

A recepção dos danos existenciais no Direito brasileiro

William Galle DIETRICH*

L'Inti Ali Miranda FAIAD**

RESUMO: O estudo investiga a compatibilidade do dano existencial com o Direito brasileiro. Delimita a abordagem em três frentes: (i) investiga o dano existencial no Direito italiano, (ii) descreve como o dano existencial foi incorporado no Direito brasileiro e, com isso, (iii) faz uma avaliação crítica da recepção deste instituto jurídico. Procura, assim, apresentar as características do dano existencial no Direito italiano e faz um escrutínio sobre a (in)adequada recepção no Direito brasileiro. A hipótese do estudo é de que a recepção dos danos existenciais, no Brasil, pode ser feita, de maneira juridicamente adequada, observando alguns parâmetros e retificações específicas. Fez-se o uso de revisão bibliográfica e análise empírica de julgamentos.

PALAVRAS-CHAVE: Dano existencial; responsabilidade civil; direito comparado.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Contexto e conceito italiano; – 2.1. Primeiro marco: o problema do art. 2.059 do *Codice Civile* e o reconhecimento do dano biológico na *sentenza* 184/1986 da Corte Constitucional; – 2.2. Segundo marco: a revisão da estrutura tripartite da decisão 184/1986 da Corte Constitucional pelas decisões 8.827/2003 e 8.828/2003 da Corte de Cassação; – 2.3. Terceiro marco: os danos existenciais como espécie do gênero “danos morais” na decisão 26.972/2008: um recuo em uma tendência expansiva; – 3. O dano existencial no Brasil; – 4. Um conceito em transformação; – 5. Conclusão; – Referências bibliográficas.

TITLE: *The Reception of Existential Damages in Brazilian Law*

ABSTRACT: *The study investigates the compatibility of existential damage with Brazilian Law. It delimits the approach into three ways: Investigates existential damage in Italian Law, describes how existential damage was incorporated in Brazil and, therefore, makes a critical analysis. It thus seeks to present the characteristics of existential damage in Italian Law and examines its (in)adequate reception in Brazilian Law. The hypothesis of the study is that the reception of existential damages, in Brazil, can be done by observing some specific precautions and corrections. Bibliographical review and empirical analysis of judgments were used as research methods.*

KEYWORDS: *Existential damage; tort law; comparative law.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Italian context and concept; – 2.1. First milestone: the problem of art. 2,059 of the Codice Civile and the recognition of biological damage in sentence 184/1986 of the Constitutional Court; – 2.2. Second milestone: the review of the tripartite structure of decision 184/1986 of the Constitutional Court by decisions 8,827/2003 and 8,828/2003 of the Court of Cassation; – 2.3. Third milestone: existential damages as a species of the “moral damages” genre in decision 26,972/2008: a retreat in an expansive trend; – 3. The existential damage in Brazil; – 4. A changing concept; – 5. Conclusion; – Bibliographic references.*

* Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco/USP. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Membro da ABDpro/Associação Brasileira de Direito Processual; membro da Rede de Direito Civil Contemporâneo (USP, Un. Humboldt-Berlim, Un. de Coimbra, Un. de Lisboa, Un. do Porto, Un. de Roma II-Tor Vergata, Un.de Girona, UFMG, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFF, UFC, UFMT, UFBA e UFRJ). Professor no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da FADISP e professor convidado em cursos de pós-graduação.

** Doutor em Direito Econômico pela Faculdade de Direito do Largo do São Francisco/USP. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Largo do São Francisco/USP. Professor no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da FADISP.

1. Introdução

Utilizada por Clóvis Verissimo do Couto e Silva, a expressão “bartolismo” traduz-se em uma aconselhável preocupação que o jurista deve ter quando se trata de importação de institutos e doutrinas do direito comparado. Como apontado por Otavio Luiz Rodrigues Jr., o *approach* bartolista de investigação merece uma objeção veemente “quando se transforma em um enumerar de citações de autores estrangeiros, sem coerência de pensamento e sem que suas ideias possam ser reconduzidas a um sistema jurídico que não lhes reconhece utilidade, aplicabilidade ou assimilação”.¹

Essa preocupação inicial merece destaque já que o tema do dano existencial tem sua origem no Direito italiano. Daí por que não é um mero complemento, senão uma obrigação metodológica, delinear e delimitar o contexto e o conceito do instituto em sua origem. Os efeitos são sempre mais adequadamente conhecidos por suas causas. Uma solução — como o dano existencial — só se revela em todas as suas peculiaridades quando lida através do seu problema. Do contrário, a utilização do instituto converte-se em mero *bartolismo*, mais criando do que resolvendo problemas.

Sendo essa uma especial preocupação metodológica na organização da abordagem, este estudo pode ser descrito nos seguintes termos: tem como problema a investigação da compatibilidade do dano existencial, em seus contornos atuais, com o ordenamento jurídico brasileiro. Delimita a sua abordagem fazendo uma investigação dividida em três seções: na primeira, investiga o contexto e o conceito do dano existencial no Direito italiano; na segunda, procura descrever como o dano existencial vem sendo recebido no Direito brasileiro; por fim, na terceira, pretende estabelecer algumas considerações avaliativas sobre a questão.

Com essa estrutura, tem por objetivo o esclarecimento das características do dano existencial no Direito italiano e, por corolário, procura exercer um escrutínio sobre a (in)adequada recepção no Direito brasileiro. Tem como hipótese que a recepção dos danos existenciais, no Brasil, pode ser feita observando, contudo, alguns cuidados e retificações específicas. Dos métodos, faz o uso de revisão bibliográfica e análise empírica de julgamentos.²

¹ RODRIGUES Jr., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo*: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023, p. 27.

² Fica aqui o agradecimento expresso pela cordialidade e colaboração acadêmica de Flaviana Rampazzo Soares, pelo diálogo e disponibilização de seus textos; aos membros de Rede de Direito Civil Contemporâneo (USP, Un. Humboldt-Berlim, Un. de Coimbra, Un. de Lisboa, Un. do Porto, Un. de Roma II-Tor Vergata, Un. de Girona, UFMG, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFF, UFC, UFMT, UFBA e UFRJ), em especial ao Daniel Carnaúba, pelo diálogo, indicação de referências bibliográficas, a quem também se deve expressa menção, uma vez que a própria estrutura deste artigo se baseia em um vídeo gravado sobre o tema de sua autoria (CARNAÚBA, Daniel Amaral. Dano existencial: uma nova categoria de dano extrapatrimonial. São Paulo, 27 out. 2021. Disponível em: www.youtube.com/watch?v=uRX7lrrkxfg. Acesso 13 jan. 24).

2. Contexto e conceito italiano

O problema do dano existencial no Direito italiano pode ser bem compreendido através de alguns artigos de lei, mas, sobretudo, através da jurisprudência. Com efeito, como observou Gianluigi Morlini, a ideia da reparação do dano injusto tratava-se, desde 1960, de uma área em expansão, sendo certo que essa dilatação ocorreu menos por “modificações legislativas ou arguição de ilegitimidade constitucional” e mais por “uma modificação de interpretação por parte da jurisprudência”.³ Ou seja, o Poder que efetivamente criou a musculatura com a força necessária para reconhecer a reparabilidade do dano existencial foi o Judiciário.

