA, Fabio Queiroz. *Danos Estéticos: uma análise à luz da função social da responsabilidade civil e da dignidade humana. In* Revista de Direito Privado, vol. 50, abr-jun/2012, pags. 206-226).

[219] "Como sói acontecer com as diversas categorias jurídicas, especialmente antes de se verem assentados os respectivos estudos básicos, o conceito de dano moral é objeto de propostas sensivelmente diversificadas. À guisa de mero exemplo citamos o alemão Fischer, o italiano Benucci e o brasileiro Wilson Mello da Silva. Para o primeiro, dano moral é aquele "que alguém sofre em sua alma". O seguinte manifesta-se nestes termos: "quello que neppure indirettamente se traduce in una diminuzione patrimoniale". Finalmente, na lição do terceiro invocado, dano moral "é aquele que diz respeito às lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural (não jurídica), em seu patrimônio, de valores exclusivamente ideais, vale dizer, não econômicos". A nós nos parece que as três colocações são inadequadas, ainda mesmo que as considerássemos como perspectivas parciais. Com efeito, o dano moral não tem a ver, necessariamente, com "a alma": não precisa ser indireto, podendo ser direto e imediato; e não cremos que deva excluir de todo a pessoa jurídica. Daí propormos o seguinte conceito: dano moral é aquele que, direta ou indiretamente, a pessoa, física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico dos seus bens jurídicos." (FRANÇA, Rubens Limongi. *Reparação do dano moral. In* Revista dos Tribunais, vol. 631, maio/1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pags. 29-37).

[220] "Desse modo, os defensores dessa corrente caracterizam os danos extrapatrimoniais "como os prejuízos sem conteúdo econômico ou patrimonial sofridos pela vítima". Entre os defensores dessa posição, cita-se Alfredo Minozzi, para quem dano patrimonial e extrapatrimonial se distinguem pelo dano em seus efeitos, e não pela sua origem. Nesse sentido, ainda, cita-se Aguiar Dias, para quem o dano configura-se extrapatrimonial somente com base em seus efeitos, e não em sua causa. Em resumo, para a corrente negativista, os danos extrapatrimoniais são aqueles que não lesam o patrimônio da pessoa, ou seja, aqueles impossíveis de se medirem economicamente." (FERREIRA, Keila Pacheco. BIZELLI, Rafael Ferreira. *A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil constitucional. In* Revista de Direito Privado, vol. 54, abr-jun/2013, pags. 11-43).

[221] AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil – Tomo II.* Rio de Janeiro: Forense, 1944, pags. 300/303.

[222] "O dano moral vem a ser, por excsão, o dano não patrimonial (...)." (AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004, pag. 291).

[223] "Si trata, come súbito balza evidente, di una definizione espressa negativamente, la quale quindi può dar luogo ad una grave incertezza in ordine all'estensione del suo ambito, che riceve una delimitazione soltanto parziale, mediante l'esclusione del danno patrimoniale, ma che correlativamente non stabilisce sino a quale limite il danno considerato nella definizione stessa possa riternersi compreso." (POGLIANI, Mario. *Responsabilità e Risarcimento da Illecito Civile.* Milano: Dott. A. Giuffrè, 1964, pags. 393/394).

A mais reconhecida é a que tem como fundamento a titularização de direitos da personalidade pela pessoa, não podendo estes direitos personalíssimos serem aferíveis economicamente. Em outras palavras, dano extrapatrimoniais são aqueles que ofendem à personalidade humana[224]-[225]-[226].

Alguns autores, entretanto, pontuam que os direitos da personalidade não abrangeriam todas as hipóteses de violação dos chamados direitos extrapatrimoniais[227]. A corrente, liderada por Miguel Reale, defende que a limitação aos direitos da personalidade desconsideraria a subjetividade da pessoa humana. Surge, então, teoria mista, que funda o dano extrapatrimonial em duas faces: uma objetiva (centrada na afronta a um direito da personalidade) e outra subjetiva (entrada na dor, sofrimento, angústia; enfim, na subjetividade da pessoa humana)[228]. A teoria mista permitiria justificar como uma lesão de natureza patrimonial poderia gerar um dano extrapatrimonial (víes subjetivo).

---

[224] "Sendo assim, os defensores dessa teoria advogam a tese de que os danos extrapatrimoniais são os danos aos direitos da personalidade. Entre os autores das teorias substantivas, cita-se Sérgio Severo, para quem "os danos extrapatrimoniais são aqueles que atingem interesses sem expressão econômica" e Wilson de Melo da Silva, para quem "danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal",entre vários outros (...) Assim, constituem-se em danos extrapatrimoniais toda e qualquer lesão aos direitos da personalidade, mesmo que não haja danos patrimoniais como consequência." (FERREIRA, Keila Pacheco. BIZELLI, Rafael Ferreira. *A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil constitucional. In* Revista de Direito Privado, vol. 54, abr-jun/2013, pags. 11-43).

[225] "Desse modo, os danos extrapatrimoniais objetivos abarcam toda e qualquer ofensa à personalidade humana, e não somente aos direitos da personalidade. Esse âmbito de atuação abrangeria, portanto, as situações existenciais, os interesses existenciais e, claro, os direitos personalíssimos. Parece-nos que esta é a melhor interpretação que se pode conferir aos danos extrapatrimoniais objetivos, visto que na axiologia constitucional, onde a dignidade é fundamento da República, e a personalidade se mostra como uma das facetas da dignidade humana, confere-se um elevadíssimo valor ao instituto da personalidade, que deve pairar sobre todas as outras situações e interesses patrimoniais". (FERREIRA, Keila Pacheco. BIZELLI, Rafael Ferreira. *A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil constitucional. In* Revista de Direito Privado, vol. 54, abr-jun/2013, pags. 11-43).

[226] "Con l'espressione "danno alla persona" ci si riferisce alle situazioni in cui un soggetto subisce una lesione al diritto alla salute o ad un altro diritto della personalità." (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile.* Padova: CEDAM, 2013, pag. 1102).

[227] "Dalle considerazioni appena svolte diviene agevole stabilire il contenuto delle situazioni giuridiche esistenziali e di quelle patrimonial che consiste, rispettivamente, nei diritti della personalità e nei diritti reali e/o di credito. Per quanto concerne i diritti della personalità, i soli incapaci ad assumere nella fase fisiologica del loro svolgimento qualsiasi valutazioni di carattere latamente economica, essi costituiscono una categoria aperta così che non si esauriscono con le ipotesi espressamente previste dal codice civile, dalla leggi speciale e dalla Costituzione (...)." (EMILIOZZI, Enrico Antonio. *Il Danno alla Persona – Profili sistematici e ricostruttivi.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, pags. 90/91).

[228] FERREIRA, Keila Pacheco. BIZELLI, Rafael Ferreira. *A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil constitucional. In* Revista de Direito Privado, vol. 54, abr-jun/2013, pags. 11-43

Com isso, ter-se-ia que o objeto do dano extrapatrimonial "é um só, qual seja, a dignidade da pessoa humana" [229].

Ainda nesta visão mista, o dano extrapatrimonial (também chamado genericamente e danos moais), engloba a lesão ou violação de bens e direitos de uma pessoa que resultam em qualquer frustração, ruptura ou quebra de sentimentos, laços e afetos[230].

Para não deixar dúvidas sobre o alcance do chamado dano extrapatrimonial, o artigo 1738 do Código Civil argentino (de 2015), estabelece que "a indenização compreende a perda ou diminuição do patrimônio da vítima, o lucro cessante de acordo com o benefício econômico esperado de acordo com a probabilidade objetiva de sua obtenção e a perda de uma chance; inclui especialmente as consequências da violação dos direitos personalíssimo da vítima, de sua integridade pessoal, sua saúde psicofísica, suas afeições espirituais legítimas e aquelas que resultam da interferência em seu projeto de vida"[231].

Esta é, provavelmente, a mais completa definição de dano à pessoa já positivida em algum ordenamento jurídico. Abrange, ao menos até o momento, todas as espécies de dano à pessoa, como se verá na sequência.

Sua redescoberta – pós Roma – se deu graças aos trabalhos das doutrinas sociais do século XIX e das doutrinas alemãs e italianas que sedimentaram a teoria dos direitos da personalidade.

Destacam-se, dentre tantos, os direitos morais do autor, reconhecidos pelos tribunais franceses ainda no sec. XIX e positivados pela primeira vez no Còdigo Civil italiano de 1942[232]. No Brasil, isso veio a ocorrer apenas em 1898 (Lei 496) e, mais tarde, no Código Civil de 1916 (artigos 649 e ss.).

---

[229] FERREIRA, Keila Pacheco. BIZELLI, Rafael Ferreira. *A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil constitucional. In* Revista de Direito Privado, vol. 54, abr-jun/2013, pags. 11-43

[230] DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil, Volume 2, Tomo II*. Madrid: Ed. Tecnos, 2013, pag. 322.

[231] "Art. 1738 - La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida."

[232] Art. 2059. "Il danno non patrimoniale deve essere rissarcito solo nei casi determinati dalla legge."

Com o advento dos Direitos Humanos, no sec. XX, os chamados danos extrapatrimoniais ganharam ainda mais força.

Registre-se, como assinala Carlos Alberto Bittar, que o Código Civil Francês de 1804 não vedava a reparação dos danos extrapatrimoniais[233]. A figura, entretanto, era praticamente desconhecida naquela época.

Ainda que admitidos os danos extrapatrimoniais ao longo do século XX, no início eles apenas eram reconhecidos quando decorressem de um dano patrimonial. Era o dano extrapatrimonial por ricochete (ou reflexo), reconhecido, inclusive, pela doutrina brasileira[234].

Adriano De Cupis deixa isso bem claro em um de seus trabalhos monográficos, ao pontuar que poderia haver dano moral quando este viesse decorer de um dano patrimonial, mas deixando em dúvida a possibilidade do dano moral autônomo[235].

Foi apenas mais tarde que o dano extrapatrominal ganhou autonomia em relação aos danos patrimoniais, especificamente a partir de 1969, quando o Supremo Tribunal Federal sancionou a Súmula 491, reconhecendo a indenização, aos pais, pela morte do filho menor independemente dele exercer – ou não – trabalho remunerado.

Judith Martins-Costa analisa que a cristalização dos danos extrapatrimoniais está intimamente ligada com a evolução da própria sociedade. Assim, os direitos da personalidade permitiram que se falasse em dano moral e as pesquisas na área da psicanálise,

---

[233] "Ora, embora presente também a noção de reparação moral na gênese da teoria da responsabildide civil e no próprio Direito Romano – em especial, com a *actio injuriarum* – na evolução sofreu ela as consequências adversas referidas, não se exprimindo, de modo claro e nítido, nas codificações iniciais, embora fosse a intenção do legislador francês, no respectivo Código, a abrangência de todo e qualquer dano, como já apontado." (BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais.* São Paulo: Saraiva, 2015, pag. 76).

[234] BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais.* São Paulo: Saraiva, 2015, pags. 86/87.

[235] "Quando un bene viene a mancare ingiuriosamente per causa di un altro soggetto, si è in presenza di un torto contrattuale o extracontrattuale. Il danno (nocumento) è misurato dall'interesse: e, dato che la soluzione della questione suaccennata non pregiudica la possibiltà di configurare un interesse morale giuridicamente relevante, se non isolato, per lo meno esistente accanto a quello patrimoniale (...)." (DE CUPIS, Adriano. *Contributi alla Teoria del Risarcimento del Danno.* Milano: Giuffrè Editore, 1939, pag. 2).

que puseram "a nu a relevância da saúde psíquica e da vida sexual e afetiva"[236], acabaram por permitir que hoje se falasse nos chamados danos psíquicos e danos existenciais. Assim como, atualmente, as novas tecnologias – especialmente a Internet, mas também a manipulação de embriões, dentre outros – exigem novas respostas por parte dos intérpretes e dos pesquisadores.

Os danos extrapatrimoniais são, assim, categoria em franca evolução, e que precisam ser repensados sempre que a sociedade assim o exigir. Portanto, às ideias clássicas se somam novos paradigmas para reflexão. Como ciência social aplicada, toda e qualquer mudança social exigirá novas respostas por parte do Direito.

2.1.1. Código Civil Beviláqua 1916

O Código Civil de 1916, idealizado por Clóvis Bevilaqua, desconhecia o chamado "dano extrapatrimonial", o qual, com efeito, ainda não estava satisfatoriamente desenvolvido.

Ainda assim, é possível encontrar, no art. 1543 do Código Civil, uma hipótese típica de indenização por dano moral. Estabelecia o art. 1543 do Código Civil que "se não existir mais a coisa que deve ser entregue, manda a lei que se embolse ao prejudiado o seu valor, pelo preço ordinário mais o valor de afeição". Agostinho Alvim, ao analisar este artigo, destaca que a expressão "valor de afeição" deve ser encarada como dano moral[237].

Apesar deste exemplo, o sistema de responsabilidade civil do antigo *codex* era quase que somente de cunho patrimonialístico. Isto não permite afirmar que o legislador desconhecesse as chamadas violações à honra, que ano mais tarde vieram a ser o substrato do dano extrapatrimonial.

---

[236] MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação.* Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 19, março/2001, pag. 182.

[237] "Ora, toda a recomposição do patrimônio se opera pela restituição do equivalente. Logo, o valor de afeição, que se dá a mais, é uma reparação moral, uma satisfação aos sentimentos afetivos." (ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências.* São Paulo: Saraiva, 1949, pag. 202)

Entretanto, o dano à honra era punível na esfera penal[238] (crimes contra a honra, especialmente calúnia e difamação), cabendo, na esfera cível, apenas o ressarcimento patrimonial da ofensa. Caso não fosse possível provar o prejuízo patrimonial, a solução era pagamento de uma multa (indenização tarifada), calculada na forma dos artigos 1547[239] e 1550[240] do Código Civil. Clóvis do Couto e Silva salienta que esta multa, cabível apenas quando não pudesse ser provado o prejuízo material, seria uma forma de reparação do dano extrapatrimonial subsidiária (quando não pudesse ser provado o dano material)[241].

Ainda como reparação da ofensa à honra (objetiva), o artigo 1548 previa que "a mulher agravada em sua honra" teria o "direito a exigir do ofensor um dote correspondente à condição e estado da ofendida", na hipótese do ofensor não reparar o dano em espécie (casando-se com ela). O rol de ofensa à honra da mulher previa (i) o defloramento, caso ela fosse virgem e menor; (ii) se honesta, fosse violentada, ou aterrada por ameaças; (iii) a sedução com falsas promessas de casamento e (iv) o rapto.

O dano à saúde, igualmente já conhecido pelo Código Civil de 1916, recebia o mesmo tratamento: indenização limitada aos prejuízos patrimoniais, como preconizava o artigo 1538[242]. Mesmo a semente do dano estético estava lá, como se nota do artigo 1538,

---

[238] Tal qual o direito italiano. Neste sentido: "Il legislatore fascista del 1930 e del 1942, sulla scia di orientamenti dottrinali che s'ispiravano ormai alla scienza giuridica germanica, piuttosto che ai modelli legali e dottorali d'origine francese, allora vigenti in Italia, sulla base della filosofia produttivistica ed autoritaria del regime, "condiziona" la tutela delituale della persona umana alla necessità, di natura squisitamente publicística, di sanzionare il solo illecito penale, che deve essere provato dal danneggiato (o dai suoi aventi causa) in tutti i suoi elementi costitutivi." (DI LAURO, Antonio Procida Mirabelli. FEOLA, Maria. *La Responsabilità Civile – Contratto e Torto.* Torino: G. Giappichelli Editore, 2014, pag. 111/112).

[239] "Art. 1547. 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 grão máximo da pena criminal respectiva (art. 1.550)."

[240] "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."

[241] "Para evitar uma indenização sem limites, o Código Civil brasileiro adotou o sistema de fixar a reparação não permitindo, em certos casos, a cumulação de indenizações moral e patrimonial, como sucede na calúnia, pois só lhe prestará uma indenização pelo dano moral, se a vítima não for capaz de provar um prejuízo material. Neste caso, a vítima pode pedir como indenização o dobro da multa no grau máximo da penalidade criminal respectiva.26 Em muitas outras situações o juiz deve arbitrar a indenização. O Código Civil brasileiro, em seu art. 159, adotou uma disposição geral em matéria de responsabilidade civil, contudo, os arts. 1.533 e ss. enumeram os casos mais freqüentes de indenização." (COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado. In* Revista dos Tribunais, vol. 667, maio/1991. São Paulo: Revista dos Tribunais, pags. 7-16).

[242] "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 ao fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grão médio da pena criminal correspondente.
§ 1º Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade.

§2º, que impõe o dever de dotar a mulher aleijada ou deformada que ainda pudesse se casar (reconhecendo que a física lhe traria prejuízos na vida social).

Com o passar dos anos e com a evolução da doutrina sobre a responsabilidade civil dos danos extrapatrimoniais, a jurisprudência acabou por sedimentar tal possibilidade, elencando como cláusula geral[243] do dano extracontratual o artigo 1533 do Código Civil, segundo o qual "nos casos não previstos neste capítulo, se fixará por arbitragem a indenização". Ainda assim, a possibilidade da reparação dos danos extrapatrimoniais era sempre subsidiária, vale dizer, cabível apenas quando não pudesse ser provado o dano material[244].

2.1.2. Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 reconheceu a autonomia do dano extrapatrimonial, colocando uma pá de cal nos problemas e discussões travados sob a luz do Código Civil Beviláqua.

---

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

[243] "Esta disposição permite a indenização dos danos morais e constitui uma "cláusula geral" desta matéria. Esclareça-se que a enumeração do Código Civil não é taxativa, pois menciona apenas os casos nos quais a reparação deverá ser estimada por via de arbitramento. Além disso, o art. 1.533 relaciona-se com o princípio constante do art. 159 do CC, o que pode ser considerado como uma "cláusula geral", situação que não difere, em suas linhas gerais, do sistema adotado pelo Código Civil francês. Qual a diferença entre um sistema que contém uma cláusula geral de reparação de todos os atos culposos, como, p. ex., o art. 1.380 do Código de Napoleão, e um sistema no qual os fatos delituosos estão previstos pela norma jurídica, p. ex., pelos §§ 823, I e II, e 826 do CC alemão? Na ausência de uma cláusula geral não há, afirma Wolfgang Fikentscher, ao fazer uma comparação com o Direito francês, "o desenvolvimento livre dos deveres de conduta, cuja violação possa ser considerada como delitual". Assim, o desenvolvimento das hipóteses delituais se limita aos casos prefixados pela lei. No Direito alemão, verifica-se uma tendência doutrinária para romper a barreira de suas limitações, para um movimento significativo em face da adoção de certas soluções, que não diferem, essencialmente, dos sistemas que contêm uma "cláusula geral" em matéria de indenização delitual. Em grande parte, este resultado foi obtido pela adoção de um conceito mais amplo de ilicitude. Em face destes dois tipos de orientação, o Código Civil brasileiro adotou, talvez um pouco timidamente, a solução francesa (art. 159) - decerto com uma enumeração indicativa das hipóteses (art. 1.553) e limitativa do direito à reparação (art. 1.547) - ainda que se considere que o dano moral não tenha sido previsto expressamente pelo Código Civil." (COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado. In* Revista dos Tribunais, vol. 667, maio/1991. São Paulo: Revista dos Tribunais, pags. 7-16).

[244] "Entretanto, constatava-se uma singularidade na jurisprudência anterior à disposição constitucional, pois não se cumulavam, em regra, o dano moral e o dano patrimonial. Por isso, não se indenizava o dano moral se a ofensa produzisse ao mesmo tempo um dano patrimonial, solução ultrapassada por força do aludido art. 5.º, X, da CF do Brasil." (COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado. In* Revista dos Tribunais, vol. 667, maio/1991. São Paulo: Revista dos Tribunais, pags. 7-16).

O reconhecimento autônomo do dano extrapatrimonial no ordenamento jurídico brasileiro foi consagrado em duas passagens da Constituição Federal. A primeira delas encontrada no artigo 5º, inciso V, a saber "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem".

Já o artigo 5º, inciso X, pontua expressamente 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".

A consequência, não tão imediata, foi o acolhimento dos danos extrapatrimoniais pela jurisprudência, sob a alcunha de "danos morais", nomenclatura adotada pela própria redação proposta pelo constituinte.

Por força destes artigos, o Superior Tribnal de Justiça acabou por reconhecer a possibilidade da cumulação do pedido de dano patrimonial e dano moral decorrentes de um mesmo fato, como se observa na Súmula 37 do referido Tribunal[245].

2.1.3. Código de Proteção e Defesa do Consumidor

Pouco depois da Constituição, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8078/1990) consagrou, na legislação infraconstitucional, a chamada indenização por "danos morais".

Estabelece o artigo 6º, inciso VI, que são direitos básicos do consumidor, a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. O mesmo artigo 6º, agora no inciso VII, ainda salienta que é direito básico do consumidor o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados. A antítese dos conhecidos danos patrimoniais tornou-se, portanto, os "danos morais". Doze anos depois, a expressão foi repetida no novel Código Civil de 2002.

[245] "Sumula 37 STJ: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato."

2.1.4. Código Civil Reale 2002

O Código Civil de 2002, idealizado por Miguel Reale, marcou uma nova era na codificação brasileira. Com ele, o país abandonava de vez os ideais e premissas oitocentivas, no qual o cerne do ordenamento jurídico era o patrimônio e sobre ele recaía sempre uma visão individualística e egoística.

O *codex* apenas acabou por consagrar os ideais do Constituinte de 1988, que elencavam a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico e que propunha, ainda, dois novos princípios: a dignidade da pessoa humana e a solidariedade.

Atento a estes novos fenômenos, Miguel Reale pensou o Código Civil através de três princípios basilares: (i) eticidade, centrada na dignidade da pessoa humana, cujo reflexo no direito privado é a boa-fé objetiva[246] (art. 422); (ii) sociabilidade, reconhecendo o princípio constitucional da soliedariedade, através do qual a condição humana não pode ser mais isoladamente considerada, devendo sê-lo dentro de um contexto social, cujo reflexo no direito privado é a função social do contrato e da propriedade e (iii) operabilidade, pela técnica legislativa de utilização de cláusulas gerais e conceitos vagos determinados[247].

Diante da centralidade da pessoa humana no ordenamento jurídico, não mais fazia sentido limitar a indenização apenas aos danos patrimoniais, como proposto pelos ideais oitocentistas. Diante deste cenário, o artigo 186 do Código Civil, que funciona como cláusula geral da responsansabildiade civil (tal qual era o antigo 159 do Código de 1916) estabeleceu que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

---

[246] "Ela é um valor substancial para o alcance da dignidade humana, objetivo hoje posto na Constituição Federal (art. 2º, II) e que se espelha pelas mais variadas formas de relações jurídicas, consubstanciando exigência de um comportamento ético pelas partes, protegendo a confiança, a lealdade e boa-fé nos negócios jurídicos. Os arts. 113, 187 e 422 do novo CC, ao incorporarem, expressamente, o princípio da boa-fé no nosso ordenamento privado, põem em ação a força da eticidade"(DELGADO, José Augusto. *O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988: Cláusulas Gerais e Conceitos Indeterminados. In Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil*: Escritos em Homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves, São Paulo: Revista dos Tribunais. Revista dos Tribunais, 2003, pag. 398).

[247] "O legislador brasileiro, segundo a orientação e as experiências de outros países, principalmente os da Europa, diante do quadro de insuficiência causado pelas limitações das leis para solucionar os problemas atuais, que os americanos chamam de *hard cases*, adota a cláusula geral como método legislativo, deixando a norma em aberto, quanto ao conteúdo, para que seja completada pelo intérprete e pelo juiz do caso concreto". (ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional.* São Paulo: Atlas, 2008, pag. 290)

É verdade, vale dizer, que alguns resquícios do antigo sistema ainda podem ser encontrados, como se observa nos artigos 953 e 954, que mencionam a indenização por dano extrapatrimonial apenas quando não cabível a indenização por danos materiais (patrimoniais), tal qual o Código revogado. A redação, entretanto, é, a nosso ver, inconstitucional, mormente pela redação do artigo 5º, incisos V e X, ambos da Constituição Federal[248].

É fato inconteste que o Código Civil de 2002 sedimentou, de uma vez por todas, o cabimento do chamado "dano moral" e sua autonomia em relação aos danos de natureza patrimonial[249].

[248] TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado segundo a Constituição da República – Tomo II.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pag. 886.

[249] "Em resumo, com a entrada em vigor do novo Código Civil (LGL\2002\400) foram de vez removidas as principais objeções da doutrina contrária à indenização do dano moral, a saber: *a)* falta de efeito penoso durável; b) incerteza do direito violado; c) dificuldade em descobrir a existência do dano moral; d) a indeterminação do número de pessoas lesadas; e) impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro; f) imoralidade da compensação da dor com o dinheiro: g) extensão do arbítrio concedido ao juiz, para dar lugar ao entendimento segundo o qual "não há mais dúvida de que o dano moral deve ser indenizado em qualquer hipótese." (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano Existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. In* Doutrinas Essenciais de Dano Moral, vol. 1, pags. 1055/1093. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pag. 1057).

3. DA TIPOLOGIA DO DANO À PESSOA E A NOÇÃO DE PATRIMÔNIO

Como pontua Judith Martins-Costa, "o conceito de dano não é "dado", mas um "construído" e, mais ainda, é, para usar uma expressão cara aos existencialistas, um "conceito situado""[250].

Assim, depois de séculos de muito debate, atualmente se diz que "dano" é a lesão injusta a um interesse juridicamente protegido[251]. A visão patrimonialista do "dano"[252], compreendida como a diminuição patrimonial de uma pessoa[253], não é mais juridicamente satisfatória[254], na medida em que pode ser medido tanto do ponto de vista quantitativo quando do ponto de vista qualitativo (pior condição de vida, por exemplo). "E o "interesse jurídico" é sempre aquilo que determinada sociedade considera digno de tutela jurídica, razão pela qual, se modificado o que, na pessoa e em sua personalidade, considerase digno de interesse, haverá imediato reflexo no conceito de dano"[255]. Assim, o dano é "o prejuízo, econômico ou não econômico, de natureza individual ou coletiva, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada"[256].

---

[250] MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação.* Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 19, março/2001, pag. 182.

[251] "Dano é, nesse contexto, qualquer lesão injusta a componentes do complexo de valores protegidos pelo Direito (...)." (BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais.* São Paulo: Saraiva, 2015, pag. 18).

[252] "A palavra dano tem extensão ilimitada de sentido, representando o resultdo de qualquer espécie de lesão (moral, religiosa, econômica, política, etc.); entretanto, no prisma jurídico, o dano circunscreve-se à detrimência econômica ou moral." (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil.* São Paulo: Atlas, 2011, pag. 193).

[253] "A teoria da diferença (differenztheorie), nas palavras de Sérgio Severo, ao citar Clóvis do Couto e Silva, preconiza que o dano é a diferença patrimonial entre o momento anterior e posterior ao dano. Assim, o dano seria demonstrado a partir da seguinte equação: P1 - P2 = D, onde P1 representa o patrimônio da vítima antes da lesão, P2 o patrimônio lesado, e D o dano causado, que é a diferença entre o patrimônio anterior e posterior à ação lesiva, que deve ser reparado pelo infrator. No entanto, o mesmo autor nos traz três situações em que, apesar da aparente simplicidade, essa fórmula não se mostra apta a produzir uma situação satisfatória. São elas: casos de reposição in natura, dos lucros cessantes e dos danos extrapatrimoniais." (FERREIRA, Keila Pacheco. BIZELLI, Rafael Ferreira. *A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil constitucional. In* Revista de Direito Privado, vol. 54, abr-jun/2013, pags. 11-43).

[254] "Ao definir o dano como qualquer lesão a um interesse juridicamente tutelado, a teoria do interesse amplia o conceito de dano, desvinculando-o da ideia patrimonialista. Isso ocorre porque, agora, o que o Direito protege é o interesse, e não o patrimônio de uma pessoa." (FERREIRA, Keila Pacheco. BIZELLI, Rafael Ferreira. *A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil constitucional. In* Revista de Direito Privado, vol. 54, abr-jun/2013, pags. 11-43).

[255] MARTINS COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In* Revista dos Tribunais, vol. 789, jul/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pag. 21.

[256] NORONHA, Otávio. *Direito das Obrigações.* São Paulo: Saraiva, 2013, pag. 579.

Adriano De Cupis pontua que o dano golpeia aquilo que o direito tutela. Considerando que o direito tutela interesses humanos, serão estes os interesses atingidos pelo dano. Em sentido jurídico, quando os interesses humanos são violados, o direito revida e impõe o dever de reparar o dano[257].

Etimologicamente, dano deriva do verbo "*demere"*, o qual, por sua vez, deriva do latim "damnum", che significa "diminuir"[258]. Isto simplesmente atrela a ideia de dano à diminuição de algo[259].

O Direito, entretanto, visa tutelar apenas o dano qualificado, ou seja, aquele que produz consequências jurídicas (sob o qual a Lei assim dispõe)[260]. Ademais, para que se vislumbrem consequências jurídicas, o dano deve ter sido causado por culpa (imprudência, negligência e/ou imperícia) do homem (responsabilidade subjetiva) ou pela exploração de determinada atividade econômica sem a qual o dano não ocorreria (responsabilidade objetiva)[261]. Por fim, o dano deve ser injusto, ou seja, qualificado como antijurídico. A partir da soma desses elementos, surge a resposta do ordenamento jurídico, substanciada no dever de reparar o dano causado[262].

---

[257] DE CUPIS, Adriano. *Il Danno – Teoria Generale della Responssabilità Civile.* Vol. 1. Milano: Giuffrè Editore, 1979, pag. 45

[258] "Etimologicamente, dano vem de *demere*, que significa tirar, apoucas, diminuir. Portanto, a idéia de dano surge das modificações do estado de bem-estar da pessoa, que vem em seguida à diminuição, ou perda de qualquer dos seus bens originários ou derivados, extrapatrimoniais ou morais. O conceito clássico de dano, aquele que se encontra na maioria dos autores que trataram do assunto, sendo por isso o mais divulgado, é o que entende o dano como uma diminuição do patrimônio, tanto material quanto moral." (LOPEZ, Teresa Ancona. *O Dano Estético.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pag. 23).

[259] D'APOLLO, Luca. VENDITTI, Claudio. *Il nuovo danno alla persona.* Matelica: Nuova Giuridica, 2009, pag. 55.

[260] "Data la facilità con cui si presenta all'osservazione, il danno è oggetto di comune conoscenza. Ma oltre che un fenomeno dell'ordine fisico, esso può altresì costituire un *fenomeno giuridico*, vale a dire un fenomeno giuridicamente qualificato: e, da questo punto di vista, entra nel particolare dominio di studio del giurista. Ancor più specificamente, il danno può essere un *effetto giuridico*." (DE CUPIS, Adriano. *Il Danno – Teoria Generale della Responssabilità Civile.* Vol. 1. Milano: Giuffrè Editore, 1979, pag. 07).

[261] "Potrebbe dubitarsi se la qualifica di fatto giuridico spetti precisamente al danno, ovvero al fatto dell'uomo, da cui esso deriva (come vedremo in seguito, il danno in senso giuridico non può derivare che dal fatto dell'uomo)." ((DE CUPIS, Adriano. *Il Danno – Teoria Generale della Responssabilità Civile.* Vol. 1. Milano: Giuffrè Editore, 1979, pag. 09).

[262] "L'effetto giuridico causato dal danno consiste in una reazione che il diritto appresta al fine della repressione del danno: agisce, quindi, in senso contrario a quello nel quale opera il danno, in opposizione, cioè, ad esso; e da ciò il danno medesimo, considerato nel sistema dei fatti giuridici, resta proffondamente caratterizzato." ((DE CUPIS, Adriano. *Il Danno – Teoria Generale della Responssabilità Civile.* Vol. 1. Milano: Giuffrè Editore, 1979, pag. 09)

O *dano extrapatrimonial* (ou dano moral) há tempos vem aguçando a curiosidade dos operadores do direito. E tudo começa pela própria noção de patrimônio.

O conceito de patrimônio tal qual conhecemos tradicionalmente foi estabelecido pelo Direito Romano. Desde então, a doutrina clássica tem insistido em conceituar o patrimônio como o complexo de bens e direitos economicamente aferíveis, como pontua San Tiago Dantas: "quando consideramos uma pessoa e todos os bens que lhe estão afetados, encontramos bens corpóreos e incorpóreos, coisas materiais, coisas imateriais e direitos. Todos estes bens, considerados em relação à pessoa que tem sobre eles um direito, apresentam-se formando uma unidade. O que lhes dá esta unidade é o a existência de uma tutela comum. Chamamos, então, a este conjunto de bens, patrimônio"[263].

A mesma definição é dada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald[264], que lembram, inclusive, que o requisito da "economicidade" dos bens e direitos que integram o patrimônio afasta a possibilidade de que nele se insiram os direitos de família puros e os direitos da personalidade (extrapatrimoniais). Paulo Lobo segue na mesma linha, explicando que os direitos da personalidade, por serem inalienáveis e intransferíveis, não integram o patrimônio de uma pessoa, lembrando ainda que o mesmo raciocínio se aplica ao corpo humano e as habilidades técnicas de uma pessoa (voz, por exemplo)[265].

A doutrina brasileira, aliás, costuma estudar o conceito de patrimônio com base no artigo 91 do Código Civil, inserido dentro da parte que regula os "Bens", o que ajuda a corroborar a visão essencialmente patrimonialista do patrimônio (bens e direitos economicamente aferíveis).

---

[263] DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil – Teoria Geral.* Rio de Janeiro: Forense, 2002, pag. 199.

[264] "Efetivamente, *patrimônio* pode ser compreendido, amplamente, como o complexo de relações jurídicas apreciáveis economicamente (ativas e passivas) de uma determinada pessoa. Ou seja, é a totalidade dos bens dotados de economicidade pertencentes a um titular, sejam corpóreos (casa, automóvel, etc.) ou incorpóreos (direitos autorais). (...) Refere-se sempre aos bens apreciáveis economicamente, motivo pelo qual não estão compreendidos no patrimônio os direitos de família puros e os direitos da personalidade, ditos extrapatrimoniais." (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil – Tomo 1 – Parte Geral e LINDB.* São Paulo: Atlas, 2015, pag. 423).

[265] "Não integram o patrimônio da pessoa suas titularidades sobre os bens que não possam ser lançadas no tráfico jurídico. Os direitos da personalidade, enquanto tais, são intransmissíveis e intransferíveis, salvo alguns de seus efeitos patrimoniais (direitos patrimoniais do autor, autorização de uso da imagem). Do mesmo modo, o corpo humano. Não integram o patrimônio as qualidades e habilidades da pessoa, ainda que projetem efeitos econômicos, como a competência técnica, o trabalho, a reputação profissional. Passam a ter reflexos no patrimônio quando são lesados, em virtude do valor e da reparação pecuniária." (LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Parte Geral.* São Paulo: Saraiva, 2013, pag. 191).

O patrimônio é uma universalidade de bens (art. 91 do Código Civil), o que faz com que ele seja indivisível. Ainda assim, é possível que parte desta universalidade seja destacada para concretizar uma finalidade específica. A noção de patrimônio engloba o conjunto de relações jurídicas (ativas e passivas). Tradicionalmente, se fala que cada pessoa tem apenas e tão somente um patrimônio, que por sua vez abarca o complexo de direitos e obrigações desta pessoa. É exatamente daí que advém a máxima da responsabilidade patrimonial, segundo a qual a pessoa responde com todos os seus bens, presentes e futuros[266].

Mesmo quando se admita a criação de patrimônios especiais, tal qual aquele formado pelo *trust* ou pelas Sociedades de Propósito Específico (SPE), a concepção jurídica do conceito deve ser entendida como um único patrimônio, muito embora determinado conjunto de bens esteja destacado para a realização de uma atividade específica ou para a concretização de uma função específica[267]. Assim, o patrimônio especial deve ser entendido como integrante do patrimônio de seu titular, muito embora a massa de bens que componham este patrimônio especial não esteja sujeita à regra geral da responsabilidade patrimonial. É exatamente esta a finalidade do patrimônio especial: evitar que estes bens respondam pelos

[266] "Há, em regra, um patrimônio para cada sujeito, e não poderia der diferente, à vista do princípio segundo o qual a totalidade dos bens do indivíduo responde pelas suas dívidas; do contrário, se fosse facultado a cada sujeito, arbitrariamente, separar bens do seu patrimônio e como eles formar massas separadas, cada pessoa estaria livre para desfalcar impunemente a garantia geral dos seus credores." (CHALHUB, Melhim Namem. *Trust - perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pag. 119).

[267] "Esse princípio geral, entretanto, admite certa flexibilidade, que se mostra ainda mais nítida na medida em que o envolver das necessidades econômicas e sociais passem a recomendar a tutela especial de determinados interesses, mediante criação de massas especiais para cumprimento de finalidades específicas, tais como uma específica exploração econômica e a constituição de garantia, entre outras, pela qual esses acervos ficam vinculados à realização de determinada função. É a ideia da afetação de bens ou de massas patrimoniais, pela qual, segundo Brinz, admitir-se-ia a existência de patrimônios que não pertenceriam a pessoa alguma, pois seriam conjuntos de *bens afetados, como organismos independentes, à realização de um fim (zweckvermögen) (...) limitando-se, por esse modo, a ação dos credores*. A unidade do patrimônio, assim, como assinala Von Thur, perde significado na medida em que certos bens ou conjuntos de direitos subordinam-se a tratamentos normativos especiais, relativizando-se a noção de universalidade. Nesse mesmo sentido, Pontes de Miranda destaca que o fato de o patrimônio ser *unido pelo titular único (...) não quer dizer que a cada pessoa corresponda um patrimônio; há o patrimônio geral e os patrimônios separados ou especiais*. (...) Não há dúvida de que a expressão "patrimônio separado", embora de uso corrente, deve ser tomada com reserva, pois, na verdade, o acervo segregado para fins especiais não é excluído do patrimônio do sujeito, continuando a integrar seu patrimônio, no qual apenas é destacado para ser alvo de tratamento especial na conformidade da função que a ele tiver sido atribuída." (CHALHUB, Melhim Namem. *Trust - perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pag. 119/121).

débitos do titular (eles respondem apenas pelos débitos derivados da atividade específica para a qual foi destinado ou então para a concretização da função especificada)[268].

Provavelmente a obra brasileira mais importante sobre o tema é aquela escrita pelo atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Edson Fachin, sobre o patrimônio mínimo[269]. Nesta obra, sustenta ele que ninguém pode alienar todo o seu patrimônio (aqui entendido como bens e direitos economicamente apuráveis), na medida que isto implicaria ficar sem o mínimo necessário para se ter uma vida digna (art. 548 do Código Civil).

Esta visão atualmente se encontra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro de duas formas diferentes: (i) impossibilidade de doação de todo o patrimônio, *ex vi* artigo 548 do Código Civil ("é nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador") e (ii) impossibilidade da pessoa perder todos os seus bens por conta de dívida, na medida em que é vedada a constrição do bem de família, com todos os bens que o integram (Lei 8.009/1990; arts. 1711 e seguintes do Código Civil e art. 833, incisos I, II e III do Código de Processo Civil).

Assim, parece indiscutível que o ordenamento jurídico brasileiro consagra o direito ao patrimônio mínimo, sancionando com a nulidade a doação de todos os bens, sem a reserva de parte suficiente a subsistência do doador e impedindo a constrição do bem de família do devedor. Tudo isto a fim de concretizar o valor supremo do ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º da Constituição Federal.

Essa visão essencialmente patrimonialista do Direito Civil, que polarizou o mundo até a segunda metade do século XX, não pode, contudo, mais prosperar. O fim da Segunda Guerra Mundial marcou o fim da sociedade individualista que caracterizou o sec. XVIII, dando origem a uma sociedade então marcada pela solidariedade e, principalmente, pela dignidade da pessoa humana.

---

[268] "Com vistas a promover o escopo que o unifica sem interferências externas, o patrimônio separado é vocacionado a garantir, com exclusividade, as dívidas pertinentes ao fim que persegue. Esse efeito da afetação patrimonial constitui eficiente mecanismo jurídico para assegurar, da maneira mais plena possível, a realização da finalidade a que se dirige, pois tem como importante e fundamental consequência blindar o patrimônio separado das vicissitudes atinentes ao patrimônio geral." (OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas, 2014, pag. 65).

[269] FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.* Rio de Janeiro: Renovar.

Neste sentido, a Organização das Nações Humanas e os blocos econômicos regionais aparecem como importantes baluartes da falência do convívio individualista e isolado da sociedade oitocentista. É, pois, neste cenário pós-guerra que se desenvolve, nos dizeres de Maria Celina Bodin de Moraes, a ideia da solidariedade social[270].

Estes princípios adotados primeiramente pela Constituição Federal Italiana de 1948 ganharam o mundo, sendo consagrados no Brasil nos artigos 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil) e 3º (constitui objetivo fundamental do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária) da Constituição Federal de 1988.

A consequência destas mudanças é que o antigo centro de interesses do Direito (a natureza patrimonial) perdeu espaço para a pessoa humana[271]. Desta forma, a Constituição Federal brasileira tem como preocupação máxima a dignidade da pessoa humana. E isso traz consequências diretas na forma como se deve interpretar todo o ordenamento jurídico, incluído aí o Direito Civil e todos os seus institutos.[272]

---

[270] "Se o século XIX foi, reconhecidamente, o século do triunfo do individualismo, da explosão da confiança e orgulho na potencia do indivíduo, em sua criatividade intelectual e em seu esforço particular, o século XX presenciou o início de um tipo completamente novo de relacionamento entre as pessoas, baseado na solidariedade social – consequência da reviravolta, na consciência coletiva e na cultura de alguns países europeus, decorrente das trágicas experiências vivenciadas ao longo da Segunda Grande Guerra." (MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da Solidariedade.* http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf - acessado em 15 de novembro de 2013).

[271] "Os ordenamentos jurídicos contemporâneos ocidentais, quase em sua totalidade, revelam sua base axiológica na figura da pessoa humana. Em razão do desenvolvimento histórico e social, a personalidade passa a não ser mais vista em seu caráter estático, patrimonialista. Em viés oposto, hodiernamente, requer-se que a dimensão existencial do ser humano seja valorada a ponto de ser a própria justificativa para a existência de um direito positivado." (PEREIRA, Fabio Queiroz. *Danos Estéticos: uma análise à luz da função social da responsabilidade civil e da dignidade humana*. *In* Revista de Direito Privado, vol. 50, abr-jun/2012, pags. 206-226).

[272] "A dignidade da pessoa humana, portanto, é direito fundamental inexorável, do qual a construção do Estado, as leis promulgadas, os pronunciamentos jurisdicionais, os negócios jurídicos firmados, as pesquisas científicas, as ações humanas não podem distanciar-se. É o norte a guiar todo o comportamento. Possui função instrumental integradora e hermenêutica, na medida em que serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais, mas de todo o ordenamento jurídico. (NANNI, Giovanni Ettore. *As situações jurídicas exclusivas do ser humano: entre a superutilização do princípio da dignidade da pessoa humana e a coisificação do ser humano.* Texto relativo a palestra proferida no I Colóquio Luso-Brasileiro sobre as perspectivas do Direito no Século XXI – Capítulo Portugal, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 20 de junho de 2013, no painel intitulado O Direito Civil e os Direitos do Homem, pag. 3).

Diante desta evolução, diversos institutos de cunho essencialmente patrimoniais precisam ser reinterpretados[273]. O reflexo disto fica bem claro na submissão da propriedade e dos contratos à função social, não sendo mais direitos absolutos de natureza apenas privada, tal qual proposto pelo texto original do Código Civil Francês de 1804.

É neste cenário que o conceito de patrimônio precisa ser adaptado. Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, citados anteriormente como defensores do conceito clássico do patrimônio, admitem esta necessidade de revisão do conceito, ao salientarem que "é mister registrar, finalmente, a premente necessidade de uma nova compreensão da matéria, vislumbrando o patrimônio em perspectiva humanista, afirmando a sua funcionalização à promoção da dignidade do homem. Assim, urge uma ampliação da ideia de patrimônio para abarcar, não apenas as relações patrimoniais da pessoa, mas, por igual, diferentes outros valores"[274].

Rosa Nery e Nelson Nery Jr. são ainda mais enfáticos nesta questão, ao criticarem o conceito clássico, por não ser ele mais passível de compreender efetivamente o conceito moderno de patrimônio. Salientam eles que "prefere-se, aqui, o uso da expressão "patrimônio" com o sentido que abarca tudo aquilo que é susceptível de se tornar objeto de direito, considerando como "bens" tudo quanto possa ser desejado e cobiçado por homens e protegido e tutelado pelo direito, com as peculiaridades de suas funcionalidades próprias, para a pacificação das pretensões jurídicas e afastamento das pretensões despropositadas, quer se trate de coisas materiais, quer se trate de coisas imateriais, quer componham o lote dos bens economicamente valorados, quer componham aquilo que, em linguagem coloquial, se usa para explicitar como *patrimônio moral* de alguém".[275]

---

[273] "Por conseguinte, essa importante mudança de valores leva à necessidade de que os institutos jurídicos (abrangendo, também, os tradicionais desenhos do direito privado) devam ser compreendidos e aplicados tendo como interesse final a proteção e o respeito à essencial dignidade do homem enquanto ser. A nova axiologia interpretativa impele na transposição da pessoa para o centro de aplicação de princípios e regras, objetivando, em instância última, o amparo e garantia de seus direitos fundamentais." (PEREIRA, Fabio Queiroz. *Danos Estéticos: uma análise à luz da função social da responsabilidade civil e da dignidade humana*. *In* Revista de Direito Privado, vol. 50, abr-jun/2012, pags. 206-226).

[274] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil – Tomo 1 – Parte Geral e LINDB.* São Paulo: Atlas, 2015, pag. 425.

[275] ANDRADE NERY, Rosa Maria de. NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil – Tomo 3 – Parte Geral.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pag. 86.

Desta forma, parece realmente mais adequado que o patrimônio deve abarcar tanto os bens e direitos economicamente aferíveis quanto aqueles que não o são, como os direitos da personalidade[276].

O maior problema que aqui se vislumbra decorre da etimologia do vocábulo *patrimônio*, atrelado ao significado social que ele imprime na sociedade. Com efeito, *patrimônio* tem origem latina, e significa "aquilo que é recebido do pai". Percebe-se, desta forma, que etimologicamente o patrimônio guarda estreita relação com a ideia de herança, e daí a restrição elencada pelos romanos (e que perdura até os dias atuais) apenas aos bens e direitos economicamente aferíveis (na medida em que apenas estes podem ser objeto de herança). Ademais, o vocábulo é socialmente compreendido em sua visão clássica, ou seja, apenas em relação a bens e direitos economicamente aferíveis.

Este fato dificulta bastante a reestruturação do conceito de patrimônio, na medida em que isso implicaria em reconstruí-lo em toda a sociedade. Talvez seja mais simples, até mesmo para fugir deste problema, cunhar um outro vocábulo que melhor represente esta concepção moderna do patrimônio. Isto evitaria qualquer confusão etimológica e social que possam atrapalhar a interpretação do instituto.

É exatamente este o ponto fulcral. Se o patrimônio passa – atualmente – a compreender os aspectos que a doutrina clássica elencava como extrapatrimoniais (aqueles que não podiam ser aferíveis economicamente, tal qual os direitos da personalidade) [277], por óbvio que a violação destes direitos não pode mais gerar um dano de natureza extrapatrimonial.

Afinal, se passam a integrar o patrimônio de uma pessoa, qualquer dano que ela venha a sofrer (exemplo violação de algum dos direitos da personalidade) fará com que ele

---

[276] "Lembrando que todo patrimônio compõe-se de bens materiais e imateriais (...). Se o ataque se dirigir ao bem material, o dano será material, chamado pela doutrina de patrimonial; se ao bem imaterial, o dano será imaterial, cognominado moral." (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil.* São Paulo: Atlas, 2011, pag. 193/194).

[277] "É mister então deixar claro que o patrimônio do indivíduo não é formado apenas pelos seus bens suscetíveis de transformação em dinheiro. O patrimônio do indivíduo é muito mais do que isso, é a universalidade de interesses que compõem a existência do ser humano, composta por seus bens materiais, móveis e imóveis, e por seus bens imateriais." (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano Existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. In* Doutrinas Essenciais de Dano Moral, vol. 1, pags. 1055/1093. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pag. 1059/1060).

tenha natureza patrimonial, em detrimento da conceituação clássica de dano extrapatrimonial.

Mas então, como diferenciar um dano de outro? Antes de mais nada, é preciso questionar a utilidade prática desta diferenciação. Pouco importa a que título será ressarcido, o importante é que o ressarcimento deverá ocorrer[278]. Perceba-se que o Código Civil, no capítulo destinado às obrigações e à responsabilidade civil, em momento algum utiliz a terminologia "patrimonial" ou "extrapatrimonial", fazendo referência apenas à "dano". Cite-se, como exemplos, os artigos 186, 402, 927, 930, 931, 936 e 944, todos do Código Civil.

O Código Civil demonstra, de maneira satisfatória, como é possível criar um sistema de responsabilidade civil que não seja dependente da dicotomia "patrimonial" versus "extrapatrimonial".

Aliás, tecnicamente falando, a própria ideia de dano patrimonial e extrapatrimonial é equivocada. Para entender melhor esta eventual (in)utilidade da diferenciação, é importante distinguir o conceito de "dano" das consequências advindas do evento danoso[279]. O dano, *prima facie*, deve ser analisado em relação ao bem jurídico atingido.

Neste sentido, ele é sempre causado à uma pessoa singular ou à coletividade (danos ambientais, por exemplo, embora este último não interesse para fins deste estudo[280]), corpóreo ou incorpóreo, especificamente em um interesse juridicamente tutelado pelo Estado e que integre seu patrimônio[281].

---

[278] "De qualquer forma, esta classificação tem relevo secundário .... (...)." (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações.* São Paulo: Saraiva, 2013, pag. 592).

[279] "Esse é o raciocínio que vigora atualmente na doutrina jurídica brasileira, o qual se mostra incoerente e inadequado, devendo cair em desuso. Quando se pensa na axiologia da palavra dano ou mesmo no ato que lhe deu origem, percebe-se claramente que há uma seqüência de dois momentos muito próximos, mas que não se misturam. Há o ato da lesão em si e existem também os seus efeitos ou conseqüências. Utilizando um exemplo bastante simplório, ao se quebrar o vidro de uma janela tem-se como ato da lesão a destruição da matéria que formava o vidro, composto por areia, sílica e outros componentes. Os efeitos desse ato, por outro lado, seriam a perda de seu valor econômico e a sua imprestabilidade ao antigo proprietário para isolar o ambiente externo do interno." (MAGGI, Bruno Oliveira. *Nova Proposta de Classificação do Dano no Direito Civil. In* Revista de Direito Privado, vol. 32, out-dez 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pags. 41/42).

[280] Este entendimento foi completamente reproduzido pelo recente Código Civil Argentino, de 2015: "Art. 1737 – Concepto de dano. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva."

[281] AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil – Tomo I.* Rio de Janeiro: Forense, 1944, pag. 07.

A pessoa, por sua vez, pode titularizar bens materiais (coisas) ou imateriais (intangíveis)[282]. Desta forma, o dano à pessoa recairá necessariamente sobre um bem que integre o seu patrimônio, seja ele uma *coisa* ou um bem *imaterial* (também pode recair sobre ambos, de forma concomitante).

Não nos parece mais adequado continuar a clássica separação entre danos à pessa e danos à coisa[283]. Se não bastasse o fato da *pessoa* ser, atualmente, o centro do ordenamento jurídico, a visão do patrimônio como conjunto de bens materiais e imateriais de uma pessoa leva à conclusão de que todo dano é causado ou a uma pessoa singularmente considerada, ou a um grupo de pessoas (danos coletivos, individuais homogêneos e difusos).

Como consequência do dano, nasce a pretensão a um interesse jurídico tutelado pelo Estado, quando este sancionar o fato gerador como ilícito[284]. Sendo o fato ilícito e configurado um dano a um bem jurídico, a pretensão jurídica que daí nascer é, na definição clássica, classificada como patrimonial ou extrapatrimonial.

Portanto, a classificação em "patrimonial" ou "extrapatrimonial" não decorre do dano, mas sim das consequências que dele decorrem. É um "consecutio" e não um "prius". Aliás, na visão que aqui propomos, passa a ser uma classificação desnecessária.

O ato ilícito é aquele que *na definição clássica de Planiol, nada mais é do que a violação de um dever preexistente, que se impõe ao agente. É a transgressão de um dever jurídico*[285]. Integra o preceito romano clássico de Ulpiano, que serve até hoje como modelo jurídico ocidental, configurando, inclusive, as aspirações máximas de todo ordenamento jurídico: *Honeste Vivere, Alterum non Laedere e Suum Cuique Tribuere*[286]. *Não lesar*

---

[282] "O dano patrimonial também costuma ser chamado de *material*, até na lei, mas em rigor esta designação deve ser reservada para os danos a coisas, a objetos do mundo externo, como vimos na seção anterior." (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações.* São Paulo: Saraiva, 2013, pag. 590).