Na jurisprudência italiana, tal evolução se dá sobretudo através de três marcos históricos específicos que seguem analisados nas subseções a seguir apresentadas.

2.1. Primeiro marco: o problema do art. 2.059, do *Codice Civile* e o reconhecimento do dano biológico na *sentenza* 184/1986 da Corte Constitucional

Em suas configurações iniciais, a caminhada de expansão da responsabilidade civil centrou-se no dano patrimonial e procurou reconfigurar uma interpretação excessivamente restritiva que tinha se estabelecido sobre o art. 2.043 do *Codice Civile*. O referido artigo dispõe que “qualquer ato doloso ou culposo, que cause dano injusto a outrem, obriga a pessoa que o cometeu a ressarcir o dano” (*qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*), e a interpretação predominante associava sua incidência à violação de direitos absolutos — direitos de personalidade, direitos reais *etc.* Nesse âmbito, houve uma evolução na aplicação do dispositivo, expandindo a incidência do art. 2.043 para casos que não exclusivamente os de violação de direitos absolutos. Por uma delimitação de espaço e de objetivo deste estudo, não é possível detalhar toda a evolução interpretativa do dispositivo, valendo destacar, contudo, as sentenças do caso Meroni (1971)⁴ e De Chirico (1982)⁵ que foram verdadeiros pontos de alargamento do âmbito de incidência do dispositivo e, portanto, de alteração dos padrões hermenêuticos vigentes.⁶

³ MORLINI, Gianluigi. Dano patrimonial e dano existencial. Trad. de Yone Frediani. *Revista de direito do trabalho*, v. 182, p. 193-222, out. 2017.

⁴ CORTE DI CASSAZIONE, 174, 26.01.1971.

⁵ CORTE DI CASSAZIONE, 2.765, 04.05.1982.

⁶ MORLINI, Gianluigi. Dano patrimonial e dano existencial. Trad. de Yone Frediani. *Revista de direito do trabalho*, v. 182, p. 193-222, out. 2017.

Embora o artigo 2.043 tenha sido importante nas discussões iniciais de expansão dos danos, o problema sobre o dano existencial merece um recorte que direcione a atenção aos aspectos históricos que colorem a evolução do dano extrapatrimonial no Direito italiano. E isso demanda um escrutínio específico das principais discussões envolvendo o art. 2.059 do *Codice Civile*. Considerado por alguns autores como um dispositivo de inspirações políticas próprias do Código,⁷ o referido artigo dispõe que “o dano não patrimonial deve ser ressarcido apenas nos casos estabelecidos em lei” (*Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge*), concretizando aquilo a que se chama de norma da tipicidade dos danos extrapatrimoniais.

O problema central do art. 2.059 concentra-se no fato de que o reconhecimento do dano extrapatrimonial fica condicionado à reserva legal. Mais do que isso: embora até existam hipóteses de reserva legal fora da esfera penal, fato é que o âmbito preponderante⁸ de aplicação do art. 2.059 depende especificamente do art. 185 do Código Penal italiano,⁹ que prescreve — entre as sanções de natureza cível — o ressarcimento dos danos (patrimoniais e extrapatrimoniais) derivados de crimes (*reati*). Vale dizer, o “*reato*” é fonte, mas sobretudo limite para a responsabilização dos danos não patrimoniais.¹⁰

A demarcação rígida, com reserva legal, do âmbito de incidência do art. 2.059 foi evidentemente um complicador. Sendo certo que a responsabilidade civil navegava nos mares abertos de uma era de expansão, o referido dispositivo configurava-se como uma verdadeira âncora. Dessa forma, o problema histórico inicial da discussão italiana pode ser sintetizado na seguinte questão: decorrente da redação do art. 2.059, a forte limitação dos danos patrimoniais aos casos do art. 185 do Código Penal fazia com que uma série de situações de bens da vida constitucionalmente salvaguardados ficassem carentes de

⁷ Cf. Lorenzo Ripa, “Si osservò come tale dicotomia fosse fortemente sperequata in direzione della nozione di danno inteso come diminuzione patrimoniale ed in quanto tale sempre riparabile, contrapposto a quello non patrimoniale, risarcibile ‘solo nei casi determinati dalla legge’ e, quindi, salvo ipotesi marginali, primariamente nei casi in cui il fatto costituisse al tempo stesso illecito civile e reato. L’idea di dare ingresso nell’ordinamento a questa ‘dicotomia zoppa’ può essere letta come un riconoscimento all’ideologia che sta alla base della formulazione dell’intero codice civile” (RIPA, Lorenzo. *Il danno non patrimoniale da inadempimento*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, p. 56).

⁸ CURSI, Maria Floriana. Il danno non patrimoniale e i limiti storico-sistematici dell’art. 2059 C.C. In: CARDILLI, Ricardo *et al.* (Org.). *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato: obbligazioni e diritti reali*. Napoli: Jovene, 2003, p. 103-104.

⁹ Articolo n. 185: 1. Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili; 2. Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui.

¹⁰ CURSI, Maria Floriana. Il danno non patrimoniale e i limiti storico-sistematici dell’art. 2059 C.C. In: CARDILLI, Ricardo *et al.* (Org.). *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato: obbligazioni e diritti reali*. Napoli: Jovene, 2003, p. 104.

tutela jurisdicional, tal como, por exemplo, o direito à saúde¹¹ (art. 32 da Constituição Italiana).¹²

É justamente com o direito à saúde que as diretrizes começaram a sofrer fortes mudanças. É na “*storica sentenza n. 184/1986*”¹³ — alguns autores referem-na, ainda, como a “*sentenza-trattato*”¹⁴ —, da Corte Costituzionale, que uma nova fase se inicia. Embora fosse possível constatar a existência de decisões anteriores,¹⁵ que decerto ajudaram a pavimentar o caminho, a sentença 184 é verdadeiramente um ponto de alteração — uma “*svolta dogmatica*”¹⁶ — nos danos extrapatrimoniais do Direito italiano.

¹¹ CURSI, Maria Floriana. Il danno non patrimoniale e i limiti storico-sistematici dell’art. 2059 C.C. In: CARDILLI, Ricardo *et al.* (Org.). *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato: obbligazioni e diritti reali*. Napoli: Jovene, 2003, p. 104.

¹² “Art. 32. La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

¹³ CHINDEMI, Domenico. Il “nuovo” danno non patrimoniale. *La nuova giurisprudenza civile commentata*, v. 22, p. 128-143, feb. 2006, p. 128.

¹⁴ CURSI, Maria Floriana. Il danno non patrimoniale e i limiti storico-sistematici dell’art. 2059 C.C. In: CARDILLI, Ricardo *et al.* (Org.). *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato: obbligazioni e diritti reali*. Napoli: Jovene, 2003, p. 107

¹⁵ Nesse sentido, “Nel 1979 la Consulta è stata chiamata ad intervenire per ben due volte sempre in materia di danno non patrimoniale con decisioni che ne hanno confermato il limite alla tutela previsto dall’art. 2059 c.c. Con la prima sentenza (n. 87/79), la Corte ha ricondotto la *ratio* della riserva di legge contenuta nell’art. 2059 c.c. a fisiologiche manifestazioni di discrezionalità del legislatore ordinario che appaiono ingiustificate rispetto a situazioni soggettive costituzionalmente garantite. Con la seconda (n. 88/79), lo stesso risultato è stato ottenuto indirettamente attraverso la discussione della legittimità dell’art. 2043 c.c., invocato per la tutela del danno alla salute. Nel confermare la legittimità dell’articolo 2043 c.c., la Corte ha precisato che l’ampia nozione di ‘danno non patrimoniale’ di cui all’art. 2059 c.c., è comprensiva di «qualsiasi pregiudizio che si contrapponga in via negativa, a quello patrimoniale, caratterizzato dall’economicità dell’interesse leso», e dunque del danno alla salute. Come è evidente, in quest’ultima decisione rimane sullo sfondo il problema della riserva di legge contenuta nel nostro articolo. In sostanza, si è realizzata un’operazione di definizione dell’ambito di applicazione dell’art. 2059 c.c. che riconfermando il limite della riserva di legge agli illeciti civili costituenti reato e precisando il contenuto del danno non patrimoniale come comprensivo di ogni genere di pregiudizio che tocchi interessi non economici, e quindi anche il danno biologico, ha finito con il ripresentare in tutta la sua gravità il problema. b) Quest’impostazione è stata superata da due successive sentenze della Cassazione (n. 3675/817 e n. 2396/838). La Corte, per evitare che la tutela del danno non patrimoniale (nella specie il danno biologico) dipendesse dalla riserva di legge prevista nell’art. 2059 c.c., si è affidata all’ampia nozione di ‘danno ingiusto’ contenuta nell’art. 2043 c.c., ricalcando la teoria suggerita a suo tempo dallo Scognamiglio. Questa soluzione obbliga ad un generale ripensamento della dialettica tra il danno patrimoniale – sino ad allora l’unico ad essere tutelato dall’art. 2043 c.c. – e il danno non patrimoniale, quale oggetto espresso dell’art. 2059 c.c. Se infatti il danno biologico, che è un danno non patrimoniale, viene tutelato dall’art. 2043 c.c., appare chiaro come si venga a creare un *tertium genus* di danni risarcibili che trasforma l’originaria dicotomia in una tripartizione: danni non patrimoniali, intesi come danni morali, tutelati dall’art. 2059 c.c.; danni ingiusti riguardanti i rapporti giuridici patrimoniali, tutelati dall’art. 2043 c.c.; e infine danni, sempre ingiusti, attinenti alla persona nella sua «proiezione soggettiva (biologica e sociale)», tutelati dall’art. 2043 c.c.” (CURSI, Maria Floriana. Il danno non patrimoniale e i limiti storico-sistematici dell’art. 2059 C.C. In: CARDILLI, Ricardo *et al.* (Org.). *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato: obbligazioni e diritti reali*. Napoli: Jovene, 2003, p. 105-107). Em sentido similar: “o nascimento do dano biológico está ligado à sentença do Tribunal de Genova de 25.05.1974, seguindo-se analogia adotada pelo mesmo Tribunal nos anos seguintes, tal como em 20.10.1975. As Cortes de Mérito genovesas assim procederam a partir de 1979 em diante, dando lugar à denominada jurisprudência alternativa. Em pouco tempo, o conceito de dano biológico foi reconhecido também, sob o plano da jurisprudência constitucional (decisões da Corte Constitucional 87/1979 e 88/1979) e pela jurisprudência de legitimidade (decisões da Corte de Cassação 3.675/81, 2.396/93, 4.661/84, 1.130/85e 3.025/86)” (MORLINI, Gianluigi. Dano patrimonial e dano existencial. Trad. de Yone Frediani. *Revista de direito do trabalho*, v. 182, p. 193-222, out. 2017).

¹⁶ MORLINI, Gianluigi. Dano patrimonial e dano existencial. Trad. de Yone Frediani. *Revista de direito do trabalho*, v. 182, p. 193-222, out. 2017.

Panoramamente reconstruída, a questão decidida tratava da necessidade de avaliação da constitucionalidade do art. 2.059 do Código Civil para fins de exclusão de danos ocorridos à saúde “somente em decorrência de crime, sendo necessário examinar aqui qual a noção de dano não patrimonial que o direito vigente extrai da interpretação do art. 2.059 do código civil”. Ou seja, ao averiguar qual seria precisamente a noção de dano não patrimonial, a Corte também haveria de se pronunciar “se, e em quais limites, o dano biológico é aplicável ao art. 2.059 do Código Civil”.¹⁷

Essa decisão acaba por receber contornos de relevância histórica porque é essencialmente através dela que opera uma redefinição dos limites do conceito de dano não patrimonial.¹⁸ A Corte fez um trabalho metucioso, tratando de explicitar suas justificativas na formação de sua interpretação e reconfiguração dos danos não patrimoniais. Para isso, utilizou de metódica histórico-sistemática e lógica.¹⁹

Com relação ao caráter histórico-sistemático, a decisão observou que os componentes de formação da legislação e do contexto jurídico, pretéritos ao *Codice Civile* de 1942, desaguavam na inevitável conclusão de que a limitação do art. 2.059 seria aplicável tão somente aos chamados danos morais subjetivos,²⁰ a saber, os danos causados no âmbito físico e/ou psicológicos. Em outros termos: segundo o direito vigente, a expressão “dano não patrimonial” constante no artigo 2.059 seria uma reserva legal tão somente para os danos morais subjetivos.²¹

¹⁷ No original: “Poichè le predette ordinanze chiedono la dichiarazione d’illegittimità costituzionale dell’art. 2059 del codice civile, nella parte in cui prevede la risarcibilità del danno non patrimoniale derivante dalla lesione d’un diritto costituzionalmente tutelato (salute) soltanto in conseguenza di reato, è doveroso qui esaminare quale nozione di danno non patrimoniale il diritto vivente trae dall’interpretazione dell’art. 2059 del codice civile. Soltanto precisando l’ambito di comprensione della predetta nozione, secondo l’esperienza della sua applicazione, è dato chiarire se, ed in quali limiti, al danno biologico sia applicabile l’art. 2059 del codice civile” (CORTE COSTITUZIONALE, 184, 30.06.1986).

¹⁸ CURSI, Maria Floriana. Il danno non patrimoniale e i limiti storico-sistematici dell’art. 2059 C.C. In: CARDILLI, Ricardo *et al.* (Org.). *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato: obbligazioni e diritti reali*. Napoli: Jovene, 2003, p. 107.