[283] Em sentido contrário: " (...) o que é verdadeiramente importante é saber se existe um prejuízo que possa ser enquadrado entre o danos à pessoa ou a coisas: se existir, ele terá de ser objeto de reparação, ou como dano patrimonial, ou como dano extrapatrimonial." (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações.* São Paulo: Saraiva, 2013, pag. 592).

[284] Nem todo "dano" implica em ato ilícito. Um bom exemplo disto é o artigo 188 do Código Civil.

[285] LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Ato Ilícito. In Teoria Geral do Direito Civil (coords. Lotufo, Renan. Nanni, Giovanni Ettore*). São Paulo: Atlas, 2008, pag. 723.

[286] Título I (*De justitia et de jure*), §3º das Institutas de Justiniano: "Praecepta juris sunt haec: honest vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere (os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não causar dano a outrem, dar a cada um o que é seu)." - JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Institutas do Imperador Justiniano (trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pag. 21).

ninguém é exatamente o fundamento para e vedação do ato ilícito; descumprido o preceito (e o Direito), nasce a pretensão da responsabilidade civil.

Como seria, então, um sistema de responsabilidade civil que deixasse de ser centrado na segmentação clássica de "dano patrimonial" e "dano extrapatrimonial"? O direito francês do início do século XX nos ajuda a responder esta questão. Naquela época, pouco importava se o dano era patrimonial ou não, se era causado a uma pessoa ou a uma coisa. O que importava – tal qual importa hoje[287] – era ressarcir, a qualquer título, as consequências do dano sofrido. A doutrina francesa chamou isso de "interesse jurídico legitimamente tutelado"[288].

Seguindo o raciocínio da posição clássica (que fragmenta o dano em patrimonial ou extrapatrimonial), o dano à uma coisa pode ter consequências patrimoniais e extrapatrimoniais, tal qual, aliás, o dano imaterial causado à pessoa ou à coletividade. É aqui que inicia a confusão terminológica e conceitual[289]. Uma jóia partida ao meio implica, ao causador do dano, a reparação da coisa, através do pagamento do reparo necessário, a fim de reestabelecer o *status quo ante*. Se for impossível consertar a jóia, deverá ele arcar com

---

[287] "A tutela efetiva do homem contra os abusos do próprio homem e do Estado, o bem-estar da pessoa, o seu direito a uma existência tranqüila e imune a abusos de terceiros, somente podem ser alcançados a partir do momento em que o conceito de indenização civil for considerado na sua mais ampla abrangência, ficando estreme de dúvidas que o dano injusto causado a qualquer bem, interesse ou direito, do ser humano, material ou imaterial, é intolerável e deve ser objeto de pronta e ampla reparação por conta do ofensor. Em suma, para a garantia de uma sobrevivência digna e tranqüila da pessoa, a idéia da pronta e integral reparabilidade do dano injusto, patrimonial, moral ou na forma em que se apresente, deve ser uma constante inflexível." (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano Existencial a tutela da dignidade da pessoa humana*. *In* Doutrinas Essenciais de Dano Moral, vol. 1, pags. 1055/1093. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pag. 1065).

[288] "Ancora più evidente è la divaricazione tra il nostro diritto e quello francese, che ignora ogni discriminante disparità di tratamento tra i danni *matériel* e *moral*, applica nella sua massima estensione il principio di riparazione integrale e risarcisce senza limiti, sulla base di una funzione compensativa (...) anche i dani morali (...) derivanti da reato. Fin dai primi anni del XX secolo, tramontata la stagione germanistica, la giurisprudenza francese ha iniziato a risarcire <<qualsiasi danno, causato da qualsiasi *faute*>> senza più richiedere un elemento oogettivo autonomo dalla *faute* e consistente nella *illicéité*. Lo stesso controllo sull'*intérêt légitime juridiquement protégé*, che non rappresenta più un "sinonimo" della lesione del diritto soggettivo, diviene uno strumento di politica legislativa che permette ai tribunali di verificare l'esistenza di un interesse meritevole da parte dei danneggiati *par ricochet*, sulla base di un criterio di prossimità parentale o soltanto affettiva che lega l'attore alla vitima *immédiate*. L'evoluzione del sistema francese pone in evidenza <<la vocazione indennitaria della responsabilità civile che tende ormai a compreendere ogni lesione portata a qualsiasi interesse, a condizione che essa sia certa>>." (DI LAURO, Antonino Procida Mirabelli. FEOLA, Maria. *La Responsabilità Civile: Contratto e Torto.* Torino: G. Giapicchelli Editore, 2014, pag. 111)

[289] "A expressão dano material é, todavia, equívoca, devido a ser frequentemente usada como sinônima de dano patrimonial, que é realidade diversa: como veremos melhor nas duas seções seguintes, existem danos patrimoniais ligados a ofensas à pessoa e ainda existem danos extrapatrimoniais resultantes de lesões a coisas (ainda que neste caso tais danos se traduzam em reflexos anímicos para as pessoas ligadas a essas coisas, e portanto, em danos ainda pessoais." (NORONHA, Otávio. *Direito das Obrigações.* São Paulo: Saraiva, 2013, pag. 581/582)

indenização a título de perdas e danos, a ser arbitrado em valor equivalente ao da jóia quebrada. Esta reparação em pecúnia – ou outra coisa economicamente aferível – é chamada de *patrimonial.*

A primeira conclusão, portanto, é que a reparação do chamado dano patrimonial (na acepção clássica) prioristicamente deve ser realizada em espécie, como, aliás, determina o artigo 947 do Código Civil. Diante da impossibilidade da reparação em espécie, a indenização será convertida em perdas e danos, que abrangem os danos emergentes e os lucros cessantes, *ex vi* art. 402 do Código Civil.

A segunda conclusão é a de que o dano patrimonial (na acepção clássica) tem função reparatória, ou seja, deve reparar a diminuição patrimonial sofrida pela vítima.

Além da reparação patrimonial devida pelo causador do dano, pode ser que surja também uma lesão a um bem imaterial titularizado pela vítima. Imaginemos, neste mesmo exemplo, que se trate de uma jóia de família, passada de geração em geração; dotada, assim, de grande valor sentimental para a vítima. Daí pode nascer uma pretensão ressarcitória de cunho extrapatrimonial (na acepção clássica). Não pela diminuição do patrimônio da vítima, mas pela dor decorrente da impossibilidade de reparação da jóia (retorno ao *status quo ante*). Chamemos este dano, por enquanto, de "dano moral", como reconhecido exaustivamente pela doutrina e pela jurisprudência.

A reparabilidade do chamado "dano moral" não visaria, portanto, recompor o patrimônio da vítima, até mesmo porque não houve, neste fato, diminuição patrimonial. A indenização visa compensar a dor da vítima, através de uma quantia financeira. Pode ocorrer, entretanto, da pessoa preferir a reparação em espécie (regra do sistema jurídico brasileiro[290]), o que é perfeitamente possível em boa parte dos casos (pedido de desculpas pelo mesmo veículo da ofensa, por exemplo). Assim, como terceira conclusão, temos que a natureza da indenização advinda do dano extrapatrimonial pode ter função compensatória, na medida em que pode ser impossível a reparação em espécie do dano causado, ou reparatória, quando for possível a reparação em espécie (sempre preferível pelo ordenamento jurídico).

[290] "A reparação do damno faz-se repondo as cousas no mesmo estado em que estavam antes, e, não sendo isso possível, pagam-se os prejuízos." (LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Obrigações.* Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1916, 2ª edição, pag. 286).

A ironia deste exemplo é que um único evento danoso poderia gerar dano patrimonial e dano extrapatrimonial, deixando clara a linha de raciocínio aqui exposta, no sentido de sua bifurcação se dar em momento posterior ao dano e não de forma concomitante (em sentido técnico, inexiste dano patrimonial ou extrapatrimonial, mas sim efeito patrimonial e extrapatrimonial, de acordo com a noção clássica de patrimônio)[291].

Mudemos, agora, a situação hipotética a ser trabalhada. A queda de um avião leva a óbito centenas de pessoas. Para cada pessoa falecida, os parentes diretos (mulher e filho) sofrem com a perda do ente querido e, por isso, titularizam um dano à pessoa pela violação de um bem imaterial, também aqui chamado de "dano moral". Entretanto, podem, também, titularizar uma pretensão indenizatória de natureza patrimonial, galgada na diminuição patrimonial da renda familiar decorrente do óbito do falecido, previsão encontrada no artigo 948 do Código Civil. Assim, um mesmo fato (dano à pessoa) pode causar implicações patrimoniais e extrapatrimoniais (na acepção clássica) em bens jurídicos corpóreos e incorpóreos. No mesmo exemplo, ainda é possível que o filho menor de idade do falecido precise frequentar um psicólogo para ajudar a superar a morte prematura de seu pai. Os gastos com o psicólogo também integrarão o montante ressarcitório a ser pago pela companhia aérea, a título de danos patrimoniais, decorrente de uma lesão psíquica sofrida pela criança.

Assim, a quarta conclusão, é que o dano à pessoa pode gerar consequências patrimoniais ou extrapatrimoniais (e até mesmo ambas)[292], deixando claro, novamente, que quando se fala em dano patrimonial ou extrapatrimonial, não se faz referência ao bem jurídico lesado, mas sim às suas consequências[293], ou seja, se a reparação se der por uma

---

[291] "Repare-se que na distinção entre danos à pessoa e a coisas se considera, não o ato ou fato lesivo registrado, mas a esfera jurídica em que a lesão se refelte (chegando a falar-se, a este respeito, em *teoria do reflexo*): de um mesmo fato, por exemplo, um acidente de transito, podem resultar danos materiais (destruição do veículo) e pessoais (lesões nas pessoas transportadas)." (NORONHA, Otávio. *Direito das Obrigações.* São Paulo: Saraiva, 2013, pag. 582).

[292] "De tal forma que, da violação de direitos patrimoniais podem advir danos morais, sendo, da mesma forma, possível a ocorrência de danos patrimoniais, mercê de atentados a direitos da personalidade." (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil, Volume VIII, Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 513).

[293] "La dottrina, oggi, ha chiarito che affinché un danno debba essere considerato non patrimoniale non deve farsi riferimento alla natura del bene o dell'interesse che sia stato leso dall'azione illecita, ma ocorre fare riferimento ai pregiudizi da questa arrecati, i quali possono assumere aspetto patrimoniale o non patrimoniale. Infatti, da una lesione ad un bene non patrimoniale possono scaturire conseguenze patrimoniali e viceversa." (FASANO, Annammaria. *Il danno non patrimoniale.* Torino: UTET, 2004, pag. 145).

coisa aferível economicamente, então será patrimonial; se for por bem diverso, então se diz extrapatrimonial[294].

Isto tudo nos permite concluir, em síntese, que a dicotomia "dano patrimonial" e "dano extrapatrimonial" não é cientificamente necessária (o próprio ordenamento jurídico não a utiliza). Também permite dizer que ela é cientificamente equivocada, na medida em que na realidade se analisam as consequências do dano, e não o dano em si (razão pela qual seria tecnicamente correto falar em danos com consequências patrimoniais e danos com consequências extrapatrimoniais).

Ademais, não se deve mais entender o patrimônio apenas como conjunto de ativos e passivos economicamente aferíveis, mas sim como conjunto de direitos e deveres titularizados por uma pessoa, tenham eles valor econômico ou não.

Por fim, também foi possível observar que o dano recai sempre sobre a pessoa ou a coletividade, na medida em que apenas a pessoa (ou um conjunto de pessoas) pode sofrer prejuízo.

Portanto, o que se propõe é a concepção da indenização a partir – sempre – do dano à pessoa (coletiva ou singularmente considerada), daí podendo ser subdivida na já conhecida categoria dos danos aferíveis economicamente e dos danos não aferíveis economicamente.

3.1. Importância da decomposição do dano à pessoa humana

Ao elencar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, a Constituição Federal coloca a "pessoa humana" no centro do ordenamento jurídico. Esta mudança de paradigma traz reflexos diretos em todo o direito privado, com a necessidade de reanalisar diversos institutos à luz do "ser" e não somente do "ter".

---

[294] "Em muitos dos casos as definições ignoram que o dano moral pode ser gerado por ofensa a bens não-patrimoniais ou patrimoniais, visto que alguns direitos de personalidade representam bens patrimoniais intangíveis, tais como o nome e a honra de uma pessoa. De modo simétrico, a lesão a bens não-patrimoniais, tais como a integridade física, podem ocasionar indenização por dano material. Portanto, não se deve utilizar a expressão dano material como um sinônimo para dano patrimonial, nem a expressão dano moral como sinônima de dano não-patrimonial." (MAGGI, Bruno Oliveira. *Nova Proposta de Classificação do Dano no Direito Civil. In* Revista de Direito Privado, vol. 32, out-dez 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pags. 37).

Na responsabilidade civil, esta mudança de paradigma faz reconhecer que os chamados danos extrapatrimoniais são, nada mais nada menos, do que danos a algum dos aspectos da personalidade, seja de um ou mais indivíduo identificáveis, seja de toda a coletividade (danos difusos, como os ambientais), fazendo com que todo e qualquer dano a algum dos aspectos da personalidade deva ser indenizado[295].

As lesões aos aspectos da personalidade, vale dizer, não se limitam aos chamados direitos da personalidade elencados no Código Civil, embora sejam mais comuns em relação a eles. Englobam, também, os direitos fundamentais previstos no artigo 5º e os direitos sociais previstos nos artigos 6º e seguintes, todos da Magna Carta, além dos Direitos Humanos.

Assim, afirma-se que todo o dano decorre, por definição, de um dano à uma (dano à pessoa) ou mais pessoas (dano à coletividade)[296]. Por limitação temática, nos interessa, para fins deste trabalho, o primeiro grupo, aqui denominado de "dano à pessoa". Também por restrição temática, a análise recairá apenas aos danos à pessoa humana.

Existe, admite-se, uma grande discussão na doutrina e jurisprudência – principalmente italiana – sobre ser, ou não, o dano à pessoa um *tertium genius*, ao lado do dano moral e do dano patrimonial[297], tendo sido reconhecido, recentemente, a autonomia do dano à pessoa[298], (embora restrito ao dano biológico). Isto se dá, como se observará, pelas

---

[295] "La società moderna há spinto verso una nuova visione dell'individuo, rivalutato a tutti gli effetti e impostato secondo nuovi criteri di valore che ne fanno un riferimento di sviluppo e realizzazione. La tutela della persona e la risarcibilità di ogni pregiudizio a valori ad essa conessi ha rappresentato, e rappresenta, la base su cui si fonda la rivoluzione in materia di responsabilità civile. La garanzia dei diritti inviolabili, tutelati dall'ordinamento anche a livello costituzionale, assume espressioni dinamiche, in continua ascesa (...)." (FASANO, Annammaria. *Il danno non patrimoniale.* Torino: UTET, 2004, pag. 421).

[296] "A responsabilidade civil é sempre uma obrigação de reparar danos: danos causados à pessoa ou ao patrimônio de outrem, ou danos causados a interesses coletivos ou transindividuais, sejam estes difusos, sejam coletivos *stricto sensu*." (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações.* São Paulo: Saraiva, 2013, pag. 451).

[297] "De qualquer forma, a doutrina ainda não chegou a um consenso sobre o enquadramento desses tipos de dano dentre as possibilidades de considerá-los circunscritos à esfera dos danos materiais ou dos danos morais." (MAGGI, Bruno Oliveira. *Nova Proposta de Classificação do Dano no Direito Civil. In* Revista de Direito Privado, vol. 32, out-dez 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pags. 40).

[298] "Si sosteneva allora, con argomenti pesanti, che la dicotomia danno patrimoniale/danno non patrimoniale, elevata a sistema, dovesse necessariamente includere il danno biologico o come danno patrimoniale (ed allora taluni tentavano la estensione del termine "patrimonialità" riferendolo al "patrimonio" della persona, incluso il bene immateriale della salute) o come danno non patrimoniale (a limitata tutela, sub art. 2059). La formula adottata costituiva un tertium genus di danno e cioè un monstrum non riconoscibile nell'armonia del sistema;

limitações do próprio sistema jurídico italiano, que não se aplicam ao Brasil. Por isto, mantemos firme a tese que todo dano – patrimonial ou extrapatrimonial – decorre de um dano à pessoa.

A grande dificuldade em conceiturar o chamado "dano extrapatrimonial" possivelmente tenha ocorrido por tentar colocar, no mesmo cesto, danos muito diferentes entre si[299], sob a alcunha tradicional de "dano moral"[300]. Analogamente, é como tentar achar pontos em comum entre maçãs, bananas, peras e figos, além do fato de serem frutas. O dano à pessoa humana (também chamado de dano extrapatrimonial ou dano moral) é gênero, do qual decorrem algumas espécies com características e requisitos particulares. Essas espécies são diferentes entre si (tal qual maçãs, bananas, peras e figos), muito embora sejam qualificadas como danos à pessoa humana (ou frutas, na analogia apresentada).

A questão da precisão técnica do chamado dano moral intriga a doutrina há mais de um século[301]. Agostinho Alvim, no século passado, ao pontuar a ressarcibilidade do dano moral chega a dizer que "o sentimento de justiça impulsiona no sentido de admitir-se a indenização por dano moral, mas a dificuldade da aplicação da teoria aos csos ocorrentes faz retroceder"[302]. E continua, ao dizer que "as dificuldades que os juízes encontram para decidir

---

forma mostruosa, aggravata dalla deformità del danno/evento. La stessa Cassazione si dimostrò esitante sulla identificazione della "natura" del nuovo protetto, dapprima parlando di danno patrimoniale in senso lato, quindi accennando ad una non patrimonialità ma in senso differenziato dal danno morale, ed infine coraggiosamente assumendo la tesi della figura autonoma tertium genus di danno ingiusto risarcibile, per effetto dell'integrazione della norma costituzionale sul precetto ordinario." (PETTI, Giovanni Battista. *Il danno alla salute e il suo risarcimento.* Rivista Danno e Responsabilità, nº 5, 1996, pag. 544).

[299] A partir de então, a discussão doutrinária e jurisprudencial se restringe, basicamente, a identificar as hipóteses de verdadeiro e puro dano moral e determinar os critérios que deverão ser observados para se apurar o valor da indenização devida pela ofensa sofrida (a respeito dos quais discorreremos no tópico seguinte), podendo ser dito, quanto à primeira questão, que ela indissoluvelmente depende do próprio conceito de "dano moral" que se venha a adotar. (- YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *A incompatibilidade do caráter punitivo da indenização do dano moral com o direito positivo brasileiro (à luz do art. 5º, XXXIX, da CF/1988 e do art. 944, caput, do CC/2202). In* Revista de Direito Privado, vol. 35, jul-set/2008, pags. 77-96).

[300] Desta feita, constatamos que "é possível distinguir-se, no campo dos danos, a categoria dos danos patrimoniais, de um lado, dos chamados danos morais, de outro. O dano moral não afetaria o patrimônio do ofendido"." (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Indenização por dano moral puro e a fixação do quantum debeatur – a problemática questão so arbitramento. In* Revista de Direito do Consumidor, vol. 15, jul-set/1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, pags. 168-178).

[301] "I cosè detti danni morali, atri sono subbiettivi, quali il dolore fisico, i patemi d'animo, altri obbiettivi, quali un visibile permanente sfregio fisico, per esempio, al viso, il perduto soccorso del coniuge nella educazione della prole, le offese al buon nome e alla riputazione." (GABBA, Carlo Francesco. *Note alla Sentenza della Corte di Cassazione di Roma di 27 aprile 1912.* In Giurisprudenza Italiana, vol. LXIV, anno 1912, pag. 841).

[302] ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências.* São Paulo: Saraiva, 1949, pag. 200.

sem uma fórmula e a repugnância louvável de lançar mão do arbítrio constituem a causa principal dessa relutância dos tribunais"[303].

Judith Martins-Costa criticou, logo após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a manutenção do termo genérico "dano moral" pelo legislador. Pontuou ela que melhor seria – e mais técnico – realizar a decomposição do chamado dano extrapatrimonial. "Afirmamos que "infelizmente" a designação "dano moral" foi mantida, ao invés de adotar-se a mais ampla expressão "danos extrapatrimoniais", porque a locução pode se prestar a enganos, confundindo o dano com eventual "dor", além de plasmar, num mesmo molde, numerosíssima tipologia, dificultando a visualização da multiplicidade de aspectos que o dano à esfera existencial pode acarretar"[304].

Tal qual não é possível achar traços comuns (além de pertencerem ao gênero frutas) entre maçãs, bananas, peras e figos (cores, tamanhos, pesos, formas diferentes), é igualmente impossível querer conceituar de modo uniforme o chamado dano moral (ou dano à pessoa, ou dano extrapatrimonial)[305].

Tomemos como exemplo a conceituação do chamado "dano moral" pela doutrina.[306]. Todas estas hipóteses – muito distintas entre si – são enquadradas como "dano moral", sem

---

[303] ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências.* São Paulo: Saraiva, 1949, pag. 200.

[304] E continua ela: "A tipologia dos danos à pessoa, ou à personalidade, por sua vez, deve discernir entre aqueles constituídos pelos danos morais em sentido próprio (isto é, os que atingem a honra e a reputação), os danos à imagem, projeção social da personalidade, os danos à saúde, ou danos à integridade psicofísica (danos físicos, psíquicos, estéticos), inclusos os " danos ao projeto de vida", e ao "livre desenvolvimento da personalidade", os danos à vida de relação, inclusive o "prejuízo de afeição", e os danos estéticos. Inclui, ainda, outros danos que não atingem o patrimônio nem a personalidade, como certos tipos de danos ambientais." (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil: do Inadimplemento das Obrigações, vol. 5, Tomo 2, arts. 389 a 420* (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, 2003, pag. 347).

[305] "No que se refere à terminologia, devemos ter em mente que dano moral não possui o mesmo significado que dano extrapatrimonial, sendo que aquele é espécie deste, que é gênero. Assim, dano moral, dano estético, dano existencial, entre outros tipos de danos, são espécies do gênero dano extrapatrimonial." (FERREIRA, Keila Pacheco. BIZELLI, Rafael Ferreira. *A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil constitucional. In* Revista de Direito Privado, vol. 54, abr-jun/2013, pags. 11-43).

[306] "O dano moral pode consistir no sofrimento corporal, na indescritível dor física decorrentes de lesões corporais sofridas; nos riscos de vida pela submissão de intervenção cirúrgica; no sofrimento físico e psíquico na tentativa do restabelecimento através de tratamentos de reabilitações; na submissão moral dolorosa a todos os desgostos sociais que o fato da perda de um membro, sentido ou função poderá acarretar, ou, ainda, no fato da pessoa tornar-se vítima dos olhares penosos de muitos ou de lamentáveis olhares ascosos de outros; na perda ou diminuição da credibilidade ou estima, perante a opinião pública ou determinado grupo social ou profissional; na dor moral sofrida pelo cidadão probo que for difamado, injuriado ou caluniado (ofensa à honra); na violação ao direito à imagem, à privacidade, à intimidade; na violação do sigilo epistolar etc.

que exista maior preocupação em segregá-las de acordo com características em comum. A conceituação, desta forma, é impossível; não à toa que normalmente a doutrina e a jurisprudência, ao fazê-lo, acabam recorrendo a casuística.

O que todos eles têm em comum, além do dano não ser economicamente aferível? São danos causados à personalidade. A tipologia do dano passa, portanto, pela "pessoa"[307] e não pelo seu eventual aspecto econômico[308], este afeito à natureza da pretensão nascida da lesão[309].

Exemplo interessante pode ser retirado de recente julgado do Superior Tribunal de Justiça[310], no qual se pleiteava indenização por danos morais em razão de erro no exame de DNA. A Ministra Nancy Andrighi, ao analisar o conceito de dano moral pontuou que ele deve provocar desequilíbrio "psicológico do indivíduo por um período de tempo desarrazoado". O que viria a ser período de tempo desarrazoado? Um dia? Uma semana? Um mês? Um ano?

Portanto, a expressão "dano moral" deve ser interpretada extensivamente, porquanto designa não apenas as ofensas e violações relativamente à moral propriamente dita, ou seja, aquelas afetas às faculdades morais do homem, o seu brio, a sua honra. Por "dano moral" devemos compreender todo o tipo de dano que esteja em oposição ao físico, material, ou patrimonial, mais precisamente, danos relativos à órbita espiritual" (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Indenização por dano moral puro e a fixação do quantum debeatur – a problemática questão so arbitramento. In* Revista de Direito do Consumidor, vol. 15, jul-set/1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, pags. 168-178).

[307] "La preoccupazione del medico legale, che coinvolge anche i magistrati sensibili, per loro natura e funzione, alla equità, e quella di cercare di trovare un metodo che porti ad un rissarcimento il più possibile compiuto e completo del danno a persona.Non quindi spezzetando l'essere in tante fattispecie tra loro disunite, ma identificando nell'essere, nell'individuo, nell'uomo, quella integrazione, quell'unità fatta però di tante facce." (MARIGLIANO, Antonio. FARNETI, Antonio. *I confini tra danno psichico e danno relazionale. In Medicina e Diritto: Il nuovo danno non patrimoniale (a cura di Antonio Farneti, Monica Cucci e Sonia Scarpati).* Milano: Giuffrè Editore, 2005, pag. 63)

[308] "L'equivoco va rinvenuto nella distinzione tra danno patrimoniale, come conseguenza negativa economicamente valutabile, e danno non patrimoniale, come conseguenza non valutabile economicamente: la patrimonialità o non patrimonialità del danno va rapportata alla patrimonialità o non patrimonialità dell'interesse leso e ciò vale sia per il danno da fatto illecito che per il danno da inadempimento." (FLAMINI, Antonio. *Il Danno alla Persona.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, pag. 68).

[309] "Si è cosí proposta una distinzione tra danno morale, che non sarebbe figura autonoma di danno, ma mera conseguenza di esso, sensazione aflitiva, cui si attribuisce eccezionale rilevanza per la migliore tutela della persona umana, (...) dal danno necessariamente derivante dalla lesione del diritto della personalità, materiale ed oggetivo, che si creerebe appunto al momento ed a causa di tale lesione, sarebbe, per cosí dire, *in re ipsa*, sussisterebbe e dovrebbe essere risarcito non avendo un imediato riflesso di carattere patrimoniale ed economico." (DOGLIOTTI, Massimo. *Danno non patrimoniale e diritto alla salute. In* Rassegna di Diritto Civile, 1981, pags. 785/786).

[310] Processo em segredo de justiça. Informações retiradas de matéria publicada em 17.12.2019 no sítio eletrônico do STJ: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Laboratorio-e-condenado-em-R--50-mil-por-danos-morais-apos-falso-negativo-em-exame-de-DNA.aspx.

Na sequência, analisando o caso em si, pontuou que "o simples resultado negativo do exame de DNA agride, de maneira grave, a honra e a reputação da mãe, ante os padrões culturais que, embora estereotipados, predominam socialmente. Basta a ideia de que a mulher tenha tido envolvimento sexual com mais de um homem, ou de que não saiba quem é o pai de seu filho, para que seja questionada em sua honestidade e moralidade". Para além disso, asseverou que o incidente “rebaixa a validade da palavra da mãe – inclusive perante o próprio filho, a depender de seu desenvolvimento psicossocial –, além de pôr a virtude, a honestidade, a moralidade da mulher em condição de suspeita”.

Neste julgado, o Superior Tribunal de Justiça expressamente salientou que a indenização por dano moral tem como fundamento o dano à honra (honestidade e moralidade) da mãe; a possibilidade de atrapalhar o desenvolvimento psicossocial da criança; o simples resultado equivocado implica no dano à honra, além da agressão diante da eventual confirmação do estereótipo da mulher no país.

A matéria traz ainda a seguinte síntese: “a relatora observou que, diferentemente do entendimento das instâncias ordinárias, a situação a que foi exposta a recorrente foi capaz de abalar a sua integridade psíquica, com repercussão na sua reputação e consideração no seio familiar e social, em especial no atual contexto de "sacralização" do exame de DNA – considerada pelo senso comum prova absoluta da inexistência de vínculo biológico”.

Observa-se, desta maneira, a dificuldade que tem o STJ em conceituar o dano moral, exatamente pelo fato de que ele não é categoria una, mas apenas uma das espécies dos chamados danos extrapatrimoniais.

Até mesmo o problema da quantificação do dano à pessoa passa por ter a exata compreensão do conteúdo do cesto. Se alguém diz que meu cesto vale dez, e eu não sei o que tem dentro (quais frutas e em quais quantidades de cada espécie de fruta), eu não tenho sequer como começar a contestar a avaliação feita. Esse é um problema recorrente na jurisprudência brasileira, principalmente nas hipóteses de dano moral em razão de falecimento de parente (genitores, filhos, cônjuges), no qual o STJ trabalha com a faixa de indenização pré-estabelecida entre 300 (trezentos) e 500 (quinhentos) salários mínimos[311].

[311] Neste sentido, Recurso Especial nº 1842852/SP, Terceira Turma STJ, Mina. Rel. Nancy Andrighi, julgado em 05.11.2019.

Dificilmente leva-se em consideração as consequências traumáticas pelas quais passa o familiar supérstite.

O dano à pessoa não é um *tertium genius,* como proposto por parte da doutrina[312]-[313], mas sim o elemento de conexão entre todas as espécies de danos que lesam algum bem titularizado por uma pessoa.

É possível, entretanto, que um mesmo dano faça nascer pretensões indenizatórias distintas, seja de natureza econômica (utilização indevida de imagem com finalidade econômica), seja de natureza "extrapatrimonial" (lesão psicológica)[314], o que a doutrina chama de cumulação objetiva[315].

Das diversas espécies de danos à pessoa, o ordenamento jurídico brasileiro trabalha relativamente bem com apenas uma delas: o dano estético, cuja admissibilidade já foi sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 387 – "é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral."). Relativamente, porque a matéria não está satisfatoriamente positivada, e tampouco a jurisprudência tem debatido satisfatoriamente

---

[312] "Por fim, há grande discussão sobre a existência do dano à pessoa como uma terceira classe de dano que se colocaria ao lado dos danos materiais e morais. A doutrina estrangeira é mais desenvolvida que a brasileira no estudo desse tópico, que será objeto do capítulo II do presente estudo, mas alguns autores que se propõem a dissertar sobre o tema, tais como Antonio Jeová Santos e André Gustavo de Andrade, acabam por concluir que a fixação dessa nova classe não seria possível no Direito brasileiro. Não compartilhamos do mesmo entendimento, visto que as diversas dificuldades encontradas ao tentar o enquadramento das novas situações cotidianas em uma das hipóteses presentes no quadro atual de classificação do dano demonstram uma necessidade de mudança, que deve ser analisada pelos estudiosos do Direito Civil brasileiro." (MAGGI, Bruno Oliveira. *Nova Proposta de Classificação do Dano no Direito Civil. In* Revista de Direito Privado, vol. 32, out-dez 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pags. 40).

[313] "Nada obstante, a doutrina alienígena não pode ser aplicada no Brasil. Aqui não cabe o reconhecimento de um *tertium genus,* como o dano à pessoa, de forma a realizar o papel de uma categoria intermediária ao dano moral e ao dano patrimonial. De igual maneira, o encantamento com o novo não é suficiente para desenvolvermos classificações como dano à saúde ou dano corporal." (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil, vol. 3 – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2015, pag. 272).

[314] "Pode o bem ou interesse lesado não ter natureza patrimonial, como sucede com a integridade física, com a saúde, a liberdade, a honra, o bom nome e reputação, e, apesar disso, da lesão resultarem danos patrimoniais. É o que pode acontecer, por exemplo, caso ocorra uma ofensa ao bom nome e reputação de um médico, advogado ou engenheiro: embora o bem lesado, em si mesmo, careça de valor pecuniário, a ofensa traduzir-se-á, freqüentemente, num prejuízo pecuniário, expresso numa diminuição das receitas provenientes do exercício da atividade profissional respectiva (perda de clientela). Inversamente, pode tratar-se de violação de um bem patrimonial – e, ainda assim, da lesão resultarem (também) danos não patrimoniais. Imagine-se que alguém destrói determinado objeto, com o qual seu proprietário tinha uma forte e justificada relação afetiva. Não é de excluir que, numa situação deste tipo, para lá do dano patrimonial, ocorram danos não patrimoniais merecedores de tutela jurídica". (Monteiro, António Pinto. *Sobre a reparação dos danos morais*. Revista Portuguesa do Dano Corporal, nº 1, ano 1, 1992 pag. 19).

[315] MARTINS COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In* Revista dos Tribunais, vol. 789, jul/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pags. 22.

sobre os requisitos mínimos caracterizados desta espécie de dano à pessoa; inobstante os esforços da doutrina em sistematizar a questão[316].

A própria Súmula 387 demonstra o problema objeto da presente tese: ao dizer que o dano estético é cumulável com o dano moral, o que o Superior Tribunal de Justiça fez foi retirar do cesto o figo, deixando lá, ainda, a maçã, a banana e a pera.

Os chamados *danos à pessoa humana* são todos cumuláveis entre si, exatamente porque são distintos[317]. Tem *causa* distinta e *requisitos* distintos. Entretanto, eles precisam ser iluminados, apresentados e estudados; do contrário, permaneceremos na caverna platônica, pensando que aquilo que vemos é, no fundo, a única realidade existente[318].

O dano à pessoa humana, chamado tradicionalmente de "dano moral" ou "extrapatrimonial", é aquele que afeta o aspecto psicofísico de determinada pessoa, de sorte a impingir-lhe um sofrimento tal que mereça a adequada tutela do ordenamento jurídico através da compensação financeira e/ou do pedido de retratação, este último as vezes mais simbólico e importante para o ofendido do que a indenização pecuniária.

Se configuram através da lesão de um ou mais aspectos da personalidade humana. É assegurado, ademais, pela Constituição Federal brasileira, especificamente no artigo 5º, incisos V e X.

O artigo 5º, inciso V, da CF estabelece que "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem", ao passo que o inciso X pontua 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

---

316 Por todos, Teresa Ancona Lopez, *O Dano Estético.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

317 GENNARI, Giuseppe. *I nuovi orientamenti giurisprudenziale. In Medicina e Diritto: Il nuovo danno non patrimoniale (a cura di Antonio Farneti, Monica Cucci e Sonia Scarpati).* Milano: Giuffrè Editore, 2005, pag. 4.

318 "A doutrina, em geral, não costuma sistematizar os diversos tipos de danos morais e acaba fazendo uma imensa lista de todos os prejuízos de ordem moral sofridos pela pessoa em suas diversas dimensões. Mas, para tornar a matéria mais definida, sempre tendo em vista uma reparação mais integral possível, é melhor deixar claro que existem várias modalidades de dano moral, cada uma dizendo respeito a um aspecto diferente da pessoa. Ou seja, há uma *autonomia* no tratamento jurídico dos diversos tipos de dano que vem exatamente de sua autonomia conceitual." (LOPEZ, Tereza Ancona. *O Dano Estético*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pag. 27).

decorrente de sua violação". Estes pontos serão novamente abordados na sequência do trabaho.

É importante que o abalo psicológico não se traduza como mero aborrecimento, uma vez que este é natural e normal da vida quotidiana. A qualificação do dano à pessoa exige um abalo significativo, quantitativamente mais severo do que os abalos quotidianos.

Cada pessoa é dotada de conjunto de valores e de experiências próprios, de sorte que dificilmente duas pessoas sofrem o mesmo abalo psíquico, ainda que o ato causal seja o mesmo. Os graus de abalo psíquico, portanto, influenciam diretamente no valor da indenização, exatamente porque ele tem função compensatória; vale dizer, compensar aquilo que a pessoa sofreu. Também justifica esta afirmação o próprio artigo 944 do Código Civil, que estabelece que a indenização se mede pela extensão do dano.

Qualquer tentativa de classificação parte de critérios pré-estabelecidos. Basta pensarmos na classificação dos seres vivos na Biologia[319] (taxinomia) que a compreensão sobre isto fica bastante simplificada. Para ficar na área jurídica, podemos pensar nas classificações dos contratos, dos negócios jurídicos e dos fatos jurídicos, etc. Toda classificação parte de critérios previamente definidos por quem propõe a classificação.

A importância de classificar algo é facilitar a compreensão do todo, através da assimilação da organização criteriosa do conhecimento.

O raciocínio se aplica em relação aos chamados danos à pessoa humana. Para fins deste trabalho, e como já exposto acima, partimos do pressuposto de que a classificação em danos patrimoniais e extrapatrimoniais é desnecessária a luz do ordenamento jurídico brasileiro. Ao se entender o patrimônio de uma pessoa como o conjunto de bens –

[319] Os seres vivos são divididos em Reinos (Animal, Vegetal, Monera, Protista, Fungo), Filos, Classe, Ordem, Família, Gênero, Espécie. Um cachorro é do Reino Anima, Filo dos Cordados, Classe dos Mamíferos, Ordem dos Carnívoros, Família dos Canídeos, Gênero Canis e Espécie Canis Lupus. O critério adotado buscou uma divisão entre animais e plantas (aquilo que era visível aos olhos no século XVIII). Com o descobrimento dos organismos unicelulares, foi criado o reino Protista. Como ele não permitia uma classificação precisa, foi dividido em dois: Protista (bactérias procarióticas) e Monera (bactérias e outros organismos com componentes celulares eucarióticas – as formas mais primitivas de vida). Por fim, houve uma divisão no reino vegetal, separando as plantas dos fungos, em razão destes serem saprófitos (enquanto as plantas são autotróficos).

econômicos ou não – por ela tutelados, a classificação em patrimonial ou extrapatrimonial perde totalmente a razão de ser.

Também já foi deduzido que todo dano a um bem jurídico é suportado por uma ou mais pessoas. Mesmo os danos coletivos e difusos só assim o são porque prejudicam coletividade de pessoas.

Logo, quando se pensa em responsabilidade civil, a base de tudo é a pessoa. É a partir dela que a classificação e o estudo devem se desenvolver.

Os danos sofridos pela pessoa podem ter consequências econômicas (objetivas – de aferição matemática) e/ou não econômicas (subjetivas – a depender da extensão do dano, *ex vi* art. 944 do Código Civil).

Os danos não econômicos são, ainda, subdivididos de acordo com a lesão sofrida pela vítima. Assim sendo, a classificação que ora se adota é baseada na natureza da lesão. Desta forma, cinco serão as possibilidades[320]: (i) o dano moral puro; (ii) o dano estético; (iii) o dano biológico (ou à saúde); (iv) o dano existencial e (v) o dano da morte.

Não se trata de apenas criar etiquetas distintas. O cerne está na individualização destes danos na medida em que são substancialmente distintos um do outro[321], embora todos sejam danos à pessoa de origem não econômica. Judith Martins-Costa, a este respeito, pontua que a singela utilização da expressão "dano moral", tradicionalmente ligada ao *pretium doloris*, "tem impedido (...) a adequada apreensão, pela jurisprudência, de novas *fattispecies* que poderiam ser mis livremente desenvolvidas não fossem as amarras pré-compreensivas"[322] que a própria ideia de dano moral traduz.

---

[320] "Um dos aspectos mais importantes da responsabilidade civil é constituído pelos danos à pessoa. À medida que o conceito de pessoa se transforma, novos danos são a ele acrescidos, em decorrência mesma de uma visão mais integral desse conceito". (COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado. In* Revista dos Tribunais, vol. 667, maio/1991. São Paulo: Revista dos Tribunais, pags. 7-16).

[321] MARIOTTI, Paolo. ZOJA, Riccardo. *La sorte del danno esistenziale. In Medicina e Diritto: Il nuovo danno non patrimoniale (a cura di Antonio Farneti, Monica Cucci e Sonia Scarpati).* Milano: Giuffrè Editore, 2005, pag. 49.

[322] MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação.* Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 19, março/2001, pag. 194.

A vantagem da adoção desta classificação se dá pela sua simplicidade. Não é necessário analisar qual a natureza do direito subjetivo/potestativo violado e não é necessário saber se o dano foi à uma coisa ou a um bem imaterial.

Basta – repita-se – observar qual foi a lesão sofrida. Se houve lesão à saúde, então será dano biológico; se deixou marcas indeléveis no corpo da vítima, estar-se-á diante de dano estético; se houver lesão à rotina da pessoa, falar-se-á em dano existencial; se houver lesão à vida, será dano da morte e, por fim, se houver lesão anímica que não impacte severamente na rotina da pessoa, aplicar-se-ão as regras já conhecidas do dano moral puro (subjetivo).

Essa segregação dos danos à pessoa vem em contraposição a acanhada dicotomia[323] proposta pela doutrina e jurisprudência pátria (centradas, reconhece-se, no próprio texto constitucional, além do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil), a saber "dano patrimonial" e "dano moral".

É bem verdade que outros doutrinadores já vêm, há tempos, trabalhando sobre a temática da tipologia dos danos extrapatrimoniais. Carlos Alberto Bittar[324] assinala uma outra classificação em relação aos danos civis, com base nos reflexos produzidos na esfera jurídica violada. Na visão dele, há que se falar em dano patrimoniais (lesão de natureza econômica), dano à pessoa (lesão à pessoa e sua integridade psico-física e direitos da personalidade) e dano moral ("relativos aos atributos valorativos, ou virtudes, da pessoa como ente social"[325], em outras palavras aquilo que a identifica no meio social, como a honra, imagem, as manifestações do intelecto).

---

[323] "No estudo da responsabilidade civil, doutrina e jurisprudência pátrias estabeleceram historicamente, como também observamos no direito comparado - uma classificação dicotômica extremamente acanhada do dano injusto indenizável, qual seja, a de dano patrimonial e dano moral. O primeiro, o dano que ofende diretamente o patrimônio suscetível de valoração econômica imediata de uma pessoa, seus bens materiais, ou que indiretamente venha a influir na sua capacidade de exercer uma atividade que lhe permita auferir lucros, rendimentos etc..., causando-lhe um prejuízo econômico (dano patrimonial), e o segundo, o dano que causa um abalo psicológico, emocional, uma aflição, uma dolorosa sensação, angústias a uma pessoa (dano moral, também chamado de imaterial ou extrapatrimonial)." (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano Existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. In* Doutrinas Essenciais de Dano Moral, vol. 1, pags. 1055/1093. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pag. 1066).

[324] BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais.* São Paulo: Saraiva, 2015, pag. 35.

[325] BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais.* São Paulo: Saraiva, 2015, pag. 35.

Registre-se, ainda, as propostas de Fernando Noronha[326], Teresa Ancona Lopez[327], Judith Martins-Costa[328] e Bruno Oliveira Maggi[329], as quais denotam que a doutrina já vem, há algum tempo, tentanto encontrar soluções para se repensar o sistema indenizatório pátrio.

Analisemos, pois, cada um destes danos autônomos, que defluem do gênero dano à pessoa.

3.2. Dano Moral Puro (em Sentido Estrito)

Na tradição jurídico brasileira, a referência ao dano moral engloba todo e qualquer dano de natureza extrapatrimonial[330], com exceção feita ao dano estético (consolidado no Brasil como dano autônomo, como será demonstrado em capítulo apropriado)[331].

A análise da monografia de Aguiar Dias sobre o tema deixa essa percepção bastante clara, e ajuda a compreender o problema mencionado anteriormente: "...convindo, pois, para caracterizá-lo, compreender o dano moral em relação ao seu conteúdo, que "não é o dinheiro, nem a 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 (...)"[332].

A leitura demonstra que por dano moral se deve compreender "em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo

---

[326] "Uma melhor classificação será aquela que considerar os pontos em que existem diferenças de tratamento jurídico dentro dos danos à pessoa. Deste ponto de vista, é conveniente repartir esses danos em duas categorias, uma das quais será a dos *danos anímicos*, ou *morais em sentido estrito*. Podemos dizer que os primeiros se referem ao corpo humano, enquanto os segundos são relativos à alma." (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações.* São Paulo: Saraiva, 2013, pag. 584).

[327] Teresa Ancona Lopez, *O Dano Estético.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

[328] MARTINS COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In* Revista dos Tribunais, vol. 789, jul/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pags. 22

[329] MAGGI, Bruno Oliveira. *Nova Proposta de Classificação do Dano no Direito Civil. In* Revista de Direito Privado, vol. 32, out-dez 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

[330] "De início, a conceituação de dano moral era obtida por contraposição ao dano material. Adriano de Cupis salienta que "dano não patrimonial, conforme sua negativa expressão literal, é todo dano privado que não é abrangido pelo dano patrimonial, tendo por objeto um interesse não patrimonial, vale dizer a um bem não patrimonial". (KAUFFMANN, Boris Padron. *O Dano Moral e a Fixação do Valor Indenizatório. In Revista de Direito do Consumidor,* vol. 39, jul-set. 2001, Editora Revista dos Tribunais, pags. 75-84).

[331] Deve ser dito, entretanto, que a idealizadora do dano estético no Brasil (Tereza Ancona Lopez) entende que ele seja também dano moral. Para ela, entretanto, é uma espécie de dano moral, dando razão para a tipologia que ora se propõe. Neste sentido, LOPEZ, Tereza Ancona. *O Dano Estético*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pag. 21.

[332] AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil – Tomo II.* Rio de Janeiro: Forense, 1944, pag. 300.

significado"[333], inclusive a injúria física, a qual, atualmente é reconhecida como dano estético, ganhando autonomia em relação ao conceito primitivo.

Agostinho Alvim é ainda mais enfático, ao igualar o conceito de dano moral ao conceito de dano extrapatrimonial ("pelo que a expressão *dano não patrimonial* equivale, para nós, a *dano moral"*[334]) e dizer que "o dano moral supõe dor moral ou física"[335].

A adoção da tese de Agostinho Alvim deixaria uma lacuna na tipologia dos chamados danos não patrimoniais já reconhecidos, tal qual o dano estético. A tese também ajuda a exemplificar o maior problema que envolve a nossa doutrina e jurisprudência sobre a temática: a adoção pura e simples do dano moral não leva em consideração a ressalva de cada autor, mas é utilizada indiscriminadamente, sem o apuro técnico desejável e, por que não, exigível.

Isto nos leva a falta de apreço técnico ao conceito. Autores que partem de premissas distintas acabam tendo suas obras agrupadas indiscriminadamente para a criação de um conceito inclusivo com a ideia de todos os outros autores.

O legislador, deve ser dito, acabou por também atrapalhar, ao adotar o vocábulo como sinônimo de dano extrapatrimonial, como se observa no Código Civil (art. 186), na Constituição Federal (art. 5º, inciso X) e no Código de Defesa do Consumidor, como já estudado anteriormente.

O problema é que, com isto, acabamos sem conseguir definir exatamente o seu conteúdo. A expressão "dano moral", por si só, traduz uma fórmula sintética em oposição ao dano patrimonial, de sorte que seu conceito jurídico fica bastante restrito[336].

Aliás, a própria ideia de "dano moral" é por si só problemática, ainda que tenhamos nos acostumados a ela. Como já criticamos, ela não pode ser utilizada em oposição ao dano

---

[333] AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil – Tomo II.* Rio de Janeiro: Forense, 1944, pag. 300.
[334] ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências.* São Paulo: Saraiva, 1949, pag. 195.
[335] ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências.* São Paulo: Saraiva, 1949, pag. 197.
[336] ROSSETTI, Marco. *Il danno alla salute.* Milano: CEDAM, 2017, pag. 761.

patrimonial, na medida em que o próprio conceito de patrimônio envolve também os direitos imateriais da personalidade.

Além disso, sua utilização singela como sofrimento subjetivo que aflige a moral da vítima é também probemática, na medida que sob a alcunha de dano moral doutrina e jurisprudência reconhecem uma série de danos que não guardam relação com este conceito.

Vale dizer, ainda, que a vagueza conceitual da expressão "dano moral" é questão latente em boa parte da Europa e do Ocidente, como pontua Vernon Valentine Palmer[337] e Carlo Francesco Gabba[338].

Sua origem parece remeter ao direito alemão e austríaco, especialmente dos resquícios de direito romano que ainda lá sobreviviam no século XVIII[339], o que veio a ser consagrado no art. 1326 do Código Civil Austríaco (1812), no art. 1490 do Código Civil

[337] "A origem da expressão dano moral, entretanto, é obscura e raramente estudada. As raízes deste conceito não parecem claras e nunca foram explicadas. De acordo com Le Robert, "moral", no século XVIII, significava: "o conjunto das faculdades morais, mentais (caráter, espírito, alma)". Não tardou a se transformar em "estado psicológico de alguém" (*e.g*. ter bom ou mau moral, "ele possui moral?", "ele não tem moral algum". De acordo com esses fundamentos linguísticos, a formulação jurídica poderia ser no sentido de que "toda ofensa ao espírito, à inteligência, ao equilíbrio mental constitui um tipo de dano moral". Para Réné Savatier, por exemplo, o dano moral denota "todo sofrimento humano" que não resulta em uma perda pecuniária. Pode-se constatar que metade da Europa (países como Espanha, Bélgica, Itália, Grécia, Portugal) utiliza a expressão dano moral sem ter uma ideia mais exata" (RDCC, Revista De Direito Civil Contemporâneo. "Danos Morais: O Despertar Francês No Século XIX (Vernon Valentine Palmer) - Tradução e Notas De Otavio Luiz Rodrigues Jr. e Thalles Ricardo Alciati Valim." Revista De Direito Civil Contemporâneo, 2016).

[338] "Che le offese morali si distinguano dalle fisiche, non è dubbio, e sono fisiche, non morali, le offese che colpiscono il corpo. Ma dall'esservi iffese morali non consegue che vi siano anche danni morali, se non in appunto in senso morale, ed equivalendo quindi perfettamente le due espressioni. Danno morale in senso proprio non può certamente intendersi che offesa morale, bensì l'una espressione è in tal senso meno propria dall'altra, e anche meno usitata. Danno morale nell'ordinario senso di questa espressione è il contrapposto di danno fisico, come l'offesa morale è il contrapposto dell'offesa física, sia patrimoniale, sia corpórea. Danno morale in senso giuridico è altra cosa che il danno morale in senso ordinário. Imperocchè l'idea di danno non può in diritto sapararsi da quella di risarcimento, il quale presuppone sempre traducibilità del danno in un equivalente pecuniário. Ma se il danno morale in senso proprio sia refettibile con danaro, sia danno cioè in senso giuridico, è appunto questione, la quale non può quindi essere nè risoluta nè pregiudicata, e neppure reputata risolubile in affermativo senso, in virtù della sola affermazione generica di *danno morale*, la quale affermazione, come ho detto, può soltanto farsi, senza contestazione, in senso equivalente a quello di *offesa morale*, e contrapposto a quello di danno fisico, come all'offesa morale si contrappone all'offesa física." (GABBA, Carlo Francesco. *Note alla sentenza della Corte di Cassazioni di Palermo*. In Il Foro Italiano: Reccolta Generale di Giurisprudenza, anno 1896, Vol. XXI, pag. 698).

[339] "Fu nel diritto comune e propriamente in Germania l'origine della dottrina del risarcimento del danno morale, il quale risarcimento dicesi in tedesco *Schmerzenageld*". (GABBA, Carlo Francesco. *Note alla sentenza della Corte di Cassazioni di Palermo*. In Il Foro Italiano: Reccolta Generale di Giurisprudenza, anno 1896, Vol. XXI, pag. 689).

Saxão e em leis ordinárias da época[340]. Aqui, entretanto, o dano não patrimonial estava sempre vinculado a lesão física[341].

A ideia foi incorporadora pelos romanistas franceses, que deram um passo adiante na teoria. Ao se espelharem na máxima romana "liberus corpus nullum recipit aestimationem" (o corpo do homem livre não pode ser estimado em dinheiro, em tradução livre), ampliaram a aplicação também par a dor psíquica e o sofrimento. Assim sendo, se os danos físicos não poderiam ser estimados em dinheiro, tampouco a dor psíquica e o sofrimento[342].

O reconhecimento do dano puramente moral pós-codificação francesa parece ter ocorrido em 1833, quando a Corte de Cassação acabou por reconhecer que o Código Civil Francês, ao estipular a ampla reparação dos danos (art. 1382), abrangeria também os danos morais puros, como relata Vernon Valentine Palmer, quebrando, desta forma, o paradigma da indenização dos direitos da personalidade (como a dor e o sofrimento) somente na esfera penal[343].

---

[340] GABBA, Carlo Francesco. *Note alla sentenza della Corte di Cassazioni di Palermo*. In Il Foro Italiano: Reccolta Generale di Giurisprudenza, anno 1896, Vol. XXI, pag. 690.

[341] "Come si vede, il progetto del codice civile germânico non ammette il cosidetto *danno morale*, o *Schmerzensgeld*, si non in conseguenza di lesioni corporale, esclusa l'uccisione." (GABBA, Carlo Francesco. *Note alla sentenza della Corte di Cassazioni di Palermo*. In Il Foro Italiano: Reccolta Generale di Giurisprudenza, anno 1896, Vol. XXI, pag. 691).