¹⁹ CURSI, Maria Floriana. Il danno non patrimoniale e i limiti storico-sistematici dell’art. 2059 C.C. In: CARDILLI, Ricardo *et al.* (Org.). *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato: obbligazioni e diritti reali*. Napoli: Jovene, 2003, p. 107-108.

²⁰ A conclusão vai no seguinte parágrafo: “L’esame della legislazione e dei relativi lavori preparatori nonché della giurisprudenza e della dottrina, precedenti e successive all’emanazione del vigente codice civile, induce a ritenere che nella nozione di danno non patrimoniale, di cui all’art. 2059 del codice civile, vadano compresi soltanto i danni morale subiettivi” (CORTE COSTITUZIONALE, 184, 30.06.1986). Vale destacar, contudo, que a sentença faz uma profunda análise, analisando profundamente elementos inclusive de *mens legislatoris* não apenas do Código Civil, mas também das legislações de caráter penal.

²¹ Nesse sentido: “Ed è da ricordare altresì da un canto che la giurisprudenza successiva all’emanazione del vigente codice civile identifica quasi sempre il danno morale (o non patrimoniale) con l’ingiusto perturbamento dello stato d’animo del soggetto offeso e dall’altro che ancor oggi la prevalente dottrina riduce il danno non patrimoniale alla sofferenza fisica (sensazione dolorosa) o psichica. Se, dunque, secondo il diritto vivente, l’art. 2059 del codice civile, che, peraltro, pone soltanto una riserva di legge, fa riferimento, con l’espressione ‘danno non patrimoniale’, al solo danno morale subiettivo, lo stesso articolo si applica soltanto quando all’illecito civile, costituente anche reato, consegue un danno morale subiettivo” (CORTE COSTITUZIONALE, 184, 30.06.1986).

Observado isso, a Corte passou a trabalhar com uma diferenciação tripartite para explicar o porquê da não incidência do art. 2.059 nos casos dos danos biológicos. Com efeito, além dos (i) danos morais subjetivos e dos (ii) danos patrimoniais, falar-se-ia, ainda, em um terceiro gênero, vale dizer, nos (iii) danos biológicos. Essa divisão tripartite foi elaborada com a contribuição de um critério elaborado pela Penalística — o relator do caso era o penalista Renato Dell’Andro²² —, a saber, a diferenciação entre dano-evento e dano-consequência.²³ Dell’Andro inicia a diferenciação admitindo que todo dano é, em sentido amplo, consequência. Todavia — diz o relator — valeria a pena diferenciá-los, uma vez que uma coisa seria o *evento material* em si; algo diferente seriam as *consequências danosas* em seu sentido próprio, conectadas com o evento material por um nexo de causalidade.²⁴ Naquele, ter-se-ia a típica configuração do dano biológico; neste, o dano moral subjetivo.

Diferenciados os danos, tem-se que a incidência dos danos biológicos não poderia ser regida pelo art. 2.059. Em verdade, sendo o dano biológico — também mencionado como fisiológico ou dano à saúde — um terceiro gênero, a saber, um dano aos aspectos constitutivos da saúde do ser humano em seu aspecto psicofísico (*cf.* art. 32 da Constituição Italiana),²⁵ a decisão da Corte estabelece o seguinte quadro normativo: (i) danos morais subjetivos regidos pelo art. 2.059 e (ii) danos injustos patrimoniais tutelados pelo art. 2.043; (iii) danos injustos biológicos regulados pelo art. 2.043 do *Codice Civile* c/c art. 32 da *Costituzione Italiana*.

²² CURSI, Maria Floriana. Il danno non patrimoniale e i limiti storico-sistematici dell’art. 2059 C.C. In: CARDILLI, Ricardo *et al.* (Org.). *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato: obbligazioni e diritti reali*. Napoli: Jovene, 2003, p. 108-109.

²³ Sobre as origens e disputas envolvendo o conceito de dano-consequência, ver PELLEGRINI, Tommaso. Danno conseguenza e danno non patrimoniale: spunti di ricostruzione sistematica. *Europa e Diritto Privato*, v. 2, p. 455-511, 2016.

²⁴ “[...] vale distinguere, anche in diritto privato [...] l’evento materiale, naturalistico, che, pur essendo conseguenza del comportamento, è momento od aspetto costitutivo del fatto, dalle conseguenze dannose, in senso proprio, di quest’ultimo, legate all’intero fatto illecito (e quindi anche all’evento) da un ulteriore nesso di causalità. Non esiste comportamento senza evento: il primo è momento dinamico ed il secondo momento statico del fatto costitutivo dell’illecito. Da quest’ultimo vanno nettamente distinte le conseguenze, in senso proprio, del fatto, dell’intero fatto illecito, causalmente connesse al medesimo da un secondo nesso di causalità” (CORTE COSTITUZIONALE, 184, 30.06.1986).

²⁵ A legislação italiana posterior à decisão 184 tratou de conceituar o dano biológico: “De fato, o artigo 13 do Dec. Leg. 8, de 23.02.2000, estabeleceu uma definição experimental para fins de tutelar o seguro obrigatório contra acidentes do trabalho e doenças profissionais, qualificando o dano biológico como ‘a lesão à integridade psicofísica, suscetível de valoração médico-legal da pessoa’. Coerentemente, com a longa elaboração jurisprudencial precedente, esclarece-se que o ressarcimento de tal dano é determinado ‘em medida independente da capacidade produtiva da vítima’. De forma semelhante, o artigo 5º, § 3º, da Lei 57/2001, referindo-se aos sinistros relativos à circulação de veículos motores e similares, definiu o dano biológico como ‘a lesão à integridade psicofísica da pessoa suscetível de apuração médico-legal’, esclarecendo ‘ser indenizável independentemente de sua incidência sobre a capacidade produtiva da vítima’” (MORLINI, Gianluigi. Dano patrimonial e dano existencial. Trad. de Yone Frediani. *Revista de direito do trabalho*, v. 182, p. 193-222, out. 2017).

A solução dada pela *Corte Costituzionale* foi absolutamente fundamental para o arrefecimento do problema, ou, nos termos aqui utilizados, ajudou a diminuir muito o peso da âncora sem que, contudo, ela fosse totalmente recolhida. Problemas ainda persistiam na responsabilidade civil, já que danos de outras categorias — que não os patrimoniais, morais subjetivos e biológicos — continuavam sem uma devida salvaguarda jurídica. Exemplificando: se uma pessoa se envolvesse em um acidente de trânsito e tal acidente lhe causasse determinados danos, estar-se-ia em face de danos biológicos; caso a vítima do acidente viesse à óbito, contudo, não haveria o que se falar em indenização aos familiares, já que estes não teriam sofrido qualquer dano de ordem biológica. O dano tanatológico não poderia ser coberto por essa hipótese legal como, de fato, observou-se na sentença 372/1994.²⁶

2.2. Segundo marco: a revisão da estrutura tripartite da decisão 184/1986 da Corte Constitucional pelas decisões 8.827/2003 e 8.828/2003 da Corte de Cassação

Como poderia se esperar, a Dogmática Jurídica reagiu. Apontou muitas críticas aos problemas oriundos da estrutura da decisão 184/1986, sobretudo por não tutelar problemas de fato como, por exemplo, os danos tanatológicos. Trata-se, aliás, de consequência bastante presumível. Nesse sentido, Flaviana Rampazzo identifica dois textos bastante importantes elaborados pela chamada “Escola de Trieste”: o primeiro, publicado em 1994, por Patrizia Zivis, chamado de “*Alla scoperta del danno esistenziale*”, em que se analisa alguns julgados “nos quais era visível a ocorrência de um menoscabo à atuação da pessoa vinculados a aspectos existenciais”;²⁷ o segundo, de Paolo Cendon e Patrizia Zivis em que — partindo da noção de que o dano extrapatrimonial é gênero do qual derivam-se variadas espécies — consolida-se a

²⁶ Nesse sentido: “De igual forma, ocorreu o debate temático para configuração de um dano biológico no caso de morte, dano tanatológico, sendo necessário distinguir-se duas situações. No caso de morte imediata, a Corte Constitucional, pela Sentença 372/1994, negou o ressarcimento do dano, sendo responsável pelo direcionamento da jurisprudência nesse sentido. Argumenta-se, a propósito, sob um primeiro ponto de vista, que a morte não constitui a lesão máxima do direito à saúde, mas incide sobre bem jurídico diverso, a vida: por conseguinte, a lesão à integridade física com fim letal não pode ser configurada como simples hipótese da lesão à saúde, o que implica na permanência da vida do sujeito atingido com diminuição incapacitante; e, no caso de morte, não se pode falar em dano biológico, compreendido como a lesão do direito à saúde que exige, necessariamente, a permanência da vida da vítima em condições desfavoráveis. Sob um segundo aspecto, observa-se que para o bem da vida não se concebe um ressarcimento equivalente, como aquele atribuído a título de ressarcimento por lesões biológicas, com função recuperatória e não mais sancionatória. Além disso, evidencia-se que, de um ponto de vista estritamente técnico-jurídico, a vítima que conserva a vida não suporta nenhuma perda e a que faleceu não se encontra em condições de adquirir qualquer direito de ressarcimento a ser transmitido por meio da sucessão hereditária” (MORLINI, Gianluigi. *Dano patrimonial e dano existencial*. Trad. de Yone Frediani. *Revista de direito do trabalho*, v. 182, p. 193-222, out. 2017).

²⁷ SOARES, Flaviana Rampazzo. Dano existencial no Direito italiano e no Direito brasileiro. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casas (Org.). *Novos danos na pós-modernidade*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020, p. 150-151.

necessidade de segregar os danos tipicamente biológicos “daquelas [situações] nas quais ocorresse uma alteração prejudicial na qualidade da vida da pessoa, afetando o seu cotidiano de modo juridicamente relevante (qualitativa e quantitativamente)” — correspondendo, a última, ao dano existencial.²⁸

Há muitas decisões que são consideradas marcos na consolidação dos chamados danos existenciais. Geralmente, as decisões 8.827/2003²⁹ e 8.828/2003³⁰ da Corte de Cassação são as mais mencionadas, sendo válido, contudo, destacar que a questão já começou a ser reconhecida pela jurisprudência italiana antes. É no ano 2000, através da *sentenza* 7.713,³¹ que já se observa, sobretudo através da própria gramática empregada na decisão, o reconhecimento do dano existencial como um dano autônomo e passível de reparação. Isso é o que leva Amaro Alves Almeida Neto a chamá-la, a *sentenza* 7.713, de “*momento maior*”.³²

O caso da decisão 7.713/2000, brevemente reconstruído, tratava de situação em que um pai havia deliberadamente faltado com os meios de subsistência ao filho. A Corte observou que o comportamento do pai agredia direitos fundamentais da pessoa humana. Ainda partindo da segregação entre dano-evento e dano-consequência, a decisão procurou fazer uma leitura “*costituzionalmente orientata dell'art. 2043 c.c.*”, em conjunto com o artigo 2º da Constituição Italiana, destacando que valores constitucionalmente garantidos vinculam também os privados, de forma que a conduta do pai resultava em danos de caráter existencial (*risolventesi in un danno esistenziale od alla vita di relazione*).³³ A decisão não aprofunda e disseca conceitualmente a

²⁸ SOARES, Flaviana Rampazzo. Dano existencial no Direito italiano e no Direito brasileiro. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casas (Org.). *Novos danos na pós-modernidade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 151.

²⁹ CORTE DI CASSAZIONE, 8.827, 31.05.2003.

³⁰ CORTE DI CASSAZIONE, 8.828, 31.05.2003.

³¹ CORTE DI CASSAZIONE, 7.713, 10.01.2000.

³² ALMEIDA NETO, Amaro Alves. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista de direito privado*, v. 24, p. 21-53, out./dez. 2005.

³³ Alguns trechos da sentença que valem ser referidos: “[...] rilevi, sul piano civile, in termini di violazione non di un mero diritto di contenuto patrimoniale ma di sottesi e più pregnanti diritti fondamentali della persona, in quanto figlio e in quanto minore. Ed è poi del pari innegabile che la lesione di diritti siffatti, collocati al vertice della gerarchia dei valori costituzionalmente garantiti, vada incontro alla sanzione risarcitoria per il fatto in sé della lesione (danno evento) indipendentemente dalle eventuali ricadute patrimoniali che la stessa possa comportare (danno conseguenza). Il che è stato del resto già ben posto in luce dalla Corte costituzionale con la nota sentenza n. 184 del 1986, relativa al danno-evento da lesione del diritto alla salute (cd. danno biologico) ma riferibile (per la latitudine dei suoi enunciati) ad ogni analoga lesione di diritti comunque fondamentali della persona, risolventesi in un danno esistenziale od alla vita di relazione. La vigente Costituzione, garantendo principalmente e primariamente valori personali impone, infatti una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2043 c.c. [...] Il citato art. 2043 c.c., correlato agli artt. 2 e ss. Cost.va così ‘necessariamente esteso fino a ricomprendere il risarcimento non solo dei danni in senso stretto patrimoniali ma di tutti i danni che almeno potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana’. Per cui, quindi - essendo le norme costituzionali di garanzia dei diritti fondamentali della persona pienamente e direttamente, operanti ‘anche nei rapporti tra privati’ (cd. ‘*drittwirkung*’)” (CORTE DI CASSAZIONE, 7.713, 10.01.2000).

categoria do dano existencial, sendo o tema tratado de maneira lateral. Além disso, tampouco procura manipular com maior articulação o conceito, à época bem consolidado (no Direito alemão, através do caso *Lüth*³⁴), de *Drittwirkung*.³⁵ Mas vale a sua referência, uma vez que a gramática envolvendo o próprio dano já inicia seus passos iniciais.