[342] PALMER, Vernon Valentine. Tradução e Notas por: Otávio Luiz Rodrigues Junior, Thalles Ricardo Alciati Valim. *Danos Morais: O despertar francês no século XIX*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 9, ano 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez 2016, pags. 225-241.

[343] "Uma etapa histórica, na emancipação da ação de responsabilidade da tutela do Direito Penal, foi alcançada pela Corte de Cassação (*Cour de Cassation*), em sede de Plenário (*Chambres Réunies*), no ano de 1833. A Corte julgara que o dano sofrido pelos farmacêuticos de Paris (que intervieram como assistentes de acusação [*partie civile*] – em um processo penal contra indivíduos que, sem licença, exerciam ilegalmente a profissão de farmacêutico) era de natureza moral. Dezenove farmacêuticos intervieram como assistentes de acusação [*partie civile*] contra os indivíduos que haviam atentado contra seu "interesse moral". O procurador-geral Dupin, em suas brilhantes conclusões à Corte, inventou a expressão "um dano puramente moral" [*préjudice tout moral*], afirmando: "A ação dos farmacêuticos deve ter êxito, não por um interesse pecuniário, mas pela busca de reparação de um dano puramente moral, a conservação da honra e do exercício científico da profissão". Os réus foram qualificados como "comerciantes de fórmulas secretas não autorizadas", que minam o "interesse moral" dos farmacêuticos e põem em risco a "honra" da profissão. É aparentemente muito difícil – talvez impossível – para o assistente de acusação [*partie civile*] estabelecer que esse exercício ilegal da profissão lhe causou um dano patrimonial, mas essa dificuldade, disse a Corte, não deve fazer com que a ação não seja conhecida. Os artigos gerais em matéria de direito da responsabilidade civil, 1.382 e 1.383, permitem reconhecer o dano moral que lhes foi infligido. A consequência desta decisão é que, em matéria de responsabilidade civil, o termo "dano" cobrirá, doravante, dois tipos de prejuízo e, a partir de então, revestirá a estrutura dupla ou distinta que conhecemos como sendo a acepção moderna. Esta decisão apresenta um novo parâmetro definitivo, não tanto no sentido de que um dano extrapatrimonial seja indenizado (pois isso já era, na prática, realizado através da constituição de um assistente de acusação em sede penal), mas sobretudo de que o *Code Civil* sozinho, de maneira autônoma, forneceria a base de proteção. Tendo, teoricamente, uma vocação autônoma para a reparação e restituição maior do que para a punição, o *Code Civil* purgou, forçosa e formalmente, o dano moral de qualquer associação com o direito penal. Doravante, o juiz francês está obrigado,

O Direito italiano enfrentou a questão na mesma época e com resultados quase idênticos. Isso porque, na esteira do art. 1382 do Código Civil francês de 1804, o artigo 1151 do Código Civil italiano de 1865 previa que "qualquer fato humano que cause dano a outrem, obriga o culpado a ressarcir os prejuízos causados". Daí é que a doutrina e a jurisprudência italiana foram chamadas a se manifestar sobre algumas situações em que a lesão se dava aos recém-criados direitos da personalidade, em oposição à tradicional visão patrimonialista.

Desta forma, nasceu[344] o "dano moral"[345] na Itália, que ganhou fama no ocidente e chegou ao Brasil no início do século XX.

Ainda no final do século XIX, na Itália, Carlo Francesco Gabba[346] inicia um debate ferrenho em oposição à tese do dano moral, pontuando que ao direito privado caberiam discussões apenas patrimoniais, e que a tutela dos direitos da personalidade deveria ser feita pelo direito público (penal).

Ao ver que sua tese perdia espaço na Italia, Gabba recorreu à casuística para tentar afastar a ressarcibilidade, no direito privado, do chamado dano moral. Para tanto, pontuou que ele não seria ressarcível porque era apenas "passageiro" e não duradouro[347]. Para além disso, pontuou ainda que deveria ser ressarcido apenas o dano patrimonial indireto (de

---

pela lógica do Code, a dizer (o que não é sempre muito convincente) que a indenização obtida com fundamento no *Code* é uma reparação pura, sem o menor traço penal [ou punitivo]." (PALMER, Vernon Valentine. Tradução e Notas por: Otávio Luiz Rodrigues Junior, Thalles Ricardo Alciati Valim. *Danos Morais: O despertar francês no século XIX*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 9, ano 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez 2016, pags. 225-241).

[344] Ao que parece, a primeira decisão sobre o tema foi de 1872 (Corte di Appello di Casale), seguida por Firenze (1873), Catania (1874 e 1877), Perugia (1877) e Turim (1880), como relata GABBA, Carlo Francesco. *Note alla sentenza della Corte di Cassazioni di Palermo*. In Il Foro Italiano: Reccolta Generale di Giurisprudenza, anno 1896, Vol. XXI, pag. 686.

[345] ROSSETTI, Marco. *Il danno alla salute*. Milano: CEDAM, 2017, pags. 764/765.

[346] GABBA, Carlo Francesco. *Note alla sentenza della Corte di Cassazioni di Palermo*. In Il Foro Italiano: Reccolta Generale di Giurisprudenza, anno 1896, Vol. XXI, pags. 685/706.

[347] "Ne seguirono un asperrimo dibattito dottrinario ed ancor più aspri contrasti giurisprudenziali. Nella veemenza di questi dibettiti, tra i vari argomenti addotati a sostegno della tesi della issisarcibilità dei danni non patrimonial, si disse, non sarebbe risaricibile "perché transeunte". Osservò,al riguardo, il medesimo autore appena ricordato [Gabba]: "che si chiami danno un'offesa al decoro, alla libertà, od uno dei tanti patemi morali, che sì larga parte hanno nella giurisprudenza odierna del danno morale, non è ammesso, né ammessibile. Imperocché dall'idea di danno non è (...) separabile (...) l'idea di un effetto penoso durevole, cioè di una diminuzione durevole, di benessere, sia morale, sia materiale, durevole effetto, durevole diminuzione fintantoché risarcita non sia, se risarcire si può. Ora le offese al decoro, alla libertà personale, i patemi dell'animo sono fenomeni ed effetti morali passegieri, mentre sono invece durevoli fenomeni ed effetti morali quegli altri accennati prima"." (ROSSETTI, Marco. *Il danno alla salute*. Milano: CEDAM, 2017, pags. 766).

natureza corpórea ou física) e que o chamado dano moral não existiria como categoria jurídica, na medida em que o ressarcimento deve ser sempre econômico, o que não pode acontecer com o dano moral[348]. Estes argumentos ganharam o coração dos Tribunais italianos, que acabaram consagrando a ideia de dano moral como dano subjetivo anímico de natureza passageira, e, portanto, irresarcível[349], no que pese o esforço contrário da doutrina[350]. Viria a ser ressarcível apenas os aspectos patrimoniais da lesão à personalidade.

Perceba-se, entretanto, que a discussão ao redor do dano moral nunca foi essa. Ele surgiu para fazer oposição ao dano patrimonial e, surpreendentemente, ganhou espaço como dano anímico subjetivo de natureza passageira[351] por conta de uma passagem fortuita de Gabba que recorreu a um caso específico no qual se visualizava um dano passageiro[352].

Este entendimento acabou consolidado pela Corte de Cassação Italiana em 1924, que então dividiu o dano moral em "direto" e "indireto"[353], sendo "direto" o dano anímico (irresarcível) e "indireto" quando decorria de um dano de natureza patrimonial (e, portanto, ressarcível como dano patrimonial).

Quando da elaboração do Código Civil italiano de 1942, o legislador, para tentar colocar um fim nessa segregação entre dano moral "direto" e "indireto", consagrou (art. 2059

---

[348] (GABBA, Carlo Francesco. *Note alla sentenza della Corte di Cassazioni di Palermo*. In Il Foro Italiano: Reccolta Generale di Giurisprudenza, anno 1896, Vol. XXI, pag. 698).

[349] "Infatti quando le Sezione Unite della Corte di cassazione, dopo quase trent'anni di contrasti, nel 1924 proclamarono solennemente la irrisarcibilità del danni morali (Cass. 20 ottobre 1924, in Giur. It., 1924, I, 1, 952), pronunciarono una sentenza nella quale, tra i vari argomenti spesi a sostegno della tesi della irrisarcibilità del danno morale, utilizzarono anche quello della natura transitoria di esso. In quella sentenza si definirono i danni non patrimoniale come "morali"; li si definì come "*turbamento soggettivo interiore",* e se ne proclamò la durata transitoria. Tutto ciò al fine di dimostrarne l'irrisarcibilità per il codice del 1865." (ROSSETTI, Marco. *Il danno alla salute.* Milano: CEDAM, 2017, pags. 767).

[350] "(...) il dire che è la durata della sensazione dolorosa e non la sensazione stessa che fa ritenere la esistenza giuridica di un danno, non pare esatto. Tutt'al più, la durata maggiore o minore di un effetti penoso potrebbe influire sulla valutazione maggiore o minore del danno, ma non sulla sua esistenza, la quale si determina contemporaneamente e necessariamente all'apparire dell'effetto penoso, dell'avvenuta diminuzione di benessere per la diminuzione o perdita di un bene giuridico. Il danno non è l'effetto durevole di questi fenomeni. Ma è il fenomeno stesso, è l'effetto penoso nella sua essenza, o fin dalla sua apparizione." (MINOZZI, Alfredo. *Studio sul danno non patrimoniale.* Milano: Società editrice libraria, 1901, pag. 45).

[351] ROSSETTI, Marco. *Il danno alla salute.* Milano: CEDAM, 2017, pags. 765/766.

[352] "Ecco, dunque, come nacque l'opinione che il dano "morale" possa consistere *solo* in patema d'animo, e possa essere *solo* temporaneo: nacque como argomento retorico, utilizzato *ad colorandum* nella disputa ottocentesca sulla rissarcibilità dei danni non patrimonial. "Il danno morale non è risarcibile – si disse allora tra le altre baggianate – perché è passeggero, mentre il danno civile è solo quello durevole". Questo autentico errore, tuttavia, ebbe la singolare sorte di soppravvivere alle tesi cui era funzionale." (ROSSETTI, Marco. *Il danno alla salute.* Milano: CEDAM, 2017, pags. 767).

[353] Classificação estranhamente acohida e defendida até hoje pela doutrina brasileira.

Código Civil) a expressão "dano não patrimonial". A partir daí, a doutrina italiana entendeu que tinha sido criado um novo tipo de dano (dano patrimonial, dano não patrimonial e dano moral), tema que até os dias atuais é alvo de intenso debate doutrinário.

No Brasil, acabamos por copiar o modelo italiano do final do século XIX e início do século XX e adotatamos o dano moral como sinônimo de dano não patrimonial.

Nosso foco, entretanto, será fugir desse rótulo dado pelo legislador e pelos operadores do direito no Brasil[354]. O foco será a compreensão do dano moral puro[355] (ou subjetivo), espécie do gênero dano à pessoa (ou do *dano moral* como categoria de danos extrapatrimoniais)[356].

Esta, aliás, é uma tendência moderna de muitos países ocidentais. Especificamente na Itália[357], onde o tema está problematizado há mais tempo, já se reconhece que durante

[354] "Seria bom que a linguagem jurídica fizesse um esforço para corrigir a imprecisão terminológica que prevalece, na matéria. Há razões ponderosas que contraindicam o uso da designação "dano moral" como sinônima de dano extrapatrimonial; seria conveniente que só se referissem como danos morais, *stricto sensu*, os que temos vindo a denominar de anímicos. No entanto, é preciso ter presente que a tradicional confusão entre danos extrapatrimoniais e morais está presente em praticamente todos os autores justamente repuados como clássicos nesta matéria, desde Aguiar Dias até Carlos Alberto Bittar e Yussef S. Cahali, como se mostra no final desta seção, em anotação." (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações.* São Paulo: Saraiva, 2013, pag. 591).

[355] "É em atenção a essa designação tradicional que dizemos que os danos extrapatrimoniais podem ser chamados também de *danos morais em sentido amplo*. No entanto, verdadeiros danos morais só são os danos anímicos, visto na seção anterior." (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações.* São Paulo: Saraiva, 2013, pag. 591).

[356] "Il danno morale soggettivo è solo un aspetto del danno non patrimoniale." (FASANO, Annammaria. *Il danno non patrimoniale.* Torino: UTET, 2004, pag. 142)

[357] "La Corte di Cassazione sulla base dell'operazione interpretativa appena vista, con la quale arriva alla creazione di una categoria generale del danno non patrimoniale idonea a comprendere al suo interno il dano morale soggetivo, il dano biologico ed il danno esistenziale, senza che , tuttavia, per espresso riconoscimento della stessa Corte, tali voce di danno necessitino di espressa individualizzazione (...)." (EMILIOZZI, Enrico Antonio. *Il Danno alla Persona – Profili sistematici e ricostruttivi.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, pag. 41).

muitos anos o dano moral coincidia com a ideia de dano não patrimonial[358], mas que isso hoje não é mais cientificamente adequado[359]-[360].

O dano moral, como o próprio nome diz, traduz a ideia de reparação da lesão na esfera moral do ofendido[361]. Algo como uma "conduta reprovável do ponto de vista moral e ético"[362].

Esta visão, contudo, não é mais suficientemente satisfatória para descrever o dano moral. Pode muito bem ocorrer um dano moral sem que tenha havido uma conduta reprovável do ponto de vista moral e/ou ético.

Pensemos, por exemplo, na jóia de família perdida por um terceiro, que a tinha tomado emprestada. Perder um objeto não é ato de violação da moral ou da ética, mas pode acabar gerando o dever de indenizar a título de dano moral.

Assim, parece melhor afirmar que se trata de lesão à integridade moral da vítima[363].

---

[358] "Per molto tempo il concetto di danno morale ha coinciso con quello di danno non patrimoniale, non determinando dubbi interpretativi la circostanza che un danno morale si identificasse solo con la soffrerenza, l'afflizione, il turbamento d'animo della vitima di un reato." (FASANO, Annammaria. *Il danno non patrimoniale.* Torino: UTET, 2004, pag. 145)

[359] "Fu la dottrina a percepire in modo piú sollecito come fosse insuficiente, rispetto alla realtà, il costringimento della categoria del danno non patrimoniale alla sofferenza psichica e morale patita in conseguenza dell'illecito (il c.d *pretium doloris*) e ad enucleare nuove tipologie di danno non patrimoniale diverse dal danno morale (in senso tretto) (...)." (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile.* Padova: CEDAM, 2013, pag. 1097/1098).

[360] "Le considerazione svolte permettono, pertanto, di superare la dicotomia danno non patrimoniale-danno patrimoniale a favore di una nuova classificazione che tenga conto della natura dell'inteteresse leso e rappresentata dalla contraposizione tra il danno alla persona ed il danno al patrimonio, da intendersi con il primo tutte le manifestazioni atipiche di compromissione delle forme di realizzazione della personalità e con il secondo il depauperamento economico conseguente al pregiudizio arrecato ad un diritto reale e/o di credito." (EMILIOZZI, Enrico Antonio. *Il Danno alla Persona – Profili sistematici e ricostruttivi.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, pag. 102).

[361] "São danos morais, pois, as consequências negativas dea agressões a valores da moralidade individual ou social – conforme se atinja pessoa ou coletividade (...)." (BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais.* São Paulo: Saraiva, 2015, pag. 228).

[362] "O dano moral, por sua vez, é formado por todos os prejuízos sofridos que não se incluam dentre os danos materiais, sendo uma agressão à pessoa, que interfere no seu psicológico de maneira contundente e duradoura. É um sofrimento, uma dor imposta ao indivíduo. A doutrina utiliza o termo na sua acepção mais abrangente, que é a de considerar o dano moral como lesão a bens imateriais (sentido oposto a dano material), mas, em sua conotação mais restrita, o dano moral seria uma conduta reprovável do ponto de vista moral e ético, remetendo-nos aos domínios do espírito humano e ao ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima." (MAGGI, Bruno Oliveira. *Nova Proposta de Classificação do Dano no Direito Civil. In* Revista de Direito Privado, vol. 32, out-dez 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pags. 36).

[363] D'APOLLO, Luca. VENDITTI, Claudio. *Il nuovo danno alla persona.* Matelica: Nuova Giuridica, 2009, pag. 191.

Desta forma, o dano moral puro (ou subjetivo) é aquele dano que causa um abalo psíquico na vítima, de sorte a impingir-lhe uma cicatriz anímica[364]. Como demonstra a própria cicatriz, é uma ferida que se cura e que em pouco tempo permitirá que a vítima retome sua vida de maneira praticamente normal (embora, óbvio, que a cicatriz dificilmente permitirá esquecer o dano sofrido)[365].

Ele decorre da lesão a algum dos direitos da personalidade[366], dos direitos humanos ou dos direitos fundamentais.

É resultado do sofrimento, da aflição e da dor anímica da vítima de um ato ilícito[367]. Miguel Reale há muito já defendia a dicotomia dos danos extrapatrimoniais no direito brasileiro, pontuando que o dano moral puro (ou dano moral *stricto sensu*, ou dano moral subjetivo) não se confunde com o dano moral enquanto categoria jurídica que engloba uma série de danos à pessoa. "Percebe-se, assim, que o dano moral é a dor, o sofrimento, a prostração por que passa a pessoa. Sendo a expressão jurídica da dor, o dano moral foi a categoria mais difundida entre as outras espécies de danos extrapatrimoniais, sendo também a mais antiga"[368].

Sua procedência é alvo de debates na doutrina. Há referências ao dano moral no artigo 127 do Código de Hamurabi (mencionado anteriormente), na Bíblia Sagrada (Deuterotômio 22, 28-30), no *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, especificamente através da

---

[364] DI LAURO, Antonio Procida Mirabelli. FEOLA, Maria. *La Responsabilità Civile – Contratto e Torto.* Torino: G. Giappichelli Editore, 2014, pag. 116.

[365] "Il danno morale soggettivo da reato è tradizionalmente inteso, in modo riduttivo e con riferimento alla sola persona física, come sofferenza, stato emotivo negativo che, per sua natura, è destinato a scemare con il trascorrere del tempo. Diversi autori hanno però osservato che il carattere passeggero non serve ad identificarei il danno morale soggettivo sempre secondo la mozione di *pecunia doloris*, e ciò in quanto è ben possibile che l'individuo continui ad avvertire per tutta la vita – e magari con momenti di recrudescenza – la sensazione di dolore, e ciò soprattutto quando il danno sia stato prodotto dalla lesione di beni della vita definitivamente perduti (ad esempio, l'integrità familiare per la scomparsa di un congiunto). Si tratta, dunque, di una condizione transitória o permanente, di mero disagio psichico che può anche rimanere intimo e privato." (BELLANTONI, Domenico. *Lesione dei Diritti della Persona.* Padova: CEDAM, 2000, pags. 340/341).

[366] BIANCA, Massimo. *Diritto Civile – Vol. 5 – La Responsabiltà.* Milano: Giuffrè Editore, 2012, pag. 193.

[367] "(...) constituito dalla mera sofferenza soggetiva interiore." (D'APOLLO, Luca. VENDITTI, Claudio. *Il nuovo danno alla persona.* Matelica: Nuova Giuridica, 2009, pag. 185,

[368] FERREIRA, Keila Pacheco. BIZELLI, Rafael Ferreira. *A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil constitucional. In* Revista de Direito Privado, vol. 54, abr-jun/2013, pags. 11-43.

actio injuriarum[369], criada para a proteção de direitos personalíssimos, como a honra da pessoa[370].

Mas foi graças a sistematização dos direitos da personalidade pela doutrina alemã no final do século XIX que houve o reconhecimento sistemático dos chamados danos extrapatrimoniais. Yussef Cahali indica que a primeira decisão do Brasil – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – reconhecendo a indenizabilidade do dano moral se deu em 1976.

O dano moral puro consiste então na dor moral que impacta na alma da vítima, sem que ela venha ter alterada sua funcionalidade orgânica[371].

Ao decorrer de uma dor anímica, de um sofrimento e de uma aflição, ele traz um problema jurídico de grande relevância: como provar sua existência? E existindo, como mensurá-lo?[372] Essas duas questões fizeram com que a doutrina e a jurisprudência o tenham, a *priori*, rechaçado[373]-[374]. Tal entendimento é equívoco, na medida em que se houve o dano,

---

[369] "Com o progresso realizado no direito romano, apareceu, entre as *actiones penales*, a *actio injuriarum*, cujo propósito era proteger a personalidade contra ofensas intencionais e antijurídicas que tocassem à pessoa do lesado, diretamente na sua honra, corpo ou liberdade ou indiretamente com relação a direitos de sua esfera jurídica, principalmente de ordem patrimonial. A *actio injuriarum* foi originalmente destinada à compensação dos danos não patrimoniais. Como, porém, no direito romano as lesões do patrimônio autorizavam igualmente a queixa por danos imateriais, com base no interesse afetivo, a *actio injuriarum* acabou adquirindo caráter patrimonial. As penas privadas do direito romano, inclusive a a*ctio injuriarum,* transmitiram-se ao direito comum germânico, onde, entretanto, nunca experimentaram verdadeiro prestígio, pouco inclinado, como sempre se mostrou, o sistema à proteção dos bens jurídicos imateriais. Na prática, conforme o testemunho dos mais autorizados investigadores, só foram indiscutivelmente mantidas a *pecunia doloris* e a chamada ação de estupro, reminiscências da lei mosaica." (AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil – Tomo II.* Rio de Janeiro: Forense, 1944, pag. 313).

[370] KAUFFMANN, Boris Padron. *O Dano Moral e a Fixação do Valor Indenizatório. In Revista de Direito do Consumidor,* vol. 39, jul-set. 2001, Editora Revista dos Tribunais, pags. 75-84.

[371] ZIVIZ, Patrizia. *La tutela riscarcitoria della persona – Danno morale e danno esistenziale.* Milano: Giuffrè Editore, 1999, pag. 14.

[372] "A dificuldade maior para o julgador, no entanto, é o da fixação do montante para compensar o dano moral experimentado pelo ofendido. Em primeiro lugar relembra-se que a fixação do montante a ser pago ao ofendido não tem a finalidade da restitutio in integrum, já que impossível o retorno à situação em que se encontrava antes da violação." (KAUFFMANN, Boris Padron. *O Dano Moral e a Fixação do Valor Indenizatório. In Revista de Direito do Consumidor,* vol. 39, jul-set. 2001, Editora Revista dos Tribunais, pags. 75-84).

[373] "As dificuldades para a admissão da indenizabilidade de um dano dessa natureza centravam-se no fato da relutância natural em admitir um preço para a dor, na incerteza da própria existência do dano e na impossibilidade de sua avaliação." (KAUFFMANN, Boris Padron. *O Dano Moral e a Fixação do Valor Indenizatório. In Revista de Direito do Consumidor,* vol. 39, jul-set. 2001, Editora Revista dos Tribunais, pags. 75-84).

[374] "Por se caracterizar essencialmente pela dor, o dano moral puro sofreu intensas críticas quanto à sua existência e admissibilidade." (FERREIRA, Keila Pacheco. BIZELLI, Rafael Ferreira. *A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil constitucional. In* Revista de Direito Privado, vol. 54, abr-jun/2013, pags. 11-43).

deve ser reparado; por mais difícil que seja mensurá-lo, não se pode utilizar isto como desculpa para negar o ressarcimento.

Mais tarde, e também para tentar fugir do elemento probatório, admitiu-se que o dano moral puro, em muitas hipóteses, decorre *in re ipsa*[375], e não precisa ser provado[376]. Assim acontece com a perda de um familiar próximo, com a negativação indevida do nome da pessoa, com o dano moral coletivo[377], dentre outros.

Ainda que seja, em muitos casos, *in re ipsa*, a doutrina e a jurisprudência criaram critérios para identificar a ocorrência do dano moral puro[378]. Assim, foi traçada a diferenciação entre a aflição e a angústia decorrente do "mero aborrecimento" daquela decorrente realmente de um ato indenizável[379].

Desta forma, restou consolidado que o mero dissabor, a irritação do dia a dia e o mero aborrecimento não são passíveis de indenização, na medida em que fazem parte do dia a dia, do quotidiano humano. Em outras palavras, "porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente

---

[375] "Em consonância com essas noções, observa-se que a responsabilização do agente se realiza pelo simples fato da violação de direitos da personalidade do lesado (*damnum in re ipsa*)." (BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais.* São Paulo: Saraiva, 2015, pag. 230).

[376] Já que se constata o dano moral pelo sofrimento da pessoa, e como o sofrimento ou dor não pode ser constatado cientificamente, mas tão somente pelo costume, diz-se que o dano moral não precisa ser provado. Assim, o dano moral se presume, in re ipsa, do próprio fato danoso. (FERREIRA, Keila Pacheco. BIZELLI, Rafael Ferreira. *A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil constitucional. In* Revista de Direito Privado, vol. 54, abr-jun/2013, pags. 11-43).

[377] Tese nº 2 da edição nº 125, reconhecida pelo STJ em 2019: "O dano moral coletivo, aferível in re ipsa, é categoria autônoma de dano relacionado à violação injusta e intolerável de valores fundamentais da coletividade."

[378] "A ampla liberdade na fixação do quantum é uma tendência que se vem observando na legislação, deixando ao arbítrio do julgador a melhor forma de compensar o dano moral experimentado." (KAUFFMANN, Boris Padron. *O Dano Moral e a Fixação do Valor Indenizatório. In Revista de Direito do Consumidor,* vol. 39, jul-set. 2001, Editora Revista dos Tribunais, pags. 75-84).

[379] "O dano moral pode ser entendido como aquele que independe do prejuízo material e fere atributos inerentes aos direitos personalíssimos, tais como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre aqueles outros que individualizam cada pessoa. Contudo, o constrangimento, a tristeza, a humilhação, devem ser interpretados a ponto de distinguirem-se de meros aborrecimentos e dissabores corriqueiros, situações comuns a que todos se sujeitam, como aspectos normais da vida cotidiana." (FERRAÇO, André Augusto Giuriatto. BRITTO, Igor Rodrigues. *Danos morais no direito do consumidor e punitive damages: pedagogia para o judiciário.* Revista de Direito do Consumidor – Ed. Revista dos Tribunais,| vol. 110/ 2017 | p. 117 - 138 | Mar-Abr / 2017 - DTR\2017\780).

familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo"[380].

Seguindo esta linha de raciocínio, nas relações de natureza contratual, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento sumular (Súmula 211) pontuando que o mero inadimplemento contratual não enseja indenização por danos morais.

Vale consignar que a indenização a título de dano moral puro não tem viés reparatório, mas sim compensatório, na medida em que a dor, a angústima humana e a lesão anímica jamais podem ser reparados, cabendo tão somente atos que compensem a dor sofrida[381].

O ato de compensação pode se dar através da fixação de uma quantia em dinheiro, arbitrada pelo juiz, de acordo com o caso concreto[382], mas também pode se dar de outras formas.

---

[380] Nesse sentido, buscando objetivar o dano moral, para evitar que meros dissabores sejam considerados, o que vulgarizaria o instituto, Cavalieri Filho nos ensina que "só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causandolhe aflições, angústia e desequilíbrio do seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo". (FERREIRA, Keila Pacheco. BIZELLI, Rafael Ferreira. *A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil constitucional. In* Revista de Direito Privado, vol. 54, abr-jun/2013, pags. 11-43).

[381] "A doutrina nacional, baseada no direito estrangeiro, especialmente o francês, acentua que o sentido da indenização do dano moral não é reparatório, pois "a dor não tem preço". O que se pretende, sob a perspectiva do ofendido, é proporcionar-lhe um status material diferenciado de conforto, minimizando a dor que sofreu. Dá-se à vítima, através do que o dinheiro pode comprar, uma alegria que contrabalance o sofrimento. Do ponto de vista do ofensor, o ato de pagar há de produzir a mesma eficácia de despojamento que, numa sociedade mais espiritualizada, sofreria o indivíduo ao pedir desculpas humildemente à vítima." (LACERDA, Galeno. *Indenização do Dano Moral.* In Doutrinas Essenciais do Dano Moral, vol. 4, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, pags. 819-829).

[382] "Às vezes observa-se um exagero na fixação do valor indenizatório pelos magistrados. Ainda são recentes as notícias vindas do Estado do Maranhão, cujos magistrados arbitravam indenizações excessivamente altas. Ganhou o noticiário nacional a condenação sofrida pelo Banco do Brasil em razão da recusa indevida de um cheque de um magistrado. Lembro-me que um banqueiro, em reunião da qual participei, chegou a pensar seriamente em fechar as agências naquele Estado, argumentando que o movimento que elas tinham não compensava o risco de operar no Maranhão. No Estado de São Paulo, em razão de alegado ataque à honra de um magistrado feito por um jornal do interior, a indenização fixada inicialmente representaria a falência da empresa jornalística. Tais exageros é que levaram o STJ a intervir na fixação dos valores, a despeito da ausência de qualquer norma legal violada ou cuja vigência tivesse sido negada. No REsp 295.175, do Rio de Janeiro, julgado por unanimidade em 13.02.2001 pela 4.ª T., o rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira assim justificou a intervenção no tema: "Relativamente ao quantum indenizatório, em primeiro lugar, é de destacar-se, consoante se tem proclamado neste Tribunal, que o valor da indenização por dano moral não escapa ao controle do STJ (dentre vários, o REsp 215.607-RJ, DJ 13.09.1999, desta 4.ª T.). Esse entendimento, aliás, foi firmado

Bruno Maggi[383] lembra duas passagens da antiguidade sobre o tema. A primeira delas envolve o Código de Hamurabi (artigo 127), ao pontuar que "Se um homem livre estendeu o dedo contra uma sacerdotisa, ou contra a esposa de um outro e não comprovou, arrastarão ele diante do juiz e raspar-lhe-ão a metade do seu cabelo".

Em sentido análogo, a Bíblia Sagrada traz uma outra situação, conforme texto de Deuteronômio (22, 28-30): "Se um homem encontra uma donzela virgem, que não tem esposo, e tomando-a à força a desonrar, e a causa for levada a Juízo, o que a desonrou dará ao pai da donzela cinqüenta ciclos de prata e tê-la-á por mulher, porque a humilhou, e não poderá repudiá-la em todos os dias de sua vida".

A reparação não patrimonial também pode ocorrer de maneira mais simples: um pedido de desculpas, desde que aceito pelo ofendido, muitas vezes é suficiente para aplacar a lesão anímica. Fatores como "atenção à vítima" e "apoio moral" também são úteis e importantes em muitos destes casos.

3.2.1. Dano Moral e o Desvio Produtivo do Consumidor

Também se enquadra no dano moral a indenização decorrente do desvio produtivo do consumidor. Desenvolvida por Marcos Dessaune[384], a doutrina e a jurisprudência têm admitido a reparabilidade do tempo perdido pelo consumidor para conseguir a satisfação do problema com o fornecedor.

O Superior Tribunal de Justiça, em voto de lavra da Ministra Nancy Andrighi, decidiu que o desperdício do tempo útil do consumidor – individual ou coletivo – "acarreta violação

em face dos manifestos e freqüentes equívocos e abusos na fixação do quantum indenizatório, no campo da responsabilidade civil, com maior ênfase em se tratando de danos morais, pelo que entendeu ser lícito ao STJ exercer o mencionado controle"." (KAUFFMANN, Boris Padron. *O Dano Moral e a Fixação do Valor Indenizatório. In Revista de Direito do Consumidor*, vol. 39, jul-set. 2001, Editora Revista dos Tribunais, pags. 75-84).

[383] MAGGI, Bruno Oliveira. *Nova Proposta de Classificação do Dano no Direito Civil. In* Revista de Direito Privado, vol. 32, out-dez 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pags. 37/38.

[384] *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

injusta e intolerável ao interesse social de máximo aproveitamento dos recursos produtivos"[385].

Em outro julgado, sob a lavra do Min. Marco Aurélio Bellizze, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a indenização porque a autora "foi privada de tempo relevante para dedicar-se ao exercício de atividades que melhor lhe aprouvesse, submetendo-se, em função do episódio em cotejo, a intermináveis percalços para a solução de problemas oriundos de má prestação do serviço bancário"[386].

A fundamentação pode parecer semelhante ao dano existencial, mas com ela não se confunde. O dano existencial implica na mudança profunda de rotina da vítima e na perda das relações sociais por tempo considerável, ao passo que no desvio do tempo produtivo o impacto é breve, mas suficiente para não permitir que o consumidor possa ocupar seu tempo com algo que lhe seja mais útil, como trabalho, lazer e afins.

Ademais, enquanto o desvio produtivo tem como consequência a lesão moral – a saber, a irritação, a sensação de impotência diante do abuso do fornecedor –, o dano existencial tem como consequência a lesão à própria existência da pessoa humana.

3.3. Dano Biológico (Dano à Saúde)

A história do dano à saúde se confunde com a própria história da evolução da responsabilidade civil[387]. Codificações das sociedades arcaicas há muito já tutelavam a lesão à saúde e à integridade física, como o Código de Ur-Nammu, o Código de Hamurabi[388] e a legislação Ateniense de Péricles[389].

---

[385][385] REsp 1737412/SE, Terceira Turma STJ. Mina. Rela. Nancy Andrighi. Julgado em 05.12.2019 e publicado no DJe em 08.02.2019.

[386] AREsp nº 1260458. Decisão Monocrátiva. Min. Rel. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 05.04.2018. Publicado no DJe em 25.04.2018.

[387] "La storia del ressarcimento del danno alla salute consiste nel lento e faticoso camino che ha condotto gli uomini dalla vendetta al taglione, dal taglione alla pena, e dalla pena al risarcimento: quasi una metafora del cammino dalla barbarie alla civiltà." (ROSSETTI, Marco. *Il danno alla salute.* Milano: CEDAM, 2017, pag. 04).

[388] Artigos 196 e ss.

[389] ROSSETTI, Marco. *Il danno alla salute.* Milano: CEDAM, 2017, pags. 09/10.

A evolução constante do instituto aperfeiçoou, principalmente, a reparação dos danos à saúde à tìtulo de danos patrimoniais.

É recente a construção da tutela da saúde também por meio dos chamados danos à pessoa humana, de natureza extrapatrimonial. E também particularmente interesse a causa da sua construção.

O dano biológico[390], ou dano à saúde[391], foi forjado na Itália diante da necessidade de se reconhecer o chamado "dano extrapatrimonial" no ordenamento jurídico italiano. O cerne do problema era (e ainda é) o artigo 2059 do Código Civil Italiano, que estabelece que o dano não patrimonial apenas deverá ser ressarcido nos casos determinados em lei. Por conta disto, a doutrina e jurisprudência italiana foram buscar, no art. 32 da Constituição, o fundamento para a reparação do dano extrapatrimonial, sob a alcunha de dano à saúde[392]. Assim, o dano biológico, na Itália, tem como fundamentos o artigo 32 da Constituição Federal, o artigo 2059 do Código Civil e o artigo 2043 do Código Civil italiano[393].

Por não ter esta restrição no ordenamento jurídico brasileiro (o art. 186 do Código Civil é a cláusula geral da responsabilidade civil, seja de natureza patrimonial ou extrapatrimonial), a adoção do dano biológico no Brasil não é exatamente idêntica à solução dada pelo direito italiano.

---

[390] Ressalte-se a crítica da doutrina a respeito da nomenclatura: "A designação "dano biológico" é algo imprópria, porque a biologia é o estudo dos seres vivos e das leis da vida, e não é propriamente destas matérias que se trata aqui, mas ela já está consagrada, pelo menos em nível internacional. (...). Por outro lado, também a designação "dano corpóreo" é suscetível de crítica, porque ele, além da integridade física, pode atingir também a psíquica." (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações.* São Paulo: Saraiva, 2013, pag. 584).

[391] "Os danos biológicos e à saúde podem ser tratados de maneira conjunta, pois são bastante similares. O dano biológico seria aquele em que a lesão atinge o corpo da pessoa, violando a sua integridade física e causando uma perda de função de alguma das partes de seu organismo. O dano à saúde é aquele que gera um efetivo trauma do ponto de vista médico. Entretanto, nos parece que este último estaria absorvido pelo primeiro e, portanto, não nos parece razoável tamanha fragmentação de possibilidades." (MAGGI, Bruno Oliveira. *Nova Proposta de Classificação do Dano no Direito Civil. In* Revista de Direito Privado, vol. 32, out-dez 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pags. 40).

[392] MARTINS COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In* Revista dos Tribunais, vol. 789, jul/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pags. 21-47.

[393] "La formula della tutela del danno alla salute da illecito civile è rappresentata dalla equazione: art. 32 Cost + art. 2043 c.c. = Risarcimento del danno biologico. La formula è stata enunciata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 184 del 1986 (ed è stata mantenuta ferma nelle varie successive) ed è stata adottata dalla Corte di cassazione sino ai giorni nostri (gennaio 1996)." (PETTI, Giovanni Battista. *Il danno alla salute e il suo risarcimento.* Rivista Danno e Responsabilità, nº 5, 1996, pag. 544).

Existe grande debate na doutrina italiana sobre ser o dano biológico equivalente ou não ao dano à saúde. O Tribunal de Genova, em 1974, definiu o dano biológico como "lesão à integridade física", o que acabou confirmado mais tarde pelo Tribunal de Roma (1979) e pela Corte de Cassação (1981). Entretanto, a Corte de Apelação de Genova (1977) entendeu que dano biológico e dano à saúde eram a mesma coisa, o que gerou – e tem gerado até hoje – longas discussões sobre o tema[394]. Etiquetas à parte, consolidou-se que dano biológico e dano à saúde são sim sinônimos[395], o que fica bastante claro à luz do conceito de saúde que será abordado na sequência[396].

A questão parece ter sido sedimentada com o Decreto Legislativo nº 38 de 23 de fevereiro de 2000 (Reforma INAIL)[397], que conceituou o dano biologico como "lesão à integridade psicofísica da pessoa, suscetível de aferição médica".

Para melhor compreender o alcance do dano à saúde devemos recorrer à definição dada pela Organização Mundial da Saúde (OMS): "a saúde é um estado de completo bem-estar físico, psíquico e social, não consistindo apenas em uma ausência de doença ou de enfermidade; o bom estado de saúde constitui um dos direitos fundamentais do ser humano"[398].

---

[394] "È a tutti notto che il concetto di danno biologico <<come lesione dell'integrità física in sé e per sé considerata>> fu introdotto nel 1974 dal Tribunale di Genova." La denominazione di <<lesione dell'integrità física>> fu conservata dal Tribunal di Roma (1979) e dalla Cassazione (1981). Viceversa, la Corte di Appello di Genova nel 1975 ritiene il danno biologico equivalente a lesione alla salute ed il Tribunale di Genovanel 1977 si expresse in termini di lesione del <<diritto alla salute>>." (BUSNELLI, Francesco Donato. ROMANO, Carlo. *Danno biologico e danno alla salute. In* Rassegna di Diritto Civile, 1986, pag. 317).

[395] "Io, come poi accade ad altri di frequente, userò i due termini come fossero fungibili, senza voler per questo riferirmi al significato che li ha differenziati nel tempo; e in realtà non si può negare che il danno biologico, cioè all'integrità psico-fisica, sia un danno alla salute." (DE GIORGI, Maria Vita. *Danno alla salute. In* Rivista di Diritto Civile, 1992, pag. 825).

[396][396] Em posição contrária: "Le espressioni danno biologico e danno alla salute sono utilizzate ormai nella prassi come sinonimi, pur tuttavia si differenziano nei contenuti e nella loro portata. Mentre il danno biologico si richiama al concetto di danno funzionale elaborato dalla medicina legale ed è circoscritto nei suoi contenuti giuridici giuridici alla menomazione somato-psichica accertabile a livello medico-legale, il danno alla salute risulta essere, qualle concetto prettamente giuridico, più ampio e si riferisce a qualsiasi violazione del bene salute, costituzionalmente tutelato." (BONA, Marco. *Il danno biologico. In Il Danno alla Persona (a cura di Giuseppe Monateri).* Torino: UTET, 2000, pag. 41).

[397] BONA, Marco. *Il danno biologico. In Il Danno alla Persona (a cura di Giuseppe Monateri).* Torino: UTET, 2000, pag. 37.

[398] "Poiché la Costituzione repubblicana è aperta ai valori espressi dal diritto internazionale, per la migliore comprensione della norma costituzionale di riferimento (art. 32) occorre far capo alla definizione che l'ONU dà della salute umana: «La salute è uno stato di completo benessere fisico, psichico e sociale, e non consiste soltanto in una assenza di malattia o di infermità. Il possesso del migliore stato di salute costituisce uno dei diritti fondamentali di ogni essere umano» (...) La salute è status personale (e dunque non è res in corpus acta) di completo benessere, fisico, psichico e sociale. È dunque l'uomo realizzato nella sua dignitas in tutte le sue libertà e facoltà. La presenza di una malattia o di una infermità denuncia una menomazione fisica,

Como referendado pela OMS[399], a saúde engloba três aspectos: (i) aspecto físico; (ii) aspecto psíquico e (iii) aspecto social[400]. Por aspecto físico, se deve compreender a integridade física do ser humano; por aspecto psíquico, a integridade psíquica[401] e por aspecto social, a integridade social, isto é, a manutenção da perfeita vida social da pessoa humana. Todos estes três aspectos são plenamente aceitos na doutrina e jurisprudência italianas dentro do conceito de dano biológico (ou dano à saúde).

Englobam[402], dentre outros, o dano estético[403]-[404], o dano psíquico, o dano da vida em relação[405], o dano à capacidade laborativa e o dano à affectio coniugalis (manutenção de

---

medicalmente accertabile, ma la salute non è assenza di malattia o di infermità." (PETTI, Giovanni Battista. *Il danno alla salute e il suo risarcimento.* Rivista Danno e Responsabilità, nº 5, 1996, pag. 541).

399 "Ma qual è, exatamente, l'oggetto di questo diritto? (...) Il significato di salute che a noi interessa è quello medico (...). Per la semantica la (buona) salute è dunque il correto funzionamento dell'organismo umano. (...) A livello sovranazionale, il Preambulo dello Statuto dell'Organizzazione Mondiale della Sanità dichiara essere la salute (...) uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non soltanto l'assenza di invalidità o malattia." (ROSSETTI, Marco. *Il danno alla salute.* Milano: CEDAM, 2017, pags. 121/122).

400 "Tem-se, pois, por superada a velha dicotomia que segrega em um dualismo estanque a mente e o corpo, a impor o reconhecimento de que o bem-estar pessoal deve envolver a conjugação entre os elementos físico e psíquico, por mais complexa e controvertida que possa vir a demonstrar-se esta ideia, aprioristicamente. A negligência a um desses elementos conduzirá a uma inexorável lesão na saúde global do indivíduo, passando o dano a configurar-se com a alteração, diminuição ou anulação de suas funcionalidades psicofísicas." (BARROSO, Lucas Abreu. DIAS, Eini Rovena. *O dano psíquico nas relações civis e de consumo. In* Revista de Direito do Consumidor, vol. 94, jul-ago/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pags. 87-112).

401 "Cuida-se aqui do dano psíquico, intimamente relacionado à integridade psicofísica da pessoa humana." (BARROSO, Lucas Abreu. DIAS, Eini Rovena. *O dano psíquico nas relações civis e de consumo. In* Revista de Direito do Consumidor, vol. 94, jul-ago/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pags. 87-112).

402 "Coniando questa nuova figura, si è voluto proteggere nel modo piú incisivo il bene salute, inteso come stato di benessere <<fisico, psichico e sociale>>, collegato alla somma delle funzioni naturali afferenti al soggetto nell'ambiente in cui vive. La giurisprudenza ha coerentemente ricompreso nella nozione di danno biologico tutte le ipotesi di danno non reddituale, come i danni estetici, quelli alla vita di relazione, i danni da riduzione della capacità lavorativa genérica. All'interno di questa categoria, qualora sai accertata una vera e propria *patologia*, deve essere ovviamente ricondotto anche il dano psichico. Sarà compito della scienzia medica accertare quando dolore e sofferenza evolvono in vere e proprie malattie psichiche, incidenti sul modo di essere della persona". (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile.* Padova: CEDAM, 2013, pag. 1103).

403 "Il danno estetico (o danno fisiognomico) è, al pari del danno psichico, un danno biológico. Non è una categoria giuridica a sé, ma una delle molteplici forme in cui la lesione della salute si può manifestare." (ROSSETTI, Marco. *Il danno alla salute.* Milano: CEDAM, 2017, pag. 974).

404 "Il danno estético (o danno fisiognomico) è un aspetto particolare del danno biologico. La lesione della salute viene definita <<danno estético>> quando incide, piuttosto che su un organo o su una funzione, sull'aspetto esteriore del corpo del leso (...)." (FASANO, Annammaria. *Il danno non patrimoniale.* Torino: UTET, 2004, pag. 436).

405 "A dimostrazione dell'unitarietà della categoria, si ricorda che nella figura del danno biologico sono state ricondotte tutta una serie di voce risarcitorie autonome elaborate in precedenza, tra le quali il danno estetico (= la menomazione dei caratteri morfologici della persona), il danno alla vita di relazione (= la riduzione della capacità sociale e di affermazione nel consorzio umano mediante la vita di relazione), il danno alla vita sessuale (= la perdita o riduzione della capacità ad avere rapporti sessuali), e il danno alla capacità lavorativa genérica (= l'attitudine dell'uomo al lavoro in generale): per l'appunto il c.d. <<fenomeno dell'assorbimento>>." (BONA, Marco. *Il danno biologico. In Il Danno alla Persona (a cura di Giuseppe Monateri).* Torino: UTET, 2000, pags. 35/36).

relações sexuais)[406], estes últimos também genericamente agrupados sob a alcunha de dano existencial, em países como a própria Itália, sob a alcunha de "préjudice d'agrément"[407] na França e sob a alcunha de "loss of amenities of life" nos países de "common law"[408].

A questão, na França, veio a ganhar contornos especiais em 2018, quando a Corte de Cassação entendeu ser cabível a indenização por dano existencial ("préjudice d'agrément"). No caso concreto, a vítima ficou privada de realizar atividades de lazer e esportiva em razão do dano sofrido[409].

---

[406] "Corollario di questa concettualizzazione costituzionale è la definizione, comunemente riconosciuta, del danno alla salute, come lesione della integrità della persona nelle sue componenti, fisica, psichica ed interrelazionale. Si discute, nella scienza medica, se la componente "fisica" sia inclusiva della componente "psichica" e non a caso da questa discussione, ancora in atto, derivano le varie discipline della neurologia, della psicanalisi, della psichiatria, della psicologia, che interpretano il fenomeno della "psiche" sotto diversi metodi ed aspetti. Nella diversità delle opinioni mediche è dunque opportuna la grande distinzione, nelle due species di danno fisico e danno psichico, che possono coesistere o restare distinte, a seconda della natura dell'evento lesivo e della sua plurioffensività. La terza componente, quella interrelazionale, è espressamente riconosciuta dalla Consulta quanto considera i danni che "potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana" ed è egualmente riconosciuta dalla Cassazione quando considera, all'interno del danno alla salute, il danno alla vita di relazione o il danno alla capacità lavorativa generica o il danno all'armonia coniugale in seno al matrimonio (cd. danno da affectio coniugalis). È una componente nota alla giurisprudenza nordamericana (dal secolo XIX) ed alla giurisprudenza francese; disputata nella giurisprudenza tedesca e contestata da una parte della dottrina italiana, che la configura come "danno esistenziale". Le ragioni di fondo della disputa sono connesse alla soluzione della prima questione. Se considero la salute come qualità vitale della persona umana, la considero dinamicamente, non staticamente, nella sua componente di lesione fisica, ma anche nella sua componente psichica, nelle sue note reddituali (danno emergente, lucro cessante) ed in quelle altre areddituali. Una precisazione: la definizione di sintesi non prevede la formazione di categorie autonome, o di sottospecie, perché unico è il danno alla salute. Risulta pertanto improprio l'uso di espressioni come "danno alla vita di relazione", danno "alla vita sessuale", danno "alle relazioni sociali" e via di seguito. In realtà si tratta della valutazione di qualità della persona umana che vengono, in prospettiva, ad essere menomate dal fatto lesivo. Questo non significa introdurre surretiziamente nel grande contenitore salute, la tutela dei diritti della personalità. Ad essi spetta una tutela autonoma. Ma la dimostrazione di ciò non appartiene al tema in exame." (PETTI, Giovanni Battista. *Il danno alla salute e il suo risarcimento.* Rivista Danno e Responsabilità, nº 5, 1996, pag. 543

[407] MOROSZCZUK, Jamile Azambuja. O préjudice d'agrément do direito francês: contributos para a concretização e prova dos danos existenciais no excesso de horas extras. Revista eletrônica: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações, Porto Alegre, RS, v. 12, n. 188, p. 51-66, jan. 2016.

[408] "O chamado dano existencial aparece na Itália, mais destacadamente a partir de 1993,10 por uma criação de Paolo Cendon e seus discípulos da Escola de Trieste. A este tipo de dano temos figuras jurídicas correspondentes em outros países, mas não com os mesmos fundamentos. Na França, chama-se préjudice d'agrément. Nos Estados Unidos e no Reino Unido fala-se em loss of amenities of life. Na Alemanha, com a reforma do BGB em 2002, foi acrescentado ao S 253 inciso que estabelece a indenização por dano ao corpo, à saúde, à liberdade e autodeterminação sexual, além de compensação em dinheiro por danos não patrimoniais. No Peru, já no Código Civil (LGL\2002\400) de 1984, há a proteção à vitima de daño al proyeto de vida. O Proyecto de Código Civil (LGL\2002\400) y Comercial argentino, Dec. 191/2011, em seu art. 1738, ao tratar da indenização, prevê consequências na violação dos direitos personalíssimos da vítima, de sua integridade pessoal, de sua saúde psicofísica, de suas afeições espirituais legítimas e naquelas que resultam da interferência em seu projeto de vida." (LOPEZ, Teresa Ancona. *Dano Existencial.* In Doutrinas Essenciais do Dano Moral, vol. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, pags. 1037-1053).

[409] "Mais attendu qu'ayant souverainement constaté que même si l'expert judiciaire avait relevé qu'il n'existait pas d'inaptitude fonctionnelle à la pratique des activités de loisirs auxquelles Mme Y... se livrait avant l'accident, cette dernière n'avait cependant pas repris celle de la moto compte tenu de son état psychologique à la suite de l'accident, la cour d'appel, qui a ainsi caractérisé l'impossibilité pour la victime de continuer à

O mais interessante é que o Tribunal Francês entendeu que essa indenização seria devida independentemente de lesão à saúde – entendimento até então majoritário na doutrina e jurisprudência francesa – abrindo a possibilidade para o reconhecimento, inclusive, do dano existencial tal qual formulado pelos italianos.

Na Alemanha, ainda que sem uma tipologia clara a respeito do tema, já se encontram decisões judiciais reconhecendo o assim chamado dano biológico. Ademais, atualmente encontra previsão no §253 do BGB[410].

A Consituição Italiana (artigo 32) indica quatro perspectivas à tutela do dano biológico já reconhecidas pela doutrina e jurisprudência: (i) a tutela individual da saúde do ser humano, como proteção da integridade psicofísica; (ii) a tutela subjetiva do direito ao tratamento sanitário, no âmbito público e privado; (iii) a tutela da saúde como interesse da coletividade, inclusive a previdência social, o meio-ambiente e a segurança no local do trabalho e (iv) a tutela do tratamento sanitário obrigatório, apenas nos estritos casos previstos em lei, respeitando, sempre, a tutela da pessoa humana. Estas perspectivas, como aponta Giovanni Petti, defluem da proteção à saúde e do princípio da solidariedade[411].

No Brasil, o direito à saúde também encampa estas perspectivas. A saúde é um direito social, como se nota do artigo 6º da Magna Carta brasileira. Ademais, ela é a garantia de uma melhor condição social, *ex vi* artigo 7º, incisos IV e XXII, também da Magna Carta.

---

pratiquer régulièrement cette activité sportive ou de loisirs, a décidé à bon droit de l'indemniser de ce préjudice." (Sentença nº 16-21776, Cassação, Civil 2, julgado em 5 de julho de 2018)

[410] "In Germania, la disposizione che riconosce alla persona che abbia subito una lesione della salute, dell'integrità fisica, della libertà personale o della autodeterminazione sessuale la possibilità di pretendere (oltre al ristoro dei pregiudizi patrimonial) anche una somma di denato a titolo di risarcimento dei danni non patrimonial (...) si trova ora inserita in una disposizione generale (§ 253 del c.c. tedesco), valevole anche per le fattispecie di responsabilità per inadempimento e di responsabilità oggetiva." (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile.* Padova: CEDAM, 2013, pag. 1102).