Mais conhecidas são as decisões 8.827/2003³⁶ e 8.828/2003³⁷ da Corte de Cassação, sobretudo porque se a decisão 7.713/2000 mantém a estrutura da decisão 184/1986 da Corte Constitucional, as decisões 8.827/2003 e 8.828/2003 criam uma ruptura. A ruptura se dá pela reconfiguração da interpretação do art. 2.059. Até o momento, as decisões vinham exercendo uma hermenêutica bastante restritiva do referido art. 2.059, a saber, a interpretação de que o referido artigo comportava tão somente a tutela dos danos morais subjetivos e, em um esforço metódico, a jurisprudência adequava a tutela dos outros danos em leituras constitucionalizadas (com base nos arts. 2, 3 e 32 da Constituição Italiana) do art. 2.043.

As decisões 8.827/2003 e 8.828/2003 da Corte de Cassação mudam o quadro.

Com efeito, observando o teor da decisão 8.828/2003, a alteração de curso é clara já no início da fundamentação. Isso porque, em suas próprias palavras, a Corte “considera que a tradicional leitura restritiva do art. 2.059, em relação ao art. 185 C.P., conforme indicado para assegurar proteção apenas ao dano moral subjetivo, ao sofrimento contingente [...] não pode ser mais compartilhada”. Seguindo, a decisão diz que no quadro jurídico vigente à época da decisão “o dano não patrimonial deve ser entendido como uma categoria ampla”.³⁸ Ou seja, o alargamento hermenêutico do art. 2.059 faz

³⁴ Sobre o caso, vale consultar SCHWABE, Jürgen (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização e introdução de Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Prefácio de Jan Woischnik. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

³⁵ No Brasil, a maior referência sobre essa abordagem é de Otavio Luiz Rodrigues Jr. Em seu trabalho de livre docência: RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023. Sobre a existência de outras decisões, anteriores ao caso *Lüth*, que já tratavam da questão do *Drittwirkung* — ainda que não de maneira expressa e sem nem sequer chegar perto do impacto de *Lüth* —, ver POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, p. 234 e seguintes.

³⁶ CORTE DI CASSAZIONE, 8.827, 31.05.2003.

³⁷ CORTE DI CASSAZIONE, 8.828, 31.05.2003.

³⁸ No original: “Ritiene il Collegio che la tradizionale restrittiva lettura dell’art. 2059, in relazione all’art. 185 C.P., come diretto ad assicurare tutela soltanto al danno morale soggettivo, alla sofferenza contingente, al turbamento dell’animo transeunte determinati da fatto illecito integrante reato (interpretazione fondata sui lavori preparatori del codice del 1942 e largamente seguita dalla giurisprudenza), non può essere ulteriormente condivisa. Nel vigente assetto dell’ordinamento, nel quale assume posizione preminente la Costituzione - che, all’art. 2, riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo - il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia lesa un valore inerente alla persona” (CORTE DI CASSAZIONE, 8.828, 31.05.2003).

com que se passe a enxergar hipóteses “de ressarcimento por dano não patrimonial mesmo fora da hipótese de crimes”, exigindo-se, portanto, “o reconhecimento da ampla extensão da noção de 'dano não patrimonial', entendido como dano por lesão a valores inerentes à pessoa”, observando, assim, os valores inerentes à pessoa positivados na Constituição. Dilata-se, portanto, o conceito de “lei” constante no art. 2.059, *in fine*, para fins de que “lei” também seja compreendida como os valores positivados pela Constituição. Assim, manteve-se o princípio da tipicidade previsto no art. 2.059, arregimentando o reconhecimento de danos não patrimoniais para a sua esfera, *in totum*.

Disso se segue que o sistema que operava em uma dimensão tripartite retorna, portanto, a uma estrutura com apenas duas categorias.³⁹ Essas decisões reconfiguram o sistema da responsabilidade civil italiana. Isso porque a estrutura pretérita (período pós decisão 184/1986 da Corte Constitucional) tratava de uma tripartição entre danos patrimoniais, não patrimoniais — aqui incluídos os morais subjetivos — e biológicos; após as decisões 8.827/2003 e 8.828/2003 da Corte de Cassação, tem-se um retorno a uma estrutura de dualidade: de um lado, os danos patrimoniais; do outro, os danos não patrimoniais, ramificados em biológicos, morais subjetivos e existenciais.⁴⁰

Os danos existenciais foram, assim, consolidados. Especialmente pelas contribuições da já referida escola de Trieste, através de Paolo Cendon e Patrizia Zivis, o seu conceito foi definido como “alteração das próprias rotinas habituais da vida em face de forçosa renúncia ao desenvolvimento de atividade não remunerada, fonte de satisfação ou de bem-estar para a vítima, ou seja, a necessidade de fazer qualquer coisa de insatisfatório, em cada caso, impedindo a plena realização da própria pessoa” de forma a consistir no

³⁹ Como informa Gianluigi Morlini, “Como anteriormente apontado, a partir das sentenças da Corte de Cassação 8.827/2003 e 8.828/2003, imediatamente consolidou-se a jurisprudência no sentido de que o sistema de ressarcimento abandonou definitivamente a tripartição do dano segundo o entendimento da Corte Constitucional 184/1986, entre dano patrimonial segundo o disposto no art. 2.043 do Código Civil, o dano biológico de acordo com os arts. 2.043 do Código Civil e 32 da Constituição, e dano moral segundo o art. 2.059 do diploma civil; referido sistema foi reconstruído com base em uma estrutura bipolar que encontra o dano patrimonial no art. 2.043 e o dano extrapatrimonial no art. 2.059, ambos do Código Civil” (MORLINI, Gianluigi. Dano patrimonial e dano existencial. Trad. de Yone Frediani. *Revista de direito do trabalho*, v. 182, p. 193-222, out. 2017).

⁴⁰ Gianluigi explica o que significa cada um desses danos no referido contexto: “Particularmente, o dano biológico entendido como lesão relevante da integridade psicofísica sob o aspecto médico-legal é, normalmente, apurado em sua existência e elaborado por um CTU (*expert* nomeado pelo Juiz para matérias específicas, como médico, engenheiro, arquiteto etc.); o dano moral, compreendido como o sofrimento suportado pela vítima e a perturbação de seu estado de ânimo, é substancialmente presumido *iuris et de iure* e considerado *in re ipsa*, sempre em presença de um dano biológico, sendo indenizado com um valor normalmente compreendido entre um quarto e a metade daquele fixado a título de dano biológico; eventual e ulterior dano existencial, consistente em renúncia forçosa de um fazer que comporta um benefício não exatamente expresso em critério produtivo, refere-se aos valores constitucionalmente protegidos, devendo, ao contrário, ser rigorosamente comprovado, sendo indenizado por meio de um valor equitativo” (MORLINI, Gianluigi. Dano patrimonial e dano existencial. Trad. de Yone Frediani. *Revista de direito do trabalho*, v. 182, p. 193-222, out. 2017).

“prejuízo não produtivo do sujeito que altere seus hábitos de vida e seus aspectos sociais, induzindo a uma escolha de vida diversa em sua expressão e realização da sua personalidade no mundo externo”.⁴¹

A ideia de existência busca fundamento na própria constituição do ser humano — e sua respectiva singularidade. Sem desconsiderar eventuais desacordos de correntes deterministas, dá-se como pressuposto que a liberdade é sua característica mais valiosa — e sua maior maldição — de forma que qualquer atividade que crie ingerências na sua existência, e nas escolhas de sua passagem terrena, causam-lhe um dano. Individualmente, o ser humano só o é em seu livre arbítrio. Disso se segue que o aspecto tutelado no combate aos danos existenciais, em uma perspectiva mais ampla, dá-se na experiência de viver e escolher livremente.⁴²

Gianluigi Morlini traz uma definição objetiva e que bem traduz o conceito, através de uma decisão do Tribunal de Lombardia (3.438/2005): “de forma direta, ressalta-se que o dano moral consiste em um ‘sentir’, o dano existencial em um ‘não poder mais fazer, fazer de modo diverso ou em um fazer em face da lesão sofrida’”. Os exemplos da jurisprudência foram vários, passando de morte de parente, doenças sexuais, ausência de concessão de repouso semanal ao trabalhador e, até mesmo, situações envolvendo falta de comunicação à mulher da própria impotência sexual e renúncia forçada às relações sexuais com o cônjuge.⁴³

2.3. Terceiro marco: os danos existenciais como espécie do gênero “danos morais” na decisão 26.972/2008: um recuo em uma tendência expansiva

Em que pese as definições e exemplos do dano existenciais tenham alcançado alguma estabilidade com as decisões 8.827/2003 e 8.828/2003 da Corte de Cassação, fato é que nem toda a discussão foi encerrada. Com efeito, criou-se na Itália uma disputa — acadêmica e jurisprudencial — travada entre aqueles que reivindicavam que o dano existencial constituía uma categoria jurídica autônoma, vale dizer, sustentavam que o dano existencial possuía uma espécie de estatuto ontológico próprio, com sua própria

⁴¹ MORLINI, Gianluigi. Dano patrimonial e dano existencial. Trad. de Yone Frediani. *Revista de direito do trabalho*, v. 182, p. 193-222, out. 2017.

⁴² Cf. Fláviana Rampazzo Soares, “Se, na constituição do ser humano, há uma integração entre o físico e a psique, tornando singular cada um desses seres, conquanto pertencentes a uma mesma espécie, espera-se que o pertencimento do ser no mundo e a sua existência e permanência nele seja uma experiência livre de indevidas ingerências externas relevantes e prejudiciais por parte de terceiros” (SOARES, Fláviana Rampazzo. Dano existencial no Direito italiano e no Direito brasileiro. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casas (Org.). *Novos danos na pós-modernidade*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020, p. 149).

⁴³ MORLINI, Gianluigi. Dano patrimonial e dano existencial. Trad. de Yone Frediani. *Revista de direito do trabalho*, v. 182, p. 193-222, out. 2017.

natureza, divergindo, assim, daqueles que negavam tal posição e observavam no dano existencial “*uma categoria meramente descritiva de danos merecedores de ressarcimento*”.⁴⁴ Aqueles foram nomeados de existencialistas, representados por autores como Paolo Cendon e Patrizia Zivis, geograficamente localizados em Turim e Trieste; estes, de não existencialistas, representados por autores como Giulio Ponzanelli, Francesco Busnelli e Giovanni Comandè, geograficamente situados em Milão e Pisa.⁴⁵

A decisão 26.972/2008⁴⁶ enfrentou novamente o problema do dano existencial, criando, contudo, um arrefecimento na tendência expansiva dos danos não patrimoniais. Com efeito, nas referidas decisões, a Corte de Cassação iniciou confirmando a repartição da estrutura dúplice que havia sido concretizada pelas decisões 8.827/2003 e 8.828/2003, *i.e.*, em 2008 a Corte manteve o entendimento de que vigoraria o princípio da atipicidade para os danos patrimoniais, sendo regidos pelo artigo 2.043 do *Codice Civile*, ao passo que, para os danos extrapatrimoniais, vigoraria o princípio da tipicidade.

No que interessa especificamente aos danos existenciais, as decisões 26.972-5/2008 trazem sobretudo dois pontos que valem ser destacados. O primeiro é que essas decisões acabam por conter o ímpeto expansionista dos danos não patrimoniais, uma vez que, ao reiterar o princípio da tipicidade consagrado no art. 2.059, a Corte diminuiu o seu âmbito de incidência, já que as sentenças 8.827/2003 e 8.828/2003 referiam-se “a todos os direitos ‘constitucionalmente protegidos’ ou de ‘cunho constitucional’”, ao passo que nas decisões 26.972-5/2008 consignou-se “tão somente àqueles considerados invioláveis (indicados limitadamente quanto à saúde, conforme art. 32; família, nos arts. 2º, 29 e 30; identidade pessoal e reputação, imagem, nome, privacidade e dignidade, segundo os arts. 2 e 3)”.⁴⁷

O segundo ponto que merece atenção é que a Corte de Cassação aderiu a tese não existencialista. Nas decisões 26.972-5/2008, entendeu-se que não existem subcategorias com um estatuto ontológico próprio, como se fatos independentes fossem, dotadas de um regimento específico e peculiar. Pelo contrário, “somente com finalidade descritiva fala-se em dano moral”.⁴⁸ Ou seja, a decisão — que faz um apanhado histórico muito

⁴⁴ MORLINI, Gianluigi. Dano patrimonial e dano existencial. Trad. de Yone Frediani. *Revista de direito do trabalho*, v. 182, p. 193-222, out. 2017.

⁴⁵ SOARES, Flaviana Rampazzo. Dano existencial no Direito italiano e no Direito brasileiro. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casas (Org.). *Novos danos na pós-modernidade*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020, p. 152.

⁴⁶ CORTE DI CASSAZIONE, 26.972, 24.06.2008.

⁴⁷ MORLINI, Gianluigi. Dano patrimonial e dano existencial. Trad. de Yone Frediani. *Revista de direito do trabalho*, v. 182, p. 193-222, out. 2017.

⁴⁸ MORLINI, Gianluigi. Dano patrimonial e dano existencial. Trad. de Yone Frediani. *Revista de direito do trabalho*, v. 182, p. 193-222, out. 2017.

completo de toda a situação no Direito italiano — afirma que (i) os danos existenciais ocorrem apenas quando direitos invioláveis estão em análise, (ii) e que os danos existenciais não possuem estatura ontológica própria, além de (iii) manifestar preocupação com o barateamento do uso da figura (algo que preocupa também o caso brasileiro).⁴⁹

Disso se segue, portanto, que se passa a falar em um dano extrapatrimonial que pode ser descrito por dano existencial ou dano biológico, por exemplo. Mas o dano biológico não é categoria jurídica distinta do dano existencial, uma vez que ambos seriam danos não patrimoniais, regidos pelo princípio da tipicidade do art. 2.059 do *Codice Civile* de 1942. Embora as discussões entre existencialistas e não existencialistas estejam longe de ter um fim no Direito italiano, de modo que o debate ainda permanece bastante vívido,⁵⁰ as construções até aqui empreendidas fornecem o acervo de informações necessárias que se possa compreender o efeito (danos existenciais) através de suas causas (dentre todas, especialmente o princípio da tipicidade do art. 2.059 do *Codice Civile*).