[411] "L'esame degli ambiti di tutela della salute, nella prospettiva indicata dalla norma costituzionale, evidenzia quattro direttive: 1. La prima, concerne l'individuo come persona, e consiste nella tutela del diritto alla integrità psico fisica, ed è nell'ambito di tale diritto che nasce la considerazione del "danno biologico"; 2. la seconda, concerne il diritto soggettivo, individuale, ai trattamenti sanitari, nell'ambito dell'assistenza pubblica e privata e tenendo conto delle capacità economiche dell'assistito; 3. la terza, concerne la tutela della salute come interesse della collettività, e pone in evidenza non solo l'aspetto della sicurezza sociale (art. 38 correlato all'art. 32) ma particolari ambiti di tutela, ecologica, ambientale, di sicurezza del luogo di lavoro; 4. la quarta attiene ai trattamenti sanitari obbligatori, per i quali è prevista una riserva assoluta di legge statale, rinforzata dal limite costituzionale del rispetto della persona. Le quattro direttive costituzionali conducono a diversi ambiti di tutela della salute; tutela pubblica, fondata sul principio della solidarietà; tutela privata, fondata sul principio della responsabilità civile." (PETTI, Giovanni Battista. *Il danno alla salute e il suo risarcimento.* Rivista Danno e Responsabilità, nº 5, 1996, pags. 541/542).

O artigo 196 da Constituição está em perfeita sintonia com a noção de saúde trazida do direito italiano e também da OMS, ao pontuar que a saúde é um direito universal (de todos) e dever do Estado, a ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do "risco de doença" e de "outros agravos", além do acesso igualmente universal e igualitário às ações e serviços de proteção e recuperação.

A Constituiçao brasileira deixa bastante evidente que saúde não está apenas relacionada a doenças, mas também a "outros agravos", conceito que abrange, como se percebe em uma interpretação sistemática, a preocupação com o meio-ambiente, com a segurança do trabalho, com o lazer e com o esporte. Em outras palavras, a saúde compreende os aspectos existenciais da personalidade humana; compreendidos aqui, mas não limitados, a psique humana, a família, o núcleo social e a vida em sociedade.

Neste sentido, Maria Cristina De Cicco pontua que no Brasil – e na Itália – a saúde "não deve ser entendida apenas como estado de bem-estar psicofísico, mas também, em uma visão dinâmica e social, como são e livre desenvolvimento da pessoa", a fim de que, com isso, se possa tutelar adequadamente à pessoa humana[412].

[412] "A perspectiva que concentra a investigação exclusivamente na disposição do Código parece, porém, não apenas restritiva, mas nem mesmo conforme à atual hierarquia das fontes e dos valores que caracterizam o ordenamento constitucional. Os limites impostos pelos arts. 5º CC italiano e 13 CC brasileiro (redução permanente da integridade física, ordem pública e bom costume) procuram somente estabelecer um ponto de equilíbrio entre autonomia da pessoa a dispor do próprio corpo, entendido este no sentido patrimonial, e o controle público em vista da tutela de interesses superiores18. Reduzir o perfil inerente à saúde exclusivamente ao respeito da integridade física, porém, significaria ignorar a revolução realizada pela Constituição republicana e diminuir o valor sobre o qual ela assenta, isto é, a dignidade da pessoa. Na ótica constitucional italiana e brasileira, de fato, a saúde não deve ser entendida apenas como estado de bem-estar psicofísico, mas também, em uma visão dinâmica e social, como são e livre desenvolvimento da pessoa. Nesse sentido, a saúde se liberta da concepção restritiva da integridade física para abraçar os aspectos unitários físicos e psíquicos da pessoa, além do próprio modo de entender a qualidade de vida. Um aspecto, este último, muito importante no tema que estamos tratando, como emergerá dos exemplos que serão apresentados. A saúde é prevista autonomamente em nível constitucional (art. 32 da Constituição italiana, como direito fundamental, e art. 6º da Constituição brasileira, como direito social), mas deve ser considerada juntamente com a norma que, como cláusula geral de tutela da pessoa, reconhece e garante os direitos da pessoa, com exclusão de qualquer taxatividade ou tipicidade deles (arts. 2º e 3º, § 2º da Constituição italiana)." (DE CICCO, Maria Cristina. *Atos de disposição do próprio corpo entre autonomia e dignidade da pessoa humana.* Revista Eletrônica Civilistica.com, Ano 2, n. 2. 2013, pag. 5. Disponível em http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Cicco-civilistica.com-a.2.n.2.2013.pdf. Acessado e visualizado em 13.10.2019).

O dano biológico (como o dano extrapatrimonial em geral), entendido como dano à saúde, rapidamente galgou a posição de dano evento[413], em contraposição à regra geral do dano consequência[414]. Em regra, a responsabilidade civil tem como fundamento a reparação das consequências do evento danoso; de sorte que se não houver consequência danosa, não se poderia falar em ressarcibilidade[415]. Entretanto, De Cupis, há quase dois séculos, já alertava sobre a possibilidade do dano evento, salientando que "dano" e "consequência danosa" são coisas distintas, sendo sim perfeitamente possível o dano pela mera violação do direito, independentemente das consequências causadas[416].

Para a Corte Constitucional italiana, o dano à saúde contitui dano *in re ipsa*, e a ressarcibilidade decorre da constatação da própria lesão, independentemente da consequência que ele venha a ter[417]. Verifica-se, no dano evento, uma certa semelhança com a sanção penal (verificado o ilícito, dá-se a pena; no caso a indenização)[418].

---

[413] "A proposito della nozione di danno, la sentenza della Corte, con la distinzione tra danno-evento e danno-conseguenze ha rilanciato il problema se debba intendersi come danno la lesione dell'interesse protetto ovvero le sua conseguenze pregiudizievoli (...). Convincente mi pare la posizione di quegli autori che sottolineano le diversità, anche sotto questo profilo, tra danno patrimoniale e non patrimoniale. Per quanto riguarda il primo non è sufficiente la lesione dell'interesse, ma è necessaria, anche, un'alterazione in peggio di utilità economiche: in assenza di questa non c'è danno risarcibile (...). Il danno non patrimoniale, invece, può consistere anche nella sola lesione dell'interesse protetto. (...) La coincidenza tra danno e lesione dell'interesse, si è detto, si verifica solo, e non sempre, per il danno non patrimoniale (...)." (DE GIORGI, Maria Vita. *Danno alla salute. In* Rivista di Diritto Civile, 1992, pags. 826/827).

[414] "Na conceituação do que seja dano moral é preciso distinguir entre o *dano-evento* e o *dano-prejuízo*; o primeiro é a lesão a algum bem; o segundo, a *consequência* dessa lesão." (AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004, pag. 291).

[415] Na Itália, ao que parece, caminha-se, com base no art. 2059 c.c. e 185 c.p., a admissão da reparabilidade do dano evento: "Secondo la Cassazione, addiritura, la dicotomia danno-evento e danno-conseguenze appare una mera sovrastruttura teorica, dal momento che l'art. 2059 c.c. pone come unico pressuposto di risarcibilità del danno moral ela configurabilità del fato-reato, rinviando all'art. 185 c.p. che a sua volta rimanda alle singole fattispencie delittuose, ed oltre al turbamento psichico della vittima non pone altre condizione, tanto meno la presenza di un distinto evento di danno." (FASANO, Annammaria. *Il danno non patrimoniale.* Torino: UTET, 2004, pag. 398).

[416] "Pur nelle ipotesi in cui, a prima vista, danno non sembra derivare dalla violazione de diritto, un'attenta riflessione induce a ravvisare la presenza del danno stesso. (...) Per quanto riguarda, in particolare, la violazione del diritto della personalità, va precisato che essa comporta la lesione dell'interesse personale – danno non patrimoniale – ed eventualmente anche la lesione del collegato interesse patrimoniale – danno patrimoniale indireto. Questa eventualità accede alla produzione dei danno non patrimoniale, che sempre si verifica quando è violato il diritto della personalità." ((DE CUPIS, Adriano. *Il Danno – Teoria Generale della Responssabilità Civile.* Vol. 1. Milano: Giuffrè Editore, 1979, pags. 20/23).

[417] "(...) oltre al danno bilogico normalmente si verificano danni-conseguenze, che saranno danni patrimoniali, rissarcibili solo se sarà dimostrata un'effetiva incidenza sul patrimônio, e danni non patrimoniale, da risarcire nei limiti dell'art. 2059." (DE GIORGI, Maria Vita. *Danno alla salute. In* Rivista di Diritto Civile, 1992, pag. 830.

[418] "La tesi affermata è che: «il danno biologico costituisce l'evento del fatto lesivo della salute, mentre il danno morale subbiettivoe ed il danno patrimoniale appartengono alla categoria del danno conseguenza in senso stretto». La conseguenza giuridica della tesi è che data la prova della lesione alla salute il soggetto leso ha già provato l'an debeatur, sicché la liquidazione avviene in via equitativa in relazione al cd. "danno presunto". I giudici del merito sono passati direttamente all'applicazione del principio del "danno presunto" procedendo a

Nem toda a doutrina e jurisprudência coadunam com a tese, minoritária, do dano à saúde ser caracterizada como dano evento. O chamado dano à saúde, aliás, não é simplesmente a lesão à saúde, mas sim a lesão à integridade psicofísica ou social, cujas consequências indenizáveis (como dano consequência) são a "perda", "diminuição" ou "disfunção" de alguma característica psicofísica ou social[419].

Embora no Brasil também existe quem defenda a irressarcibilidade do dano evento, nos parece que a questão não tem encontrado óbice na jurisprudência, que a admite, em alguns casos, sem maiores debates, tal qual já visto no capítulo destinado ao dano moral puro, especificamente na discussão sobre o dano moral decorrente da perda de um ente familiar.

A transposição do dano biológico do sistema italiano para o brasileiro é plenamente possível[420], com as necessárias ressalvas e modificações que serão detalhadas neste capítulo.

A primeira delas decorre da autonomia, já exaustivamente reconhecida na doutrina[421] e jurisprudência brasileira, do dano estético (ou à integridade física). Desta forma, ao adotarmos o dano estético como dano autônomo, acabamos por diminuir a amplitude, no Brasil, do dano biológico, o que não é, por si, problema algum.

A importância do reconhecimento do dano biológico pode ser sintetizada em uma passagem da obra de Alberto Trabucchi: "Quando a vítima perde um braço decorrente de

---

liquidazioni "automatiche" senza adeguata motiva zione e verifica delle circostanze di fatto. Questa tendenza è stata però corretta dalla Cassazione, osservandosi che anche quando l'an debeatur è provato, è indispensabile che la valutazione equitativa sia circostanziata e logica, indicando i criteri logici di valutazione con riguardo al caso concreto. La dottrina civilistica ha criticato la costruzione (penalistica) del danno evento; ma la Cassazione è fortemente orientata per il mantenimento di tale struttura, proprio perché perviene alla costruzione di un'autonoma figura di danno." (PETTI, Giovanni Battista. *Il danno alla salute e il suo risarcimento.* Rivista Danno e Responsabilità, nº 5, 1996, pags. 545/546).

[419] "Come abbiamo cercato di dimostrare in precedenza, il danno biologico *non* è una "lesione della salute". La lesione dell'integrità psicofisica è il pressuposto del danno, non il contenuto del danno. Il danno biologico consiste nelle *perdite, o disfunzione, o handicap,* che la lesione dell'integrita psicofisica ha provocato." (ROSSETTI, Marco. *Il danno alla salute.* Milano: CEDAM, 2017, pag. 328).

[420] "Seria corporal ou físico o dano que se traduz em lesões à integridade corporal, isto é, como lecionava Bittar, a componentes materiais da estrutura humana, como o corpo, os órgãos, os membros e a imagem corpórea." (NORONHA, Otávio. *Direito das Obrigações.* São Paulo: Saraiva, 2013, pag. 583).

[421] LOPEZ, Teresa Ancona. *Dano Estético.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

um ilícito ou de um sinistro, ela não perde apenas 50% ou 60% de sua capacidade laboral, mas perde o braço!"[422].

Assim, o dano biológico, no ordenamento jurídico brasileiro, fica restrito a duas das três hipóteses originárias: (i) lesão psíquica e (ii) a lesão à convivência social da pessoa humana.

Sua distinção em relação ao dano moral puro é bastante evidente. O dano biológico é uma lesão à saúde, ao passo que o dano moral puro é o sofrimento e a dor causado por um ato ilícito[423]. Em outras palavras, o dano moral puro pertence ao *genus* da emoção ou sensação, de sorte que não pode ser aferido de maneira objetiva, ao contrário do dano à saúde[424].

3.3.1. Dano Psíquico

O dano psíquico[425] é um subtipo do dano à saúde (biológico)[426], tal qual visto supra. Isto porque a saúde, longe de representar apenas a ausência de uma doença, passa pela completa higidez da pessoa humana, tal qual proposto pela Organização Mundial da Saúde. Isto significa que do direito à saúde decorre a "manutenção de um estado de "complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity"[427].

Ao menos na jurisprudência italiana, o dano psíquico parece remontar ao início do século XX, então atrelado ao dano moral[428]. Sua inserção na categoria dano biológico

---

[422] TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile.* Padova: CEDAM, 2013, pag. 1103.
[423] TOSCANO, Giovanni. *Danno biologico e danno morale. In Medicina e Diritto: Il Danno – Biologico, Patrimoniale, Morale.* Milano: Giuffrè Editore, 1995, pag. 186l
[424] "Il símplice patema d'animo appartiene al *genus* delle emozioni o sensazioni e, per tale ragione, ha effetti limitati nel tempo e non può essere misurato secondo criteri obiettivi, mentre il danno alla salute, essendo una menomazione dell'integrità psicofisica del soggetto in sé e per sé considerata, può essere facilmente identificato, consistendo in menomazione fisiche e psichiche facilmente qualificabili mediante accertamenti medico-legali che provocano effetti durevoli e valutabili secondo criteri obiettivi." (FASANO, Annammaria. *Il danno non patrimoniale.* Torino: UTET, 2004, pag. 149)
[425] "Il danno psichico ed il suo accertamento si pongono invence su di un piano psicopatologico." (BELLANTONI, Domenico. *Lesione dei Diritti della Persona.* Padova: CEDAM, 2000, pag. 341).
[426] "Non v'è dubbio che il danno psichico, quallora accertato, sia un tipo di danno alla salute (...)." (DE GIORGI, Maria Vita. *Danno alla salute. In* Rivista di Diritto Civile, 1992, pag. 833).
[427] BARROSO, Lucas Abreu. DIAS, Eini Rovena. *O dano psíquico nas relações civis e de consumo. In* Revista de Direito do Consumidor, vol. 94, jul-ago/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pags. 87-112.
[428] (BONA, Marco. *Il danno biologico. In Il Danno alla Persona (a cura di Giuseppe Monateri).* Torino: UTET, 2000, pags. 42/43).

remonta à já mencionada Sentença 184/1986 da Corte Constitucional italiana, que pela primeira vez reconheceu e deu autonomia a esta (dano biológico) categoria de dano.

Há que se reconhecer que toda pessoa tem um equilíbrio psico-físico, que deve ser tutelado[429]. No caso, a tutela deve ser realizada através da proteção à saúde.

A grande dificuldade da identificação e da autonomia do dano psíquico reside na diferenciação em relação ao dano moral puro.

Enquanto o dano moral puro é um dano subjetivo centrado na dor e nas emoções negativas de cunho temporário, o dano psíquico é efetivamente um dano objetivo[430], identificado através do evento lesão à saúde[431], tal qual proposto pela Sentença 184/1986 da Corte de Cassação Italiana, tida como o marco originário do reconhecimento do dano biológico na Itália[432].

Esta definição, clássica, é bastante problemática para solucionar os casos práticos da vida quotidiana. O liame é bastante estreito.

Os casos extremos, de lado a lado, são simples de serem identificados. Desta forma, será dano moral puro quando a dor for de curta duração, não afetar a vida da pessoa de modo significativo e não causar nenhuma lesão à saúde da pessoa; e será dano psíquico quando resultar em algum dano concreto à saúde da pessoa humana.

---

[429] GIANNINI, Gennaro. *Riflessioni sul danno da menomaione pschica. In Medicina e Diritto: Il Danno – Biologico, Patrimoniale, Morale.* Milano: Giuffrè Editore, 1995, pag. 108.

[430] "L'apporto della scienza, in particolare della psichiatria e della psicopatologia, è infatti essenziale in questo settore per le difficoltà che sorgono nell'accertamento e nella valutazione degli eventi pischici abnormi generati da una lesione della psiche." ((BONA, Marco. *Il danno biologico. In Il Danno alla Persona (a cura di Giuseppe Monateri).* Torino: UTET, 2000, pag. 43).

[431] "Como veremos oportunamente, o dano corporal, afetando a vida e a integridade física e psíquica, corresponde a um estado patológico da pessoa e, por isso, essencialmente objetivo, podendo (e devendo) ser constatado através de uma avaliação médica (...)." (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações.* São Paulo: Saraiva, 2013, pag. 585).

[432] "Sotto il profilo genetico la distinzione tra le due categorie era stata chiarita dalla famosa sentenza della Corte costituzionale 184/1986 secondo cui il danno biologico costituirebbe <<l'evento del fatto lesivo della salute>>, <<evento menomazione dell'integrità psicofisica del soggetto leso>>; a differenza di numerosissimi tipi di evento lesivo." (FASANO, Annammaria. *Il danno non patrimoniale.* Torino: UTET, 2004, pag. 157)

Pode acontecer, todavia, de um dano moral puro se transformar em um dano à saúde, tal qual pode acontecer deles coexistirem, podendo decorrer, inclusive, do mesmo fato lesivo. A diferenciação, para o operador do direito, é bastante complexa[433].

Por esta razão, a jurisprudência italiana[434] trilhou um caminho objetivo para a identificação do dano psíquico: ele deve ser provado, ao contrário do dano moral, que configura dano presumidor. A prova, sempre questão complexa, deve ser realizada através da comprovação médica de uma doença psíquica[435].

Desta forma, necessitando a comprovação médica da lesão psíquica[436], fica mais fácil evitar a confusão com as hipóteses de não graves alterações da esfera psíquica, associadas com "fatos negativos emocionalmente, sofrimento moral, dor moral, momentânea e passageira turbação psicológica, injusta perturbação do estado de ânimo e o sofrimento físico (sensação de dor) ou psíquico, costumeiramente qualificados como dano moral puro"[437].

---

[433] "Ma la distinzione tra "danno psichico", qualificabile como danno alla salute (...) e mera "soffrerenza morale" (...) non è agevole da formulare." (D'AMICO, Paolo. *Sui criteri distintivi tra danno psichico e danno morale. In* Rassegna di Diritto Civile, vol. 3, 2002, pag. 476).

[434] "Il criterio della <<malattia>>, (ovvero della <<vera e propria patologia medica>>) sembra essere stato recepito anche dalla mostra giurisprudenza secondo la quale la neurose traumática può essere ricompresa in tale nozione allorché la lesione della psiche si riveli <<attraverso sindromi fisiogene o psicologene immediate, connesse direttamente con un trauma fisico o psichico di apprezzabile entità>>." (D'AMICO, Paolo. *Sui criteri distintivi tra danno psichico e danno morale. In* Rassegna di Diritto Civile, vol. 3, 2002, pag. 483.

[435] "Il danno morale deve considerarsi il turbamento psichico temporaneo transeunte mentre quello psichico consisterebbe nella compromissione durevole ed obbiettiva della personalità del soggetto leso, un danno non puramente soggettivo ma suscetibile di accertamento medico-legale." (FASANO, Annammaria. Il danno non patrimoniale. Torino: UTET, 2004, pag. 157).

[436] "Não se trata aqui de um abalo moral, mas da constituição de uma patologia, a se desenvolver a partir de uma lesão ou de um trauma ao funcionamento do cérebro, do sistema nervoso (o substrato orgânico da psique) ou das reações e desenvolvimentos psicológicos que podem modificar o equilíbrio psíquico básico ou agravar um desequilíbrio já instaurado.133 Fala-se, portanto, de um dano que atinge a saúde do indivíduo, ao provocar uma patologia psíquica, acarretando, por consequência, uma lesão à integridade mental da pessoa humana." (BARROSO, Lucas Abreu. DIAS, Eini Rovena. *O dano psíquico nas relações civis e de consumo. In* Revista de Direito do Consumidor, vol. 94, jul-ago/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pags. 87-112).

[437] "È tesi parimenti condivisa che nella sfera di applicazione di tale disposizione non rientrino invece quelle non gravi alterazioni della sfera psichica generalmente indicate come <<fatti emozionali negativi>>, <<patemi d'animo>>, <<sofrerenze morali>>, <<dolore morali>>, <<momentaneo, tendenzialmente transeunte turbamento psicológico>>, <<ingiusto perturbamento dello stato d'animo>>, <<soffrerenza fisica (sensazione dolorosa) o psichica>>. Queste ultime infatti (sovente indicate anche con l'espressione <<danni morali>>), sia che vengono considerate <<una tipologia di danni ontologicamente diversa>> rispetto al danno alla persona (...)." (D'AMICO, Paolo. *Sui criteri distintivi tra danno psichico e danno morale. In* Rassegna di Diritto Civile, vol. 3, 2002, pag. 474).

A Corte Constitucional italiana, sobre o tema, pontuou que o dano moral é a lesão anímica de caráter temporário, ao passo que o dano psíquico é a lesão decorrente de um processo patológico[438].

Os problemas, com esta exigência de comprovação médica, não param por aí (embora diminuam)[439]. Já é mais do que sabido que uma implicação caracterizada como dano moral pode se tornar algo mais sério, inclusive com a caracterização de uma doença psíquica[440]. Também já se sabe que um sofrimento moral em uma certa idade da vida pode, muitos anos depois, implicar em problemas psíquicos de certa gravidade (como, aliás, proposto por Freud e pela psicologia do séc. XX, pensando, quase sempre, nos traumas sofridos por bebês e crianças). E, nestes casos, o nexo causal é quase impossível de ser demonstrado[441].

Ainda que seja difícil comprovar o nexo causal das consequências psíquicas que venham a surigr no futuro, não se pode, por essa razão, negar o ressarcimento quando tal prova venha a ser realizada. "É sabido que o sofrimento moral, longe de se limitar a própria

---

[438] Sentença 372/1994 da Corte Constitucional Italiana.

[439] "Il danno psichico è un po' come l'araba fenice: che ci sai ognun lo disse, dove sia nessun lo as." (GIANNINI, Gennaro. *Riflessioni sul danno da menomaione pschica. In Medicina e Diritto: Il Danno – Biologico, Patrimoniale, Morale.* Milano: Giuffrè Editore, 1995, pag. 107).

[440] "Si è ulteriormente specificato che, in senso medico, il provare sensazioni quali "patema d'animo", "dispiacere", "preoccupazione", "risentimento" (in genere sintetizzate dall'espressione <<danno morale soggetivo>>), <<può certamente dar luogo ad uno stato ansioso (od anche ad uno stato ansioso-depressivo) fino al punto da configurare, seppur per breve período di tempo, um'alterazione dello stato di salute>> che necessiti, magari, di una specifica terapia con ansiolitici-antidepressivi o di riposo domiciliare." (D'AMICO, Paolo. *Sui criteri distintivi tra danno psichico e danno morale. In* Rassegna di Diritto Civile, vol. 3, 2002, pag. 477).

[441] "O primeiro argumento em torno da dificuldade do perfil tradicional do direito civil em lidar com esta categoria de dano, consiste no problema de identificar os gatilhos deflagradores da patologia psíquica, visto poderem ser múltiplos, distintos e, por vezes, completamente desconhecidos pelos pesquisadores da área de saúde. A dificuldade estaria em identificar a ocorrência ou não do pressuposto do dano a partir de um determinado evento, conduzindo, por derradeiro, ao problema do estabelecimento do nexo causal entre ambos. Destarte, tem-se que os distúrbios mentais podem ter raízes genéticas ou biopsíquicas; podem ter relação com a alteração, direta ou indireta, do funcionamento orgânico do sistema nervoso humano; ou, ainda, podem originar-se das reações e dos desenvolvimentos psicológicos, no qual eventos – tais quais as denominadas situação-limite e vivência-chave – fazem com que ou se altere irreversivelmente todo o sistema de valores pessoais dos indivíduos, ou que um novo significado seja dado ao evento, desencadeando distúrbios psíquicos. Não se pode deixar de mencionar também a possibilidade de se agravar um distúrbio pré-existente em um contexto no qual a pessoa já é portadora de um quadro patológico, como nos casos de deficiências mentais, transtornos de personalidade ou reatividades neurovegetativas exacerbadas. (...) Outra dificuldade, também ligada tanto ao problema da existência do dano, como à verificação do nexo de causalidade, funda-se no escalonamento do dano psíquico, eis que este poderá se dar em três momentos: no próprio impacto do dano ou de processo erosivo a perdurar no tempo, variando conforme a imediatidade ou não da percepção dos efeitos danosos; na transição entre a ocorrência do dano e a recuperação; e nas sequelas deixadas pelo dano" (BARROSO, Lucas Abreu. DIAS, Eini Rovena. *O dano psíquico nas relações civis e de consumo. In* Revista de Direito do Consumidor, vol. 94, jul-ago/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pags. 87-112).

ação à esfero do espírito, se reflete sobre todo o organismo; quanto à pretendida <<irrealidade>> do mero sofrimento moral, tal fato é contradito, no plano científico, de numerosas pesquisas clínicas e experimentais"[442].

Muitas vezes, aliás, algo que normalmente possa vir a ser caracterizado como dano moral (ou até mesmo algo banal, em tese não ressarcível sob o fundamento de mero dissabor quotidiano) pode vir a gerar um dano à saúde, notadamente em pessoas com predisposição a alguma doença psíquica, como, por exemplo, depressão, bipolaridade, dentre outras[443]. Daí a importância da comprovação, por um médico, da configuração da doença psíquica[444], e, também, do nexo de causalidade com o fato ilícito que a originou[445].

Vale ressaltar que o dano psíquico não é algo novo no direito brasileiro. Pontes de Miranda, na metade do século XX já falava de seus contornos. Na década de oitenta, o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul teve a oportunidade de julgar procedente um pedido de indenização por dano psíquico. O caso, lembrado por Judith Martins Costa, envolvia uma "professora, grandemente prejudicada em seu físico, e até em seu pudor, em decorrência de lesões sofridas em acidentes de trânsito, o que motivou seu pedido de indenização, ao causador do dano, por invalidez parcial e permanente, por dano estético e conseqüente cirurgia reparadora, por danos psíquicos, se reconhecida a incapacidade total para o trabalho, e lucros cessantes".

---

[442] "È noto in tal senso che la <<soffrerenza morale>>, lungi da limitare la propria azione alla <<pura sfera dello spirito>>, si rifflette su tutto l'organismo, mentre la pretesa <<irrealtà>> delle mere soffrerenze morali, è contradetta sul piano scientifico, da numerose indagine cliniche e sperimentali. Ed è altresí noto che taluni <<danni morali>> - specie se subiti dai figli in tenera età – sono idonei a proiettarsi nel futuro, acquistando un carattere tendenzialmente permanente, laddove la dottrina medico-legale ritiene configurabile un <<danno biologico temporaneo di natura psichica>>." (D'AMICO, Paolo. *Sui criteri distintivi tra danno psichico e danno morale. In* Rassegna di Diritto Civile, vol. 3, 2002, pag. 478).

[443] "Come si diceva sopra, soltanto un accertamento técnico può consetire di inviduare quel confine, spesso poco chiaro ed equivoco, che distingue il danno morale dal danno psichico. Quel limite, in sostanza, oltre il quale, specialmente per le persone <<predisposte>>, alcune soffrerenze e patemi d'animo possono sfociare in una vera condizione psichica patológica." (FASANO, Annammaria. *Il danno non patrimoniale.* Torino: UTET, 2004, pag. 172)

[444] É forçoso pontuar que tanto a alteração no equilíbrio, quanto o agravamento de um desequilíbrio, previamente existente no que tange à personalidade da vítima, lesam a sua integridade psíquica, isto é, "quando este [indivíduo-vítima] apresenta uma deterioração, disfunção, distúrbio ou transtorno, ou desenvolvimento psico-gênico ou psico-orgânico que, afetando suas esferas afetiva e/ou intelectual e/ou volitiva, limita sua capacidade de gozo individual, familiar, atividade laborativa, social e/ou recreativa".(BARROSO, Lucas Abreu. DIAS, Eini Rovena. *O dano psíquico nas relações civis e de consumo. In* Revista de Direito do Consumidor, vol. 94, jul-ago/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pags. 87-112).

[445] "La dottrina medico-legale più atenta ha puntualizzato che il danno morale non è riconducibile nell'ambito del danno alla salute quando il dolore lamentato dalla vitima non può essere quantificato e valutato scientificamente e non integri una lesione psichica o psicosomatica." (FASANO, Annammaria. *Il danno non patrimoniale.* Torino: UTET, 2004, pag. 172)

Naquela oportunidade, Ruy Rosado de Aguiar Júnior defendeu a autonomia do dano existencial, mas acabou vencido na 3ª Câmara Cível. Posteriormente, o caso foi analisado pelo 2º Grupo de Câmaras, tendo a tese vencida sido acolhida pelos demais membros do grupo[446].

A tese, contudo, acabou não sendo objeto de grandes estudos e debates pela comunidade jurídica, e o dano psíquico convive, até hoje, com um certo anonimato.

3.3.1.1. Jurisprudência dos Tribunais Superiores

Conforme pesquisa por palavras-chave (locução "dano psíquico") realizada no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça[447], foram encontrados 13 acórdãos abordando a temática dos danos psíquicos.

Destes 13, alguns deles (especificamente 3) não versam realmente sobre o tema, de sorte que a locução "dano psíquico" aparece apenas fortuitamente. É o caso do AgRg no REsp 473848/RS, julgado em 15.05.2013 e de lavra do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito; do REsp 1123943/RS, de relatoria do Ministro Castro Meira (Segunda Turma STJ), julgado em 13.10.2009 e do AgRg no HC 188873/AC, de relatoria do Ministro Jorge Mussi, da Quinta Turma do STJ.

Existe, ainda, um grupo de acórdãos que, embora mencionem o dano psíquico, o fazem por categorização equivocada das próprias partes ou do judiciário. Neste grupo, encontra-se o EREsp 1127913/RS, da Corte Especial do STJ, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, no qual se observa a confusão conceitual entre dano moral e

---

[446] Judith Martins Costa assim transcreve a ementa do acórdão do 2º Grupo de Câmaras do TARS: "Ação de reparação de danos. Dano psíquico e dano estético, advindo de lesões sofridas por professora. Comprovado o dano psíquico, afetando a capacidade laborativa, deve o mesmo ser indenizável, mesmo que a vítima passe a auferir proventos em razão da profissão que desempenhava. Não há como se confundir o direito à indenização advindo de fato ilícito, com o de percepção de proventos, porque as relações jurídicas são diversas. Adoção dessa premissa com reservas de parte da minoria. O Direito deve proteger a pessoa com visão humanística, com seus predicados, atributos, atentando a um convívio futuro. Absorção do dano estético pelo psíquico acolhido pela maioria. Divergência nesse particular, entendendo-se cumuláveis em determinadas circunstâncias. Votos vencidos". (MARTINS COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In* Revista dos Tribunais, vol. 789, jul/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pags. 21-47).

[447] Pesquisa realizada em 25.08.2019.

dano psíquico. Em 2015 o STJ (AgRg no REsp 1541846/RS) analisou o caso de um policial militar que foi prejudicado em sua subsistência no momento da aposentadoria por erro administrativo. Não houve, ao que parece, nenhum tipo de perícia para aferir um quadro de lesão psíquica. Aquisição de produto destinado ao consumo com corpo estranho não levado à boca foi objeto de julgamento no REsp 164405/RS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi (Terceira Turma STJ, julgado em 09.11.2017); trata-se de caso de indenização por dano morais, não tendo que se falar em danos psíquicos.

Portanto, dos 7 (sete) acórdãos que realmente versam sobre a temática – e o correto enquandramento – dos danos psíquicos, 2 (dois) deles decorrem de Recursos Repetitivos, voltados a firmar entendimento vinculante em todo o país. Ambos os acórdãos dizem respeito ao Tema Repetitivo nº 983 do Superior Tribunal de Justiça: "Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória".

A análise dos acórdãos (REsp 1675874/MS[448] e REsp 1643051/MS[449]) permite notar que em ambos os julgados a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça entendeu que os danos psíquicos da mulher agredida – em casos de violência doméstica – decorre da própria agressão (*n re ipsa*), sendo desnecessária a sua prova.

O mais antigo julgado do Superior Tribunal de Justiça abordando a temática do dano psíquico parece ser de 2001, de lavra do Min. Ruy Rosado de Aguiar[450]. O caso diz respeito a um trabalhador que acabou sofrendo distúrbio severo do sono, razão pela qual fez jus ao recebimento de indenização a título de dano psíquico. Vale mencionar que houve o

[448] (...) 6. No âmbito da reparação dos danos morais - visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói ocorrer em ações de similar natureza -, a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o juízo único - o criminal – possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada. 7. Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa". (Min. Rel. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 28.02.2018.

[449] Min. Rel. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 28.02.2018.

[450] REsp 299629/SP, Quarta Turma STJ, julgado em 21.08.2001.

reconhecimento do dano psíquico por perito médico, reconhecendo os problemas psicossomáticos.

Interessante caso foi julgado em 2007 pela Terceira Turma do STJ (REsp 900262/RJ). O acordão, de lavra da Ministra Nancy Andrighi diz respeito a uma ação de busca e apreensão de menor no Brasil. Entendeu o STJ que o acolhimento da pretensão poderia acarretar danos psíquicos e emocionais ao menor, negando, portanto, a pretensão do recorrente.

O REsp 1329678/SC (julgado em 18.09.2012), de lavra do Ministro Sidnei Benetti (Terceira Turma STJ), analisa pedido de dano psíquico por conta de injusta redução de valor de proventos de aposentadoria que teria acarretado quadro depressivo na vítima.

Em 2017, o Ministério Público ingresso com Ação Civil Pública (REsp 1656888/MS, Min. Rel. Herman Benjamin, Segunda Turma STJ) questionando reiteradas cirurgias plásticas realizadas por um médico integrante do Conselho Regional de Medicina do Mato Grosso do Sul. As cirurgias causaram danos de natureza diversa às vítimas, incluindo dano moral, dano patrimonial e dano estético. Na discussão, restou comprovado – por perícia - que algumas vítimas sofreram dano psíquico, merecendo, assim, reparação.

O último – e mais recente (2018) – caso diz respeito ao reconhecimento de dano psíquico – aferido por perícia médica – em decorrência de responsabilidade civil do Estado (REsp 1737872/CE, Min. Rel. Herman Benjamin, Segunda Turma STJ). Tratava-se de rebelião em penitenciária que culminou em diversas pessoas lesionadas, dentre elas o autor da demanda.

Em síntese, o STJ possui 7 (sete) julgados que abordam precisamente o dano psíquico, número encontrado após pesquisa por palavras-chave e exclusão dos acórdãos nos quais a expressão aparecia fortuitamente ou de maneira imprecisa.

3.3.2. Dano à Convivência social

A saúde, como já visto pela Organização Mundial da Saúde (OMS), engloba também a manutenção da saudável vida social da pessoa humana. A saúde não é analisada, portanto, apenas do ponto de vista individual, mas de todo seu núcleo social. Envolve as relações sociais da pessoa humana, seja no casamento, seja no núcleo familiar, seja no trabalho e seja em qualquer outro agrupamento social do qual ela faça parte.

O dano à convivência social[451] figura, portanto, como espécie de dano à saúde[452], tendo sido recentemente positivado no Código Civil argentino de 2015[453], sob a alcunha de "dano ao projeto de vida", o qual, na verdade, é apenas uma das subespécies do dano à convivência social, como ficará claro adiante[454].

Haverá, nesta linha de raciocício, dano à convivência social quando a lesão afetar algum aspecto de vida social da pessoa humana[455]. As hipóteses são incontáveis, desde a

---

[451] "Particolarmente importante è, tra le diversi specie di danno esistenziale, il danno alla vita di relazione. Tale rilevanza deriva dal fatto che esiste una dimensione sociale della vita umana strettamente connessa alla dimensione individuale e tale da non poter essere ridotta alla sola sfera lavorativa, considerato che l'affermazione individuale nell'ambito della comunità può avvenire anche nel settore culturale, recreativo, sportivo, artístico, di volontariato etc., ovvero mediante l'instaurazione di relaioni che coinvolgono anche la sfera spirituale, sentimentale, nonché, in alcuni casi, sessuale della persona." (BELLANTONI, Domenico. *Lesione dei Diritti della Persona.* Padova: CEDAM, 2000, pag. 342).

[452] Há que se afirmar que o dano à convivência social se originou antes mesmo do dano à saúde, tendo sido, posteriormente, incorporado ao dano à saúde pela doutrina e jurisprudência italiana. Neste sentido: CRICENTI, Giuseppe. *Il Danno non patrimoniale.* Verona: CEDAM, 2006, pag. 158.

[453] "Art. 1738 - La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida."

[454] "Não nos parece, no entanto, que tais danos ou prejuízos constituam modalidades autônomas de danos extrapatrimoniais. O dano ao lazer nada mais é do que o dano a uma atividade rotineiramente praticada pela vítima que a proporciona prazer, ou é o dano que impossibilita que a vítima, no futuro, possa desfrutar de algum prazer tido como certo. Assim, o dano ao lazer é o próprio dano existencial, pois, como vimos, o dano existencial é o dano à rotina, às atividades costumeiramente praticadas pela vítima, ou é o dano que impossibilita a vítima de praticar algo no futuro. Diz-se, portanto, que o dano ao lazer é, na verdade, o dano existencial por um prejuízo ao lazer da vítima. Por sua vez, o prejuízo sexual também não é categoria autônoma. Como visto, o dano sexual pode aparecer de dois modos: impotência sexual/frigidez feminina ou esterilidade. Na primeira modalidade, além do dano sexual confundir-se, também, com o dano ao lazer, dizse que é, na verdade, um dano existencial por impossibilidade de manter relações sexuais. Na segunda modalidade, o dano sexual abriga-se no caráter de potencialidade do dano existencial, que é o dano existencial que se verificará no futuro, e não na atualidade da agressão. Assim, a pessoa que se torna estéril sofre, na verdade, um dano existencial por um prejuízo à sua possibilidade de procriar. Por último, no que toca ao dano juvenil, entendemos que o mesmo se confunde com o dano ao lazer, sendo, talvez, uma modalidade mais grave. Assim, pelos mesmos motivos apontados quando tratamos acima do dano ao lazer, dizemos que o dano juvenil é, na verdade, um dano existencial que a vítima, no caso, um jovem, sofreu, impossibilitando-o de desfrutar de sua juventude." (FERREIRA, Keila Pacheco. BIZELLI, Rafael Ferreira. *A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil constitucional. In* Revista de Direito Privado, vol. 54, abr-jun/2013, pags. 11-43).

[455] CRICENTI, Giuseppe. *Il Danno non patrimoniale.* Verona: CEDAM, 2006, pag. 149.

lesão que impossibilidade um casal de ter filhos, passando pelo assédio sexual/moral no ambiente de trabalho e, até mesmo, o dano à vida sexual, dentre outros.

O dano à convivência social é confundido, pela doutrina e jurisprudência, com o chamado dano existencial (sobre o tema, ver capítulo 3.5.). Eles, entretanto, não se confundem, muito embora seus efeitos sejam similares. Em ambos os casos, a lesão implica em uma alteração de algum aspecto da vida social da pessoa humana. O dano à convivência social que se estuda neste capítulo tem como consequência um dano à saúde, ao passo que o dano existencial tem como ponto de partida a lesão à existência da pessoa que acarrete a alteração da vida da pessoa humana. O primeito é dano-consequência, ao passo que o segundo é dano-evento, passível de indenização pelo simples fato de ter ocorrido, independentemente das consequências que dele decorram, na medida em que o próprio fato gerador já acarreta a alteração da vida da pessoa humana.

Deve ser dito, todavia, que o dano biológico e o dano existencial podem surgir do mesmo fato gerador. Imaginemos, neste sentido, o abandono afetivo, o qual gera, *per si*, um dano ao filho, qual seja a privação do afeto e do convívio com a figura paterna/materna. Daí resta configurado o dano existencial. Entretanto, pode ocorrer deste filho contrair alguma perturbação psíquica – confirmado pelo CID da OMS –e que implique em dificuldade relacional com colegas e eventualmente com os seus próprios filhos. Neste caso, o dano biológico absorverá o dano existencial, e se falará apenas e tão somente em dano à convivência social. A não absorção geraria o temido *bis in idem*, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Neste caso, a indenização a título de dano biológico deverá englobar também o dano existencial absorvido, pelo princípio da ampla reparabilidade dos danos.

Muitas das referências doutrinárias e jurisprudenciais feitas neste capítulo farão menção ao dano existencial (a nosso sentir, de maneira equivocada). Isto, contudo, não pode confundir o leitor, diante das premissas aqui elencadas.

Para fins deste capítulo, portanto, a consequência da lesão será sempre enquadrada como dano à saúde, cujos efeitos reverberarão na pessoa humana através da lesão à convivência social.

O dano à convivência social se diferencia do dano moral puro, a medida em que aquele é externo e objetivamente constatado (dano à saúde que afete as relações sociais da vítima), ao passo que este é interno e subjetivo[456].

Apesar de ser mais conhecido da doutrina italiana, o dano à convivência social é encontrado também em outros ordenamentos jurídicos. Na França, é conhecido como *prejudice d'agrément*, cuja caracterização depende da comprovação da mudança do estilo de vida da vítima ou de familiar (dano por ricochete). Ele pode abarcar três figuras taxativas e conhecidas pela dourina, quais sejam o dano juvenil, o dano ao lazer e o dano sexual[457]. Assim, deve-se comparar as atividades desenvolvidas pela vítima antes e depois da lesão sofrida. Ademais, perícia médica deve analisar se a mudança de vida tem relação direta com a lesão sofrida, seja por gerada incapacidade física ou psicológica[458]. Nota-se, assim, que o *prejudice d'agrément* é, tal qual aqui se propõe, uma subespécie do dano biológico, que pressupõe uma incapacidade físca ou psicológica demonstrada por um perito médico.

---

[456] "Vemos, portanto, que o dano moral é interno e subjetivo e o dano existencial é externo e objetivamente constatado, porquanto o que há é o comprometimento das atividades de realização." (LOPEZ, Teresa Ancona. *Dano Existencial*. In Doutrinas Essenciais do Dano Moral, vol. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, pags. 1037-1053).

[457] "A doutrina francesa utilizou-se da expressão préjudice d'agrément para se referir a toda e qualquer lesão injusta que causasse danos à pessoa que a impedisse de desfrutar dos prazeres da vida, do bem-estar, da vida em relação, ou da infância. Esse termo traduz a noção de um dano que impede a pessoa de praticar uma atividade de lazer que estava acostumada a praticar antes. Sob o termo préjudice d'agrément destacam-se três modalidades de danos extrapatrimoniais bastante reconhecidas pela doutrina e jurisprudência francesa, que são o dano ao lazer, o dano juvenil e o dano sexual. O prejuízo de lazer consiste nos "danos causados pelo evento danoso à possibilidade de a vítima de lesões graves e permanentes desfrutar dos prazeres existenciais, em face das dificuldades ensejadas por sua incapacidade de gozar os momentos de lazer da vida cotidiana". Sobre o prejuízo sexual, diz-se que "compreendem as sequelas decorrentes da perda da função sexual propriamente dita (impotência sexual ou frigidez feminina), bem como da capacidade reprodutiva (esterilidade). Sinteticamente, é a perda da capacidade de manter relações íntimas e de procriar". No que toca, por fim, ao prejuízo juvenil: "Sabe-se que na infância e na juventude o ser humano estabelece, através das brincadeiras e do convívio com a sua turma, os pontos referenciais de sua existência. Desta forma, o prejuízo juvenil corresponde a um plus em face da importância que as atividades de lazer têm para a formação da personalidade das crianças e dos jovens"." (FERREIRA, Keila Pacheco. BIZELLI, Rafael Ferreira. *A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil constitucional. In* Revista de Direito Privado, vol. 54, abr-jun/2013, pags. 11-43).

[458] "No Direito francês, o préjudice d'agrément é provado também pela comparação entre as atividades anteriores desenvolvidas pelas vítimas e aquelas que se seguiram ao fato danoso. O perito médico deve opinar sobre a impossibilidade de praticar certas atividades, seja por gerada incapacidade física ou psicológica, principalmente as esportivas. Para Patrice Jourdain prejudicè d'agrément é a privação das alegrias da existência, isso engloba prazeres específicos (esportes ou atividades de lazer) e a perda do prazer da vida normal, incluindo o dano juvenil, como as crianças privadas de fazer as atividades de sua idade. O autor também engloba o dano sexual. Por tudo isso, vemos que esse prejudicè d'agrément equivale ao dano existencial do Direito italiano e que é definido por Viney como "l'ensemble des souffrances, gênes et frustrations ressenties dans tous les aspects de l'existence quotidienne. La privation de tous les agréments d'une vie normale". (LOPEZ, Teresa Ancona. *Dano Existencial*. In Doutrinas Essenciais do Dano Moral, vol. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, pags. 1037-1053).

Inglaterra e Estados Unidos possuem figuras semelhantes, conhecidas como "loss of amenities of life", caracterizada pela perda da possibilidade de gozar da vida tal qual anteriormente ao dano sofrido[459]. A figura surgiu como desdobramento do dano moral[460], ganhando autonomia quando, no caso *Bennett x Lembo* julgado pela Suprema Corte Americana, o júri entendeu que "a capacidade de apreciar a vida é um importante atributo, e que a perda dessa capacidade, em razão do ato lesivo, é tão séria quanto uma lesão que destrua uma função física da pessoa (...)"[461]. "Nesses países, esses termos são utilizados para designar as consequências não econômicas da obstrução ou impossibilidade, independente se temporária ou permanente, de uma faculdade que possibilita à pessoa gozar das atividades rotineiras e normais, de usufruir dos prazeres da vida"[462].

Recentemente, o Código Civil Argentino, como já falado, positivou o dano ao projeto de vida, uma das subespécies do dano à convivência pessoal. O artigo 1738 do Código Civil argentino (de 2015), estabelece que "a indenização compreende a perda ou diminuição do patrimônio da vítima, o lucro cessante de acordo com o benefício econômico esperado de acordo com a probabilidade objetiva de sua obtenção e a perda de uma chance; inclui especialmente as consequências da violação dos direitos personalíssimo da vítima, de sua

---

459 "No Reino Unido, aparece a figura da loss of amenities of life ou loss of enjoyment of life, isso significa que, antes do dano, as pessoas eram capazes de apreciar coisas que agora não são mais e lhes falta, por causa do dano, a ampla participação nas atividades da vida. É diferente do pain and suffering, que é dano moral subjetivo. Já nos Estados Unidos, dentro da categoria non pecuniary loss e ao lado do pain and suffering assimilável ao dano moral europeu, adquire relevância um leque semelhante ao dano existencial, como loss of faculty, loss of capacity, loss of amenities, o que pode ser resumido na capacidade de aproveitar as atividades normais e funções da vida.19 Fez sucesso nesse país os chamados hedonic damages ou perda do prazer no enjoyment of life." (LOPEZ, Teresa Ancona. *Dano Existencial.* In Doutrinas Essenciais do Dano Moral, vol. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, pags. 1037-1053).

460 "*Loss of amenities of life,* também conhecido como *loss of enjoyment of life* ou *hedonic damages*, é a designação dada pelo direito inglês e pelo direito estadunidense às consequências não econômicas da destruição ou diminuição, permanente ou temporária, de uma faculdade que priva a pessoa lesada de participar de atividades normais e apreciar a vida por completo, conceito esse que indica que referida figura jurídica corresponde ao dano existencial. A perda dos prazeres da vida, em diversos tribunais nos Estados Unidos da América, é considerada como se fosse um desdobramento no dano moral, sendo um expediente utilizado por juízes para evitar a ocorrência de indenizações extraordinárias, principalmente considerando que não existem critérios específicos e aplicáveis, genericamente, para a quantificação do dano, e que os julgamentos realizados, em tais casos, ocorrem em júris, nos quais o entendimento pessoal e não técnico dos jurados pode gerar indenizações em quantias elevadas e em duplicidade, se não houver uma explicação prévia e clara a respeito da diferenciação entre os danos morais e outros danos extrapatrimoniais." (SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade Civil por Dano Existencial.* Porto Alegre: Ed. Livraria Casa do Advogado, 2009, pags. 49).

461 SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade Civil por Dano Existencial.* Porto Alegre: Ed. Livraria Casa do Advogado, 2009, pags. 50.

462 FERREIRA, Keila Pacheco. BIZELLI, Rafael Ferreira. *A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil constitucional. In* Revista de Direito Privado, vol. 54, abr-jun/2013, pags. 11-43.

integridade pessoal, sua saúde psicofísica, suas afeições espirituais legítimas e aquelas que resultam da interferência em seu projeto de vida"[463].

Modelo muito similar ao argentino é adotado há tempos no Peru, sob a alcunha de "daño al proyecto de vida", em construção doutrinária capitaneada por Carlos Fernandéz Sessarego, através da interpretação do artigo 1985 do Código Civil Peruano ("La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño").

Há que se considerar, entretanto, que não existe consenso sobre a melhor maneira de tutelar o chamado "dano à convivência social". Na Itália, o dano ao projeto de vida foi inicialmente englobado no dano à saúde e atualmente é ora enquadrado no dano existencial e ora enquadrado no dano à saúde.

No Brasil, tal qual na Itália, a divergência é grande. Há quem seja contrário a estes "novos danos", pregando que o modelo dualista (patrimonial e moral) consagrado no Brasil é mais do que suficiente[464]. Há, ainda, quem entenda que o dano ao projeto de vida é equivalente ao dano existencial[465], não sendo recomendável sua adoção como mero dano moral.

Entretanto, como já explicado acima, entendemos que a mudança no projeto de vida de uma pessoa pode se dar por dois fundamentos diversos e excludentes: (a) dano à saúde e (ii) qualquer outro dano que não seja o dano à saúde.

---

[463] "Art. 1738 - La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida."

[464] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, vol 1, Parte Geral e LINDB.* São Paulo: Atlas, 2015, pag. 140/141.

[465] SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade Civil por Dano Existencial.* Porto Alegre: Ed. Livraria Casa do Advogado, 2009. PORTUGAL, Carlos Giovani Pinto. *Responsabilidade Civil por Dano ao Projeto de Vida – Direito Civil Contemporâneo e os Danos Imateriais.* Curitiba: Ed. Juruá, 2016. LOPEZ, Teresa Ancona. *Dano Existencial.* In Doutrinas Essenciais do Dano Moral, vol. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, pags. 1037-1053.

Quando ele decorrer de dano à saúde, será, então, um dano à convivência social, ao passo que quando ele decorrer de qualquer outro fundamento, será considerado dano existencial.

Ao decorrer de um dano à saúde (biológico), o dano à convivência social será a consequência de um ato lesivo à saúde da vítima, não sendo, portanto, autônomo. A indenização, nesse caso, deve abranger todos os aspectos da lesão à saúde, inclusive a privação do convívio social e/ou da frustração do projeto de vida.

Todavia, se a consequência não derivar de um dano à saúde, então ele será enquadrado como dano existencial, sendo considerado um dano autônomo em relação às demais espécies de dano à pessoa[466].

Ademais, o dano à convivência social pode abranger uma série de situações que a doutrina costuma elencar ora como "dano ao projeto de vida", ora como "dano à vida sexual", ora como "dano juvenil", dentre outros.

Por fim, deve-se ainda reconhecer o dano à convivência social reflexo (por ricochete), como anotado corretamente por Amaro Alves de Almeida Neto[467], mormente

[466] Sostengono tuttavia i sostenitori della figura che il danno psichico non va sovrapposto a quello esistenziale. Ocorre inanzitutto distinguere la lesione psichica di tipo patologico, tale da configurare una vera e propria malattia, dano danno psichico che invece si pone come símplice soffrerenza di tipo morale. Nella prima ipotesi si versa in un caso di danno biologico, nella seconda di danno morale soggettivo. Il danno esistenziale si distingui di intrambi in quanto si caratterizza per la compromissione della sfera di vita esterna, vale a dire per le alterazioni delle conduzioni di vitta. Ovviamente, ciò non toglie che uno stress psichico sia esso patológico o meno, può comportare mutamenti nell condotta di vita, e viceversa, la modificazione, dovuta a fatto illecito, delle attività quotidiane, può a sua volta provocare un peggioramento dello stato psichico. Tuttavia, anche se reciprocamente implicantisi, i due tipi di danno restano diversi tra di loro." (CRICENTI, Giuseppe. *Il Danno non patrimoniale.* Verona: CEDAM, 2006, pag. 205).

[467] "O *dano existencial* pode se verificar ainda sob a forma reflexa, em parentes próximos da vítima de um dano físico, como lembra Cricente com as seguintes hipóteses: a) "um acidente automobilístico do qual remanesce vítima um menor produz para os genitores uma série de repercussões na sua vida cotidiana, que se traduzem na deterioração da sua qualidade de vida: eles deverão acompanhá-lo ao fisioterapeuta, ajudá-lo nas suas incumbências do cotidiano, segui-lo de perto, assim será mais difícil para eles o cotidiano, o passar das férias etc... A vida deles certamente mudará pelo maior peso dos sacrifícios que aquele acidente provocou (...) até mesmo o dano que uma pessoa sofre pela impossibilidade de ter relações sexuais com o seu cônjuge que foi lesado por ato ilícito de terceiro, é considerado como um prejuízo da esfera existencial". Assim anota Sessarego: " *Es importante señalar que, como en la actualidad resulta obvio, para el efecto de la reparación de un daño a la persona humana, ésta debe ser considerada en lo que ella, en sí misma, significa y representa. De ahí que debe dejarse de lado cualquier criterio que pretenda, primariamente, estimarla en función de la renta que produce. Un niño, un desocupado, un impedido físico, un enfermo mental, una tradicional ama de casa, que non generan renta, no puedem, por aplicación de un critério erróneo y superado, quedar marginados, jurídicamente desamparados. Ellos también, pese a no generar riqueza material, son seres*

quando à lesão à a saúde da vítima atingir, por via reflexa, a esfera vital de terceiro próximo a ela.

Sobre esta categoria de dano, vale dizer que a Organização Mundial da Saúde a tipifica (CID10) nas categorias Y06, sob a alcunha de "negligência e abandono", e nas categorias Z55 até Z65, sob a alcunha de "pessoas com riscos potenciais à saúde relacionados com circunstâncias socieconômicas e psicossociais". Neste grande grupo, destacam-se os "problemas relacionados com o meio social" (Z60) e "problemas relacionados com eventos negativos de vida na infância" (Z61).

A categoria Y06 diz respeito aos problemas causados pela pessoa que tem a obrigação, mas deixa de prover as necessidades e cuidados básicos para o desenvolvimento físico, emocional e social do necessitado. Aqui se incluem alimentos, higilene, incentivo à educação, privação de medicamentos, dentre outros. Dentre as categorias elencadas, se encontram a negligência e abandono pelo esposo ou companheiro (Y060), negligência e abandono pelos pais (Y061), negligência e abandono por conhecido ou amigo (Y062), negligência e abandono por outra pessoa especificada (Y068) e negligência e abandono por outra pessoa não especificada (Y069).

Já a categoria Z60 envolve os problemas de adaptação às transições do ciclo de vida (Z600), situação parental atípica (Z601), viver só (Z602), dificuldade de aculturação (Z603), exclusão e rejeição social (Z604), objeto de discriminação e perseguição percebidas (Z605), outros problemas relacionados com o meio social (Z608) e problemas não especificados relacionado com o meio social (Z609).

Por fim, a categoria Z61 engloba a perda de relação afetiva na infância (Z610), remoção de lar na infância (Z611), padrão alterado de relações familiares na infância (Z612), eventos que originam a perda da auto-estima na infância (Z613), problemas relacionados com abuso sexual alegado de uma criança por uma pessoa de dentro (Z614) ou de fora de seu grupo (Z615), problemas relacionados com abuso físico alegado da criança (Z616), experiência pessoal amedrontadora na infância (Z617), outros eventos da vida pessoal

---

humanos susceptibles de ser lesionados"." (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano Existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. In* Doutrinas Essenciais de Dano Moral, vol. 1, pags. 1055/1093. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pag. 1085/1089).

negativos na infância (Z618) e evento pessoal negativo não especificado na infância (Z619).

É importante reforçar que estes problemas de saúde podem ou não se manifestar na vítima. Ao se manifestar, estar-se-á diante de um dano biológico; do contrário, poderá ser o caso do reconhecimento do dano existencial, quando preenchidos os requisitos que o caracterizem.

3.3.2.1. Dano ao projeto de vida

O dano ao projeto de vida parte do pressuposto, correto, de que toda pessoa tem um projeto de vida a ser desenvolvido[468]. Projeto este que guarda estrita relação com as razões existenciais de cada pessoa, de onde advém o outro *nomem juris* desta espécie de dano, equivocadamente chamado de existencial.

Casar, ter ou não filhos, trabalhar em determinada atividade profissional, viver fora do país, dentre outras diversas possibilidades, são desejos pessoais de cada pessoa humana, os quais, se frustrados por um ato ilícito que cause dano à saúde, afetam e ameaçam o projeto de vida desejado. Daí a necessidade de serem indenizados.

Teresa Ancona Lopez sintetiza – sob a alcunha de dano existencial – o dano ao projeto de vida, por meio da casuística[469]. Além disso, salienta que nesta espécie de dano à pessoa humana se verifica o rompimento da agenda existencial da pessoa humana.

---

[468] "Tali interessi si estrinsecano e si manifestano mediante i rapporti con i simili, come la formazione di una famiglia, l'ambizione di coltivare attività intelletuali ed artistiche, il desiderio di svolgere competizioni sportive, l'aspirazione di apparire degnamente ed adeguatamente in ogni settore della vita organizzata. In tutti questi casi il pregiudizio sopportato dal soggetto, riducendo od addiritura annullando la possibilità di partecipare alle accennate attività, costituiva il cosidetto danno alla vita di relazione (...)." (GIANNINI, Gennaro. POGLIANI, Mario. *Il Danno da Ileccito Civile – Danno biologico, danno psichico, danno patrimoniale, danno morale, le tabele liquidative.* Milano: Giuffrè Editore, 1997, pag. 144).

[469] "Como podemos observar, o dano existencial é sempre dano-consequência (ou dano prejuízo). Ele só existirá se algum fato danoso (dano-evento) o anteceder. Como exemplo, um jovem modelo profissional e assíduo praticante de jogos de futebol com os amigos que vê seu carro, enquanto dirigia, violentamente abalroado por culpa exclusiva de outro motorista. O jovem, como consequência, sofre danos físicos e incorrigíveis danos estéticos. Pode dirigir, mas não consegue ultrapassar o medo. Não pode mais, em decorrência das intervenções cirúrgicas, praticar seu prazeroso hobby semanal. Além disso, não poderá mais continuar na carreira que tinha escolhido para sua vida. Nesse caso, podemos, com clareza, identificar, respectivamente, o (i) dano psíquico, que pode ser compensado a título de dano moral e (ii) o dano existencial, pois a agenda existencial é rompida definitivamente: não mais poderá jogar seu futebol e nem mais, como dissemos, exercer sua profissão, sendo que, neste último caso, ainda podemos identificar a figura do dano estético, também passível de indenização autônoma." (LOPEZ, Teresa Ancona. *Dano Existencial.* In Doutrinas Essenciais do Dano Moral, vol. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, pags. 1037-1053).

Trata-se de dano consequência, aferível mediante o comprometimento da agenda pessoal. Logo, a lesão deve ser provada pela vítima do dano.

Quando o comprometimento da agenda pessoal não decorrer de um dano à saúde (aqui entendido em sua acepção mais ampla: lesão à integridade psico-física ou à convivência social), então estar-se-á diante do chamado dano existencial, como será mais bem explicado na sequência deste trabalho.

3.3.2.2. Dano à vida sexual

O dano à vida sexual, espécie de dano à convivência social (que, por sua vez, é espécie de dano à saúde), é aquele que dificulta ou impede a manutenção de relações sexuais pela vítima[470]. E isto pode se dar por diversas razões, de sorte que não se pode dizer que o dano à vida sexual seja "uno"[471]. Apesar de não ser "uno", ele é sempre um dano biológico (dano à saúde).

Com efeito, "ele vem definido como a perda do complexo de funções do órgão sexual, no seu componente endócrino e exócrino, ou em ambos, e uma ou mais de suas finalidades, tais como (i) o desenvolvimento psicofísico do indivíduo e a sua manutenção, (ii) a reprodução e (iii) a satisfação da libido"[472].

A vida sexual pode ser afetada totalmente (não consegue mais) ou parcialmente

---

[470] "Il danno alla sfera sessuale comprende tutte quelle conseguenze pregiudizievoli che investono sia l'integrità degli organi riproduttivi, sia il loro sviluppo, sia, infine, la possibilità di *libido*, e dunque di provare piacere sessuale." (CRICENTI, Giuseppe. *Il Danno non patrimoniale.* Verona: CEDAM, 2006, pag. 167).

[471] Há quem entenda como sendo duas as causas possíveis. Neste sentido: "Por sua vez, o prejuízo sexual também não é categoria autônoma. Como visto, o dano sexual pode aparecer de dois modos: impotência sexual/frigidez feminina ou esterilidade. Na primeira modalidade, além do dano sexual confundir-se, também, com o dano ao lazer, diz-se que é, na verdade, um dano existencial por impossibilidade de manter relações sexuais. Na segunda modalidade, o dano sexual abriga-se no caráter de potencialidade do dano existencial, que é o dano existencial que se verificará no futuro, e não na atualidade da agressão. Assim, a pessoa que se torna estéril sofre, na verdade, um dano existencial por um prejuízo à sua possibilidade de procriar." (FERREIRA, Keila Pacheco. BIZELLI, Rafael Ferreira. *A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil constitucional. In* Revista de Direito Privado, vol. 54, abr-jun/2013, pags. 11-43).

[472] "Il danno alla vita sessuale viene definito come la perdita del complesso di funzioni degli organi sessuali, nello loro componente esocrina ed endócrina, od in ambedue, ed una o più delle loro finalità come: a) lo sviluppo psicofisico dell'individuo e del mantenimento dello stesso; b) della riproduzione; c) del soddisfacimento della libido." (FASANO, Annammaria. *Il danno non patrimoniale.* Torino: UTET, 2004, pag. 438/439).

(consegue com algum grau de dificuldade). Além disso, pode ser decorrência de uma doença (cujo efeito seja a impotência sexual ou a falta de libido, por exemplo), de uma lesão física (pensemos em alguma lesão no órgão sexual ou, ainda, em uma lesão outra que dificulte ou impossibilite a relação sexual, como a paralisia) e até mesmo de um dano estético, especialmente quando venha a trazer repulsa ao parceiro[473]. Quando relacionado à dano físico ou psíquico, o dano à vida sexual será absorvido, devendo sua extensão ser levada em consideração para fins de quantificação da indenização.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) reconhece alguns distúrbios que pdoem perfeitamente se enquadrar no dano à vida sexual como dano à convivência social. Pode-se citar, a este respeito, a categoria F52 elencada no CID10, sob a alcunha de "disfunção sexual não causada por transtorno ou doença ogânica" e a categoria F66, conhecida como "transtornos psicológicos e comportamentais associados ao desenvolvimento sexual e à sua orientação", com ênfase nas espécies "transtorno do relacionamento sexual" (F662), "outros transtornos de desenvolvimento psicossexual" (F668) e "transtorno do desenvolvimento sexual não especificado" (F669).

Em relação ao parceiro da vítima, há também o dever de indenizar. É o que a doutrina inglesa e italiana[474] chamam de "loss of consortium"[475], ao passo que os franceses a denominam "privations phisiques du mariage"[476] a ensejar a indenização também por dano à convivência social. O entendimento é que a impossibilidade de manutenção de relação sexual prejudica o relacionamento entre a vítima e seu parceiro[477].

---

[473] "A seguito delle importante novità della dottrina e della giurisprudenza in materia di danno esistenziale si può ritenere che un pregiudizio estetico cagioni alla persona anche gravi conseguenze di tipo esistenziale." (FASANO, Annammaria. *Il danno non patrimoniale.* Torino: UTET, 2004, pag. 438).

[474]

[475] "La c.d. loss of consortium non è comunque da confondersi con il semplice danno alla vita sessuale. Infatti, diversamente da quest'ultimo, la loss of consortium, e cioè la perdita della possibilità di avere rapporti sessuali con il proprio coniuge o convivente, è un danno plurioffensivo." (BONA, Marco. MONATERI, Pier Giuseppe. *Il danno alla persona.* Padova: CEDAM, 1998, pag. 149).

[476] PELLECCHIA, Enza. *La lesione della sfera sessuale del coniuge. In Il Danno Esistenziale: una nuova categoria della responsabilità civile (a cura di Paolo Cendon e Patrizia Ziviz).* Milano: Giuffrè Editore, 2000, pag. 63.

[477] "In rapida sintesi e tornando al quesito iniziale – la rinuncia forzata alle gioie del sesso è danno risarcibile? – si può affermare che non è la rinuncia in sé, che riceve e merita tutela, ma il modo in cui tale rinuncia incide sulla relazione personale ed affettiva con il partner, così realizzando una ingiusta lesione di un altrui interesse meritevole di tutela, per effetti della gravità dell'offesa patita dalla c.d. vittima primaria, cui si va ad affiancare la gravità dell'offesa anche della vitima secondaria." (PELLECCHIA, Enza. *La lesione della sfera sessuale del coniuge. In Il Danno Esistenziale: una nuova categoria della responsabilità civile (a cura di Paolo Cendon e Patrizia Ziviz).* Milano: Giuffrè Editore, 2000, pag. 68).

Vale dizer que esta espécie de dano não guarda relação com a capacidade de gerar descendentes. Isto significa que a vítima sofrerá dano à vida sexual independentemente de desejar ter, ou não filhos – obviamente que, desejando ter filhos, o dano será acentuado.

A consequência da lesão, que aliás é presumida, deve ser também observada em face do companheiro (aqui compreendido em sentido lato, concreta ou abstratamente), por conta da perda (parcial ou total) da capacidade de manter relações sexuais (e todas as implicações que isso traz em uma relação amorosa). Neste caso, fica a grande dificuldade de quantificar o dano sofrido pelo parceiro[478].

A Corte de Cassação italiana, em julgado paradigmático em 1986, entendeu que do matrimônio nasce a vida em comunhão, que engloba aspectos espirituais, materiais e morais. E um dos direitos que nasce da comunhão é exatamente o de ter relações sexuais. Desta forma, o cônjuge privado de relação sexual por conta da lesão à saúde do parceiro tem sim legitimidade para tutelar, em nome próprio, uma indenização pelo dano por este sofrido (o de não poder manter relação sexual com o parceiro vitimado)[479].

3.3.2.3. Abandono Afetivo e Alienação Parental

A Organização Mundial da Saúde (OMS) reconheceu a alienação parental como doença (CID11) enquadrada no QE52.0, sob o título de "problemas relacionais da criança com o cuidador". Ainda nesta categoria, estão enquadradas questões como perda de relação afetiva muito próxima na infância (QE52.1).

Problemas relacionais com o cuidador podem levar a criança a desenvolver problemas psicológicos e de dificuldade de relacionamento social. Por essa razão, o termo "alienação parental" foi indexado no CID11, que vigorará a partir de 2022.

É o típico caso de criança que não obtém o amor e auxílio material de seu genitor [480], ou, ainda, vive em um ambiente insalubre, onde os genitores se atacam reciprocamente Uma

[478] CRICENTI, Giuseppe. *Il Danno non patrimoniale.* Verona: CEDAM, 2006, pag. 167.
[479] CRICENTI, Giuseppe. *Il Danno non patrimoniale.* Verona: CEDAM, 2006, pag. 168/169.
[480] "d) criança que, gerada de um relacionamento de moça solteira e pobre com homem adúltero, de posses,

vez reconhecida a paternidade, existem remédios jurídico-processuais para garantir o pagamento da pensão alimentícia a fim de permitir condição de vida semelhante à de seus meio-irmãos, observado o binômio necessidade e possibilidade. A questão do convívio social - abandono afetivo -, por sua vez, não pode ser reparado por dinheiro.

O Superior Tribunal de Justiça, a propósito, já teve oportunidade de se manifestar sobre a questão do abandono afetivo[481]. Entendeu o STJ, em voto da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que "o cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88".

A análise do chamado "dever de afeto" está umbilicalmente ligada ao artigo 227 da Constituição Federal brasileira, que estabelece que "é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

Decorre, portanto, do texto constitucional o dever dos pais de conviverem com a criança/adolescente, a fim de explorar e incentivas seu pleno desenvolvimento. Também por isso a preocupação doo Estado em saber se a criança/adolescente está sendo bem cuidado pelos genitores, sob pena de perda da transferência da guarda da criança para quem puder efetivamente garantir o pleno desenvolvimento dela.

---

casado com outra, não é reconhecida pelo genitor, que a abandona tão logo encerrado o relacionamento extraconjugal. Passa sua infância e juventude de forma humilde sob os cuidados da mãe, necessitada. O pai, embora sabendo que aquela criança é sua filha, simplesmente a ignora e se omite em qualquer espécie de auxílio. Aquela menina passa sua infância e juventude com enormes dificuldades, mal alimentada e sem chance de estudar e adquirir capacitação técnica, chegando à fase adulta com graves problemas de saúde, enquanto que seus irmãos, filhos de seu pai biológico e mulher legítima, têm direito a uma infância e juventude abastada, com direito aos melhores colégios, férias as mais divertidas possíveis, bem assim assistência médica do melhor nível. É claro que aquela criança foi vítima de um perverso dano existencial por parte de seu pai biológico, um prejuízo de monta à sua dignidade humana.
Obtendo o reconhecimento judicial da paternidade por meio da ação de investigação, terá também o direito a uma justa indenização por dano existencial, com que a Justiça procurará da melhor forma possível mitigar o *deficit* existencial da ofendida, apurado entre aquilo que teve e o que merecia ter, condenando o pai biológico a lhe entregar uma justa e compensatória soma em dinheiro." (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano Existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. In* Doutrinas Essenciais de Dano Moral, vol. 1, pags. 1055/1093. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pag. 1085/1089).

[481] REsp 1.159.242/SP. Terceira Turma STJ. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24.04.2012.

Este dever, contudo, não é exclusivo dos pais em relação aos filhos, mas também dos filhos em relação aos pais. É uma via de mão dupla. Os pais devem conviver com os filhos na infância, quando eles estão vulneráveis, e os filhos devem conviver com os pais na velhice, quando igualmente estão mais vulneráveis. A Constituição Federal brasileira estabelece que os deveres familiares entre pais e filhos são recíprocos, nos termos do artigo 229 ("Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar a amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade").

Nesta linha, o Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que a violação destas regras constitucionais "implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão", na medida em que "o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal", surgindo daí o dever de indenizar os danos morais causados[482].

[482] (...) Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança. E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentarem, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais – biológicos ou não. (...). Colhe-se tanto da manifestação da autora quanto do próprio senso comum que o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas uma fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania. Nesse sentido, cita-se, o estudo do piscanalista Winnicott, relativo à formação da criança: [...]do lado psicológico, um bebê privado de algumas coisas correntes, mas necessárias, como um contato afetivo, está voltado, até certo ponto, a perturbações no seu desenvolvimento emocional que se revelarão através de dificuldades pessoais, à medida que crescer. Por outras palavras: a medida que a criança cresce e transita de fase para fase do complexo de desenvolvimento interno, até seguir finalmente uma capacidade de relacionação, os pais poderão verificar que a sua boa assistência constitui um ingrediente essencial. (WINNICOTT, D.W. A criança e o seu mundo. 6ª ed. Rio de Janeiro:LTC, 2008). (...). Forma simples de verificar a ocorrência desses elementos é a existência de laudo formulado por especialista, que aponte a existência de uma determinada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuidado por parte de um dos pais. Porém, não se deve limitar a possibilidade de compensação por dano moral a situações símeis aos exemplos, porquanto inúmeras outras circunstâncias dão azo à compensação, como bem exemplificam os fatos declinados pelo Tribunal de origem. Aqui, não obstante o desmazelo do pai em relação a sua filha, constado desde o forçado reconhecimento da paternidade – apesar da evidente presunção de sua paternidade –, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores, a recorrida logrou superar essas vicissitudes e crescer com razoável aprumo, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna. Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe. Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, ad perpetuam , é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que

A discussão sobre o dano existencial na jurisprudência italiana se debruçou com caso bastante semelhante, com procedência da demanda para o fim de condenar o genitor O caso é relatado por Amaro Alves de Almeida Netto, a respeito da Sentenza 7713/2000[483]. A Corte de Cassazione entendeu que houve ofensa a um direito fundamental do menor, especificamente o direito de ser tratado com dignidade. Apesar da Sentença fazer confusão com a terminologia do dano, ora chamando de dano existencial e ora chamando de dano biológico, trata-se de ótimo exemplo e paradigma da compreensão sobre o abandono afetivo.

3.3.2.4. Análise Jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça

Pesquisa realizada no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça[484] com os vocábulos "dano ao projeto de vida", "dano à vida sexual", e "dano à convivência social" teve o seguinte resultado: (i) 1 decisão monocrática sobre "dano ao projeto de vida"; (ii) 0 –

privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano in re ipsa e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação." (REsp 1.159.242/SP. Terceira Turma STJ. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24.04.2012.)

[483] "A questão jurídica que justificou a sentença 7.713 assim se desenvolveu, em resumo: certo indivíduo foi processado criminalmente por abandono material do filho menor (o delito correspondente, em italiano, é de violação das obrigações de assistência familiar - artigo 570, n. 2, Código Penal (LGL\1940\2). Foi absolvido do delito sob o fundamento de que a criança nunca esteve realmente necessitada, eis que sustentada todo o tempo pela mãe. A vítima, paralelamente, ingressou com uma ação civil indenizatória contra o pai, pedindo ressarcimento pelos danos pessoais sofridos, " *sia sotto il profilo affettivo che economico*" [quer sob o aspecto afetivo como econômico], em conseqüência do comportamento "intenzionalmente e pervicacemente defatigatorio del padre naturale" [intencionalmente e obstinadamente desgastante do pai natural]. Julgada procedente a ação, foi o réu condenado pelo tribunal de Veneza a pagar significativa soma em dinheiro ao filho, "em conseqüência do seu injusto comportamento", que violou um direito fundamental da vítima, particularmente inerente à condição de filho e de menor. O genitor recorreu à Corte de Cassação sustentando, em resumo, ter pago toda a dívida alimentar durante o processo, bem como ter sido absolvido do crime de "violação das obrigações de assistência familiar" que lhe fora imputado, não havendo justo motivo para ser condenado civilmente à indenização, eis que não caracterizadas as hipóteses de dano patrimonial ou de dano moral.

Aquela Corte Superior rejeitou o recurso e manteve a condenação ao argumento de que o autor da ação era vítima de um dano causado pelo comportamento injusto do genitor, que obstinadamente retardou o adimplemento da obrigação alimentar enquanto pode. Essa ação caracterizou, segundo os agistrados, uma ofensa a um direito fundamental da pessoa, o direito do autor de ser tratado com dignidade, quer por sua condição de filho quer por se tratar de menor. Foi ainda invocado no julgamento o precedente criado pela sentença 184 de 1986, da Corte constitucional, combinando o disposto nos artigos 2.043 do Código Civil (LGL\2002\400) italiano e 2.º da Constituição da República (LGL\1988\3), para decretar finalmente que: "O que já foi, aliás, bem exposto pela Corte constitucional com a conhecida sentença n. 184 de 1986, relativo ao dano-evento da lesão do direito à saúde (chamado dano biológico), é aplicável - pela abrangência dos seus enunciados - a qualquer análoga lesão de direitos igualmente fundamentais da pessoa, configurando um dano existencial e à vida de relação". (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano Existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. In* Doutrinas Essenciais de Dano Moral, vol. 1, pags. 1055/1093. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pag. 1081/1083).

[484] Pesquisa realizada em 01.09.2019.

zero – julgados sobre "dano à vida sexual" e (iii) 0 – zero – julgados sobre "dano ao projeto de vida".

Sob a alcunha de "dano ao projeto de vida", o Superior Tribunal de Justiça analisou – em decisão monocrática do Min. Sérgio Kukina[485] – o caso de uma pessoa que foi presa ilegalmente (prisão política), tendo sido submetida a tortura durante o Governo Militar. Neste processo, restou assentado por perícia médica que a vítima, após os atos de tortura e prisão indevida, tornou-se portadora de transtorno mental denominado "alteração permanente de personalidade após experiência catastrófica" (CID-10, F 62.0). A perícia ainda assinalou que a pessoa ficou surda de um ouvido, impossibilitada de manter relações sexuais, com a visão substancialmente prejudicada, claustrofóbica, depressiva, ansiosa e insegura.

Trata-se de indubitável acerto na decisão quanto à tipologia do dano sofrido e ao reconhecimento de que se trata de dano à convivência social, além, obviamente de danos à integridade psicofísica, e portanto, merecedor de reparação a título de dano à saúde, levando em consideração a lesão à integridade psicofísica e à convivência social.

Apesar dos ínfimos resultados encontrados no sítio eletrônico do STJ, aqui se enquadram uma série de outras jurisprudências, as quais, apesar de não utilizarem os vocábulos pesquisads – e muitas vezes sob a nomenclatura de "dano moral" – acabam reconhecendo o direito das vítimas.

Exemplificativamente, podemos citar – além das mais óbvias – o transplante de sangue contaminado com o vírus HIV, Hepatite, dentre outros; mau atendimento hospitalar que acarrete no agravamento de uma doença; diagnóstico errado; quadros de doenças psíquicas, tais quais crises de ansiedade, crises do pânico, bipolaridade, esquizofrenia, etc. Existem milhares de julgados com esse conteúdo nos Tribunais brasileiros, fazendo com que esta espécie de dano seja bastante comum (talvez, até mesmo, do que os chamados danos morais puros).

[485] AREsp nº 573215/RS, julgado em 24.03.2015.

3.4. Dano Estético

Antes de discorrer sobre o tema, é necessário traçar uma premissa. O dano estético é, na doutrina e jurisprudência italiana, uma espécie do dano biológico[486], galgado na saúde da vítima[487]. Entretanto, preferimos trabalhá-lo como dano autônomo, por duas razões: (i) a doutrina e a jurisprudência brasileira o reconhecem como dano autônomo e (ii) ao contrário do simples dano à saúde (biológico), o dano estético deixa marcas visíveis e identificáveis pela sociedade, de sorte que nos parece como um dano à saúde qualificado, devendo ser reconhecido como dano autônomo. Em síntese, ele não é uma mera lesão à integridade física (caracterizado como dano à saúde), mas algo para além disso. Estas questões serão mais bem analisadas na sequência.

O dano estético tem como *causa* um fato ilícito que implique violação da integridade física da pessoa humana[488], afetando a aparência, o modo de andar, de se comportar e de gesticular[489]. Não parece ser necessariamente caracterizado pelo abalo psicológico, embora seja normalmente associado a ele.

Por dano estético se entende todo e qualquer dano que impinja um ferimento corporal à vítima[490]. Ferimento este que deve ser visível ou perceptível[491]. Obviamente que esse sofrimento corporal poderá vir a ter implicação psíquica, mas ele será consequência do dano estético sofrido.

---

[486] "Abbiamo constatato che la tendenza prevalente ricompreende nel danno biologico le tradizionali figure del danno estético (...)." (DE GIORGI, Maria Vita. *Danno alla salute. In* Rivista di Diritto Civile, 1992, pag. 834).
[487] "Corollario di questa concettualizzazione costtuzionale è la definizione, comunemente riconosciuta, del danno alla salute, come lesione della integrità della persona nelle sue componenti, fisica, psichica ed interrelazionale." (PETTI, Giovanni Battista. *Il danno alla salute e il suo risarcimento.* Rivista Danno e Responsabilità, nº 5, 1996, pag. 542).
[488] "In sostanza, ognuno ha diritto alla fisionomia originaria, così come ha diritto a che essa non venga alterata da lesioni dell'estetica (...)." (CRICENTI, Giuseppe. *Il Danno non patrimoniale.* Verona: CEDAM, 2006, pag. 165).
[489] SILVA FILHO, Artur Marques. *A responsabilidade civil e o dano estético*. *In* Doutrinas Essenciais de Dano Moral, vol. 1/2015, fls. 921/939. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
[490] "Assim, configuram danos estéticos: as cicatrizes, as amputações de membros, as deformações físicas, as paralisias faciais, as paralisias motoras, a perda do pavilhão auricular, o efeito de coxear, dentre outras lesões que interfiram na forma como o indivíduo apresentase perante o grupo social." (PEREIRA, Fabio Queiroz. *Danos Estéticos: uma análise à luz da função social da responsabilidade civil e da dignidade humana. In* Revista de Direito Privado, vol. 50, abr-jun/2012, pags. 206-226).
[491] PEREIRA, Fabio Queiroz. *Danos Estéticos: uma análise à luz da função social da responsabilidade civil e da dignidade humana. In* Revista de Direito Privado, vol. 50, abr-jun/2012, pags. 206-226.

É possível, inclusive, cumular ambas as espécies, como já reconhecido pelos nossos tribunais (Súmula 387 do STJ – *É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral*). O dano aqui não é diretamente na esfera psíquica, mas sim na esfera corpórea, sendo a esfera psíquica atingida por conta da lesão corpórea. Eles não parecem possuir o mesmo fato gerador, na medida em que o dano corporal nasce do fato lesivo enquanto o dano psíquico surge das consequências do dano corporal (é um dano indireto), mas ambos devem ser indenizados pelo causador do dano, na medida em que inexistiria o dano na esfera psíquica se o ato lesivo não causasse o dano corporal. Como exemplo se pode citar o caso da pessoa que é atropelada por um motorista desatento e acaba por perder uma perna; o dano corporal sofrido (perda da perna) é indenizável por si só (*ex re*, na medida em que a consequência – lesão – é indubitável), de sorte que o possível abalo psicológico que decorra da perda do membro inferior foi indiretamente causado pelo ofensor do dano e, por essa razão, deve ser indenizado sob a alcunha de *dano moral puro*.

Não se pode negar a possibilidade de dano moral e dano estético surgirem concomitantemente do mesmo fato, sem que o dano moral puro tenha como fato gerador o dano estético em si (basta pensar em um fato danoso que cause uma lesão corporal e uma lesão à alma por si só – no mesmo exemplo acima, coloquemos uma figura materna que na tentativa de salvar seu filho do atropelamento se atira na frente do veículo, acaba sofrendo ferimentos no braço mas não consegue salvar a vida de seu filho), hipótese na qual, igualmente, ambas as espécies deverão ser indenizadas, ainda que decorrentes do mesmo fato.

As sequelas se subdividem em implicações estáticas e implicações dinâmicas[492]. Por implicações estáticas compreendem-se as sequelas que não acarretam uma mudança comportamental perceptível na pessoa (cicatriz, queimadura, etc), ao passo que as implicações dinâmicas acabam por alterar a forma da pessoa falar, caminhar, gesticular, dentre outros.

As implicações dinâmicas normalmente mais severas, na medida em que implicam em uma alteração comportamental da vítima. Entretanto, dependendo do caso concreto, a

[492] PEREIRA, Fabio Queiroz. *Danos Estéticos: uma análise à luz da função social da responsabilidade civil e da dignidade humana. In* Revista de Direito Privado, vol. 50, abr-jun/2012, pags. 206-226.

implicação estática pode exigir indenização superior, como, por exemplo, no caso de modelo/ator que se vé com uma cicatriz no rosto e que o afaste do exercício de sua profissão.

3.4.1. Evolução

Do ponto de vista histórico, os egípcios parecem ter sido o primeiro povo a demonstrar a importância da aparência física (3500 a.C.)[493]. Na sequência, por volta de 500 a.C., Hipócrates parece ter criado diversos tratamentos estéticos, principalmente através de unguentos voltados para sardas, calvície e hipertricose[494].

Na mesma época, o tratamento dado pelos espartanos aos recém-nascidos com problemas físicos (eram atirados do penhasco), ajuda a compreender como, desde aquela época, a integridade física e estética é um problema social de grande importância.

Muitos séculos depois (já na Idade Contemporânea, em 1831), a literatura nos traz um exemplo clássico. Notre-Dame de Paris, de Victor Hugo, distribuído inclusive entre as crianças (filme da Disney quase homônimo), conta a história de um homem coxo corcunda ("Quasímodo") que acabou abandonado por seus pais devido às suas deformações físicas. Na sequência da obra, passa a viver escondido na Catedral de Notre-Dame em Paris, protegido por um padre que o adotou. Quasímodo se apaixona por uma cigana, mas não teve seu amor correspondido. Victor Hugo apresenta o personagem, no início da obra, como um monstro, alvo do preconceito da sociedade parisiense do séc. XV (quando se passa a estória), que o via como um monstro temido.

A criança nascida com má-formação, a depender do grau da deformação, era tratada como *monstro* no Direito Romano – o que persistiu, aliás, ainda na redação original do Código Civil francês de 1804 – e não pessoa humana. Dizia-se que o monstro decorria do *coitus cum bestia* (coito com uma besta – animal), de onde decorre o exemplo mitológico do *minotaurus*.

---

[493] "Mas, há notícias históricas de que os egípcios, cerca de 3.500 a.C., faziam operações plásticas no nariz e nos lábios, inclusive faziam tratamento para a transformação da pele." (SILVA FILHO, Artur Marques. *A responsabilidade civil e o dano estético*. *In* Doutrinas Essenciais de Dano Moral, vol. 1/2015, fls. 921/939. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015).

[494] SILVA FILHO, Artur Marques. *A responsabilidade civil e o dano estético*. *In* Doutrinas Essenciais de Dano Moral, vol. 1/2015, fls. 921/939. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Foi, entretanto, com a chegada das cirurgias plásticas reparadoras, no cenário pós-primeira guerra mundial, que pela primeira vez os problemas de má-formação ou mutilação começaram a ser mitigados.[495].

Do ponto de vista jurídico, a doutrina brasileira, em meados do século XX, entendia que o dano estético acabaria por ser incorporado pelo dano patrimonial, até mesmo porque ele era normalmente acompanhado de um dano patrimonial (indireto). Daí que se chegou a dizer que o dano patrimonial indireto decorrente da lesão à integridade física acabaria por abarcar o dano moral decorrente do dano estético[496].

A previsão de sanção civil – além da penal – para o dano à integridade física da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro decorre do Código Civil Bevilaqua de 1916. O então artigo 1538 do Código Civil de 1916 previa que "no caso de ferimento à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente". Percebe-se que a natureza indenizatória era, naquela época, apenas de cunho patrimonial (danos emergentes e lucros cessantes), inexistindo a previsão indenizatória por dano à pessoa (extrapatrimonial).

---

[495] "Anotam alguns autores que a partir da guerra de 1914-1918, houve um acentuado movimento para readaptação das pessoas traumatizadas, em especial daquelas que apresentam defeitos na face. (...). De qualquer forma, é a partir da Primeira Guerra Mundial, que se desenvolvem estudos e se origina a cirurgia plástica. No princípio, a finalidade era eminentemente reparadora, pois visava minimizar os defeitos físicos, decorrentes de traumatismos. Com o desenvolvimento da indústria automobilística e o conseqüente aumento de acidentes de trânsito, a cirurgia plástica se aperfeiçoou. Daí avançar, ainda mais, pela tendência da vaidade humana, foi um passo. Mudou-se o prisma ótico pelo qual a medicina passa de reparadora para fins estéticos, passa a ter tão-somente finalidade estética. Os tribunais franceses já anotavam que a cirurgia estética, por si só, não deve ser condenada, a não ser nos excessos e práticas temerárias." (SILVA FILHO, Artur Marques. *A responsabilidade civil e o dano estético*. *In* Doutrinas Essenciais de Dano Moral, vol. 1/2015, fls. 921/939. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015).

[496] "O conteúdo moral do dano estético, não passou desapercebido da jurisprudência, conforme reiterados julgamentos do STF (RTJ 55/86 e 65/53). Todavia, os progressos da cirurgia recuperadora, encaminharam-se na direção de prevalência do dano patrimonial, incluindo neste o moral. Não é por outra razão, que Yussef Said Cahali, procura acentuar que nada há de ilógico neste raciocínio, principalmente porque o dano estético caracteriza-se pelo seu caráter híbrido, resultante da simbiose de contingentes morais e patrimoniais. Há unicidade na causa e duplicidade de repercussões como efeitos: patrimonial e moral. Sob este aspecto, diz Cahali: "parece melhor entendimento aceitar-se que o ressarcimento do dano patrimonial indireto possa absorver, eventualmente, o dano moral, no que também entram na composição daquele, elementos psíquicos de afeição e sensibilidade e no que se mostre razoável o arbitramento judicial fixado em razão das circunstâncias; ou defere um plus que melhor atenda à reparabilidade do dano moral puro, para além daqueles efeitos morais reflexivos do dano patrimonial indireto, seja sob a forma de agravamento do quantum indenizatório deferido quanto a este, seja através da concessão de uma verba reparatória àquele título". (SILVA FILHO, Artur Marques. *A responsabilidade civil e o dano estético*. *In* Doutrinas Essenciais de Dano Moral, vol. 1/2015, fls. 921/939. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015).

A sanção patrimonial não para por aí. Se da lesão resultar aleijão ou deformidade[497], a soma prevista no *caput* será dobrada, *ex vi* art. 1538, §1º do Código Civil 1916. Aqui começam as dúvidas; o dobro da soma prevista englobaria toda a indenização (danos emergentes, lucros cessantes e multa) ou apenas a multa prevista no art. 1538, *caput*? Apesar da divergência doutrinária a este respeito, a jurisprudência firmou o entendimento de que seria devida apenas a multa criminal em dobro[498]. A justificativa para esta multa em dobro estaria centrada na reparação do dano moral[499].

Ainda analisando o artigo 1538 do Código Civil 1916, estabelece o §2º que 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. Esta regra visa indenizar a mulher considerando que ela terá maiores dificuldades em arrumar pretendentes, podendo, até mesmo, arruinar qualquer tentativa de contrair matrimônio (lembrando, ainda, que naquela época a capacidade civil da mulher e o seu status na sociedade dependiam do matrimônio).

O dano à integridade física no Código Civil de 1916 ainda encontrava guarida no artigo 1539: "Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu".

Enquanto o artigo 1538 CC16 era destinado à lesão geral à integridade física, com previsão da indenização por danos emergentes, lucros cessantes, multa penal e dote (na

---

[497] "Irineu Pedrotti, citando Washington de Barros Monteiro, faz distinção entre aleijão e deformidade. O aleijão é a perda de um braço, de uma perna, de movimentos ou do sentido. Quanto à deformidade, é preciso que haja o dano estético, que o ofendido cause impressão penosa ou desagradável." (SILVA FILHO, Artur Marques. *A responsabilidade civil e o dano estético*. *In* Doutrinas Essenciais de Dano Moral, vol. 1/2015, fls. 921/939. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015).

[498] RT 206/205 e 222/187

[499] "A conseqüência jurídica decorrente tanto de ato lícito, quanto de ilícito, que provoque aleijão ou deformidade permanente, enseja duplicação da pena de multa criminal, pela regra enunciada. A agregação do plus condiz com os danos morais, com os sofrimentos suportados pela deformidade. O Prof. Cahali entende que "o nosso legislador, subsumindo na fórmula do art. 1.538, § 1.º, a deformidade permanente e o dano estético, terá procurado aí combinar o ressarcimento do dano material e a reparação do dano moral"." (SILVA FILHO, Artur Marques. *A responsabilidade civil e o dano estético*. *In* Doutrinas Essenciais de Dano Moral, vol. 1/2015, fls. 921/939. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015).

hipótese da vítima ser mulher solteira ou víuva), o artigo 1539 cria um tipo adicional de lesão á integridade física: aquela na qual a vítima não possa mais exercer seu ofício ou profissão, total ou parcialmente (com mais dificuldades, o que lhe traz um prejuízo material), de forma vitalícia ou temporária. Nesta hipótese, à indenização prevista no artigo anterior, também a título de danos patrimoniais, deverá ser acrescido de uma pensão que satisfaça a vítima, considerando sua total impossibilidade de se praticar o ofício/profissão ou sua possibilidade parcial.

O Código Civil de 2002 pouco alterou a sistemática do dano estético preconizada pelo código revogado. A matéria encontra-se tutelada nos artigos 949 e 950, ambos do Código Civil. A curiosidade é que ambos os artigos fazem referência apenas aos efeitos materiais, silenciando em relação aos efeitos imateriais.

O reconhecimento desta possibilidade veio apenas da doutrina, da jurisprudência e da Constituição Federal, especialmente artigo 5º, inciso X.

3.4.2. Dano Estético como Dano Autônomo

O dano estético decorre da lesão – temporária (longa duração)[500] ou permanente – que lembre a vítima, a todo o momento, da violação de seu direito à integridade física, seja uma lembrança exclusivamente por parte da vítima, seja uma lembrança decorrente de terceiros (sociedade). Normalmente está atrelada ao preconceito, atitudes de repúdio e piadas de mau gosto por parte de terceiros. Nos parece, entretanto, que sua caracterização está também mo não reconhecimento do "eu"; ou seja, a lesão tem um viés objetivo (lesão à integridade física) e outro subjetivo (a pessoa olha no espelho e não se identifica com o "eu" anterior).

É verdade que a questão subjetiva pode, inclusive, vir a ser superada com o tempo. É o que acontece com pessoas que aceitam o novo "eu" e depois mal se lembram de como eram anteriormente. O dano, por essa razão, deve ser centrado no viés objetivo, de modo que é impossível negar a existência daquela lesão.

[500] RSTON, Sergio Martins. *Dano Estético. In* Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 9, jan-jun/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pag. 95.

Parte da doutrina[501] entende que a configuração do dano estético depende da lesão permanente. Tal ponto, a nosso ver, é equivocado. A uma porque boa parte das lesões permanentes pode, alguns anos depois, ser corrigida pela medicina (cirurgia estética reparadora). Logo, a questão da lesão permanente passa necessariamente pela evolução da medicina. A duas porque mesmo uma cicatriz temporária (mas de longa duração) pode causar dano à pessoa, seja pela forma como ela passa a se enxergar, seja pela forma como a sociedade passa a enxergá-la.

A lembrança da lesão pode se dar por uma cicatriz, pela perda de um membro ou órgão ou pela deformação de alguma parte do corpo humano[502].

As consequências decorrentes de uma lesão à integridade física variam, como quase sempre, de pessoa para pessoa. Uma cicatriz no rosto de um jogador de futebol pode não lhe trazer nenhum prejuízo patrimonial; entretanto, a mesma cicatriz no rosto de uma modelo, pode significar sua aposentadoria precoce.

Assim, é que a lesão física, além do reflexo de dano à pessoa humana (extrapatrimonial) também pode vir acompanhada de um dano patrimonial[503].

Mas não é só. O dano estético é aquele que revive, com periodicidade, a lesão sofrida. E isso é o suficiente para que seja indenizado, na medida em que o signo da lesão afetará,

---

501 "Outro elemento que deve estar sempre na base do delineamento do dano estético materializa-se no seu necessário caráter permanente. Nesse ponto, João António Álvaro Dias aduz que: "O dano estético só poderá ser avaliado e reparado como dano estético se e quando assumir o qualificativo de permanente. Enquanto não assumir tal configuração, o dano estético não poderá ser avaliado e reparado como entidade categorial própria, antes devendo os sofrimentos, incômodos ou desconsiderações de qualquer natureza a que possa dar lugar ser avaliados e reparados no quadro do dano não patrimonial ou moral em sentido estrito"." (PEREIRA, Fabio Queiroz. *Danos Estéticos: uma análise à luz da função social da responsabilidade civil e da dignidade humana. In* Revista de Direito Privado, vol. 50, abr-jun/2012, pags. 206-226).

502 "La lesione della salute viene definita "danno estetico" quando incide, piuttosto che su un organo o su una funzione, sull'aspetto esteriore del corpo del leso. Per "aspetto esteriore" del corpo non deve però intendersi soltanto l'euritmia dei lineamenti o l'assenza di cicatrici. Anche la zoppìa, ad esempio, o la difficoltà di articolazione del linguaggio, o lo strabismo, o una turba mentale che comporti il desinteresse per le attività di cura dell'aspetto, costituiscono altrettante ipotesi di danno estético." (ROSSETTI, Marco. *Il danno alla salute.* Milano: CEDAM, 2017, pag. 974).

503 "Naturalmente, può ben accadere che la compromissione dell'integrità fisiognomica possa comportar ela perdita di opportunità lavorative, e quindi possa causare un danno patrimoniale: in questo caso, al risarcimento del danno alla salute consistente nella compromissione dell'integrità fisiognomica si aggiungerà il danno patrimoniale, conseguito alla perdita del reddito." (ROSSETTI, Marco. *Il danno alla salute.* Milano: CEDAM, 2017, pag. 975).

por muito tempo – senão por toda a vida da vítima -, a sua própria percepção do "eu", seja através do espelho, seja através do reflexo, seja por atitudes de terceiros[504]-[505].

Não é requisito, entretanto, do dano estético, o abalo psíquico caracterizador do dano moral puro. Assim, a lesão sofrida pela vítima pode acarretar, além do dano estético e do dano patrimonial, um dano moral puro e/ou até mesmo um dano à convivência social[506], a depender da gravidade do evento lesivo.

Não é por outra razão, que a doutrina e jurisprudência brasileira são uníssonas no sentido de reconhecer a cumulatividade do dano moral e do dano estético, o que resultou, inclusive, na edição da Súmula 387[507] do Superior Tribunal de Justiça.

Há quem sustente a necessidade da lesão estética acarretar necessário enfeiamento da pessoa[508]-[509]. Esta realmente é a regra, mas não pensamos que seja condição *sine qua non*

---

[504] "Adentrando-se a qualificação da figura jurídica em apreço, tem-se que o dano estético consiste na lesão dos aspectos exteriores de um indivíduo. A imagem e apresentação física da pessoa são alteradas, ocorrendo uma quebra nas características que compõem sua estrutura corporal. Esses prejuízos são identificados na percepção do próprio lesado, bem como no juízo dos terceiros que compõem um corpo social. Possuem, pois, um duplo viés marcado por subsídios distintos: elemento pessoal e elemento social." (PEREIRA, Fabio Queiroz. *Danos Estéticos: uma análise à luz da função social da responsabilidade civil e da dignidade humana. In* Revista de Direito Privado, vol. 50, abr-jun/2012, pags. 206-226).

[505] "Quest'ultimo sussiste quindi non soltanto nel caso di cicatrici deformanti o deturpanti, ma in tutti i casi in cui la percepzione del "sé" da parte del dannegiato e da parte dela comunità non è fonte del comune senso di benessere che tutti avvertono nel rimirare la propria corporeità." (ROSSETTI, Marco. *Il danno alla salute.* Milano: CEDAM, 2017, pag. 974/975).

[506] "Desse modo, uma mudança não desejada na vida de uma pessoa, como no caso do idoso que não poderá mais encontrar os amigos, pode causar desgosto e tristeza na vítima, o que configurará também o dano moral. Ainda, o dano estético poderá causar dano existencial caso a deformação seja grave, como no caso do aleijão, a ponto da pessoa, por exemplo, não poder mais realizar atividades básicas, como a higiene pessoal. Um caso emblemático seria o da modelo que tem seu rosto desfigurado num incêndio. Nesse caso, estariam presentes quatro danos à pessoa humana." (FERREIRA, Keila Pacheco. BIZELLI, Rafael Ferreira. *A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil constitucional. In* Revista de Direito Privado, vol. 54, abr-jun/2013, pags. 11-43).

[507] Súmula 387 STJ – É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

[508] "A crescente valorização da beleza demonstra-se na contemporaneidade como verdadeiro fenômeno social. A constante busca pela graça e perfeição é peculiar característica a perfilhar os intuitos e desejos de nossa população consumidora. Os meios de comunicação ajudam a difundir esse ideal, fazendo com que grande parte da economia mundial esteja pautada e gire em torno da busca pelo belo. Diante desse panorama, tem-se que os elementos estéticos que compõem uma pessoa são dotados de curial importância, seja para a formação de uma rede de relacionamentos, seja para a sua própria necessidade de autoafirmação. Muitas vezes, é pautando-se nos seus elementos de ordem estética que o indivíduo molda a sua personalidade. Nesse ponto, soma-se ainda a relevância com que é ponderada a beleza no mercado de trabalho, principalmente, em profissões que exijam um contato direto com o público." (PEREIRA, Fabio Queiroz. *Danos Estéticos: uma análise à luz da função social da responsabilidade civil e da dignidade humana. In* Revista de Direito Privado, vol. 50, abr-jun/2012, pags. 206-226).

[509] "O dano estético liga-se a essas últimas espécies por ser um dano que também atinge o corpo da vítima, mas distingue-se dos anteriores pelo fato de gerar um "enfeiamento" ao lesado, impondo-lhe sofrimento e

para a pretensão indenizatória ou reparatória. A beleza é um conceito abstrato, até mesmo filosófico[510], que varia de pessoa para pessoa e de geração para geração. O elemento que faz surgir o dano estético é a lesão à integridade física, a qual, sim, quase sempre acarreta o enfeiamento da pessoa. Daí a elencar o enfeiamento como elemento indispensável do dano estético parece haver uma boa distância[511].

O dano estético é objetivo, avaliado de acordo com o que ele efetivamente é, e não simplesmente pelo que a vítima quer que seja[512]. Não se trata de aspecto subjetivo, tal qual o dano moral puro, mas sim de aspecto objetivo, facilmente identificável pela extensão do dano sofrido.

Questão interessante diz respeito à substituição do órgão lesado por prótese. Exemplos clássicos são o olho de vidro, os dentes de ouro, esmalte e até mesmo a dentadura completa. Esses subterfúgios teriam o condão de afastar a indenização por dano estético, na medida em que o dano não seria perceptível para a sociedade?

A resposta é – sem dúvidas – negativa. E não poderia ser diferente. Com efeito, o dano estético é espécie de dano à pessoa e, como tal, não depende – para sua configuração – da percepção externa por parte da sociedade.

É óbvio que se a sociedade repudiar, isto poderá acarretar maior dano, e consequentemente como critério para aumento da indenização, *ex vi* art. 944 do Còdigo Civil (a indenização mede-se pela extensão do dano).

Por ser dano à pessoa, basta a lesão permanente ou duradoura no corpo do ofendido para que surja o dever de indenizar, pouco importando a existência de próteses e outros subterfúgios que possam torná-la imperceptível.

---

diminuição de bem estar, tirando-lhe o prazer de olhar para o seu próprio corpo. Essa espécie já está sendo bastante aceita pela doutrina, que a tem classificado dentro da classe dos danos morais." (MAGGI, Bruno Oliveira. *Nova Proposta de Classificação do Dano no Direito Civil. In* Revista de Direito Privado, vol. 32, out-dez 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pags. 40).

[510] "A definição do belo sempre desafiou os filósofos de todos os tempos." (LOPEZ, Tereza Ancona. *O Dano Estético*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pag. 44).

[511] LOPEZ, Tereza Ancona. *O Dano Estético*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pag. 46.

[512] "Deve però aggiungersi che la compromissione della funzione estetica dell'individuo va accertata valutata per quello che efetivamente è, e non per quello che il danneggiato ritiene che sia." (ROSSETTI, Marco. *Il danno alla salute.* Milano: CEDAM, 2017, pag. 976).

Trata-se de dano a ser sempre lembrado pela vítima, razão pela qual o dano estético é *in re ipsa*, ou seja, decorre da própria lesão. A extensão do dano serve apenas para quantificar o valor da indenização.

Pelo mesmo fundamento, não se pode defender a irreparabilidade do dano estético quando a lesão puder ser coberta de alguma forma (tatuagem, cabelo, roupas, etc...). Este argumento – muito comum no passado – se baseia na falta de exposição pública da lesão e, portanto, na ausência de dano.

Como já visto, todavia, o dano estético é *in re ipsa*, razão pela qual não importa a percepção social da lesão. Ademais, ainda nestes casos em que seja possível ocultar a lesão, ela ainda estará lá. E poderá ser socialmente exposta em cenários como praia ou até mesmo na intimidade da pessoa, como lembra Teresa Ancona Lopez[513].

3.4.3. Análise Jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça

A pesquisa da jurisprudência, realizada apenas no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, apresenta 417 (quatrocentos e dezessete) acórdãos e 6106 (seis mil, cento e seis) decisões monocráticas, além de 1 (uma) súmula, localizadas com o termo "dano estético"[514].

Isto demonstra que o dano estético é uma construção já aceita no sistema jurídico pátrio. A análise jurisprudencial demonstra, também, de maneira clara, que o dano estético é, há muito tempo, considerado dano autônomo no sistema jurídico brasileiro, inclusive com possibilidade de ser cumulado ao dano moral (Súmula 387 STJ) e ao dano patrimonial. É o que ficou bastante claro do julgamento do Recurso Especial nº 705.457/SP, que majorou a indenização extrapatrimonial para abarcar também o dano estético sofrido pela vítima (perda de parte do pé, resultante de atropelamento por composição férrea)[515].

---

[513] LOPEZ, Teresa Ancona. *O Dano Estético*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pag. 52.
[514] Pesquisa realizada no dia 20.06.2019.
[515] "A jurisprudência do STJ entende ser possível a cumulação das indenizações relativas aos danos estético e moral quando for possível distinguir, com precisão, a motivação de cada espécie pela interpretação que as instâncias ordinárias emprestaram aos fatos e à prova dos autos. Sabidamente, o dano estético é distinto do dano moral e, na sua fixação, pode ser deferido separadamente ou englobado com o dano moral. Diante disso,

Na esteira do Código Civil de 1916, o dano estético defluía da análise do artigo 1538 do Código, especialmente parágrafos primeiro e segundo. Assim, a indenização prevista no *caput* seria duplicada caso o dano acarretasse aleijão ou deformidade na vítima. Ademais, se a vítima fosse mulher, solteira ou viúva ainda capaz de se casar, deveria ela ser dotada, sob a presunção de que ela teria dificuldade em conseguir se casar (o que era trágico para a mulher, na visão oitocentista do Código revogado).

Este é o entendimento que resultou do julgamento do Recurso Especial nº 406.729/RJ, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, de lavra do Ministro Aldir Passarinho Júnior (julgado em 20.08.2002). Nesta oportunidade, restou consignada a autonomia do dano estético, *ex vi* art. 1538 do Código Civil 1916, bem como a importância da beleza para o sexo feminino[516].

Em relação ao dano em si, o Superior Tribunal de Justiça já acolheu a tese do dano "in re ipsa", salientando que a "lesão física, em si mesma considerada, já constitui dano estético e, como tal, deve ser remunerada", como se nota no Recurso Especial nº 536.140/RS, de relatoria do Ministro Barros Monteiro (4ª Turma STJ, julgado em 14.02.2006).

3.5. Dano Existencial

O dano existencial surgiu na Escola de Trieste, na Itália, para permitir a reparabilidade dos danos extrapatrimoniais não afeitos ao dano biológico, então entendida como lesão psicofísica à saúde da pessoa humana, e ao dano moral puro, que lá se restringe

---

no caso dos autos, de perda de parte do pé resultante de atropelamento por composição férrea, considerada a culpa recíproca, tem-se que o Tribunal *a quo* não valorou o dano estético no arbitramento do *quantum*, fixado em trinta mil reais. Daí que a Turma elevou a indenização compreensiva dos danos moral e estético a oitenta mil reais." (Quarta Turma STJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, julgado em 02.08.2007).

[516] "Trata-se de recurso no qual se discute a indenização a ser paga à autora que, executando limpeza como empregada de empresa prestadora de mão-de-obra terceirizada, teve seu couro cabeludo sugado por máquina, causando-lhe lesões físicas permanentes, além de danos morais. Não se cuida de pedido alusivo ao § 1º do art. 1.538 do CC (dobra), mas do § 2º (dote) do mesmo dispositivo, o que, entretanto, recai na mesma interpretação, sobre ser sua natureza englobada no dano estético, o primeiro caso, e moral, o segundo. Dote é hoje compensado pelo dano moral, assim devendo ser consideradas, para a sua fixação, também as seqüelas previstas no § 2º do referido artigo, quando se cuide de mulher potencialmente prejudicada em suas perspectivas amorosas, em face das seqüelas sofridas. A seqüela foi de natureza grave, e a autora terá, para sempre, de usar prótese capilar (peruca) para esconder a calvície quase total, lesão estética que é mais severa no sexo feminino, além do incômodo do uso e do dano moral com a angústia da perda da beleza de forma brutal. Por tais circunstâncias, o valor da indenização deve ser elevado."

apenas às hipóteses de sofrimento moral decorrente de um ato ilícito de natureza penal[517]-[518].

Ele partiu da Sentença 186/1986 da Corte Constitucional italiana, que entendeu o dano à saúde como dano evento, e abriu a possibilidade de que outros interesses jurídicos tutelados pelo Estado também pudessem ser enquadrados na esteira do art. 2043 do Código Civil italiano, abrindo, assim, debate para o surgimento de novos danos no ordenamento jurídico italiano[519].

Na sequência, a Corte de Cassação italiana começou a entender – ainda na esteira do art. 2043 do Código Civil – que a lesão a um interesse constitucionalmente garantido, por si só, implica em indenização (independentemente da consequência), fortalecendo assim a tese do dano-evento. Na visão da jurisprudência italiana, a lesão se perfaz tão somente com a violação do direito de uma posição garantida constitucionalmente[520].

Mais tarde, as sentenças de 2000 da Corte de Cassação reconheceram ao art. 2059 a possibilidade de abarcar tambem os danos existenciais. Com isso, os defensores do dano existencial entenderam que a Cassação criou uma nova tipologia. Os críticos entenderam que a tipologia do dano não patrimonial continuaria sendo unívoca, mas agora expressamente abordando as características do dano existencial[521] (como critério de majoração da indenização). A abertura interepretativa causada pela decisão gerou muita crítica de lado a lado.

Atualmente, a questão do dano existencial continua bastante em voga, com decisões que oora concedem e ora negam tal pretensão indenizatória como dano autônomo. Deixemos, todavia, de lado a jurisprudência italiana que não muito agrega ao presente debate.

---

[517] Artigo 2059 do Código Civil italiano e 185 do Código Penal italiano.
[518] "Quando alla vittima di un illecito penale viene cagionata soffrerenza e dolore essa ha diritto al risarcimento del danno morale, che, come abbiamo visto si identifica con la sofferenza psichica transeunte o c.d. *pretium doloris*." (FASANO, Annammaria. *Il danno non patrimoniale.* Torino: UTET, 2004, pag. 418).
[519] CENDON, Paolo. ZIVIZ, Patrizia. *Il Risarcimento del Danno Esistenziale.* Milano: Griuffrê Editore, 2003, pags. 32/33.
[520] CENDON, Paolo. ZIVIZ, Patrizia. *Il Risarcimento del Danno Esistenziale.* Milano: Griuffrê Editore, 2003, pags. 33/34.
[521] MARIOTTI, Paolo. ZOJA, Riccardo. *La sorte del danno esistenziale. In Medicina e Diritto: Il nuovo danno non patrimoniale (a cura di Antonio Farneti, Monica Cucci e Sonia Scarpati).* Milano: Giuffrè Editore, 2005, pag. 51.

Segundo seus idealizadores[522], o dano à saúde não permite qualificar de forma unívoca todos os danos extrapatrimoniais da personalidade humana. Na esteira do artigo 2059 do Código Civil italiano, o dano não patrimonial apenas é admissível nas hipóteses previstas na lei. O dano biológico (à saúde) representaria, portanto, apenas uma das hipóteses tipificadas pela Constituição (artigo 32), ao passo que todas as demais hipóteses típicas restariam impossibilitadas de serem reparadas. Para evitar este problema, seria necessária a criação de um outro dano, autônomo, a que eles chamaram de "dano existencial"[523], vinculado ao artigo 2043 do Código Civil italiano[524]. Há que reconhecer, contudo, o intenso debate doutrinário acerca do dano existencial e de qual seria a regra de tutela do ordenamento jurídico italiano[525].

Em outras hipóteses, o dano existencial surgiu para permitir a satisfação integral dos interesses lesados da pessoa humana[526].

Ele visa, desta forma, tutelar todas as demais consequências prejudiciais à personalidade da pessoa humana[527] tuteladas na Constituição italiana[528], como restou

---

[522] Por todos, Paolo Cendon e Patricia Ziviz. CENDON, Paolo. ZIVIZ, Patrizia. *Il Risarcimento del Danno Esistenziale.* Milano: Griuffrê Editore, 2003.

[523] "Il danno alla salute anche se considerato nel senso più ampio possibile non consente di rappresentare un riferimento unívoco per la tutela dello svolgimento della personalità dell'individuo complessivamente intesa. Il dano esistenziale, invece, consente di assicurare la tutela del pieno sviluppo della persona, garantindo il godimento di tutti gli interessi giuridicamente rilevanti per l'individuo." (FASANO, Annammaria. *Il danno non patrimoniale.* Torino: UTET, 2004, pags. 428/429).

[524] CRICENTI, Giuseppe. *Il Danno non patrimoniale.* Verona: CEDAM, 2006, pag. 202.

[525] CRICENTI, Giuseppe. *Il Danno non patrimoniale.* Verona: CEDAM, 2006, pag. 202/203.

[526] "Perché è nato il danno esistenziale? Per la crisi del danno biologico e del danno non patrimoniali che non erano più in grado di soddisfare le esigenze di tutela della persona di fronti a molti pregiudizi che non si traducono in lesioni accertabili, né in perturbamenti, sofferenze transitorie, ma si traducono, ad esempio, in uno sconvolgimento della propria vita e del proprio progetto di vita." (MARIOTTI, Paolo. ZOJA, Riccardo. *La sorte del danno esistenziale. In Medicina e Diritto: Il nuovo danno non patrimoniale (a cura di Antonio Farneti, Monica Cucci e Sonia Scarpati).* Milano: Giuffrè Editore, 2005, pag. 51).

[527] "Con questa figura si vuole attribuire rilevanza alle ripercussioni esitenziali negative che discendono dalla lesione di una situazione soggettiva protetta dall'ordinamento. Vengono ricondotte all'interno della categoria tutte quelle ipotesi caratterizzate dall'assenza di ripercussioni patrimonial nella sfera del soggetto leso, che tuttavia subisce una compromissione della sue possibilità di realizzazione personale ed un peggioramento delle condizioni di vita. Pregiudizi esitenziali sono stati riscontrati, dai giudice di mérito, nell'ambito di rapporti familiari, sociale, e nell'ambito di attività culturale e religiose." (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile.* Padova: CEDAM, 2013, pag. 1105).

[528] "Il danno esistenziale rappresenta la <<zona grigia>> riguardante tutte le conseguenze pregiudizievoli, incidenti su di una posizione soggettiva di rilievo costituzionale, riferite ad illeciti estranhei al danno biologico riguardante la lesione dell'integrità psicofisica. (...) La difficoltà nasce dal dovere precisar ela linea di confine tra il danno alla salute (incidente su valori assoluti) divenuto in questi anni espressione di tutte le conseguenze di lesione sull'intera personalità dell'individuo, e il danno esistenziale che incide su valori costituzionale riferiri all'individuo ma estranei al concetto di danno biologico in senso stretto." (FASANO, Annammaria. *Il danno non patrimoniale.* Torino: UTET, 2004, pag. 376).

asseverado nas Sentenças 500/99 e 7173/2000, ambas da Corte de Cassação Italiana[529]. As sentenças pontuam que não apenas a saúde poderia ser violada, mas todo e qualquer direito fundamental. O dano existencial teria, portanto, como requisitos[530] (i) o dano injusto, (ii) lesão a uma posição constitucionalmente garantida, (iii) uma mudança no quadro social da vítima[531] e (iv) ausência de um dano biológico.

Apesar de não precisarmos, no Brasil, de toda essa engenharia jurídica adotada pelos italianos, o dano existencial é perfeitamente cabível em nosso sistema jurídico, através dos mesmos dispositivos que regulam o dano moral e o dano extrapatrimonial[532].

Dano existencial é o dano que causa um abalo psíquico tão violento na vítima que ele não cicatriza, de sorte a permanecer sempre como uma ferida aberta. Por ser ferida aberta, nunca se cura e nunca se esquece; ele dói e machuca sempre. É tão violento que a vítima muda completamente sua rotina[533] (lesão ao programa de vida do lesado[534]). Podemos citar

---

[529] "La mostra breve storia comincia nel 2000 quando il cosidetto danno existenziale – questa nuova categoria di danno di elaborazione eminentemente dottrinale e che vorrebbe compensare la lesione del cosiddetto agire non reddituale della persona – varca per la prima volta la soglia della Cassazione. Natualmente la giurisprudenza di mérito già si affaccendava da qualche anno con la nuova classe di danno e non rano mancate consistenti aperture." (GENNARI, Giuseppe. *I nuovi orientamenti giurisprudenziale. In Medicina e Diritto: Il nuovo danno non patrimoniale (a cura di Antonio Farneti, Monica Cucci e Sonia Scarpati).* Milano: Giuffrè Editore, 2005, pag. 2).

[530] CENDON, Paolo. ZIVIZ, Patrizia. *Il Risarcimento del Danno Esistenziale.* Milano: Griuffrê Editore, 2003, pag. 94.

[531] "Il danno esistenziale, secondo la nozione data dai suoi *padri*, si identifica in una rinuncia al fare tutte quelle attività che il danneggiato svolgeva prima dell'ileccito." (MARIOTTI, Paolo. ZOJA, Riccardo. *La sorte del danno esistenziale. In Medicina e Diritto: Il nuovo danno non patrimoniale (a cura di Antonio Farneti, Monica Cucci e Sonia Scarpati).* Milano: Giuffrè Editore, 2005, pag. 52).

[532] Assim sendo, em conclusão, podemos afirmar que também entre nós, como já consagrado na Itália, um ato, doloso ou culposo, que cause uma mudança de perspectiva no cotidiano do ser humano, provocando uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao seu projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer, deve ser indenizado, como um dano existencial, um dano à existência do ser humano." (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano Existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. In* Doutrinas Essenciais de Dano Moral, vol. 1, pags. 1055/1093. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pag. 1089/1090).

[533] "Il contenuto del danno esistenziale viene a corrispondere alla soma di tutti gli impedimenti che la vittima è destinata a subire con riguardo ad attività che contribuiscono alla propria realizzazione individuale. Non solo: si trata di prendere in considerazione il fatto che lo svolgimento della personalità potrebbe essere ostacolato dalla necessità, per la vittima, di affrontare attività limitative della propria sfera personale, tali da incidere in maniera negativa sulla propria dimensione esisteniale. Il danno esistenziale è suscettibile di manifestarsi sotto una duplice veste: da una parte, vanno prese in considerazione le attività che la vittima svolgeva e non potrà più effetuare, oppure a cui potrà dedicarsi – sul piano quantitativo ovvero qualitativo – in maniera più limitata; dall'altra parte, va tenuto conto di quelle occupazioni, gravose sul piano personale, che il danneggiato deve affrontare suo malgrado: finendo le stesse per limitarlo sul piano dell'espressione della propria personalità, sai perché spiacevoli in sé, sia perché riduttive dei margini di tempo a propria disposizione." (CENDON, Paolo. ZIVIZ, Patrizia. *Il Risarcimento del Danno Esistenziale.* Milano: Griuffrê Editore, 2003, pags. 46/47).

[534] "Per sintetizzare, si può dire che il dano esistenziale è quel danno che comporta un rovesciamento dell'agenda di vita, incidindo sulle attività realizzatrici della persona. Un danno che impedisce alla vitima di

o caso da vítima que não sai mais de casa; que abandona emprego, família e amigos por não conseguir suportar aquela ferida aberta. Este dano afeta a pessoa em sua própria existência, e por isso a doutrina e a jurisprudência italiana o chamaram de dano existencial.

Originariamente, o dano existencial vinha atrelado à ideia de "alteração da vida relacional da pesosa humana"[535]. A doutrina faz referência especialmente ao dano à vida sexual, ao dano social e, inclusive, a criança nascida com má-formação por culpa do médico[536].

Para alguns, dano existencial e dano biológico são coisas completamente autônomas e independentes. Outros, destacam que o dano existencial é uma subespécie do dano à saúde. Uma terceira corrente pontua, ainda, que o dano existencial pode ter como fato gerador tanto um dano à saúde quanto um dano que não seja à saúde.

Os defensores da primeira corrente pontuam que o dano biológico tem como fato gerador o dano à saúde[537], que precisa ser avaliado por um perito médico, ao passo que o dano existencial emergiria do prejuízo às atividades realizadas pela pessoa humana[538]-[539]-

svolgere attività importante per lo sviluppo della persona umana, che prima del fatto illecito svolgeva, e che dopo il fatto illecito non può più svolgere." (CRICENTI, Giuseppe. *Il Danno non patrimoniale.* Verona: CEDAM, 2006, pag. 201).

[535] "Quando l'espressione "danno esistenziale" comparì per la prima volta, agli inizi degli anni '90, venne utilizzata in modo del tutto genérico, per designare "l'alterazione della vita di relazione"." (ROSSETTI, Marco. *Il danno alla salute.* Milano: CEDAM, 2017, pag. 294).

[536] "Questa ricostruzione muove dal rilievo secondo cui la società moderna conosce nuove categorie di pregiudizi non patrimoniale che le vecchie categorie non riescono più ad inquadrare in modo soddisfacente (si citano, al riguardo, i casi del danno alla vita sessuale patito in conseguenza delle lesione riportate dal *partner*, oppure del pregiudizio patito dai genitori di un bimbo nato con gravi patologie per colpa del medico)." (ROSSETTI, Marco. *Il danno alla salute.* Milano: CEDAM, 2017, pag. 294).

[537] CENDON, Paolo. ZIVIZ, Patrizia. *Il Risarcimento del Danno Esistenziale.* Milano: Griuffrê Editore, 2003, pag. 61.

[538] "il danno esistenziale assume un rilievo anche il relazione al danno biologico. Come abbiamo visto, esiste un'area esistenzialista nel danno biologico risarcita della giurisprudenza come pregiudizio alla salute, in quanto alterazione dei normali ritmi di vita scaturita dalla lesione alla salute. La differenza in questo caso tra le due poste di pregiudizio potrebbe apparire più netta se si parte dalla considerazione che il danno biologico si qualifica mediante un accertamento medico legale, mentre il danno esistenziale emerge come pregiudizio alle attività realizzatrici della persona." (FASANO, Annammaria. *Il danno non patrimoniale.* Torino: UTET, 2004, pags. 378/379).

[539] "Secondo l'assunto sostenuto dalla scuola triestina, accanto al danno esistenziale derivanti dalla lesione di interessi meritevoli di tutela (di rango costituzionale) e selezionati secondo il canone della ingiustizia del danno, è affiancabile un danno esistenziale di tipo biologico per lesione dell'integrità psicofisica della vitima dell'illecito. Quindi, acanto ad un danno esistenziale di tipo biologico per lesione dell'integrità psicofisica della persona." (FASANO, Annammaria. *Il danno non patrimoniale.* Torino: UTET, 2004, pag. 379).

[540]. É o que defendem seus idealizadores na doutrina italiana, Paolo Cendam e Patricia Ziviz[541].

Apesar da tese ser dogmaticamente plausível, o problema gira em torno da noção de saúde adotada pelo intérprete e também pelos exemplos doutrinários e casuísticos trazidos, principalmente a menção ao dano ao projeto de vida, dano à vida sexual, dentre outros de natureza similar. Isto porque, como já explicamos, estes danos estão englobados pelo conceito de saúde adotado pela OMS. É o que se aplica à obra de Flaviana Rampazzo Soares[542], que não segue o conceito de saúde adotado pela OMS e, portanto, ignora que o dano à vida em relação é sim um dano à saúde (biológico).

Assim, o raciocínio depende da premissa adotada. Se saúde for apenas a ausência de uma doença, logo o dano biológico, na linha de raciocínio da primeira corrente, seria sim um dano autônomo (como propõe, no Brasil, Flaviana Rampazzo Soares). Entretanto, se adotado o conceito de saúde trazido pela Organização Mundial da Saúde, estar-se-ia falando no mesmo dano (ao menos em relação aos exemplos trazidos pela doutrina italiana), seja ele identificado como subespécie do dano à saúde ou como espécie autônoma chamada de dano existencial. Por questão de premissa e coerência, adotaremos o conceito de saúde trazido pela Organização Mundial da Saúde. De qualquer forma, esta espécie de dano deve ser compensada em relação a suas consequências extrapatrimoniais e reparada em relação às suas consequências patrimoniais.

O que não se pode admitir é a reparabilidade do mesmo evento duas vezes (como dano à saúde e como dano existencial), o que implicaria *bis in idem*.

Adotada a premissa do conceito de saúde trazido pela Organização Mundial da Saúde, deve-se admitir que não raras as vezes o dano existencial figura como subespécie do dano à saúde, na medida em que estar-se-ia falando em uma lesão à saúde que traz prejuízos

---

[540] "O dano existencial se revela perfeitamente delineado quando comparamos suas características com aquelas das demais espécies de dano à pessoa: ao contrário do dano biológico, subsiste independente de uma lesão física ou psíquica." (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano Existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. In* Doutrinas Essenciais de Dano Moral, vol. 1, pags. 1055/1093. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pag. 1085/1089).

[541] CENDON, Paolo. ZIVIZ, Patrizia. *Il Risarcimento del Danno Esistenziale.* Milano: Griuffrê Editore, 2003, pags. 62/63.

[542] SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade Civil por Dano Existencial.* Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, pags. 110/111.

não apenas na atividade, mas também nas relações sociais da vítima; de sorte que o ressarcimento deste tipo de prejuízo deve levar em conta a perda existencial, através de uma indenização leve em conta toda a amplitude de consequências sofridas pela pessoa humana[543].

É o posicionamento adotado, no Brasil, por Carlos Giovani Pinto Portugal[544], adepto das proposições de Carlos Fernades Sassarego, autor peruano que elaborou trabalho autoral[545] comparando o dano da vida em relação da América Latina com o dano existencial da doutrina italiana.

Resta saber se todo dano existencial implica, necessariamente, em um dano à saúde, como pontua a terceira corrente doutrinária. Se isso ocorrer, o "dano existencial não seria figura autônoma, mas restaria inserido no conceito amplo de dano psicossomático"[546].

No Brasil, os defensores do dano existencial como dano autônomo em relação ao dano à saúde partem de uma premissa equivocada: a de que o dano à saúde teria efeitos apenas patrimoniais. Amaro Alves de Almeida Neto, em artigo escrito sobre o tema, traz como exemplo de dano existencial a mulher que deseja ter um filho, mas acaba abortando por imperícia de seu médico. Daí, conclui que é inadmissível que ela venha a ter reparado apenas as despesas com médicos, hospitais, psicólogos e medicamentos[547].

---

[543] "Il danno biologico, infatti, costituisce tradizionalmente per diritto vivente e per expressa previsione del legislatore (artt. 138 e 139 d. lg. 7.0.2005, n. 209, cod. ass.) uma lesione della salute alle quale sia conseguito un sacrificio non solo nelle attività, ma anche nelle "relazioni" della vittima. Nel risarcire questo tipo di pregiudizio, quindi, il giudice deve tenere conto delle perdite "esistenziali", e darvi ristoro attraverso una adeguata personalizzazione del risarcimento: sicché affiancare ao riscarcimento del danno biologico quello del danno esistenziale significherebbe ristorare due volte il medesimo pregiudizio." (ROSSETTI, Marco. *Il danno alla salute.* Milano: CEDAM, 2017, pag. 312).

[544] PORTUGAL, Carlos Giovani Pinto. *Responsabilidade Civil por Dano ao Projeto de Vida – Direito Civil Contemporâneo e os Danos Imateriais.* Curitiba: Ed. Juruá, 2016.

[545] SASSAREGO, Carlos Fernandes. *Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral".* Disponível em http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18280/18525 - acessado em 20.06.2019.

[546] PORTUGAL, Carlos Giovani Pinto. *Responsabilidade Civil por Dano ao Projeto de Vida – Direito Civil Contemporâneo e os Danos Imateriais.* Curitiba: Ed. Juruá, 2016, pag. 131.

[547] "Mais do que isso, ofende diretamente a dignidade da pessoa, dela retirando, anulando, uma aspiração legítima, como podemos observar diante das seguintes hipóteses: a) mulher que deseja ter um filho e que, por imperícia do seu médico ginecologista ou em razão da nocividade de um medicamento mal receitado, vem a abortar. É evidente o dano existencial por ela sofrido, que não se enquadra na espécie de dano moral (aqui também poderíamos classificar de dano a um projeto de vida). De outra parte, é absolutamente insuficiente garantir-lhe apenas a indenização pelas despesas com médicos, hospitais, psicólogos e medicamentos." (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano Existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. In* Doutrinas Essenciais de Dano Moral, vol. 1, pags. 1055/1093. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pag. 1085/1089).

É óbvio que a mulher também deverá ser compensada pelos prejuízos extrapatrimoniais que sofrer em razão do aborto por culpa do médico. Bastaria, para tanto, reconhecer que ela sofreu um dano à saúde que tenha afetado seu projeto de vida (o aborto). Não parece haver a necessidade de se recorrer a uma outra espécie de dano.

Outros exemplos trazidos por ele a fim de fundamentar o dano existencial são plenamente configuráveis como dano biológico (ou à saúde): (i) aposentado que costuma caminhar com amigos em um parque e que é atropelado por um motorista imprudente, resultando na perda dos membros inferiores e (ii) jovem contaminado com hepatite B ao realizar exame de sangue. Em ambos os casos se verifica um dano à saúde (atropelamento com perda de membros inferiores e hepatite B, respectivamente). A consequência destas lesões à saúde faz com que as vítimas alterem sua rotina de vida, sendo privados de diversas experiências agradáveis, o que indiscutivelmente acaba por afetar a qualidade de vida delas, gerano diversas dificuldades de relacionamento social[548].

Percebe-se que todos os problemas ditos existenciais que eles venham a ter decorrem de um dano à saúde. E, como tal, devem ser reparados. Na indenização pelos prejuízos sofridos, o juiz deve levar em conta todos os aspectos da vida das vítimas que foram afetados. A criação de uma outra espécie de dano acarretaria *bis in idem*. Ademais, considerando o conceito de saúde trazido pela Organização Mundial da Saúde, todos estes problemas

[548] "b) aposentado que todas as tardes costuma caminhar com amigos em um parque próximo à sua casa, para exercitar-se e passar o tempo, é atropelado por motorista culpado pelo acidente. Sofre problemas insuperáveis nos membros inferiores, vendo-se constrangido a andar de cadeira de rodas pelo resto da vida: o dano patrimonial estará identificado apenas na obrigação do motorista em pagar as despesas médico-hospitalares decorrentes, mesmo porque a vítima não trabalhava?. Nada mais sofreu esse homem? Ao contrário, o sofrimento maior não foi o físico, mas o existencial: a perda do convívio com os amigos, a alteração na sua agenda, a modificação nociva provocada no seu cotidiano. Perdeu esse homem a alegria que lhe restava na vida, e com a qual contava enquanto seu vigor físico o permitisse. A indenização pelo dano existencial, no caso, se impõe. c) jovem que, ao se submeter a exames de sangue de rotina em certo laboratório, em razão de agulha indevidamente re-utilizada, tem seu sangue contaminado pelo vírus da hepatite B, doença gravíssima com potencial para induzir cirrose e câncer, cujo tratamento exige ainda sérias restrições alimentares e submissão do paciente a freqüentes controles da evolução da moléstia. É evidente que estamos diante da ocorrência de um dano existencial, um dano que atinge não somente a saúde da pessoa, mas a dignidade dessa mesma pessoa. Subtraiu-se desse indivíduo o seu direito legítimo de desfrutar a juventude na sua plenitude; dele foi usurpada uma extraordinária parcela da sua felicidade, da sua paz de espírito, enfim, sofreu esse indivíduo uma inversão das suas justas expectativas de vida, uma perversa investida à sua existência, um típico dano existencial." (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano Existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. In* Doutrinas Essenciais de Dano Moral, vol. 1, pags. 1055/1093. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pag. 1085/1089).

reportados pelo autor acabariam enquadrados ou como danos psíquicos ou como danos à convivência social, que são subespécies do dano biológico (à saúde).

A hipótese da escravidão ou trabalho escravo[549] reforça a razão dada aos defensores da primeira corrente doutrinária, de que poderia haver dano existencial independentemente da configuração de um dano biológico, embora seja muito mais comum que um dano biológico gere um dano à existência da pessoa (ou da sua personalidade).

Escravizar alguém não pode ser configurado como um dano à saúde. É, entretanto, um ilícito civil e penal, sancionado pelos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Transformar uma pessoa em coisa é, sem dúvida, o ato mais cruel que se pode fazer a uma pessoa humana. E este ato atenta diretamente contra os seus direitos mais básicos, tal qual o direito de ir e vir, o direito de controlar todas as esferas de sua personalidade, o direito de ouvir e ser ouvido, o direito à autodeterminação.

Este dano, que faz com que a pessoa deixe de poder se ver como uma pessoa, atua na sua própria existência, negando-lhe o que de mais básico e natural o homem pode ter: o livre arbítrio.

Uma segunda situação também é passível de dano existencial autônomo: a prisão injusta. A prisão injusta (ou indevida) condena a pessoa, ainda que pode um determinado tempo, a uma vida trancafiada em um pequeno espaço, normalmente dividido com outra dezena de pessoas. Tal qual a escravidão, viola o direito de ir e vir, viola as liberdades individuais e viola do direito à autodeterminação. Além do mais, gera a raiva e o ódio, na medida em que a vítima tem ciência de que não cometeu o ato ilícito que a levou para a prisão.

Não se pode negar, portanto, que se está diante de um dano à própria existência da vítima, que não se confunde com o dano à saúde (ele pode sequer restar configurado) e tampouco com o dano moral puro (não se trata de uma simples dor psíquica). Se uma das

[549] "e) o trabalho escravo, infelizmente ainda constatado no Brasil, é uma das mais repugnantes formas da prática de dano existencial contra o indivíduo." (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano Existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. In* Doutrinas Essenciais de Dano Moral, vol. 1, pags. 1055/1093. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pag. 1085/1089).

poucas certezas da vida é a morte, todos tem ciência de que ela (a vida) é finita. Assim, passar parte dela preso injustamente é retirar daquela pessoa um recurso irrecuperável: o tempo. Os dias, meses e anos que se passaram, não voltarão.

Teresa Ancona Lopez traz a baila alguns outros exemplos de dano existencial, lembrando a doutrina e jurisprudência alemã: destruição do esperma com a consequente perda da chance de procriação, lesão à liberdade de informação (proibição de proprietário de imóvel de nacionalidade turca para instalação de antena parabólica em seu imóvel), e lesão à liberdade religiosa[550].

O dano existencial normalmente reste configurado como uma subespécie do dano biológico (a saúde), na modalidade dano à convivência social. Entretanto, em hipóteses muito pontuais e restritas (mencionadas acima), como a a escravidão e a prisão indevida, pode ser caracterizado como dano autônomo.

Não foi esse, porém, o entendimento da Corte de Cassação italiana, que, em 2008 (Sentença 26972/2008 da Sezione Unite), pontuou pela inexistência de um dano existencial autônomo, estando ele sempre vinculado ao dano biológico (a saúde)[551].

Desta decisão, sobrevieram outras, confirmando tal entendimento. Desta forma, "o caráter unitário da liquidação do dano não patrimonial, *ex vi* art. 2059 do Código Civil italiano, preclui a possibilidade de um separado e autônomo ressarcimento de específicas espécies de sofrimento por parte da vítma (dano à vida de relação, dano estético, dano exsistencial, etc), que implicaria verdadeira e própria duplicação ressarcitória"[552].

A preocupação da jurisprudência italiana com o *bis in idem* é notável. Uma outra sentença da Corte de Cassação, de 2014, pontua, neste sentido que "a natureza unitária do dano não patrimonial não pode ser uma deferência formal à dogmática, e desta forma, não é

---

[550] LOPEZ, Teresa Ancona. *Dano Existencial.* In Doutrinas Essenciais do Dano Moral, vol. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, pags. 1037-1053.

[551] "Intervennero le Sezione Unite (sentenza n. 26972 del 2008), le quali stabilirono che nel nostro ordenamento "*di danno esistenziale non mette conto discorrere"*." (ROSSETTI, Marco. *Il danno alla salute.* Milano: CEDAM, 2017, pag. 293).

[552] "(...)il carattere unitario della liquidazione del danno non patrimoniale ex art. 2059 cod. civ. preclude la possibilità di un separato ed autonomo risarcimento di specifiche fattispecie di soffrerenza patite della persona (danno alla vitta di relazione, danno estético, danno esistenziale, ecc.), che costituirebbero vere e proprie duplicazioni risarcitorie." (Sentenza 21716 da Corte de Cassação, III Seção, julgada em 23.09.2013).

consentido multiplicar as espécies de dano, chamando com nomes diversos prejuízos idênticos"[553].

Não se defende o *bis in idem*, mas apenas e tão somente que todos os aspectos da personalidade sejam devidamente ressarcidos. No Brasil, sob a alcunha de dano moral, se ressarce absolutamente tudo, mas com isso não é possível analisar e debater se algum aspecto deixou de ser levado em consideração ao fixar o *quantum* indenizatório. Dificulta tanto o trabalho dos advogados, quanto dos magistrados.

O estudo da tipologia das espécies de danos à pessoa serve exatamente para delimitar todas as possibilidades, através de requisitos objetivos e claros. Isto, aliás, não invalida o caráter unitário do dano extrapatrimonial. Sim, ele é uno, mas engloba uma série de subespécies que devem ser analisadas, a fim de, ao final, e através da soma dos valores atribuído a cada subespécie, se possa chegar a um valor unitário que compensará a pessoa pelos chamados danos de consequências extrapatrimoniais (ou danos à pessoa).

O conceito de dano existencial, diante das premissas aqui adotadas, é a lesão de um aspecto da personalidade humana que afete a sua existência[554] e implique na alteração da qualidade de vida da vítima[555], não decorrente de um dano à saúde. Em outras palavras, "consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer[556]". Não

[553] "(...) la natura unitaria del danno non patrimoniale non può restare un mero ossequio formale alla dogmática: e dunque non è consentito moltiplicare le voci di danno chiamando con nomi diversi pregiudizi identici." (Sentenza 23778 da Corte de Cassação, III Seção, julgada em 07.11.2014).

[554] "il danno esistenziale è il danno all'esistenza di qualcuno, a qualcosa che ne dimostra il suo esistere". (MARIGLIANO, Antonio. FARNETI, Antonio. *I confini tra danno psichico e danno relazionale. In Medicina e Diritto: Il nuovo danno non patrimoniale (a cura di Antonio Farneti, Monica Cucci e Sonia Scarpati).* Milano: Giuffrè Editore, 2005, pag. 62).

[555] "Il danno non patrimoniale a cui si deve assicurare riconoscimento è anche quello che attiene ad aspetti che investono la realtà esistenziale della persona física. In questa nuova dimensione del pregiudizio prende le mosse il danno esistenziale che, come è noto, viene individuato ove sai accertata una modificazione peggiorativa del <<diritto alla normale qualità di vita>>." (FASANO, Annammaria. *Il danno non patrimoniale.* Torino: UTET, 2004, pag. 422).

[556] ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano Existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. In* Doutrinas Essenciais de Dano Moral, vol. 1, pags. 1055/1093. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pag. 1079.

pode, contudo, derivar de uma lesão à saúde, na medida em que, nesta hipótese, será tutelado e ressarcido como dano biológico.

O dano existencial pode ser sintetizado como "dano à saudável existência, à norma rotina, ao comum cotidiano da pessoa"[557]. Trata-se de dano cuja aferição é nitidamente objetiva. Enquanto o dano biológico implica em uma lesão à saúde (aqui adotado o conceito da Organização Mundial da Saúde), o dano existencial resulta da dificuldade/impossibilidade parcial/total em realizar atividades quotidianas, que maculem as atividades realizadoras da pessoa humana[558]. Daí a ser ele, sempre, um dano consequência[559].

As hipóteses de configuração – vale dizer – não são muitas. As consequências, entretanto, são tão graves que justificam sim o reconhecimento da autonomia do dano existencial no ordenamento jurídico brasileiro. Embora não se deva restringir a aplicação à casuística, os exemplos mais comuns de dano existencial, no Brasil, são a escravidão, a prisão injusta, restrição da liberdade religiosa, restrição das relações homoafetivas e a discriminação lato sensu.

A distinção entre o dano existencial e o dano moral puro são de tudo evidentes. O dano moral puro consiste no sofrimento psíquico temporário e subjetivo. Por seu turno, o dano existencial tem como consequência não poder mais realizar atividades que antes de realizava[560], ou, ainda, se parte da vida lhe foi ceifada (prisão injusta, por exemplo).

3.5.1. Análise Jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça

---

[557] FERREIRA, Keila Pacheco. BIZELLI, Rafael Ferreira. *A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil constitucional. In* Revista de Direito Privado, vol. 54, abr-jun/2013, pags. 11-43.

[558] "Nella prospettiva che si viene illustrando, il danno esistenziale risulta il punto di riferimento per le tutte le compromissioni delle attività realizzatrici della persona." (CENDON, Paolo. ZIVIZ, Patrizia. *Il Risarcimento del Danno Esistenziale.* Milano: Griuffrê Editore, 2003, pag. 93).

[559] CRICENTI, Giuseppe. *Il Danno non patrimoniale.* Verona: CEDAM, 2006, pag. 202.

[560] "Il danno esistenziale si distingue poi dal danno morale, in quanto, secondo i sostenitori della figura, il primo consiste nel non potere più fare cose che si facevano prima, mentre il secondo consiste in una soffrerenza d'animo pura e símplice. Il dano esistenziale è un dato esteriore, riscontrabile attraverso la diversa condotta di vita del soggetto dopo il fatto illecito; il dano morale è un dato interiore, constituito dalla mera soffrerena d'animo." (CRICENTI, Giuseppe. *Il Danno non patrimoniale.* Verona: CEDAM, 2006, pag. 205).

O Superior Tribunal de Justiça possui em seus registros 1 (um) único acórdão com menção expressa ao dano existencial, além de outras 14 (quatorze) decisões monocráticas[561].

Destas 15 (quinze) decisões, uma delas é de 2013, uma é de 2014, quatro de 2015, duas de 2017, três de 2018 e, até o momento (junho) quatro em 2019, incluindo o único julgamento colegiado que se tem notícia, de relatoria do Ministro Raul Araújo da 4ª Turma, julgado em 02.04.2019.

Este único acordão do STJ que menciona o "dano existencial" não trata especificamente da temática, mas sim do prazo prescricional dos danos extrapatrimoniais (Agravo Interno em Agravo de Recurso Especial nº 1.380.002/MS). Ele também é repetido em 3 (três) outras decisões monocráticas, sendo uma delas no mesmo processo, a segunda no AREsp 1.010.958/RS, de relatoria do Ministro Marco Buzzi e a última no REsp 1.809.804/SP, de relatoria do Ministro Moura Ribeiro.

Destas 15 (quinze) decisões que mencionam o dano existencial, em 1 o caso não guarda relação nenhuma com a temática, tendo o Ministro apenas a mencionado como espécie do dano moral.

Portanto, descontadas as quatro decisões sobre prescrição e a decisão monocrática que não versava propriamente sobre a temática, o Superior Tribunal de Justiça debateu o chamado dano existencial em apenas 10 (dez) oportunidades. Ainda assim, é de se notar que o dano existencial começa a ser objeto de debates também nas Cortes Superiores de nosso país, demonstrando a importância que podem vir a possuir.

A análise das decisões monocráticas mostra a diversidade temática dos danos existenciais, muito embora não fujam muito da casuística elencada acima.

No AREsp 286.819/RS, de relatoria do Ministro Humberto Martins, a questão versava sobre responsabilidade civil do município (por omissão) derivada de poluição sonora. No AREsp 573.215/RS, de relatoria do Ministro Sérgio Kukina, e no AREsp 723.188/RS, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, discute-se o dano existencial

[561] Pesquisa realizada em 20.06.2019.

decorrente de prisão política ilegal, sevícias e tortura durante a ditadura militar. Outras duas decisões dizem respeito ao mesmíssimo caso: a prisão indevida (AREsp 909.593/RO e EDcl no AREsp 909.593/RO, ambos de relatoria da Ministra Assusete Magalhães).

O AREsp 654.453/RJ, por sua vez, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, analisa o dano existencial decorrente de bebê privado do convívio com a mãe por conta de erro hospitalar. O Ministro Moura Ribeiro entendeu, ainda, ser possível a configuração de dano existencial diante atraso na entrega de imóvel decorrente de promessa de compra e venda (AREsp 688.993/RJ).

O dano existencial decorrente de discriminação a deficiente físico foi o mote da decisão monocrática da Ministra Maria Isabel Gallotti (AREsp 1.224.296/MG), no qual os empregados de um condomínio receberam ordem de não auxiliar uma moradora portadora de deficiência física (o condomínio não possuía rampas de acessibilidade).

Já no AREsp 1.116.208/MG, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, discutiu-se a possibilidade da indenização por dano existencial diante de um acidente de ônibus que trouxe lesões físicas a uma das passageiras.

Por fim, acidente de trabalho foi objeto de pleito de dano existencial no REsp 1.778.337/PR, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves.

Destas 10 (dez) decisões, 9 (nove) se referem a processos diferentes. Destas 9 (nove) em apenas 6 (seis) se pode realmente falar em dano existencial, ao passo que em 3 (três) ela decorre de um dano à saúde.

Pode-se afirmar, portanto, que o Superior Tribunal de Justiça debateu o dano existencial – tal qual aqui proposto – em apenas 6 (seis) julgados, sendo um de poluição sonora, dois de prisão ilícita e tortura na época da ditadura, uma em caso de prisão injusta, uma em caso de atraso na entrega de imóvel na planta e a última diante de discriminação de pessoa com deficiência física.

Obviamente que esta pesquisa leva em consideração apenas os julgados em mencionem a expressão “dano existencial”, não podendo ser ignorado o fato de existirem

decisões que não mencionem tal expressão, mas que realmente se encaixem no chamado dano existencial, como, por exemplo, tantos casos de prisão injusta, discriminação, etc.

Um destes casos que poderia ser aqui mencionado – como exemplo não contemplado pela pesquisa – é o da Escola Base, ocorrido em São Paulo, no início dos anos 90 e debatido no REsp 351.779/SP. O caso envolveu denúncias infundadas de abuso sexual contra crianças pelos proprietários da Escola Base. Mesmo com a absolvição, os proprietários perderam alunos, clientes, amigos e sequer puderam sair de casa por muitos anos, em razão das ameaças que sofreram.

Vale, ainda, menção ao caso das pílulas de farinha no Brasil, de grandes proporções no fim da década de 90. Algumas mulheres que utilizavam o anticoncepcional Microvlar, da Schering, acabaram engravidando. Descobriu-se, depois, que alguns lotes do medicamento não continham o princípio ativo do medicamento. Elas haviam sido feitas propositalmente para testes, mas acabaram chegando ao mercado consumidor por engano. A gravidez indesejada obviamente que altera de forma drástica a rotina de uma pessoa – ou de uma família. Assim, e por não se considerar um dano à saúde (biológico), é passível a qualificação como dano existencial[562].

3.5.2. Análise Jurisprudencial na Justiça do Trabalho

Se na esfera cível, o dano existencial é praticamente desconhecido pela doutrina e jurisprudência, na esfera trabalhista, a questão é bem diferente.

Pesquisa realizada[563] no sítio eletrônico do Tribunal Superior do Trabalho pela palavra chave “dano existencial” retornou com 1817 resultados, sendo 1188 acordãos, 629 decisões monocráticas, 3 decisões da Presidência e 9 decisões da Vice-Presidência.

---

[562] “Un danno di carattere esistenziale è stato, altresì, risarcito in varie ipotesi di nascita indesiderata.” (CENDON, Paolo. ZIVIZ, Patrizia. *Il Risarcimento del Danno Esistenziale.* Milano: Griuffrê Editore, 2003, pag. 287).

[563] Pesquisa realizada em 24.11.2019. https://jurisprudencia.tst.jus.br/.

Os pedidos formulados na justiça do trabalho envolvem pleito indenizatório pelo tempo que o trabalhador foi privado do convívio com seus familiares. A causa mais comum é a jornada excessiva.

O Tribunal Superior do Trabalho, a nosso ver corretamente, definiu que a mera jornada excessiva/exaustiva não gera por si só o dano existencial, devendo ser provado o impacto disso na relação familiar (a impossibilidade de convívio familiar)[564].

A questão parece ganhar fôlego com a reforma trabalhista de 2017, que incorporou na Consolidação das Leis Trabalhistas o artigo 223-B: "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".

Embora de natureza contratual, parece ser plenamente possível a configuração do dano existencial. É necessário, entretanto, provar de maneira concreta a existência do dano, como bem ressalva a jurisprudência dominante do Tribunal Superior do Trabalho.

De qualquer maneira, é notável que o tema tenho alcançado tamanho destaque na justiça do trabalho, ao passo que seja pouco estudado na efera cível.

3.6. Dano da Morte

O dano da morte (ou *danno tanatologico*), por sua vez, parece ser ainda praticamente desconhecido no Brasil[565]. Entretanto, é tema já conhecido entre os juristas italianos, espanhóis, portugueses e franceses. A fim de conseguir analisar propriamente as

[564] Agravo De Instrumento Em Recurso De Revista. Indenização Por Dano Existencial. Prestação Habitual De Horas Extras. Segundo o Regional, o reclamante prestava horas extras com habitualidade, sujeito a jornada de 12 horas diárias, com 20 minutos de intervalo, e laborava em dias destinados a repouso. No entanto, a Corte de origem consignou que não restou demonstrada a "situação extrema" narrada na petição inicial. Diante desse contexto fático, insuscetível de reanálise nesta instância extraordinária de jurisdição, a teor da Súmula nº 126/TST, não se verifica que as jornadas de trabalho praticadas pelo reclamante tenham comprometido suas relações sociais e seus projetos de vida, não havendo, portanto, falar em dano existencial, haja vista que esta Corte sedimentou o entendimento de que a mera prestação habitual de horas extras não implica no pagamento da indenização por dano existencial pleiteada. Precedentes. Óbice da Súmula nº 333/TST e do art. 896, § 7º, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e não provido" (AIRR-1480-67.2014.5.03.0178, 8ª Turma TST, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 26/02/2016).

[565] Ao que parece, o primeiro texto sobre o assunto foi escrito por Amaury Rodrigues Pinto Junior (*O Dano Morte. A Existência Jurídica do "Pretium Mortis".* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, Campo Grande, MS, n. 20, p. 39-60. 2015).

características e a eventual admissibilidade desta espécie de dano à pessoa, é necessário partir da razão pela qual a doutrina e a jurisprudência italiana passaram a admiti-lo.

A morte, como sabido, faz cessar a capacidade civil (neste sentido o art. 6º, *caput*, do Código Civil brasileiro), marcando, assim, o fim da personalidade da pessoa humana. Portanto, apenas enquanto viva, a pessoa humana é capaz de contrair deveres e obrigações no mundo jurídico; apenas viva, ela é titular de direitos.

Isso faz com que ela titularize todos os direitos de crédito decorrentes de danos sofridos à sua pessoa, enquanto viva for[566]. Após o falecimento, todos os direitos e obrigações existentes em seu nome (*patrimônio*), inclusive os direitos de crédito decorrente dos danos por ela sofridos (liquidados ou não), passam a integrar sua herança, a ser titularizada por seus sucessores.

Pensemos agora em três situações distintas: (i) Marcelo é baleado em um assalto, posteriormente internado e, após uma semana, vem a falecer em virtude do disparo com arma de fogo; (ii) Marcelo é baleado em um assalto, posteriormente internado, e vem a falecer (por conta do disparo) após uma hora, contado do disparo com arma de fogo; (iii) Marcelo é baleado em um assalto e falece instantaneamente.

Os dois primeiros exemplos ainda admitem uma derivação: Marcelo poderia estar consciente ou inconsciente. Chamemos estas duas hipóteses de exemplos (i.a.), (i.b.), (ii.a.) e (ii.b.), sendo os exemplos (b.) indicadores de inconsciência durante todo o período.

---

[566] Corte Constitucional italiana já entendeu ser intransmissível do direito de crédito para herdeiros na hipótese de morte imediata do titular. A morte faz cessar a capacidade civil, de sorte que, ao morrer, o ofendido não tem mais capacidade para sofrer e titularizar um dano. Sobre isso: "35. In conformità all'orientamento della Corte Costituzionale (sent. n. 372/94), la giurisprudenza di legittimità nega la trasmissibilità del diritto di credito agli eredi del defunto, in caso di morte immediata, per mancanza di capacità giuridica. V., sul punto, tra le tante, v. Cass. 25 febbraio 1997 n. 1704, in Nuova giur. civ. comm., 1997, I, 221, con nota di Chindemi, Ancora sul risarcimento del danno da uccisione spettante agli eredi della vittima; in Riv. giur. circ., 1997, 316, con nota di Pulvirenti, Risarcibilità del danno alla vita della persona: il cosiddetto danno biologico da morte; in Resp. civ. prev., 1997, 432, con note di Pellecchia, La Corte di Cassazione applica i principi enunciati dalla Corte Costituzionale in materia di danno biologico iure hereditatis, e di Giannini, Se questa è giustizia; Cass. 24 aprile 1997 n. 3592, in Giur. it., 1998, 1589, con nota di Bona, Diritto alla vita e risarcimento iure successionis dei danni biologico e morale: la soluzione della Cassazione, la risposta negativa alla risarcibilità della perdita della vita e la questione (irrisolta?) dei secondi, dei minuti e delle ore tra la vita e la morte." (FRANCALANCI, Anna Spinelli. *Diritto ala vita e danno tanalogico. Quale futuro?* Diritto di Famiglia e delle Persone (Il), fasc.2, 2015, pag. 460, nota de rodapé nº 35).

Todas as situações têm um denominador comum: a morte de Marcelo. A diferença entre elas reside no lapso temporal transcorrido entre o evento danoso (disparo com arma de fogo) e a consequência final dele (morte). No primeiro exemplo, transcorreu uma semana; no segundo exemplo, uma hora e no terceiro, a morte foi instantânea. Apesar disso, tradicionalmente se tem admitido que as soluções são diferentes.

No primeiro exemplo, Marcelo fará jus à indenização por danos materiais, decorrente de todo o tratamento médico necessário para a sua tentativa de recuperação, além de eventuais danos emergentes que possam decorrer do evento. Como resultado do dano à sua pessoa, Marcelo, se esteve consciente em algum momento, fará jus ao recebimento de indenização a título de dano biológico e, eventualmente, até mesmo de dano moral puro. Ainda que ele venha a falecer antes de proposta a ação indenizatória, seu direito de crédito será transferido aos seus herdeiros, na medida em que integrará o seu patrimônio adquirido em vida. Entretanto, se ele em momento algum ficou consciente, não terá tido ciência de seu quadro clínico, e daí não poderá ser indenizado a título de dano à pessoa (apenas à título de dano patrimonial, consistente no pagamento das despesas médico-hospitalares). Os herdeiros/familiares de Marcelo, entretanto, poderão titularizar, em nome próprio, um dano à pessoa, configurado no falecimento de um ente da família e na dor que isso inflige a eles (dano moral puro).

O segundo exemplo tem idêntica solução ao primeiro, com uma pequena diferença: o maior lapso temporal transcorrido com consciência de Marcelo, acarreta um valor indenizatório maior a título de dano à sua própria pessoa. Seus herdeiros/familiares terão legitimidade para pleitear a indenização em nome de Marcelo, e, ainda, poderão pleitear indenização em nome próprio, a título de dano moral puro, tal qual no exemplo anterior.

O terceiro exemplo, por outro lado, mostra uma situação juridicamente especial. Ao falecer instantaneamente, Marcelo não terá direito a dano material decorrente de despesas médico-hospitalares (porque ele sequer foi internado) e igualmente não fará jus ao recebimento de indenização à titulo de dano à sua própria pessoa, na medida em que sua morte foi instantânea, de sorte que ele não titularizou um dano em nome próprio. Os herdeiros/familiares, vale dizer, poderão pleitear em nome próprio os danos que eles sofreram (dano moral puro) em virtude do falecimento do ente querido.

A análise dessas três situações chamou a atenção da doutrina italiana, que concluiu que é mais interessante matar instantaneamente do que deixar a pessoa viva para que ela venha a falecer algum tempo depois ("Uccidere è meglio che ferire"[567]). Ao matar alguém, o ofensor terá de indenizar valores menores do que se ela ficar viva.

Um exemplo dado em um seminário na Itália sobre o tema, ajuda a compreender a preocupação da doutrina: "saindo da sala de aula, pegando meu carro, se atropelo um pedestre e percebo que ele está agonizando, é oportuno dar marcha a ré e atropelá-lo novamente o mais rápido possível"[568]. O raciocínio é bastante lógico; afinal "não existiria vida, existiria morte; não existiria sofrimento, não existiria dano biológico, não existiria ressarcimento: *summum ius summa iniuria*"[569].

Esta situação – um tanto quando particular, diga-se – fez surgir um debate sobre a possibilidade de uma indenização titularizada em nome próprio pela pessoa que venha instantaneamente a falecer, a fim de igualar a tutela jurídica das situações que ela ficava viva e depois vinha a falecer.

No início da discussão, em 1925[570], a Corte Constitucional Italiana foi firme no sentido de pontuar pela inadmissibilidade do chamado dano à vida (*danno tanatologico*). Após longo tempo com o tema adormecido, a Corte Constitucional precisou enfrentar novamente a questão, em 1993, em um recurso originário do Tribunal de Firenze. Naquela

---

[567] "L'affermazione di Pardolesi è pienamente condivisa anche da Caso, Uccidere è più conveniente che ferire: la distruzione della vita tra paradossi, irrazionalità e costi del sistema risarcitorio del danno non patrimoniale, in Dialoghi sul danno alla persona, (a cura di Izzo), Trento, 2006, 211." (FRANCALANCI, Anna Spinelli. *Diritto ala vita e danno tanalogico. Quale futuro?* Diritto di Famiglia e delle Persone (Il), fasc.2, 2015, pag. 462 – ver também nota de rodapé 61).

[568] "Uscendo dall'Aula, prendendo la mia macchina, se investo un pedone, e mi rendo conto che questi è agonizzante, è opportuno innestare la retromarcia e farlo fuori il prima possibile." (CASSANO, Giuseppe. *Il danno da morte redivivo*. Diritto di Famiglia e delle Persone (Il), fasc.2, 2014, pag. 812.

[569] CASSANO, Giuseppe. *Il danno da morte redivivo*. Diritto di Famiglia e delle Persone (Il), fasc.2, 2014, pag. 812.

[570] "Si fa qui riferimento ad una sentenza a Sezioni Unite della Corte di cassazione (la n. 3475) resa nel 1925 (in Foro it., 1926, I, 328), ove chiaramente si esclude la risarcibilità del decesso immediato. Tale impostazione è stata giustificata con l'impossibilità di riconoscere il sorgere, in capo al titolare del diritto al risarcimento, del diritto stesso, in ragione del fatto che l'evento (la morte) estingue anche il soggetto nella cui sfera giuridica dovrebbe prodursi l'acquisizione di tale diritto." (GIUSTI, Massimiliano. *La giurisprudenza sul danno biologico e morale terminale: natura e liquidazione.* Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.3, 2015, pag. 893, nota de rodapé nº 3).

oportunidade, a Corte Constitucional manteve a orientação 1925[571], sob o argumento de que só existe dano se a pessoa está viva[572]; desta forma, os danos ressarcíveis são aqueles ocorridos desde o evento danoso até o falecimento.[573]-[574] Também restou assentado que o dano biológico não poderia ser utilizado para esta finalidade, na medida em que ele tem como fundamento a saúde e não a vida da pessoa.[575]

Essas discussões levaram a jurisprudência a admitir, entretanto, o dano biológico terminal e/ou o dano moral de lúcida agonia (ou dano catastrófico), em situações na qual a consequência do evento danoso venha a ser a morte da pessoa lesada. Isso não é o reconhecimento da indenização de um dano autônomo decorrente da morte, mas tão somente reconhecer que a morte, seguida de um intervalo lúcido da vítima no qual ela tenha a percepção de que pode vir a falecer a qualquer momento, implica em majoração do valor do dano à pessoa.

---

[571] Più recentemente (nello specifico nel 1993) la Corte costituzionale è stata investita dal Tribunale di Firenze della questione di costituzionalità relativa agli artt. 2043 e 2059 c.c., con riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost., « nella parte in cui non consentono il risarcimento del danno per violazione del diritto alla vita ». L'anno successivo la Consulta (4), nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte fiorentina, ha di fatto consacrato l'orientamento originato dalla risalente pronuncia del 1925, negando la risarcibilità del danno per perdita della vita."(GIUSTI, Massimiliano. *La giurisprudenza sul danno biologico e morale terminale: natura e liquidazione.* Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.3, 2015, pag. 893).

[572] "Sob o prisma jurídico, pode-se conceber que, com a morte, ocorre a extinção da personalidade civil e, naturalmente, a vítima deixa de ser "sujeito de direitos" 7. As consequências que decorreriam do dano-morte, portanto, nem sequer chegariam a integrar o patrimônio jurídico do falecido. É exatamente esse o obstáculo realçado por Geneviève Viney e Patrice Jourdain: Mais que le préjudice existe n'implique pás nécessairement qu'un droit à réparation ait pu naître et se transmettre aux héritiers en cas de mort immédiate car la personnalité juridique, qui est le support nécessaire des droits subjectifs, ne survit pas au décès, de sorte que la créance, qui n'a pas eu le temps de naître dans le patrimoine du défunt, ne peut se transmettre aux héritiers." (PINTO JUNIOR, Amaury Rodrigues. O dano morte: a existência jurídica do "pretium mortis". Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, Campo Grande, MS, n. 20, 2015, pag. 41/42).

[573] Corte cost. 27 ottobre 1994 n. 372, cit. in Giust. civ., 1994, I, 3029 ss. e também FRANCALANCI, Anna Spinelli. *Diritto ala vita e danno tanalogico. Quale futuro?* Diritto di Famiglia e delle Persone (Il), fasc.2, 2015, pag. 460, nota de rodapé nº 37.

[574] "Oggetto del risarcimento, infatti, secondo la Consulta è "la perdita cagionata dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva", e la morte immediata "impedisce che la lesione si rifletta in una perdita a carico della persona offesa, ormai non più in vita" (38), con la conseguenza che l'offeso deceduto non può trasmettere per via ereditaria un diritto che non ha acquisito iure proprio." (FRANCALANCI, Anna Spinelli. *Diritto ala vita e danno tanalogico. Quale futuro?* Diritto di Famiglia e delle Persone (Il), fasc.2, 2015, pag. 461)

[575] "In effetti, "la morte non costituisce la massima lesione possibile del diritto alla salute, ma incide sul diverso bene giuridico della vita, la cui perdita, per il definitivo venir meno del soggetto, non può tradursi nel contestuale acquisto al patrimonio della vittima di un corrispondente diritto al risarcimento, trasferibile agli eredi, non rilevando in contrario la mancanza di tutela privatistica del diritto alla vita (invero protetto con il diverso strumento della sanzione penale), attesa la funzione non sanzionatoria ma di reintegrazione e riparazione di effettivi pregiudizi svolta dal risarcimento del danno". Così Cass. 25 febbraio 1997 n. 1704, cit.; conformemente, Cass. 30 giugno 1998 n. 6404; Cass. 25 febbraio 2000 n. 2134; Cass. 2 aprile 2001 n. 4783; Cass. 30 luglio 2002 n. 11255; Cass. 23 febbraio 2005 n. 3766; Cass. 2 luglio 2010 n. 15706." (FRANCALANCI, Anna Spinelli. *Diritto ala vita e danno tanalogico. Quale futuro?* Diritto di Famiglia e delle Persone (Il), fasc.2, 2015, pag. 461, nota de rodapé nº 39).

Desta forma, estabeleceu a jurisprudência italiana que a indenização que tivesse como consequência o falecimento da vítima, precedido de longo intervalo temporal desde o evento danoso, se daria à título de "dano biológico terminal"[576]. Ao passo que seria "dano moral de lúcida agonia" (ou "dano catastrófico") quando o falecimento viesse precedido de breve intervalo temporal[577]. Em ambas as hipóteses, fazia-se imprescindível que a vítima tivesse consciência do dano sofrido, de seu quadro clínico e do risco de óbito (embora exista orientação e julgados que atestem essa desnecessidade de estar consciente[578]).

A apuração do "longo" ou do "breve" lapso temporal sempre foi problema dos mais complexos. É possível encontrar julgados que entendem algumas horas como "longo" lapso temporal e outros que entendem três dias como "breve" lapso temporal[579].

Para evitar essa discussão sobre o lapso temporal, a jurisprudência, então, alterou os requisitos do dano biológico terminal e do dano moral de lúcida agonia. Estar-se-ia diante do dano biológico terminal quando fosse verificado um dano à saúde que tenha potencial lesivo máximo (de levar à morte), independentemente do estado de consciência psíquica da vítima.[580]

---

[576] "Con riferimento al danno biologico terminale, lo stesso è stato definito come il danno biologico che si sviluppa e produce sulla persona del danneggiato tra il sinistro e la morte. La lesione del diritto alla salute (ed il conseguente danno alla persona che da essa deriva) entra infatti a far parte del patrimonio della vittima nello stesso momento in cui si produce la lesione (transitando quindi agli eredi al momento della morte) e deve essere riferito, nel caso di lesione, all'intero periodo compreso tra la data del sinistro e il decesso." (GIUSTI, Massimiliano. *La giurisprudenza sul danno biologico e morale terminale: natura e liquidazione.* Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.3, 2015, pag. 894).

[577] FRANCALANCI, Anna Spinelli. *Diritto ala vita e danno tanalogico. Quale futuro?* Diritto di Famiglia e delle Persone (Il), fasc.2, 2015, pag. 461 – ver também notas de rodapé 42, 43 e 44.

[578] "L'approdo cui si è arrivati grazie alle considerazioni da ultimo svolte consente anche di poter sostenere che il diritto iure hereditatis al risarcimento del danno biologico terminale sorge a prescindere dallo stato di coscienza o meno della vittima. Difatti, la lesione dell'integrità fisica (interesse costituzionalmente tutelato dall'art. 32 Cost.) impone di procedere al relativo risarcimento a prescindere dal fatto che la vittima abbia o meno coscienza di detta lesione, in quanto ai fini del riconoscimento del diritto (e della sua conseguente trasmissibilità agli eredi) è sufficiente l'obiettiva insorgenza della lesione, non la conoscenza soggettiva che della stessa la vittima può o meno aver avuto." (GIUSTI, Massimiliano. *La giurisprudenza sul danno biologico e morale terminale: natura e liquidazione.* Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.3, 2015, pag. 895).

[579] GIUSTI, Massimiliano. *La giurisprudenza sul danno biologico e morale terminale: natura e liquidazione.* Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.3, 2015, pag. 894.

[580] "Quanto fin ora visto in tema di danno biologico terminale riguarda il profilo della compromissione del bene-salute e quindi in definitiva della lesione dell'integrità psicofisica del danneggiato. Altrettanto evidente è però come nelle ipotesi sopra considerate assuma carattere forse anche predominante un diverso aspetto, se si vuole ancora più traumatico e critico per il danneggiato, rappresentato dalla lucida e consapevole attesa della morte e della impossibilità di sottrarsi alla stessa: in definitiva, della consapevolezza che ha la vittima che quelli che sta vivendo sono, irreversibilmente, gli ultimi momenti della propria vita." (GIUSTI, Massimiliano. *La giurisprudenza sul danno biologico e morale terminale: natura e liquidazione.* Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.3, 2015, pag. 895).

De outro lado, estar-se-ia diante de dano moral de lúcida agonia quando a vítima tivesse ciência psíquica – ainda que breve – que iria falecer. Afinal, nada mais trágico do que a consciência de que se está vivendo seus últimos momentos de vida.

Ambos os danos – biológico terminal e moral de lúcida agonia – são titularizados pela vítima e posteriormente transferidos aos herdeiros/sucessões. São, em outros termos *danos iure hereditatis* (passíveis de serem transferidos por herança[581]). Mais do que isso, eles podem ser cumuláveis[582].

Um julgado da Suprema Corte, de 2011, analisa bem a questão destas duas espécies de dano, além da inadmissibilidade do chamado "dano da morte". Naquela oportunidade, restou decidido que em caso de falecimento decorrente de acidente automobilístico poucas horas depois (seis ou sete horas), é cabível a indenização em nome próprio, cuja execução ficará a cargo dos herdeiros. Entretanto, quando não for possível provar o lapso temporal de consciência da vítima, entre o evento danoso e o óbito, a lesão do direito a vida não é passível de ressarcimento.[583].

A questão, da forma como colocada pela jurisprudência, não aquietou os ânimos dos juristas italianos, de sorte que novas teses foram criadas a fim de tentar justificar a possibilidade do chamado "dano da morte".

---

[581] Esta possibilidade é inclusive reconhecida pela jurisprudência brasileira, conforme teses nsº 5 e 6 da edição nº 125 do Superior Tribunal de Justiça: "Embora a violação moral atinja apenas os direitos subjetivos do falecido, o espólio e os herdeiros têm legitimidade ativa ad causam para pleitear a reparação dos danos morais suportados pelo de cujus" e Os sucessores possuem legitimidade para ajuizar ação de reparação de danos morais em decorrência de perseguição, tortura e prisão, sofridos durante a época do regime militar".

[582] "Ciò significa che il danno biologico va risarcito in corrispondenza al periodo di sopravvivenza del soggetto in condizioni menomate, e il danno morale può essere ristorato in quanto la vittima — nel medesimo periodo — abbia patito sofferenze di carattere emotivo. Si tratta di compromissioni destinate a manifestarsi nell'intervallo di sopravvivenza, e che perciò nulla hanno a che fare con la perdita della vita." (ZIVIZ, Patrizia. È *risarcibile la perdita della vita?* Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.5, 2011, pag. 1026).

[583] "in caso di morte della vittima a poche ore di distanza dal verificarsi di un sinistro stradale (nella specie, sei o sette ore), il risarcimento del c.d. danno catastrofale — ossia del danno conseguente alla sofferenza patita dalla persona che lucidamente assiste allo spegnersi della propria vita — può essere riconosciuto agli eredi, a titolo di danno morale, solo a condizione che sia entrato a far parte del patrimonio della vittima al momento della morte. Pertanto, in assenza di prova della sussistenza di uno stato di coscienza della persona nel breve intervallo tra il sinistro e la morte, la lesione del diritto alla vita non è suscettibile di risarcimento, neppure sotto il profilo del danno biologico, a favore del soggetto che è morto, essendo inconcepibile l'acquisizione in capo a lui di un diritto che deriva dal fatto stesso della morte" (Cass. civ., 24 marzo 2011, n. 6754, in Giust. civ. Mass., 2011, 3, 456; in Giust. civ., 2011, 1188. *In* GIUSTI, Massimiliano. *La giurisprudenza sul danno biologico e morale terminale: natura e liquidazione.* Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.3, 2015, pag. 892, nota de rodapé nº 40).

O principal argumento dos defensores da impossibilidade de configuração do dano autônomo da morte recaia, como já dito, no fato de que a morte extingue a personalidade. Assim, seria impossível titularizar um direito de crédito que só passaria a existir após a morte. Para afastar essa tese, a Suprema Corte Italiana chegou a afirmar que no momento da lesão, a pessoa ainda está viva, se utilizando da máxima *momentum mortis vitae tribuitur* [o momento da morte é o último da vida[584]]; ademais, não pode a morte ficar privada de indenização, dada a vida ser o bem jurídico máximo a ser tutelado do ordenamento jurídico.[585]

A Corte de Cassação também já chegou a pontuar, a fim de fugir deste problema do fim da personalidade, que a morte ocorre com a perda da atividade cerebral. E esta perda da atividade cerebral não é imediata, exceto nas hipóteses de decapitação e grave perfuração do cérebro[586]. Com isso, ela quis dizer que no perído compreendido entre a perda das funções psicomotoras e a perda da atividade cerebral, a vítima pode sim titularizar o "dano da morte".

Em outro julgado, a Suprema Corte ainda pontuou que o dano biológico terminal e o dano de lúcida agonia (ou catastrófico) não seriam suficientes para a tutela máxima da vítima. Para tanto, seria necessário reconhecer a autonomia do dano da morte, a fim de não se levar em consideração o lapso temporal entre o evento danoso e a morte e tampouco a

---

[584] A regra do direito romano é combatida pela regra da abertura da sucessão no momento da morte. A regra de *saisine*, prevista no art. 1.784 do Código Civil (a sucessão se abre no momento da morte) – a corrobora. Ademais, a filosofia (Epicuro) já dizia que "a morte não é nada para nós, pois, quando existimos, não existe a morte, e quando existe a morte, não existimos mais."

[585] "Ciò detto, senza spingersi a supportare la suggestiva tesi della morte come danno per l'intera collettività, al fine di superare l'obiezione che il decesso di una persona priverebbe il diritto al risarcimento del suo titolare (64), la Suprema Corte ritiene sufficiente considerare che al momento della lesione la persona è ancora in vita e ciò spinge, in virtù del brocardo "momentum mortis vitae tribuitur", a non fondare il rifiuto di tutela sul momento in cui la morte si verifica, in com
siderazione del fatto che tale evento non può rimanere privo di conseguenze." (FRANCALANCI, Anna Spinelli. *Diritto ala vita e danno tanalogico. Quale futuro?* Diritto di Famiglia e delle Persone (Il), fasc.2, 2015, pag. 462).

[586] "La certezza della morte, secondo le leggi, nazionali ed europee, è a prova scientifica, ed attiene alla distruzione delle cellule cerebrali e viene verificata attraverso tecniche raffinate che verificano la cessazione della attività elettrica di tali cellule. La morte cerebrale non è mai immediata, con due eccezioni: la decapitazione e lo spappolamento del cervello. In questo quadro anche il danno da morte, come danno ingiusto da illecito è trasferibile mortis causa, facendo parte del credito del defunto verso il danneggiante ed i suoi solidali" (Cass. civ., 12 luglio 2006, n. 15760 e também ZIVIZ, Patrizia. È *risarcibile la perdita della vita?* Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.5, 2011, pag. 1026, nota de rodapé nº 16).

intensidade do sofrimento e a lucidez da vítima.[587] Estava criada, na jurisprudência, o *dano da morte*, muito embora a batalha estivesse apenas começando.

Um segundo argumento utilizado na defesa do dano autônomo da morte parte das Cortes Europeias, principalmente da Corte Europeia dos Direitos do Homem, que garante e assegura como valor supremo a vida da pessoa humana[588]. Desta forma, a admissão do "dano da morte" seria uma forma de trazer concretude às teses veiculadas pela própria Corte Europeia dos Direitos do Homem[589].

Por fim, o argumento derradeiro não é outro senão o de fazer "justiça"; ou seja, dar resposta à sociedade italiana, que não tolerava mais a falta de ressarcimento à vítima decorrente de sua própria morte.[590] Foi com este fundamento que a Terceira Seção Civil da Corte de Cassação Italiana entendeu, em 2014 (sentença 1361/2014), pelo reconhecimento do dano da morte no sistema jurídico italiano.[591]

A Sentença 1361/2014, além do dano da morte, ficou marcada pela afirmação da jurisprudência em relação ao chamado dano não patrimonial. Em 2008, a Corte de Cassação (Sentenza di "San Martino") havia revolucionado o sistema de responsabilidade civil italiano

---

[587] "Da ciò la Suprema Corte fa discendere la massima secondo cui "il risarcimento del danno non patrimoniale da perdita della vita — bene supremo dell'individuo, oggetto di un diritto assoluto ed inviolabile — è garantito dall'ordinamento in via primaria anche sul piano della tutela civile, presentando carattere autonomo, in ragione della diversità del bene tutelato, dal danno alla salute, nella sua duplice configurazione di danno "biologico terminale" e di danno "catastrofale". Esso, pertanto, rileva ex se, a prescindere dalla consapevolezza che il danneggiato ne abbia avuto, dovendo ricevere ristoro anche in caso di morte cosiddetta "immediata" o "istantanea", senza che assumano rilievo né la persistenza in vita della vittima per un apprezzabile lasso di tempo, né l'intensità della sofferenza dalla stessa subìta per la cosciente e lucida percezione dell'ineluttabilità della propria fine". (FRANCALANCI, Anna Spinelli. *Diritto ala vita e danno tanalogico. Quale futuro?* Diritto di Famiglia e delle Persone (Il), fasc.2, 2015, pag. 464).

[588] ACHILLE, Davide. *(Dis)orientamenti sul danno da perdita della vita: attendendo le sezioni unite*. Diritto & Giustizia, fasc.1, 2014, pag. 15.

[589] "Ove, poi, si voglia considerare che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, alla cui giurisprudenza (per espressa ammissione della Cassazione (57)) i giudici sono tenuti a conformarsi nell'applicazione delle leggi (anche solo per via interpretativa), riconosce e garantisce il diritto alla vita, non esisterebbero ragioni sufficienti a non considerare nel novero dei danni risarcibili anche il danno tanatologico, la cui riparazione si mostra, oramai, come imprescindibile esigenza del sentire sociale e necessario adeguamento alle Corti Europee" (FRANCALANCI, Anna Spinelli. *Diritto ala vita e danno tanalogico. Quale futuro?* Diritto di Famiglia e delle Persone (Il), fasc.2, 2015, pag. 462).

[590] NAVARRETTA, Emanuela. *La « vera » giustizia e il « giusto » responso delle s.u. sul danno tanatologico iure hereditário*. Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.5, 2015, pag. 1416B.

[591] "Il diritto doveva rispondere, al di là delle sue categorie (2) e dei suoi tecnicismi da sterile laboratorio (3), con lo strumento più ovvio, quello del risarcimento del danno per la perdita della vita da assegnare al vivo, mentre sta morendo, o al morto, facendo finta che per un po' sia ancora vivo." (NAVARRETTA, Emanuela. *La « vera » giustizia e il « giusto » responso delle s.u. sul danno tanatologico iure hereditário*. Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.5, 2015, pag. 1416B).

ao romper a separação clássica do dano não patrimonial em suas três espécies (dano moral puro, dano biológico e dano existencial). Ela sustentou, naquela oportunidade, que o dano não patrimonial era único.

Após muito debate na doutrina italiana, a Sentença 1361/2014, seis anos após a mudança paradigmática da jurisprudência, volta a afirmar que o dano patrimonial é único (devendo ser entendido como lesão de interesse não patrimonial). Entretanto, ressaltou que, apesar de único, ele é formado por um conjunto de danos (espécies) que podem ser individualizados, naquela separação clássica dos danos à pessoa (não patrimoniais), utilizando a classificação tripartite apenas como exemplificativa (outros danos podem existir que não àqueles três clássicos)[592].

Ela fixou, também, o conceito e o alcance do dano moral puro, pontuando que ela resta configurado em duas hipóteses: (i) "come patema d'animo o sofferenza interiore o perturbamento psichico" e (ii) come lesione alla dignità o integrità morale, quale massima espressione della dignità umana". Ademais, deixou claro que as espécies de danos não patrimoniais são autônomas e podem ser cumuladas, tendo em vista que a reparação deve ser integral[593].

Ao que interessa ao presente capítulo, a Sentenza 1361/2014 reconheceu expressamente o dano da morte, pontuando que "costituisce danno non patrimoniale altresì il danno da perdita della vita, quale bene supremo dell'individuo, oggetto di un diritto assoluto e inviolabile garantito in via primaria da parte dell'ordinamento, anche sul piano della tutela civilistica".

A construção jurídica para a admissibilidade do "dano da morte" partiu da diferenciação dele perante o dano biológico terminal e o dano moral de lúcida agonia,

---

592 "- la categoria generale del danno non patrimoniale, che attiene alla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da valore di scambio, è di natura composita e (così come il danno patrimoniale si scandisce in danno emergente e lucro cessante) si articola in una pluralità di aspetti (o voci), con funzione meramente descrittiva, quali il danno morale, il danno biologico e il danno da perdita del rapporto parentale o cd. esistenziale;" (Sentença 1361/2014, pag. 34).

593 "- la liquidazione deve rispondere ai principi dell'integralità del ristoro, e pertanto: a) non deve essere puramente simbolica o irrisoria o comunque non correlata all'effettiva natura o entità del danno ma tendere, in considerazione della particolarità del caso concreto e della reale entità del danno, alla maggiore approssimazione possibile all'integrale risarcimento; b) deve concernere tutti gli aspetti (o voci) di cui la generale ma composita categoria del danno non patrimoniale si compendia". (Sentença 1361/2014, pag. 34).

principalmente porque no dano da morte, o fato gerador é a morte instantânea. Ademais, não se confunde com o dano biológico porque este visa tutelar o direito à saúde, enquanto o dano da morte visa tutelar o dano à vida. Igualmente não se confunde com o dano moral de lúcida agonia, na medida em que a morte é instantânea; ou seja, a vítima não teve ciência de que iria falecer.[594]

Na sequência, restou concluído que a vítima titulariza o direito de crédito ao ressarcimento no exato momento de sua morte, vencendo, desta forma, a tese da impossibilidade de titularizar tal direito de crédito, na medida em que a morte da pessoa humana extingue a sua personalidade jurídica.[595] Sobre este ponto, Bianca salienta o acerto da decisão, dizendo que "a pessoa morta sofre a lesão mortal quando ainda está viva, de sorte que é a pessoa viva que sofre o dano injusto que acarreta na lesão mortal"[596].

Por fim, consignando a natureza patrimonial da indenização (função compensativa), a Corte de Cassação entendeu – e não poderia ser diferente – pela transmissibilidade hereditária do direito de crédito à indenização pelo dano da morte, de sorte que caberão aos sucessores o manejo da ação indenizatória.[597]

Ao defender a solução dada pela Sentença 1361/2014, Massimo Bianca pontua que ela "é basata su un'argomentazione pienamente convincente"[598]. Ademais, diz que a morte é

---

[594] "- il danno da perdita della vita è altro e diverso, in ragione del diverso bene tutelato, dal danno alla salute, e si differenzia dal danno biologico terminale e dal danno morale terminale (o catastrofale o catastrofico) della vittima, rilevando ex se nella sua oggettività di perdita del principale bene dell'uomo costituito dalla vita, a prescindere dalla consapevolezza che il danneggiato ne abbia, e dovendo essere ristorato anche in caso di morte cd. immediata o istantanea, senza che assumano pertanto al riguardo rilievo la persistenza in vita all'esito del danno evento da cui la morte derivi nè l'intensità della sofferenza interiore patita dalla vittima in ragione della cosciente e lucida percezione dell'ineluttabile sopraggiungere della propria fine." (Sentenza 1361/2014, pag. 35).

[595] "- il diritto al ristoro del danno da perdita della vita si acquisisce dalla vittima istantaneamente al momento della lesione mortale, e quindi anteriormente all'exitus, costituendo ontologica, imprescindibile eccezione al principio dell'irrisarcibilità del danno-evento e della risarcibilità dei soli danni-conseguenza, giacchè la morte ha per conseguenza la perdita non già solo di qualcosa bensì di tutto; non solamente di uno dei molteplici beni, ma del bene supremo della vita; non già di qualche effetto o conseguenza, bensì di tutti gli effetti e conseguenze, di tutto ciò di cui consta (va) la vita della (di quella determinata) vittima e che avrebbe continuato a dispiegarsi in tutti i molteplici effetti suoi propri se l'illecito non ne avesse causato la soppressione." (Sentenza 1361/2014, pag. 35).

[596] BIANCA, Massimo C. *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della cassazione attesa da tempo*. Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.2, 2014, pag. 0493C.

[597] "- il ristoro del danno da perdita della vita ha funzione compensativa, e il relativo diritto (o ragione di credito) è trasmissibile iure hereditatis;" (Sentenza 1361/2014, pag. 35).

[598] BIANCA, Massimo C. *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della cassazione attesa da tempo*. Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.2, 2014, pag. 0493C.

consequência da lesão fatal[599], de sorte que o dano não surge com a pessoa morta, mas sim com ela ainda viva. A perda da vida é a consequência que faz nascer o direito de crédito titularizado pelo *de cujus* em seu último respiro. Por fim, pontua ele que a decisão é paradigmática na tutela da pessoa humana como elemento central do ordenamento jurídico[600].

A grande dificuldade de se admitir o "dano da morte" não é tanto a construção jurídica do instituto. A nosso sentir, ela recai sobre a dificuldade de se provar a morte imediata da vítima. Giuseppe Cassano[601] ilustra essa problemática com dois exemplos de simples compreensão: (i) os bombeiros, alertados do desmoronamento de um prédio, chegam rapidamente e encontram a vítima ainda viva, vindo a falecer na sequencia e (ii) os bombeiros se atrasam e chegam na área do desmoronamento algumas horas depois, encontrado a vítima já morta. No primeiro exemplo, existiria "dano da morte" na medida em que seria possível provar a morte imediata; já no segundo exemplo, não seria possível o reconhecimento do "dano da morte" por falta de elemento probatório de que a vítima tenha falecido imediatamente.

O mesmo raciocínio poderia ser utilizado em acidentes aéreos, ferroviários, marítimos e tantos outros (aquelas típicas hipóteses de morte presumida).

As críticas à sentença 1361/2014 foram, também, contundentes. Não tanto pela tese (ressarcibilidade do dano da morte), mas sim pelos fundamentos utilizados, como analisa Patrizia Zivis[602].

---

599 "Il riconoscimento che la vittima acquisisce il diritto al risarcimento del danno per il fatto stesso di subire la lesione mortale rende irrilevante la circostanza che la morte segua ad una distanza maggiore o minore o anche immediatamente (19). Pur nell'improbabile ipotesi in cui la morte seguisse come effetto immediato della lesione mortale, essa non varrebbe ad estinguere l'effetto del diritto di risarcimento poiché il diritto di risarcimento è un diritto trasmissibile e per definizione la morte non estingue i diritti trasmissibili. In contrario non vale affermare che la vittima è già morta nel momento in cui subisce la lesione e non può quindi derivare da questa alcun diritto." (BIANCA, Massimo C. *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della cassazione attesa da tempo*. Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.2, 2014, pag. 0493C).

600 "La sentenza della Terza Sezione merita piena adesione in quanto segna un passo importante nella via che da tempo la giurisprudenza sta percorrendo verso la realizzazione di una piena garanzia giuridica dei diritti fondamentali della persona." (BIANCA, Massimo C. *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della cassazione attesa da tempo*. Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.2, 2014, pag. 0493C).

601 CASSANO, Giuseppe. *Il danno da morte redivivo*. Diritto di Famiglia e delle Persone (Il), fasc.2, 2014, pag. 812.

602 "In definitiva, si tratta di rilevare che le critiche mosse dalle Sezioni Unite nei confronti della sentenza n. 1361/2014 non appaiono affatto convincenti. Resta il fatto che l'impianto dogmatico edificato da quest'ultima pronuncia risulta altrettanto debole; in particolare, assai fragile si mostra l'argine costruito per limitare la

Pouco tempo depois (2015), entretanto, a Seção Unida da Corte de Cassação italiana (Sentença 15350/2015) negou a possibilidade de ressarcimento a título de dano da morte. Esta sentença, como pontua a doutrina italiana, funda a argumentação quase que exclusivamente sobre a construção desta espécie de dano à pessoa como um oxímoro conceitual.[603]

Obviamente que o argumento de fazer "justiça" (Sentença 1361/2014) não agradou a todos.[604] A Seção Unida foi bastante enfática ao salientar que a consciência social "não é critério que possa legitimidade guiar a atividade de interpretação do direito positivo". Ademais, pontuou que não é verdade que o direito italiano não tutele o direito à vida de forma satisfatória, (o faz, mas no direito penal, como admitido na própria Sentença 15350/2015). No entendimento da Seção Unida, o direito civil italiano tutela o direito das pessoas (familiares, conhecidos, etc...) demandarem o ressarcimento a título de dano moral puro pela perda de um ente querido, e isso basta para fins de ressarcimento.[605]

---

risarcibilità del danno-evento al caso di lesione del diritto alla vita. Non si comprende, infatti, perché mai l'attribuzione di una somma che va ad incrementare il patrimonio della vittima assolverebbe in tal caso una funzione compensativa, mentre ciò non accadrebbe in caso di lesione di altri diritti inviolabili. A maggior ragione, infatti, in quest'ultima ipotesi verrebbe in gioco la soddisfazione del danneggiato, in quanto egli si troverebbe a godere direttamente dell'incremento patrimoniale; che nel caso di decesso viene invece a essere trasmesso agli eredi. Al di là delle dichiarazioni di principio, è chiaro che una ricostruzione del genere finisce per minare alla base le fondamenta dell'attuale sistema risarcitorio, aprendo le porte ad un non condivisibile ritorno, su scala generale, della teoria del danno-evento." (ZIVIZ, Patrizia. *Illusioni perdute.* Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.5, 2015, pag. 1443B).

603 NAVARRETTA, Emanuela. *La « vera » giustizia e il « giusto » responso delle s.u. sul danno tanatologico iure hereditário*. Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.5, 2015, pag. 1416B.

604 "Fra i numerosi argomenti tecnico-giuridici, assiologici e finanche etici che i ricorrenti e, prima di loro, la sentenza n. 1361 avevano addotto a favore del danno tanatologico iure hereditario, spiccano — come si è anticipato — per forza evocativa ed incisività, il richiamo al valore supremo della vita e la denuncia della sua presunta, mancata protezione civilistica, da cui discenderebbero conseguenze particolarmente inique, quale la « convenienza ad uccidere piuttosto che a ferire ». Tale è stata ritenuta la capacità persuasiva di un simile argomento, che la sentenza n. 1361/2014 ha invocato il potere non solo dei valori, ma direttamente del« la coscienza sociale » e há abbandonato il rigore della tecnica civilistica e dell'argomentazione adeguatrice ai principi, per accedere al fragilissimo argomento dell'utilizzo eccezionale della categoria del danno-evento." (NAVARRETTA, Emanuela. *La « vera » giustizia e il « giusto » responso delle s.u. sul danno tanatologico iure hereditário*. Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.5, 2015, pag. 1416B).

605 "Il ricordo di quella scelta rende palese la falsità dell'accusa rivolta al nostro sistema, che non offrirebbe tutela, sul piano civilistico, al valore della vita spezzata. Al contrario, la garantisce pienamente, ma nella consapevolezza che ciò che di tale valore rimane sul piano personale, dopo la morte di un uomo, è solo il riflesso di quella stessa vita nelle relazioni personali e affettive che la vittima aveva, nella propria esistenza, intessuto: « la morte — scrivono opportunamente le Sezioni Unite del 2015 — provoca una perdita, di natura patrimoniale e non patrimoniale, ai congiunti che di tale perdita sono risarciti ». Sono, dunque, le conseguenze di quello spezzarsi del rapporto fra l'esistenza di un uomo e i suoi affetti che l'ordinamento risarcisce, optando per l'itinerario iure proprio che, oltre a risultare il più coerente con l'apparato concettuale afferente all'ambito risarcitorio, è apparso, soprattutto, anche il più giusto, in quanto avvantaggia solo chi è in grado di dimostrare di aver subito una reale perdita affettiva, in conseguenza dell'evento letale, senza arricchire soggetti che si

Para a Seção Unida, restou bastante claro que a morte instantânea não é passível de indenização, na medida em que (i) a vida é tutelada no direito penal (caráter sancionatório); (ii) a morte instantânea não gera dano à pessoa (não tem sofrimento), sendo imperiosa a verificação de lapso temporal entre o dano e o óbito[606]; (iii) a morte instantânea não gera consequência danosa (é um dano-evento e não um dano-consequencia[607]).

O instituto da responsabilidade civil foi desenvolvido a fim de permitir a responsabilização do ofensor pelas consequências de seu ato danoso. Daí a máxima na qual *não há indenização sem dano*. Disto, surge, com bastante força, na jurisprudência italiana, a possibilidade do ressarcimento apenas quando o evento danoso gere consequências danosas (dano-consequência), sendo inadmissível – para fins de responsabilidade civil – que o evento danoso por si só gere danos indenizáveis (dano-evento). Em outras palavras, sem consequência danosa, inexiste dano; logo, inexiste indenização.[608]

Não é por outra razão que todas as sentenças que negam o dano da morte vêm acompanhadas deste raciocínio. Entende a jurisprudência que a morte é um evento que por si só não gera dano para o falecido (a morte marca o fim da personalidade, e isso faz com que ela não tenha consequências danosas em momento posterior ao evento danoso). Sua caracterização é de dano-evento, e, portanto, impossível de ser indenizada.[609]

---

limitano ad addurre, in qualità di eredi, il mero legame parentale, alle volte tutt'altro che suffragato da una relazione amorevole." (NAVARRETTA, Emanuela. *La « vera » giustizia e il « giusto » responso delle s.u. sul danno tanatologico iure hereditário*. Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.5, 2015, pag. 1417).

606 "(...) vale a dire l'opzione secondo cui la tutela risarcitoria, in caso di illecito mortale, scatta a favore del soggetto deceduto soltanto ove sussista un periodo di sopravvivenza tra lesione e decesso." (ZIVIZ, Patrizia. *Illusioni perdute.* Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.5, 2015, pag. 1443B).

607 A jurisprudência italiana tem se mostrado contrária à indenização do dano-evento. Sobre o tema: "La soluzione trova, quindi, collocazione nel quadro sistematico ricostruito dalle Sezioni Unite del 2008, in seno al quale un ruolo fondamentale spetta al principio secondo cui « solamente il danno conseguenza è risarcibile, non anche il danno evento »." (ZIVIZ, Patrizia. *Illusioni perdute.* Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.5, 2015, pag. 1443B).

608 "Per la Cassazione il punto dovrebbe essere ormai risolto (16): un conto sono le lesioni e le sofferenze morali, che si collocano nel periodo di tempo intercorso tra l'evento lesivo e la morte, altra questione è la morte stessa, che tronca di netto ogni possibilità di conseguenze pregiudizievoli per il soggetto ormai morto, conseguenze assolutamente necessarie, perché si possa configurare un qualsivoglia risarcimento." (BONA, Marco. Danni *tanatologici non pecuniari iure successionis e iure proprio: vecchi e nuovi rompicapi dal risarcimento della perdita della vita al danno esistenziale da uccisione*. Giurisprudenza italiana, fasc.08-09, 1999, pag. 1636).

609 "L'ostacolo apparentemente insormontabile — a suo tempo ben illustrato, sul piano dogmatico, nella sentenza n. 372/1994 della Corte costituzionale — è rappresentato dalla necessità di non sovrapporre lesione e danno: la tutela aquiliana può scattare esclusivamente ove vengano individuate una serie di conseguenze dannose, indotte dalla lesione, a carico della vittima. Poiché, come rileva l'orientamento maggioritario, il

Isso não significaria, contudo, que a vida – como bem supremo – não seria tutela juridicamente; mas isso não aconteceria na esfera cível, e sim na esfera penal, com o crime de homicídio.

A sentença 1361/2014, a fim de rebater este argumento, pontuou que a perda da vida como objeto de indenização civil deve levar a criação de uma exceção para a irresarcibilidade do dano-evento, na medida em que ela tem por efeito "não apenas de alguma coisa, mas de tudo; não de qualquer efeito ou consequência, mas sim de todos os efeitos e de todas as consequências" (a morte é a perda de tudo). O dano da morte, portanto, seria *ex se*, na medida em que o bem lesado é o bem supremo do indivíduo, objeto de um direito absoluto e inviolável.

O que se afere da decisão da Seção Unida (15350/2015) não é tanto a inexistência de consequência decorrente do evento danoso (morte), mas sim a inexistência de pessoa que titularize o direito de crédito decorrente do falecimento. É um pouco diferente do dano patrimonial, apesar da doutrina a utilizar como analogia para a possibilidade do ressarcimento do dano da morte[610]. Um acidente rodoviário com a morte imediata da vítima permite o pleito da reparação dos danos materiais pelos herdeiros, em nome da vítima. Não permitiria, entretanto, a reparação pelo dano da morte. O fundamento para a possibilidade da reparação do dano material, contudo, é muito mais simples: com a morte, os bens da vítima passam a integrar a herança, em favor dos herdeiros. Disto decorre que os bens cujo valor tenha sido afetado pelo acidente rodoviário (carro, por exemplo) devem ser reparados, em favor dos herdeiros. Já o dano da morte apenas enriqueceria os herdeiros, sem que houvesse uma reparação a bem algum.

A questão, como se vê, é bastante complexa.

As críticas da doutrina à sentença 15350/2015 foram – e ainda são – bem fortes. Patrizia Ziviz pontua que a solução jurídica dada passou bem longe das expectativas geradas

soggetto deceduto non è più in grado di patire compromissioni di sorta — se non per l'eventuale periodo di sopravvivenza seguito alla lesione — non potrebbe scattare alcun ristoro per fronteggiare la perdita della vita." (ZIVIZ, Patrizia. *Illusioni perdute.* Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.5, 2015, pag. 1443B).

[610] ZIVIZ, Patrizia. *Illusioni perdute.* Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.5, 2015, pag. 1443B.

pela Sentença 1361/2014, que entendia possível a indenização decorrente do dano da morte. Ademais, na visão dela, o fundamento jurídico adotado partiu de uma análise renunciativa e reducionista do problema.[611]

A decisão da Seção Unida da Corte de Cassação foi logo seguida pela jurisprudência.[612] Como exemplo, em outro julgado, decorrente de um acidente rodoviário, no qual veio a falecer o integrante de um dos veículos, a decisão foi pela improcedência do pleito de dano da morte. O condutor deste veículo foi declarado culpado pelo acidente, e, em primeira instância, o juiz condenou o condutor e a seguradora ao pagamento de quinhentos mil euros aos herdeiros (mãe, pai e duas irmãs) do *de cujus*, a título de "dano da morte" e outros cento e vinte e cinco mil euros a cada herdeiro, a título de dano moral puro pela perda do familiar. A seguradora recorre e a Corte de Apello reduz a indenização para o patamar de trezentos e quarenta e oito mil euros a ser dividido entre todos os herdeiros (oitenta e sete mil euros a cada um dos quatro herdeiros e autores da ação). A questão é, então, levada à Corte de Cassação, que decide pela inadmissibilidade do chamado "dano da morte" no ordenamento jurídico italiano. Mais do que isso, afirmou a Corte de Cassação que a morte deve ser reparada através do dano moral sofrido pelos parentes do falecido (dano próprio deles).[613]

A questão, tal como colocada, não se sustenta. Os danos são diversos. Um dano é aquele sofrido pelas pessoas que tinham um ligame familiar ou de amizade e que sofreram um dano moral puro; coisa diversa é o dano sofrido pela própria vítima (morte). Não se trata da substituição de um dano pelo outro, mas sim de cumulatividade.

---

[611] "Le Sezioni Unite si sono pronunciate con una sentenza che — come hanno sottolineato in maniera corale i primi commentatori — risulta ben lontana dalle aspettative; ciò non solo perché vengono ad essere deluse le grandi speranze alimentate dalla sentenza Scarano a favore della tutela risarcitoria della perdita della vita, ma soprattutto in ragione del fatto che la posizione contraria appare fondata su un atteggiamento rinunciatario e riduzionistico. La svolta viene respinta tramite una semplice conferma dell'orientamento maggioritario, senza alcuna verifica quanto all'assetto sul quale lo stesso risulta incardinato e sulla sua idoneità a fronteggiare le evoluzioni avvenute in materia di danno alla persona. La questione del danno da morte risulta, per di più, affrontata in maniera parziale, limitando l'analisi al caso di decesso immediato della vittima; senza tener conto del fatto che l'intera partita riguardante la tutela risarcitoria del diritto alla vita è stata giocata, in questi anni, proprio intorno al dato della ricorrenza o meno di un certo lasso di tempo tra lesione e morte." (ZIVIZ, Patrizia. *Illusioni perdute.* Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.5, 2015, pag. 1443B).

[612] "La Terza Sezione ha avuto gioco facile nel rigettare l'appello. E' bastato infatti richiamare il principio sancito dalle Sezioni Unite nella nota sentenza n. 15350 del 2015, proprio in tema di danno tanatologico." (SAVOIA, Renato. *E' sempre sbarrata la strada che porta al danno tanatologico.* Diritto & Giustizia, fasc.15, 2016, pag. 73).

[613] GIUSTI, Massimiliano. *La giurisprudenza sul danno biologico e morale terminale: natura e liquidazione.* Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.3, 2015, pag. 892.

A Seção Unida, na Sentença de 2015, ainda pontuou que ao extinguir a personalidade jurídica, a morte impede que alguém titularize o dano sofrido.[614]

Discute-se muito na Itália um outro ponto que parece ser lá nevrálgico: o reconhecimento do "dano da morte" permitiria que os herdeiros ganhassem ainda mais dinheiro (sem prejuízo deles poderem entrar com ação em nome próprio, decorrente do dano moral puro por eles sofrido). A relevância disto, lá, é que as regras de sucessão são bastante restritas, preterindo, por exemplo, o companheiro e, muitas vezes, o próprio cônjuge em detrimento dos filhos (filhos, aliás, que até a mudança legislativa de 2013, ainda eram segregados em legítimos e ilegítimos, com reflexos sucessórios).

Chega-se ao limite de discutir a possibilidade do herdeiro ganhar mais dinheiro em detrimento de alguma pessoa não herdeira que tenha passado os últimos anos de vida cuidando da vítima.[615]-[616] É curioso notar que se tenta justificar a impossibilidade do ressarcimento do dano da morte não por uma questão puramente jurídica, mas sim por eventual injustiça sobre quem irá se beneficiar do valor a ser recebido pelo dano. E disto também decorre um outro argumento questionável: o reconhecimento da possibilidade de se indenizar o "dano da morte" não visa compensar o lesado, mas sim seus herdeiros[617]. O

---

[614] "(...)nel caso di morte verificatasi immediatamente [...], l'irrisarcibilità deriva [...] dalla assenza di un soggetto al quale, nel momento in cui si verifica, sia collegabile la perdita stessa." (Sentenza 15350/2015, Sezione Unite)

[615] "In tale prospettiva, varie sono le ipotesi che possono nella realtà verificarsi: che i legittimati iure proprio coincidano con gli eredi; che manchino legittimati iure proprio e sussistano solo eredi legittimi o che vi siano ambedue le categorie; che manchino legittimati iure proprio e sussistano solo eredi testamentari o che vi siano ambedue le categorie; che sussistano legittimati iure proprio e che concorrano con lo Stato, quale unico erede, o che solo lo Stato possa far valere la legittimazione iure hereditario." (NAVARRETTA, Emanuela. *La « vera » giustizia e il « giusto » responso delle s.u. sul danno tanatologico iure hereditário*. Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.5, 2015, pag. 1417B).

[616] "La vera alternativa risiede solo nella scelta dei legittimati ad agire: nella contrapposizione fra la legittimazione iure hereditario, tutta intrisa di una logica patrimoniale e fedele all'illusione di compensare il morto con una sorta di danno edonistico che avvantaggia gli eredi, meritevoli o immeritevoli che siano, o il riferimento all'azione iure proprio, che risarcisce coloro che dalla morte del loro caro sono stati realmente colpiti." (NAVARRETTA, Emanuela. *La « vera » giustizia e il « giusto » responso delle s.u. sul danno tanatologico iure hereditário*. Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.5, 2015, pag. 1420B).

[617] "Viney e Jourdain, Lambert-Faivre e Porchy-Simon levantam a questão ética de se permitir aos herdeiros "tirar proveito pecuniário da angústia sentida pelo sucedido no momento de sua morte". Contraponha-se a ela, contudo, o enfoque da Análise Econômica do Direito: sempre que alguém que causou um dano injusto deixa de ressarci-lo, obtém vantagem indevida e enriquece à custa de externalidades. Ainda sob o viés econômico, indagase: diante da situação injusta representada pelo dano-morte, o que seria mais reprovável, agora sob o enfoque ético: permitir que os herdeiros "tirem proveito pecuniário" do dano-morte ou possibilitar que esse proveito seja usufruído pelo causador do dano? A resposta é óbvia e dispensa reprodução, porquanto puerilmente intuída." (PINTO JUNIOR, Amaury Rodrigues. O dano morte: a existência jurídica do "pretium

argumento é frágil, na medida em que o valor integrará o patrimônio do *de cujus*, que, no momento seguinte, será transmitido aos seus herdeiros[618].

A confirmação do dano da morte como um dano autônomo, viria acompanhada da possibilidade de cumulação com danos de outra natureza, tal qual o dano moral puro, o dano biológico, o dano existencial e o dano estético.[619]

A questão da quantificação do dano é também bastante problemática[620], se pensarmos que a vida não tem preço, na medida em que configura um dos bens jurídicos mais valiosos do ser-humano (não nos parece que seja definitivamente o mais valioso, na medida em que para alguns a liberdade se sobrepõe à vida – para uma grande parcela, entre viver sem ser livre e morrer, a opção acabará por ser a morte, como em vários casos de eutanásia, ortotanásia e afins). Se a vida não tem preço e se a vida de nenhum indivíduo é mais importante que a do outro, parece que a única solução para quantificar este dano seria tabelá-lo, de sorte a evitar que as indenizações sejam diferentes para cada vítima e que, com isto, o judiciário acabe por dizer que a vida de uns tem maior valor que a vida de outros. O risco

---

mortis". Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, Campo Grande, MS, n. 20, 2015, pag. 44/45).

618 "A negare il risarcimento del danno da morte - avverte la sentenza della Terza Sezione - non vale obiettare che la vittima non ne beneficerebbe e che pertanto esso potrebbe avere solo una funzione punitiva. L'obiezione è debole perché la funzione compensativa del diritto al risarcimento del danno da perdita della vita risulta pienamente assolta in quanto il diritto accresce il patrimonio ereditario della vittima. Il patrimonio della vittima si devolve agli eredi, ma ciò non priva la vittima del vantaggio acquisito al suo patrimonio. Gli eredi sono infatti i successori della vittima, che questa ha interesse a beneficiare in quanto partecipi della sua famiglia o in quanto designati dalla stessa vittima a succedere nel suo patrimonio. Se non vi sono né parenti né eredi testamentari succede lo Stato. Ma questa è un'eventualità del tutto eccezionale, che non esclude la normale gratificazione della persona che lascia i suoi beni ai familiari o ai successori testamentari. La circostanza che il credito sarà riscosso dagli eredi non incide poi sulla funzione risarcitoria già assolta con l'accrescimento del credito stesso al patrimonio della vittima, che ne reintegra la sfera giuridica lesa. Ritenere che la funzione risarcitoria sia esclusa se la prestazione non è appresa dalla vittima risponde alla concezione della incedibilità e intrasmissibilità del diritto al risarcimento dei danni non patrimoniali. Questa concezione è tuttavia ormai del tutto abbandonata. Dall'ammessa cedibilità e trasmissibilità del diritto al risarcimento del danno non patrimoniale consegue che il passaggio del diritto ad altri titolari è una vicenda compatibile con la sua funzione risarcitoria, che connota il titolo in base al quale il danneggiato ha acquisito il diritto poi trasmesso. Se non si dubita che, ad esempio, il diritto al risarcimento del danno biologico terminale rimane un diritto risarcitorio pur se a riscuoterlo sia l'erede, non può negarsi la risarcibilità del danno tanatologico adducendo che la prestazione pecuniaria è destinata ad essere percepita dai successori." (BIANCA, Massimo C. *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della cassazione attesa da tempo*. Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.2, 2014, pag. 0493C).

619 "In estrema sintesi resta, infine, da segnalare il favore della dottrina, nel rilevare che il risarcimento del danno tanatologico sarebbe perfettamente cumulabile e non alternativo a quello iure proprio dei congiunti, così come cumulabile e non alternativo è il risarcimento, iure hereditario e iure proprio, del danno alla salute con esito mortale, salvo duplicazioni di poste di danno." (FRANCALANCI, Anna Spinelli. *Diritto ala vita e danno tanalogico. Quale futuro?* Diritto di Famiglia e delle Persone (Il), fasc.2, 2015, pag. 464).

620 BIANCA, Massimo C. *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della cassazione attesa da tempo*. Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.2, 2014, pag. 0493C.

deste movimento é monetizar a vida ("la monetizzazione del valore meno mercificabile che si possa immaginare, la vita"[621]).

Sobre a questão da quantificação, a Suprema Corte Italiana já se manifestou no sentido de que este problema deveria ser resolvido pelo juiz de forma equitativa. Para tanto, o juiz deveria levar em consideração critérios como a idade, o estado de saúde e a expectativa de vida futura da vítima, além de condições profissionais e familiares.[622] A nosso sentir, esta não é a melhor solução. O que se visa indenizar é o evento "morte instantânea", e isso não guarda nenhuma relação com idade, saúde, questões profissionais e/ou familiares.

É interessante a solução encontrada na jurisprudência portuguesa (alçada ao fundamento de violação do direito à vida), como lembra Amaury Rodrigues Pinto Júnior[623].

---

[621] NAVARRETTA, Emanuela. *La « vera » giustizia e il « giusto » responso delle s.u. sul danno tanatologico iure hereditário*. Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.5, 2015, pag. 1419.

[622] "Inoltre, in considerazione dell'impossibilità di ricondurre il bene "vita" a parametri economici, la Suprema Corte precisa che la valutazione del risarcimento non potrà essere che equitativa, lasciando al prudente apprezzamento del giudice l'individuazione dei criteri più idonei alla c.d. personalizzazione del danno, tenendo conto, "in particolare, dell'età, dello stato di salute e delle speranze di vita futura della vittima, nonché dell'attività da essa svolta e delle sue condizioni personali e familiar." (FRANCALANCI, Anna Spinelli. *Diritto ala vita e danno tanalogico. Quale futuro?* Diritto di Famiglia e delle Persone (Il), fasc.2, 2015', pag. 464).

[623] "V - Relativamente aos danos não patrimoniais, fixa-se a reparação pelo dano da morte, segundo a equidade, em 11.000.000$00; a reparação pelos danos morais da esposa, em 3.000.000$00; e a reparação pelos danos morais de cada um dos filhos, em 2.000.000$00. (Revista n.º 1845/03 - 2.ªSecção - Lucas Coelho (Relator), julgado em 13.05.2004). (p. 11) II - Sendo a vítima mortal de um acidente de viação (ocorrido por culpa exclusiva do outro interveniente) um jovem de 20 anos de idade, trabalhador e generoso, filho exemplar, que sofreu dores e angústia durante a hora que antecedeu a sua morte, tendo esta determinado um síndroma depressivo à autora, sua mãe, mostramse justos e consonantes com a jurisprudência dominante os seguintes valores indemnizatórios: - Esc.8.000.000$00 pela perda do direito à vida; - Esc.2.000.000$00 pelos danos não patrimoniais sofridos pela vítima; - Esc. 4.000.000$00, para cada um dos pais, pelos danos não patrimoniais próprios. (Revista n.º 3097/04 - 2.ª Secção - Ferreira Girão (Relator), julgado em 02.12.2004) (p. 20) II - Considerando que o critério legal de fixação da compensação pela perda do direito à vida não prescinde da equidade no confronto do circunstancialismo envolvente, o facto de todos os seres humanos terem igual protecção da lei no que concerne ao direito fundamental à vida, importa considerar para o efeito, designadamente, a idade da vítima, a sua situação de saúde ou doença, a sua integração na família, na profissão, na preparação para a actividade de trabalho e na sociedade em geral. (Revista n.º 4262/04 - 7.ª Secção - Salvador da Costa (Relator), julgado em 16.12.2004) (p. 23). Acidente de viação - Direito à vida - Danos não patrimoniais - Danos patrimoniais - Cálculo da indemnização I - A vítima mortal do acidente de viação tinha, então, 32 anos e era casado com uma das autoras; as suas filhas menores tinham, na altura, 8 e 11 anos; as autoras tinham carinho e amor pelo falecido; o falecido era trolha e ganhava 90.000$00/mês, 14 vezes por ano; fazia ainda horas extraordinárias e, em média, ganhava mais 25.000$00/mês, 12 meses por ano; trabalhava nas férias; consigo próprio não gastava mais do que 30.000$00/mês. II - Assim, a indemnização (reportada a 03-11-1999) pela perda do direito à vida deve fixar-se em € 43.000,00; a título de danos não patrimoniais, os montantes de € 15.000,00 para a viúva e € 10.000,00 para cada uma das duas filhas da vítima foram fixados com equilíbrio; a título de danos patrimoniais, seria adequado atribuir às autoras o montante de € 125.000,00. (Revista n.º 281/05 - 7.ª Secção - Custódio Montes (Relator), julgado em 03.03.2005) (p. 26)." ((PINTO JUNIOR, Amaury Rodrigues. O dano morte: a existência jurídica do "pretium mortis". Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, Campo Grande, MS, n. 20, 2015, pag. 50/51).

Em outro julgado, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal pontua que a liquidação do dano "da morte" tem variado entre cinquenta e oitenta mil euros[624].

Ainda em Portugal, existem valores pré-estabelecidos (a título de referência; não é obrigatório ser seguido) em Portarias para a reparação do evento "morte" em acidentes automobilísticos. A Portaria 679/2009 do Ministério das Finanças e da Administração Pública e da Justiça de Portugal estabelecem o valor unitário de até 61.560 euros (dependendo da idade vítima)[625]. Por fim, vale dizer que lá os valores são fixados a título de equidade e variam de caso a caso (o que nos parece equivocado, dado que a atribuição de um valor à vida humana deve ser universal, até mesmo para se evitar que uma vida valha mais que outra; nem mesmo a questão da idade parece ser óbice para isso, na medida em que um jovem receber valor superior pela sua vida em comparação com um idoso – apenas porque este viveu por mais tempo – ignora o fato de que a indenização recai sobre o "evento morte", independentemente das condições pessoais de cada vítima), além de ser integralmente admitida a cumulatividade do dano da morte com os danos morais suportados pelos familiares da vítima[626]. Lembrando que a título de "dano da morte", deve ser entendido

---

[624] "I - Nos termos do art. 21.º, n.º 2, al. b), do DL n.º 522/85, de 31-12, sobre o FGA só recai a obrigação de ressarcir os danos patrimoniais quando o responsável, sendo conhecido, não beneficie de seguro válido e eficaz. II - Uma vez que no caso dos autos se desconhece a identidade do responsável pelo acidente de viação, ficam excluídos da obrigação de indemnizar, por parte do FGA, os aludidos danos patrimoniais como sejam o valor do motociclo e capacete. III - São indemnizáveis tanto o dano da morte da vítima, como os danos não patrimoniais sofridos pelos pais deste, nomeadamente o decorrente da perda do seu filho. IV - Vem-se consolidando na jurisprudência o entendimento de que o dano pela perda do direito à vida – direito absoluto e do qual emergem todos os outros direitos – deve situar-se, com algumas oscilações, entre os € 50 000 e os € 80 000. V - Resultando dos autos que a vítima tinha 20 anos, era solteiro, vivia com os pais e uma irmã, tinha começado a trabalhar recentemente como motorista, se encontrava numa fase pujante da vida e que foi embatido na sua faixa de rodagem por um veículo que se pôs de imediato em fuga, é adequado o montante indemnizatório de € 80 000, pela perda do direito à vida, tal como fixado pela Relação. VI - É adequada a indemnização de € 20 000, atribuída pela Relação a cada um dos pais da vítima, para os ressarcir do sofrimento causado pela morte de um filho com apenas 20 anos." (Processo 2567/09, 7º Secção, Min. Rel. Fernanda Isabel Pereira, julgado em 18.06.2015).

[625] https://dre.pt/application/file/492109 - acessado em 09.01.2018.

[626] "I - No que respeita ao dano morte, que representa o bem mais valioso da pessoa e simultaneamente o direito de que todos os outros dependem, a compensação atribuída pelo STJ tem oscilado, nos últimos anos, entre € 50 000 e € 80 000, com ligeiras e raras oscilações para menos ou para mais. II - Considerando a juventude da vítima, com 27 anos de idade à data do acidente, e o futuro radioso que tinha à sua frente, e atendendo a que não há, no caso, que ponderar a situação económica do lesante, visto que não é o seu património, mas sim o da seguradora, que suportará o pagamento da indemnização, entende-se que é de elevar para € 75 000 a compensação de € 60 000, fixada pela 1.ª instância e mantida pela Relação, pelo dano da morte. III - No que respeita às indemnizações por danos morais próprios arbitradas ao viúvo da mencionada vítima e ao pai de uma segunda vítima falecida, com 20 anos, na sequência do mesmo acidente de viação, que o acórdão recorrido fixou em € 25 000 para cada um, considerando que são muito graves os danos morais, quer de um, quer de outro, e que as indemnizações atribuídas a este título pela Relação já se encontram no patamar mais elevado das que no STJ têm sido arbitradas em situações paralelas, não serão as mesmas aumentadas, como pretendido pelos recorrentes. (...)." (Processo nº 875/05, 6º Secção STJ, Min. Rel. Nuno Cameira, julgado em 31.01.2012).

a morte instantânea. Obviamente que se a questão for encarada – tal como ocorre em outros países (Portugal, por exemplo) – em qualquer hipótese de dano que acarrete em morte (independentemente de lapso temporal), o problema será outro: a indenização abarcará tanto o dano da morte quanto os danos morais suportados pela vítima no perído compreendido entre o dano e o óbito).

Em relação ao *quantum indenizatório*, a solução encontrada pela Inglaterra[627] parece ser a melhor. Lá, o preço é fixo e válido para todas as vítimas: 12.790 libras esterlinas, conforme a Fatal Accidents Act de 1976, Seção 1A, (3)[628]. O rol de beneficiários desta indenização é também fixado nesta lei: cônjuge da vítima em concorrência com os filhos menores de idade solteiros; na ausência destes, os pais da vítima.

O artigo 1º da Fatal Accidents Law estabelece que "se a morte é causada por algum ato ilícito, negligência ou dolo (que seja elemento fulcral para o evento morte), o causador do dano poderá ser demandado para a reparação do dano, inobstante o falecimento da vítima"[629]. O fundamento da norma inglesa é, de fato, coibir os acidentes fatais, tornando as relações sociais mais seguras (exigindo que as empresas tenham maior preocupação com segurança e manutenção), lembrando que ela surge exatamente por conta dos clamores sociais de um acidente ferroviário na metade do século XIX.[630]

---

[627] PINTO JUNIOR, Amaury Rodrigues. O dano morte: a existência jurídica do "pretium mortis". Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, Campo Grande, MS, n. 20, p. 39-60. 2015.

[628] https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/30?timeline=true – acessado em 09.01.2018.

[629] "If death is caused by any wrongful act, neglect or default which is such as would (if death had not ensued) have entitled the person injured to maintain an action and recover damages in respect thereof, the person who would have been liable if death had not ensued shall be liable to an action for damages, notwithstanding the death of the person injured."

[630] "No começo do século XIX, diante do crescimento das atividades ferroviárias, da multiplicação de acidentes fatais e da indiferença da empresa responsável pelo transporte (Great Western Railway), houve grande insatisfação popular. O acidente ferroviário de Sonning Cutting tornou-se particularmente notório. A tragédia ocorrera nas primeiras horas da véspera do Natal de 1841, quando o tempo ruim e as condições precárias do terreno provocaram deslizamento que cobriu os trilhos, provocando parada abrupta e descarrilhamento de alguns vagões. Na ocasião morreram oito pessoas, e outras dezessete ficaram gravemente feridas, todas transportadas na terceira classe. As fatalidades foram atribuídas ao fato de a terceira classe comportar carros que eram abertos nas laterais35. A tragédia, ampliada pelo momento de sua ocorrência (a data de maior confraternização afetiva do calendário), provocou indignação. Como resultado do clamor popular, Lord Campbell apresentou proposta de ato normativo prevendo indenizações por morte. O objetivo era punir aqueles que, por negligência, provocassem acidentes fatiais, estimulando-os a adoção de medidas preventivas. Em 1846 foi aprovado o Fatal Accidents Act, mais conhecido como Lord Campbell"s Act, que se constituiu na primeira norma erigida pelo parlamento britânico a possibilitar que parentes de pessoas mortas em decorrência de atos ilícitos pudessem demandar indenizações em face de quem provocou o dano. Mais de cem anos depois, a norma pioneira foi revogada pelo Fatal Accidents Act de 1976." (PINTO JUNIOR, Amaury Rodrigues. O dano morte: a existência jurídica do "pretium mortis". Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, Campo Grande, MS, n. 20, 2015, pag. 53).

É importante notar que tanto na Inglaterra quanto em Portugal não parece haver distinção entre a morte instantânea e a morte decorrente depois de algum lapsto temporal. Ambas as hipóteses são indenizáveis. Já na Itália, admite-se a indenização em nome da vítima apenas quando ela sobreviva por algum tempo depois do acidente danoso.

O direito alemão, ao contrário dos demais países europeus ocidentais, possui um sistema de responsabilidade civil muito mais restritivo, no que se refere aos danos à pessoa. Sequer o dano moral ao núcleo familiar da vítima (em caso de morte) é admissível, exigindo-se, nesta hipótese, a caracterização de uma doença psíquica.[631]

A Espanha, após longos debates, parece caminhar lentamente para o reconhecimento do dano da morte. A figura mais próxima é aquela da Real Decreto Legislativo 8/2004 (sobre responsabilidade civil e seguro diante da circulação de veículos a motor), que estabelece a compatibilidade da indenização titularizada pelos sucessores (iure sucessionis) com a indenização dos familiares prejudicados pelo falecimento do familiar (indenização em nome

[631] O Código Civil alemão (BGB) não prevê uma "indenização por danos morais para familiares" (Angehörigenschmerzensgeld), 26 ocupando, dessa forma, um lugar singular no cenário europeu.27-28 Não se indeniza a dor do luto ou outras reações negativas, como uma profunda tristeza, o sofrimento, a angústia etc. Para que haja responsabilização em favor do terceiro, exige-se a comprovação médica de uma doença psíquica. 29-30 Portanto, os familiares da vítima somente obtêm indenização na hipótese de "choque nervoso" (Schockschaden), 31 casuística cuja existência e razão de ser se explicam no contexto do regime de responsabilidade civil adotado pelo BGB, o qual, ao contrário dos Códigos brasileiro e francês, não dispõe de uma cláusula geral de responsabilidade civil por ato ilícito. Há, simplificadamente, três figuras delituais: i) a violação de direito ou bem jurídico absoluto (§ 823 I do BGB); ii) a infração de "lei de proteção" (Schutzgestz) (§ 823 II do BGB); e iii) o dano provocado de maneira dolosa e contrária aos bons costumes (§ 826 do BGB)." (REINIG, Guilherme Henrique Lima. SILVA, Rafael Peteffi da. *Dano reflexo ou por ricochete e lesão à saúde psíquica: os casos de "choque nervoso" (Schockschaden) no direito civil alemão.* Revista Eletrônica Civilistica, ano 6, nº 2, 2017, pag. 4/6).

próprio), nos termos do artigo 47[632] da referida lei[633]. Os artigos 44[634] e 45[635] ainda trazem outras regras interessantes[636]., em especial o chamado "daño inmediato"[637].

---

[632] "Artículo 47. Compatibilidad de la indemnización a los herederos con la indemnización a los perjudicados por la muerte del lesionado.
En el caso de que el fallecimiento del lesionado se haya producido por causa de las lesiones padecidas y antes de fijarse la indemnización, la indemnización que corresponda a sus herederos según lo previsto en los artículos anteriores es compatible con la que corresponda a los perjudicados por su muerte."

[633] "Aquí se retoma la postura que el Tribunal Supremo ha defendido61 y proclamado en torno a la compatibilidad de ambas indemnizaciones. Esta compatibilidad entre el resarcimiento por lesiones permanentes (que debe englobar el período transcurrido desde la fecha del accidente, hasta el momento de la defunción) y la indemnización por muerte, no sólo puede manifestarse cuando la víctima expiró antes de ejercer acciones judiciales, sino también cuando lo hizo, pero ante órganos incompetentes. La nueva normativa prevé expresamente también la acumulación de la indemnización en favor de los herederos (arts. 44 y 45), con aquella por la muerte del lesionado (familiares y eventualmente, allegados, art. 47))." (FERRANTE, Alfredo. *Muerte del lesionado antes de recibir la indemnización derivada de acidentes de circulación: la nuuova solución española del <daño inmediato>*. In Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial nº 37. Madrid: Thonson Reuters, mayo-agosto 2015, pags. 83/84).

[634] "Artículo 44. Indemnización por lesiones temporales en caso de fallecimiento del lesionado antes de fijarse la indemnización.
La indemnización que deben percibir los herederos del lesionado se fijará de acuerdo con el tiempo transcurrido desde el accidente hasta la estabilización de sus lesiones, o en su caso, hasta su fallecimiento, si éste es anterior."

[635] "Artículo 45. Indemnización por secuelas en caso de fallecimiento del lesionado tras la estabilización y antes de fijarse la indemnización.
En el caso de lesionados con secuelas que fallecen tras la estabilización y antes de fijarse la indemnización, sus herederos perciben la suma de las cantidades que resultan de las reglas siguientes:
a) En concepto de daño inmediato, el quince por ciento del perjuicio personal básico que corresponde al lesionado de acuerdo con las tablas 2.A.1 y 2.A.2.
b) Las cantidades que correspondan al porcentaje restante del perjuicio personal básico y a la aplicación de las tablas 2.B y 2.C en lo relativo al lucro cesante, en proporción al tiempo transcurrido desde la fecha de la estabilización hasta el fallecimiento, teniendo en cuenta la esperanza de vida del fallecido en la fecha de la estabilización, de acuerdo con la tabla técnica de esperanzas de vida (TT2) incluida en las bases técnicas actuariales a las que se refiere el artículo 48.
A los efectos de este cálculo se considera que la esperanza de vida de víctimas de más de ochenta años es siempre de ocho años."

[636] "El supuesto se aplica tanto cuando la víctima ha impetrado una reclamación judicial o extrajudicial, como cuando no lo ha hecho antes de su deceso. Esencialmente, pueden resumirse tres casos de aplicación del art. 44. Son los casos en que I) el crédito indemnizatorio todavía no ha prescrito y el sujeto muere sin haberlo demandado. Aquí son los herederos quienes solicitarán la indemnización; II) la víctima ha reclamado extrajudicialmente la indemnización, pero muere antes de acudir a los tribunales. El periodo puede ser más o menos largo, pero lo importante es que la prescripción no se haya interrumpido; III) la víctima ya ha iniciado el proceso judicial, la prescripción se ha interrumpido, pero muere en pendencia de proceso. Es el caso de sucesión procesal analizada antes (*vid. supra*). En caso de secuelas, la disposición atribuye una indemnización que se mueve según un doble patrón. Por un lado, una cuota *una tantum* –el llamado «daño inmediato»– que se complementa con otra, de naturaleza variable y proporcional. En definitiva, la nueva normativa abraza el criterio jurisprudencial (*vid. supra*) de reducir proporcionalmente la indemnización de acuerdo con el tiempo vivido y la esperanza de vida en el momento del accidente, pero considera oportuno acompañarla de una cantidad *una tantum* –correspondiente al 15% del total de la secuela– como *bonus* para compensar la baja en la indemnización." (FERRANTE, Alfredo. *Muerte del lesionado antes de recibir la indemnización derivada de acidentes de circulación: la nuuova solución española del <daño inmediato>*. In Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial nº 37. Madrid: Thonson Reuters, mayo-agosto 2015, pags. 86/87).

[637] "La letra a) del futuro art. 45 introduce, con carácter innovador el llamado «daño inmediato», por el cual se decide indemnizar *una tantum* a los herederos si el lesionado con secuelas fallece antes de fijarse la indemnización. Al margen de que la comisión mantiene tanto las lesiones y la muerte como dos conceptos perjudiciales diferentes, busca compensar los importes irrisorios75 que derivarían de la simple indemnización proporcional de las lesiones según el tiempo vivido. En este sentido, se toma conciencia de que la incorporación

No Brasil, desconhece-se julgados que tenham versado sobre o tema. A jurisprudência concede legitimidade para pleitear o dano moral puro aos parentes da vítima, não sendo discutida a possibilidade de um dano autônomo decorrente do evento morte. Nem mesmo o DPVAT – seguro obrigatório para a hipótese de acidentes rodoviários – prevê qualquer valor de indenização na hipótese de óbito da vítima (apenas para invalidade total ou parcial).

Em sede de conclusão, nos parece que o cerne da discussão sobre a ressarcibilidade, ou não, do evento "morte" recai sobre o fim da personalidade jurídica. Todos os demais argumentos são relativamente simples de serem rebatidos, como, aliás, já demonstra a doutrina italiana à exaustão

Do ponto de vista lógico-argumentativo, não faz sentido tutelar civilmente a saúde, a propriedade, a privacidade, dignidade e deixar a vida apenas afeta ao direito penal. A vida é possivelmente o bem máximo do ordenamento jurídico[638]; a Constituição Federal brasileira tutela a vida no artigo 5º da Constituição Federal, sob a alcunha de direitos fundamentais, alçado à cláusula pétrea pelo Poder Constituinte.

É bastante complicado, fora deste contexto lógico-argumentativo e de justiça social, ultrapassar a barreira do fim da personalidade. Há quem sustente que no momento do dano, a pessoa estaria viva[639]; o que não é bem verdade, na medida em que, repise-se, "onde está a morte, não está a vida".

---

de los criterios fijados por el Tribunal Supremo no son, por sí solos, suficientes para resolver la peculiar situación aquí analizada. La reforma opta por fijar una cuantía proporcional del 15% del total relativo a la lesión que se ha sufrido, según la tabla 2.A, sobre perjuicio personal básico. Si bien este importe porcentual se fija de manera aleatoria y aparentemente sin un criterio prestablecido, es meritoria, en un sistema como el español, la introducción de este mecanismo para compensar los bajos montos que conllevan indemnizaciones otorgadas según la duración de la vida. En cambio, en ordenamientos como el italiano, en que se indemniza *iure propio* a la víctima por su muerte, este problema no se plantearía." (FERRANTE, Alfredo. *Muerte del lesionado antes de recibir la indemnización derivada de acidentes de circulación: la nuuova solución española del <daño inmediato>*. In Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial nº 37. Madrid: Thonson Reuters, mayo-agosto 2015, pags. 94/95).

638 "A primeira questão que se coloca é a de saber se a morte de uma pessoa deve ser considerada como um dano. Temos, por nós, que a resposta deve ser, seguramente afirmativa. A vida representa uma vantagem, um bem, no sentido próprio da expressão: será mesmo o bem mais importante, de que todos nós dispomos." (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil, Volume VIII, Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 517).

639 "Não há dúvida que, "no momento da violação", o titular do direito à vida estava vivo, caso contrário, não haveria "violação" de direito, já que só tem direito à vida quem está vivo e não é possível ofender o direito à

Menezes Cordeiro trilha caminho interessante e com o qual concordamos. Não importa o momento em que o dano ocorre (se antes ou depois da morte), mas sim no fato de que ele ocorre. E violado o direito à vida, nasce, para os sucessores da vítima, o direito de pleitear indenização em substituição à vítima[640].

A nosso sentir, o reconhecimento do "dano da morte" passa, provavelmente, por uma ficção jurídica (nada anormal, lembrando que o Direito Civil é cheio delas). Esta ficção recairia sobre o seguinte ponto: (i) titularização do direito de crédito no último batimento cardíaco (aquisição no instante "zero", entre o fim da vida e o início da morte).

Uma segunda solução seria o reconhecimento de que a ressarcibilidade do "dano da morte" decorreria do próprio fato, independentemente de quaisquer outros fatores. O fundamento seria a violação do direito à vida, e não o sofrimento da vítima (que inexistiria na hipótese da morte instantânea).

Ambas as soluções são perfeitamente tuteladas juridicamente e não encontram óbice legislativo. Como pontua Menezes Cordeiro, "se a morte não é ressarcível, então a vida não é um direito subjetivo; ora isso representaria, por puras razões conceptuais, um enorme retrocesso na defesa da dignidade humana, alcançada nas últimas décadas"[641].

---

vida de quem já não a tem. A afirmação é de uma lógica irretorquível: para morrer é preciso estar vivo, e quem está vivo é sujeito de direitos e merece a prometida proteção constitucional." (PINTO JUNIOR, Amaury Rodrigues. O dano morte: a existência jurídica do "pretium mortis". Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, Campo Grande, MS, n. 20, 2015, pag. 47).

640 "A questão não deve, metodologicamente, ser resolvida à face da resposta encontrada para o momento em que surge o dano – se com a própria morte, não havendo, então já, qualquer pessoa lesada, ou se no momento da acção e antes da morte, existindo, ainda, o sujeito lesado: a responsabilidade emerge da imputação de um dano, sendo a indemnização o produto da valoração jurídica dessa imputação; existindo dano e imputação – e esses requisitos verificam-se, aqui, inquestionavelmente, há responsabilidade, de nada interessando a existência do lesado, desde que este tenha sofrido o dano em causa. Basta o reconhecimento do direito à vida como bem pessoal para existir tal lesão. (...). A questão de saber se o dano-morte é, ou não, indemnizável não pode ficar dependente de locubrações teóricas, assentes em exercícios silogísticos formais. O Direito civil que tem como fulcro fundamental a pessoa humana individualmente considerada não pode deixar de sancionar o dano-morte" (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil, Volume VIII, Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2014, pags. 521/522).

641 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil, Volume VIII, Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2014, pag. 522. E continua o autor: "Não faz sentido descobrir "direitos" e, depois, negar-lhes o regime; se existe um direito à vida (e a aposta atual é claramente afirmativa), então há que se dotá-lo da competente tutela aquiliana, logicamente a favor do seu titular (...)."

CONCLUSÃO

A conclusão da pesquisa é provavelmente a parte mais complexa a ser desenvolvida pelo pesquisador. Nela se encontra a síntese de todo trabalho desenvolvido e das descobertas proporcionadas pela atividade de pesquisa.

Nesta linha de raciocínio, é necessário retomar a introdução da pesquisa. Lá, foi explicitado que a problemática gira em torno da tipologia do chamado dano extrapatrimonial. A razão da pesquisa era tentar compreender se a categoria dos danos extrapatrimoniais é una ou plúrima, a partir da análise doutrinária e empírica das lesões passíveis de serem impingidas a uma pessoa humana.

Admite-se que as decisões conflitantes encontradas na jurisprudência sempre trouxeram questionamentos. Isso é facilmente notado em casos de acidentes áereos/ferroviários, nos quais se reconhece indenização praticamente idêntica a todos os familiares. Pouco se questiona sobre danos psíquicos e danos existenciais nestas situações. Pouco parece importar se o cônjuge supérstite ou os filhos conseguiram seguir sua vida normalmente ou não. Em alguns momentos, tudo parece caminhar para um simples dever de indenização por dano moral *in re ipsa*. Como se essa indenização pudesse compensar efetivamente todo o prejuízo sofrido. E como se o prejuízo sofrido, fosse tão somente de natureza “moral”.

Isto parece acontecer porque desde cedo aceitamos que o dano moral é categoria una e, desta forma, aceitamos no máximo a cumulaçao dos danos estéticos causados. A jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça entende que, em regra, a maior indenização a título de danos morais é aquela paga aos familiares na hipótese de falecimento do ente querido, hipótese na qual determina a indenização no valor de 500 (quinhentos) salários mínimos.

Chama atenção, contudo, exatamente o fenômeno acima noticiado. O pleito indenizatório, em tese, deveria reparar todos os danos de natureza extrapatrimonial causados ao ente familiar sobrevivente. A jurisprudência, contudo, raramente analisa os impactos concretos da perda do ente familiar na própria relação familiar e social do núcleo

sobrevivente. É como se todos reagissem da mesma forma e como se todos os danos fossem iguais, o que está muito longe de ser verdade.

Felizmente, isso começa a mudar inclusive no próprio Superior Tribunal de Justiça. Como se mostrou ao longo destre trabalho, julgados sobre outras espécies de danos extrapatrimoniais, apesar de tímidos, começam a surgir no Poder Judiciário brasileiro. Temas como danos psíquicos, dano existencial e dano à convivência social se tornam cada vez mais frequentes na doutrina.

A necessidade de repensar a categoria dogmática dos danos extrapatrimoniais é enfrentada por diversos outros autores, não só do Brasil, como de outros partes do mundo, tal qual explicitado ao longo desta pesquisa. O próprio legislador já se atenta para a problemática, como se vê na classificação sedimentada no novel Código Civil argentino ("Art. 1738 - La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.").

O Direito, como ciência social aplicada, é reflexo da sociedade. São eles umbilicalmente vinculados, de sorte que a ruptura entre um e outro é sempre problématica. É bem verdade que o Direito muitas vezes serviu para fundamentar e legitimar Estados totalitários, mas, ainda assim, ela apenas o fez porque os valores presentes naquela sociedade assim o validaram. E mesmo em um Estado totalitário, o Direito está presente (para o mal e para o bem).

Assim, a evolução da sociedade condiciona o Direito e é por ele condicionada. Nos últimos dois séculos acompanhou-se uma evolução sem paradigmas da tutela da pessoa humana. As primeiras e segundas revoluções industriais fizeram nascer a doutrina social, que impactou diretamente no remodelamento do direito e da própria economia. O liberalismo econômico e jurídico do séc. XIX cedeu espaço para o Estado do bem-estar social, com o surgimento e regulamentação dos direitos trabalhistas, da função social dos contratos e da propriedade.

A evolução tecnológica fez com que o Direito criasse mecanismos de proteção da pessoa humana. Assim, evoluiu a responsabilidade civil do sistema baseado na culpa para aquele baseado no risco da atividade desenvolvida. Também com este mote foram sancionados o direito à privacidade (por conta da criação da máquina fotográfica) e a proteção dos dados pessoais, dentre outros.

As duas grandes guerras mundiais – e principalmente os eventos trágicos ocorridos com a população judia e outras minorias – permitiu a sedimentação dos Direitos Humanos, que já existiam há alguns séculos, mas que passaram a ser alvo de intensa preocupação e tutela apenas a partir da metade do século XXI.

A Constituição Federal italiana de 1947 finalmente posiciona o homem no centro do ordenamento jurídico (ao invés do patrimônio), ao criar a figura da dignidade da pessoa humana, o que mais tarde veio a se consolidar em diversos outros países europeus e não europeus (Brasil, inclusive).

Toda essa evolução da tutela da pessoa humana não aconteceu por acaso ou por vontade de uma pessoa, mas sim porque a sociedade passou a demandar e a exigir do direito a resposta necessária para os problemas sociais que se manifestaram – e que se mnifestarão para todo o sempre.

Assim o é com o tema desta pesquisa. Há que se reconhecer – é passada a hora, aliás – a pluralidade dos danos extrapatrimoniais e, a partir disso, repensar a sua tipologia. É este o objetivo principal que ora se propõe. Para tanto, estabeleceu-se 5 (cinco) espécies de dano extrapatrimonial (ou moral, como são mais conhecidos no Brasil): (i) dano moral puro; (ii) dano biológico, de onde decorrem os danos à saúde corpórea, psíquica e à convivência social; (iii) dano estético; (iv) dano existencial e (v) dano da morte.

A tipologia aqui proposta parte das espécies de lesão que a pessoa humana pode sofrer. Desta forma, se for lesão anímica, se falará em dano moral puro, figura bastante conhecida no Brasil. Diante de uma lesão à saúde (integridade física, psíquica e convivência social, segundo a OMS), se falará em dano biológico (ou dano à saúde). Se a lesão for de natureza corpórea de forma a modificar na vítima ou na sociedade a percepção do “eu”, então se falará em dano estético. A lesão que modificar o plano de vida de uma pessoa e que não

decorra de uma lesão à saúde, será conhecida como dano existencial. Por fim, denota-se que todos os direitos da personalidade e humanos são tutelados juridicamente, tanto do ponto de vista penal quanto do ponto de vista civil, exceto um: a morte. O evento morte é chancelado apenas no direito penal, não se reconhecendo ao falecido uma indenização por ter pedido a vida. É por esta razão que se deve sim reconhecer uma indenização em nome próprio, a ser executada pelos seus sucessores, como trabalhado exaustivamente no capítulo 3.6..

Esta classificação independe de qual foi o direito da personalidade lesado. O que importa verificar, de forma objetiva, é a natureza da lesão causada. Eventual pluralidade de direitos da personalidade violados poderia, no máximo, implicar na majoração da indenização pelo critério "extensão do dano", previsto no artigo 944 Código Civil brasileiro.

Deve também ser reconhecida a possibilidade de cumulação dos danos acima elencados, na esteira do que hoje já ocorre com o dano moral e com o dano estético.

A pesquisa também mostrou que ao lado da necessidade de se repensar a tipologia dos danos à pessoa humana, faz-se imperioso repensar a própria ideia de patrimônio. O patrimônio é tradicionalmente visto como o complexo de direitos e deveres de uma pessoa. Tradicionalmente, sempre vinha acompanhado da expressão "com valor econômico". Isto acontecia porque os chamados direitos da personalidade apenas foram categorizados e reconhecidos no século XIX, de sorte que antes disso todos os direitos e deveres tinham cunho patrimonial ou moral (mas esses não eram juridicamente exigíveis).

Com a sedimentação dos direitos da personalidade e com a alteração do eixo motor do direito privado (do patrimônio para a pessoa), devemos entender que os direitos da personalidade, direitos fundamentais e direitos humanos integram também o patrimônio (conjunto de direitos e deveres) de uma pessoa. Trata-se, por óbvio, de tema intrincado, mas que já vem recebendo olhar diferenciado por parte da doutrina brasileira e ocidental.

Assim, a segmentação em danos patrimoniais e extrapatrimoniais passa a ser científica e dogmaticamente equivocada. Igualmente equivocado falar em danos a pessoas e danos a coisas, na medida em que todo dano recai sobre uma ou mais pessoas. Mais adequado seria reconhecer que todo e qualquer dano tem como vítima uma ou mais pessoas, podendo, a partir daí, causar prejuízos econômicos e não econômicos à pessoa. Pouco importa se o

dano recaiu sobe uma coisa ou sobre um direito da personalidade. O direito não tutela o dano *per si*, mas sim as consequências daquele dano (que em alguns casos são presumidos – *in re ipsa* – e em outros precisam ser provados), de sorte que tanto a coisa quanto o direito da personalidade podem gerar prejuízos econômicos e não econômicos.

A evolução do direito faz com que surjam diversas classificações, as quais, passadas algumas décadas, se tornam desnecessárias. Entretanto, como já nos acostumamos a elas, permitimos que elas continuem a vagar erroneamente pelos corredores das faculdades e dos tribunais. Não basta que o Direito seja preciso, ele precisa ser "limpo", direto e simples.

Apesar de escorado no sistema italiano – o qual, por restrição legislativa, precisou avançar na tipologia dos danos a pessoa –, não se trata da simplória importação da solução lá encontrada. O cuidado com as particularidades da tradição e do sistema brasileiro estão presentes em diversas passagens, como no reconhecimento da autonomia do dano estético e não seu inserimento no dano biológico.

Aliás, não é porque o direito italiano precisou encontrar soluções diferentes para a questão da responsabilidade civil e a reparabilidade dos danos causados que nós não precisemos fazê-lo.

Boa parte da evolução do Direito ocorre exatamente por conta de restrições legais. Exemplos existem aos montes. Deste o sistema contratual tipificado romano, que não impediu o surgimento e o desenvolvimento dos contratos atípicos através de negócios jurídicos indiretos, até mesmo a falta de previsão legal no Brasil, e em boa parte do mundo, da indenização por danos extrapatrimoniais no início do séc. XX..

É o que ocorreu na Itália com as restrições impostas pelos artigos 2043 e 2059 do Código Civil italiano, que exigiu da doutrina e da jurisprudência a criação de uma tipologia muito mais bem desenvolvida do que a do resto do ocidente, que, agora, passa, em maior ou menor grau, a reconhecer o acerto da tipologia proposta.

O ponto principal deste trabalho é, pois, observar a necessidade da rediscussão da tipologia dos chamados danos extrapatrimoniais. Sem a pretensão de esgotar o tema ou propor dogmas, a ideia foi chamar a atenção para o fenômeno da tipologia dos danos, assim

como já fizeram, com outras metodologias, outros autores no Brasil. O Direito é uma ciência viva e precisa ser repensado diariamente, a fim de melhor atender aos interesses e às demandas sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACHILLE, Davide. *(Dis)orientamenti sul danno da perdita della vita: attendendo le sezioni unite*. Diritto & Giustizia, fasc.1, 2014, pag. 15.

- AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil – Tomo I.* Rio de Janeiro: Forense, 1944.

- _____. *Da Responsabilidade Civil – Tomo II.* Rio de Janeiro: Forense, 1944.

- ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano Existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. In* Doutrinas Essenciais de Dano Moral, vol. 1, fls. 1055/1093. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato.* Padova: CEDAM, 2013.

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano.* Rio de Janeiro: Forense, 2012.

- ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências.* São Paulo: Saraiva, 1949.

- ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional.* São Paulo: Atlas, 2008.

- AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério Científico pra distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis.* Revista de Direito Processual Civil, vol. 3, pag. 95/132, jan/junho 1961.

- ANDRADE, Manual A. Domingues. *Teoria Geral da Relação Jurídica – Vol. 1.* Coimbra: Almedina, 2013.

- ARRAES, Roberto Batista Montefusco. *O dano estético: conceito e incidência à luz das novas perspectivas doutrinárias e jurisprudenciais. In* Revista de Direito Privado, vol. 44, out-dez/2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pags. 106-136.

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil, Tomo I, Teoria Geral.* São Paulo: Saraiva, 2010.

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil.* São Paulo: Atlas, 2011.

- AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004.

- BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços.* Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999.

- BARROSO, Lucas Abreu. DIAS, Eini Rovena. *O dano psíquico nas relações civis e de consumo. In* Revista de Direito do Consumidor, vol. 94, jul-ago/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pags. 87-112.

- BELLANTONI, Domenico. *Lesione dei Diritti della Persona.* Padova: CEDAM, 2000.

- BELTRÃO, Silvio Romero. *Limites ao livre desenvolvimento da personalidade e o estudo de um caso concreto. In Direito Civil – Estudos em Homenagem a José de Oliveira Ascensão – Vol. 2 – Direito Privado (Coords José Fernando Simão e Silvio Romero Beltrão).* São Paulo: Atlas, pag. 63 e ss..

- BIANCA, Massimo C. *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della cassazione attesa da tempo*. Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.2, 2014, pag. 0493C.

- _____. *Diritto Civile – Vol. 5 – La Responsabiltà.* Milano: Giuffrè Editore, 2012.

- BIONDI, Biondo. *Istutuzioni di Diritto Romano.* Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952.

- BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade.* São Paulo: Saraiva, 2015.

- _____. *Reparação Civil por Danos Morais.* São Paulo: Saraiva, 2015.

- BONA, Laura Di. *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

- BONA, Marco. Danni *tanatologici non pecuniari iure successionis e iure proprio: vecchi e nuovi rompicapi dal risarcimento della perdita della vita al danno esistenziale da uccisione*. Giurisprudenza italiana, fasc.08-09, 1999, pag. 1636.

- _____. *Il danno biologico. In Il Danno alla Persona (a cura di Giuseppe Monateri).* Torino: UTET, 2000.

- _____. MONATERI, Pier Giuseppe. *Il danno alla persona.* Padova: CEDAM, 1998.

- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Dos direitos da personalidade. In Teoria Geral do Direito Civil (coords. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni).* São Paulo: Atlas, 2008, pag. 242 e ss..

- BULFINCH, Thomas. *O livro de ouro da mitologia.* Ed. Martin Claret, 2013.

-BUSNELLI, Francesco Donato. ROMANO, Carlo. *Danno biologico e danno alla salute. In* Rassegna di Diritto Civile, 1986, pags. 317/326.

- CARNEIRO, Maria Francisca. *Por uma epistemologia comparativa do dano moral. In* Revista de Direito Consitucional e Internacional, vol. 44, jul-set/2003, pags. 163-185.

- CASSANO, Giuseppe. *Il danno da morte redivivo*. Diritto di Famiglia e delle Persone (Il), fasc.2, 2014, pag. 812.

- CENDON, Paolo. ZIVIZ, Patrizia. *Il Risarcimento del Danno Esistenziale.* Milano: Griuffrê Editore, 2003.

- CENDON, Paolo. *Non so di sola salute vive l'uomo. In Il Danno Esistenziale: una nuova categoria della responsabilità civile (a cura di Paolo Cendon e Patrizia Ziviz).* Milano: Giuffrè Editore, 2000.

- CHALHUB, Melhim Namem. *Trust - perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

- CICCO, Maria Cristina de. *Atos de disposição do próprio corpo entre autonomia e dignidade da pessoa humana.* Revista Eletrônica Civilistica.com, Ano 2, n. 2. 2013,. Disponível em http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Cicco-civilistica.com-a.2.n.2.2013.pdf. Acessado e visualizado em 13.10.2019.

- COMPARATO Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.* São Paulo: Saraiva, 2015.

- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil – IV – Parte Geral e Pessoas.* Coimbra: Almedina, 2011.

- _____. *Tratado de Direito Civil, Volume VIII,, Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2014.

- _____. *Tratado de Direito Civil, Volume IX, Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2014.

- COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado. In* Revista dos Tribunais, vol. 667, maio/1991. São Paulo: Revista dos Tribunais, pags. 7-16.

- CRICENTI, Giuseppe. *Il Danno non patrimoniale.* Verona: CEDAM, 2006.

- D'AMICO, Paolo. *Sui criteri distintivi tra danno psichico e danno morale. In* Rassegna di Diritto Civile, vol. 3, 2002, pags. 473/496.

- D'APOLLO, Luca. VENDITTI, Claudio. *Il nuovo danno alla persona.* Matelica: Nuova Giuridica, 2009.

- DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil – Teoria Geral.* Rio de Janeiro: Forense, 2001.

- DE CUPIS, Adriano. *Il Danno – Teoria Generale della Responssabilità Civile.* Vol. 1. Milano: Giuffrè Editore, 1979.

- _____. *Il Danno – Teoria Generale della Responssabilità Civile.* Vol. 2. Milano: Giuffrè Editore, 1979.

- _____. *Contributi alla Teoria del Risarcimento del Danno.* Milano: Giuffrè Editore, 1939.

- DE GIORGI, Maria Vita. *Danno alla salute. In* Rivista di Diritto Civile, 1992, pags. 825/860.

- DELGADO, José Augusto. *O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988: Cláusulas Gerais e Conceitos Indeterminados. In* Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil: Escritos em Homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

- DI LAURO, Antonino Procida Mirabelli. FEOLA, Maria. *La Responsabilità Civile: Contratto e Torto.* Torino: G. Giapicchelli Editore, 2014.

- DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil – vol. 1.* Madrid: Tecnos, 2012.

- DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil, Volume 2, Tomo II.* Madrid: Ed. Tecnos, 2013

- DOGLIOTTI, Massimo. *Danno non patrimoniale e diritto alla salute. In* Rassegna di Diritto Civile, 1981, pags. 783/797.

- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2007.

- _____. *Domínio da vida – aborto, eutanásia e liberdades individuais.* São Paulo: Martins Fontes, 2009.

- EMILIOZZI, Enrico Antonio. *Il Danno alla Persona – Profili sistematici e ricostruttivi.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.* Rio de Janeiro: Renovar.

- FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, vol 1, Parte Geral e LINDB.* São Paulo: Atlas, 2015.

- FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil, vol. 3 – Responsabilidade Civil.* São Paulo: Atlas, 2015.

- FASANO, Annammaria. *Il danno non patrimoniale.* Torino: UTET, 2004.

- FERRAÇO, André Augusto Giuriatto. BRITTO, Igor Rodrigues. *Danos morais no direito do consumidor e punitive damages: pedagogia para o judiciário.* Revista de Direito do Consumidor – Ed. Revista dos Tribunais, vol. 110/ 2017 , fls.. 117 – 138, Mar-Abr / 2017.

- FERRANTE, Alfredo. *Muerte del lesionado antes de recibir la indemnización derivada de acidentes de circulación: la nuuova solución española del <daño inmediato>.* In Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial nº 37. Madrid: Thonson Reuters, mayo-agosto 2015, pags. 65-102.

- FERREIRA, Keila Pacheco. BIZELLI, Rafael Ferreira. *A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil constitucional. In* Revista de Direito Privado, vol. 54, abr-jun/2013, pags. 11-43.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Indenização por dano moral puro e a fixação do quantum debeatur – a problemática questão so arbitramento. In* Revista de Direito do Consumidor, vol. 15, jul-set/1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, pags. 168-178.
- FLAMINI, Antonio. *Il Danno alla Persona.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Reparação do dano moral. In* Revista dos Tribunais, vol. 631, maio/1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pags. 29-37.
- FRANCALANCI, Anna Spinelli. *Diritto ala vita e danno tanalogico. Quale futuro?* Diritto di Famiglia e delle Persone (Il), fasc.2, 2015, pag. 456.
- FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A Cidade Antiga.* São Paulo: Edipro, 2009.
- GABBA, Carlo Francesco. *Note alla sentenza della Corte di Cassazioni di Palermo*. In Il Foro Italiano: Reccolta Generale di Giurisprudenza, anno 1896, Vol. XXI, pags. 685/706.
- GALGANO, Francesco. *Trattato di Diritto Civile. Volume Terzo.* Padova, CEDAM, 2015.
- GENNARI, Giuseppe. *I nuovi orientamenti giurisprudenziale. In Medicina e Diritto: Il nuovo danno non patrimoniale (a cura di Antonio Farneti, Monica Cucci e Sonia Scarpati).* Milano: Giuffrè Editore, 2005.
- GIANNINI, Gennaro. *Riflessioni sul danno da menomaione pschica. In Medicina e Diritto: Il Danno – Biologico, Patrimoniale, Morale.* Milano: Giuffrè Editore, 1995.
- _____. POGLIANI, Mario. *Il Danno da Ileccito Civile – Danno biologico, danno psichico, danno patrimoniale, danno morale, le tabele liquidative.* Milano: Giuffrè Editore, 1997.
- GERBI, Martina. *Disturbi mentali e sofferenze soggettive: quale spazio per una personalizzazione? Suggestioni e aporie del ricorso alla classificazione ICF*. Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario), fasc.3, 2015, pag. 1236.
- GIUSTI, Massimiliano. *La giurisprudenza sul danno biologico e morale terminale: natura e liquidazione.* Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.3, 2015, pag. 892.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. PIEDECASAS, Miguel A. *Contratos – Aspectos Generales.* Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.
- JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil – Tomo 1, vol. 1.* Buenos Aires: Bosch y cia. Editores, 1950.

- KAUFFMANN, Boris Padron. *O Dano Moral e a Fixação do Valor Indenizatório. In Revista de Direito do Consumidor,* vol. 39, jul-set. 2001, pags. 75-84, Editora Revista dos Tribunais.

- LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Obrigações.* Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1916.

- LACERDA, Galeno. *Indenização do Dano Moral.* In Doutrinas Essenciais do Dano Moral, vol. 4, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, pags. 819-829.

- LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Parte Geral.* São Paulo: Saraiva, 2013.

- LOPEZ, Teresa Ancona. *O Dano Estético.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

- _____. *Dano Existencial.* In Doutrinas Essenciais do Dano Moral, vol. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, pags. 1037-1053.

- LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado – Parte Geral.* São Paulo: Saraiva, 2004.

- MAGGI, Bruno Oliveira. *Nova Proposta de Classificação do Dano no Direito Civil. In* Revista de Direito Privado, vol. 32, out-dez 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pags. 32-54.

- MARIGLIANO, Antonio. FARNETI, Antonio. *I confini tra danno psichico e danno relazionale. In Medicina e Diritto: Il nuovo danno non patrimoniale (a cura di Antonio Farneti, Monica Cucci e Sonia Scarpati).* Milano: Giuffrè Editore, 2005.

- MARIOTTI, Paolo. ZOJA, Riccardo. *La sorte del danno esistenziale. In Medicina e Diritto: Il nuovo danno non patrimoniale (a cura di Antonio Farneti, Monica Cucci e Sonia Scarpati).* Milano: Giuffrè Editore, 2005.

- MARTINS COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In* Revista dos Tribunais, vol. 789, jul/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pags. 21-47.

- MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação.* Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 19, março/2001.

- _____. *Comentários ao Código Civil: do Inadimplemento das Obrigações, vol. 5, Tomo 2, arts. 389 a 420* (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- MAZZONI, Cosimo Marco. *Instituzioni di Diritto Privato (a cura di Mario Bessoni).* Torino: G. Giappichelli, 2013.

- MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

- MINOZZI, Alfredo. *Studio sul danno non patrimoniale.* Milano: Società editrice libraria, 1901

- MONTEIRO, António Pinto. Monteiro. *Sobre a reparação dos danos morais*. Revista Portuguesa do Dano Corporal, nº 1, ano 1, 1992 pag. 1-19.

- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da Pessoa Humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

- _____. MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da Solidariedade* – disponível em http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf.

- MORAES, Walter. *A concepção tomista da pessoa.* Revista de Direito Privado, 2/187. Ed. Revista dos Tribunais.

- MOROSZCZUK, Jamile Azambuja. *O préjudice d'agrément do direito francês: contributos para a concretização e prova dos danos existenciais no excesso de horas extras*. Revista eletrônica: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações, Porto Alegre, RS, v. 12, n. 188, p. 51-66, jan. 2016.

- NALIN, Paulo. STEINER, Renata C.. *A Pessoa e o Direito na Obra de José de Oliveira Ascensão: entre a proclamação discursiva e a aplicação prática. In Direito Civil – estudos em Homenagem a José de Oliveira Ascensão – Vol. 2 – Direito Privado (Coords José Fernando Simão e Silvio Romero Beltrão).* São Paulo: Atlas, 2015, pag. 14 e ss..

- NANNI, Giovanni Ettore. *As situações jurídicas exclusivas do ser humano: entre a superutilização do princípio da dignidade da pessoa humana e a coisificação do ser humano.* Texto relativo a palestra proferida no I Colóquio Luso-Brasileiro sobre as perspectivas do Direito no Século XXI – Capítulo Portugal, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 20 de junho de 2013, no painel intitulado O Direito Civil e os Direitos do Homem.

- NAVARRETTA, Emanuela. *La « vera » giustizia e il « giusto » responso delle s.u. sul danno tanatologico iure hereditário*. Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.5, 2015, pag. 1416B.

- NERI, Demetrio. *Il diritto di dicidere la propria fine*. *In Trattato di Biodiritto – Il Governo del corpo – Tomo II (coords. Stefano Rodotà e Paolo Zatti*). Milano: Giuffrè Editore, 2011.

- NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil, Vol. 1, Tomo II, Parte Geral.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações.* São Paulo: Saraiva, 2013.

- OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas, 2014.

- PALMER, Vernon Valentine. Tradução e Notas por: Otávio Luiz Rodrigues Junior, Thalles Ricardo Alciati Valim. *Danos Morais: O despertar francês no século XIX*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 9, ano 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez 2016, pags. 225-241.

- PELLECCHIA, Enza. *La lesione della sfera sessuale del coniuge. In Il Danno Esistenziale: una nuova categoria della responsabilità civile (a cura di Paolo Cendon e Patrizia Ziviz).* Milano: Giuffrè Editore, 2000.

- PEREIRA, Fabio Queiroz. *Danos Estéticos: uma análise à luz da função social da responsabilidade civil e da dignidade humana. In* Revista de Direito Privado, vol. 50, abr-jun/2012, pags. 206-226.

- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

- PETTI, Giovanni Battista. *Il danno alla salute e il suo risarcimento.* Rivista Danno e Responsabilità, nº 5, 1996, pags. 541/548.

- PINTO JUNIOR, Amaury Rodrigues. O dano morte: a existência jurídica do "pretium mortis". Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, Campo Grande, MS, n. 20, p. 39-60. 2015.

- PLANIOL, Marcel. RIPERT, Georges. *Traité Élémentaire de Droit Civil.* Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947.

- POGLIANI, Mario. *Responsabilità e Risarcimento da Illecito Civile.* Milano: Dott. A. Giuffrè, 1964.

- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado – Tomo 7.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

- PORTUGAL, Carlos Giovani Pinto. *Responsabilidade Civil por Dano ao Projeto de Vida – Direito Civil Contemporâneo e os Danos Imateriais*. Curitiba: Ed. Juruá, 2016.

- REINIG, Guilherme Henrique Lima. SILVA, Rafael Peteffi da. *Dano reflexo ou por ricochete e lesão à saúde psíquica: os casos de "choque nervoso" (Schockschaden) no direito civil alemão.* Revista Eletrônica Civilistica, ano 6, nº 2, 2017.

- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações.* Rio de Janeiro: Forense, 2015.

- RODOLFI, Marco. *Il danno non patrimoniale (danno biologico, danno morale in senso stretto e altri danni ai diritti fondamentali della persona): i criteri di lquidazione. In Medicina e Diritto: Il nuovo danno non patrimoniale (a cura di Antonio Farneti, Monica Cucci e Sonia Scarpati).* Milano: Giuffrè Editore, 2005.

- RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona.* Editoriale Scientifica, 2007.

- RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *O Direito ao nome, à imagem e outros relativos à identidade e à figura social, inclusive a intimidade. In Direito Civil – Estudos em Homenagem a José de Oliveira Ascensão – Vol. 2 – Direito Privado (Coords José Fernando Simão e Silvio Romero Beltrão).* São Paulo: Atlas, pag. 03 e ss..

- ROSSETTI, Marco. *Il danno alla salute.* Milano: CEDAM, 2017.

- RSTON, Sergio Martins. *Dano Estético. In* Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 9, jan-jun/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pags. 95-103.

- SANTINI, José Raffaelli. *A reparação autônoma do dano moral. In* Revista dos Tribunais, vol. 739, maio/1997. São Paulo: Revista dos Tribunais, pags. 156-167.

- SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In Comentários à Constituição do Brasil (coords. J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck*). São Paulo: Almedina/Saraiva, 2013.

- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

- SASSAREGO, Carlos Fernandes. *Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral".* Disponível em http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18280/18525 - acessado em 20.06.2019.

- SAVOIA, Renato. *E' sempre sbarrata la strada che porta al danno tanatologico.* Diritto & Giustizia, fasc.15, 2016, pag. 73.

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

- SCOGNAMIGLIO, Claudio. *Il danno tanatologico e le funzioni della responsabilità civile.* Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.5, 2015, pag. 1430B.

- SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*, Rio de Janeiro: Forense, 1969.

- SILVA FILHO, Artur Marques. *A responsabilidade civil e o dano estético*. *In* Doutrinas Essenciais de Dano Moral, vol. 1/2015, fls. 921/939. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade Civil por Dano Existencial.* Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

- TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano.* Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1990.

- TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile.* Padova: CEDAM, 2013.

- TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República – Tomo I.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

- THOMAS JÚNIOR, Dimas Borelli. *Responsabilidade Civil do Médico. In* Revista dos Tribunais, vol. 741, jul/1997. São Paulo: Revista dos Tribunais, pags. 88-99.

- TOSCANO, Giovanni. *Danno biologico e danno morale. In Medicina e Diritto: Il Danno – Biologico, Patrimoniale, Morale.* Milano: Giuffrè Editore, 1995.

- VALERINI, Fabio. *La sofferenza della vittima che lucidamente assiste allo spegnersi della propria vita rappresenta un danno morale risarcibile.* Diritto & Giustizia, fasc.0, 2010, pag. 315.

- WARREN, Samuel. BRANDEIS, Louis. *The Right to Privacy.* Harvard Law Review, Vol. IV, nº 5, 15.12.1890.

- YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *A incompatibilidade do caráter punitivo da indenização do dano moral com o direito positivo brasileiro (à luz do art. 5º, XXXIX, da CF/1988 e do art. 944, caput, do CC/2202). In* Revista de Direito Privado, vol. 35, jul-set/2008, pags. 77-96.

- ZANINI, Leonardo Estevam de. *Direitos da Personalidade.* São Paulo: Saraiva, 2011.

- ZECCHIN, Francesco. *Struttura dell'illecito e danno alla salute fra italia ed inghilterra.* Europa e Diritto Privato, fasc.1, 2015, pag. 21.

- ZIVIZ, Patrizia. È *risarcibile la perdita della vita?* Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.5, 2011, pag. 1026.

- _____. *Illusioni perdute.* Responsabilita' Civile e Previdenza, fasc.5, 2015, pag. 1443B.

- _____. *La tutela riscarcitoria della persona – Danno morale e danno esistenziale.* Milano: Giuffrè Editore, 1999.