É o suficiente para que se estude o seu ingresso no Direito brasileiro.

⁴⁹ Nesse sentido, algumas passagens da decisão: “Va conseguentemente affermato che, nell’ambito della categoria generale del danno non patrimoniale, la formula ‘danno morale’ non individua una autonoma sottocategoria di danno, ma descrive, tra i vari possibili pregiudizi non patrimoniali, un tipo di pregiudizio, costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata dal reato in sé considerata. Sofferenza la cui intensità e durata nel tempo non assumono rilevanza ai fini della esistenza del danno, ma solo della quantificazione del risarcimento. [...] In assenza di reato, e al di fuori dei casi determinati della legge, pregiudizi di tipo esistenziale sono risarcibili purché conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona. [...] Il pregiudizio di tipo esistenziale, per quanto si è detto, è quindi risarcibile solo entro il limite segnato dalla ingiustizia costituzionalmente qualificata dell’evento di danno. Se non si riscontra lesione di diritti costituzionalmente inviolabili della persona non è data tutela risarcitoria [...] Il risarcimento di pretesi danni esistenziali è stato frequentemente richiesto ai giudici di pace ed ha dato luogo alla proliferazione delle c.d. liti bagatellari. [...] In conclusione, deve ribadirsi che il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate. In particolare, non può farsi riferimento ad una generica sottocategoria denominata ‘danno esistenziale’ [...]” (CORTE DI CASSAZIONE, 26.972, 24.06.2008).

⁵⁰ Valendo destacar que as discussões no âmbito italiano ainda seguem muito vivas. É o que demonstra Flavia Rampazzo “Na *sentenza 901/2018*, afirmou-se expressamente que a (meta) categoria do dano biológico responde ao questionamento sobre a ‘sobrevivência descritiva do dano existencial [...]’. A Corte disse ainda que, se houver lesão aos aspectos dinâmico-relacionais da vida da pessoa que experimenta uma ofensa à própria saúde, há dano biológico, em relação ao qual constitui segura e admissível uma compensação que é independente do reconhecimento de um autônomo ‘dano existencial’, consistente em prejuízo ‘a todos os aspectos dinâmico-relacionais da vida da pessoa, decorrentes da lesão à saúde’, permitindo-se um acréscimo indenizatório por conta desse fator (a concorrência concomitante de um dano sob o aspecto dinâmico-relacional da vida da vítima, ou seja, indenizam-se tanto o dano biológico quanto o dano existencial). Com isso, há uma confirmação da autonomia ontológica do dano existencial como voz de dano, embora a indenização seja fixada em um montante único, a considerar todos os danos não patrimoniais ocasionados à pessoa prejudicada [...] De toda forma e independente da questão de nomenclatura utilizada, o fato é que tanto o poder judiciário italiano, quanto o de outros países europeus, costumam indenizar alterações indevidas e prejudiciais quanto a aspectos existenciais pessoais e, na Itália, o debate que ainda persiste na contemporaneidade, considerando a posição atual da Cassazione, não é quando a compensação dessa voz de dano (que é permitida e atualmente apresenta-se como onicompreensiva), mas apenas a sua configuração como categoria autônoma, ponto sobre o qual não há consenso doutrinário ou jurisprudencial” (grifou-se) (SOARES, Flavia Rampazzo. Dano existencial no Direito italiano e no Direito brasileiro. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casas (Org.). *Novos danos na pós-modernidade*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020, p. 154-156).

3. O dano existencial no Brasil

Ao importar o instituto a primeira — e justa — pergunta que se poderia fazer é: existe a necessidade do dano existencial para a realidade brasileira, sobretudo pelo fato de que o Direito brasileiro não possui um limitador ao estilo do art. 2.059 do *Codice Civile*? Mais do que isso: qual a utilidade na importação de um instituto que é agravado por uma falta de consenso, uma vez que as disputas entre existencialistas e não existencialistas é bastante acirrada no âmbito italiano?

No Brasil, o dano existencial foi, sob a perspectiva da Dogmática Jurídica, iniciado por texto de Amaro Alves de Almeida Neto, nomeado de “*Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana*”, no qual o autor defende a compatibilidade do instituto com o Direito Civil brasileiro, sobretudo como elemento consagrador da dignidade da pessoa humana.

Publicada em 2005, a pesquisa de Amaro é de seriedade notável, detalhando e explicando a evolução do instituto no Direito italiano com muito fôlego. Dentre os aspectos interessantes do texto, merece atenção tópico específico em que o autor afirma que o Direito brasileiro já vinha tutelando o dano existencial, fazendo uso, contudo, de uma nomenclatura distinta — o título do tópico é “*sentenças reconhecendo o dano existencial no Brasil ainda que sob o título de dano moral*”. Dos casos citados pelo autor, tem-se, por exemplo, casos de (i) vírus HIV adquirido por transfusão de sangue; (ii) acidente causado por tampa de refrigerante que explodiu, causando lesão ocular que levou a perda da visão; (iii) demora no atendimento e no diagnóstico que importaram perda de membros e função; (iv) amputação traumática das duas pernas; (v) perda do olfato e do paladar *e così via*.⁵¹

Ato contínuo — e fruto de suas pesquisas de doutorado finalizado em 2007 —, o primeiro livro lançado sobre o tema é de Flaviana Rampazzo Soares, em 2009,⁵² a qual é seguramente uma das maiores autoridades no assunto, sobretudo pelo fato de que constantemente revisita o problema, publicando textos sempre atualizados sobre os danos existenciais. Já na jurisprudência, um dos primeiros e mais simbólicos casos em que se fez uso do instituto foi a conhecida questão envolvendo o problema das “pílulas

⁵¹ ALMEIDA NETO, Amaro Alves. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista de direito privado*, v. 24, p. 21-53, out./dez. 2005. Nesse sentido, ver também: SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁵² SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

de farinha”. O caso tratava de situação em que mulheres tinham concepções indesejadas por ineficácia de anticoncepcional. Para esses casos, encontram-se registros da expressão “dano existencial”, inclusive na ementa de julgamentos, já em janeiro de 2009, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.⁵³⁻⁵⁴

O dano existencial, conforme explica a civilística brasileira, pode ser conceituado como “a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social”, tratando-se, assim, de uma “afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina”.⁵⁵

É de destacar, ao depurar o conceito e seus requisitos, a importância da palavra “cotidiano”. O dano existencial é aquele que, por excelência, altera, modifica, cria ruídos ou impacta o cotidiano daquele que sofre o dano. Segundo Flaviana Rampazzo, disso se seguem os seus requisitos: o prejuízo sofrido pela vítima “deve ser relevante qualitativa e verticalmente (ou seja, a atividade realizadora deve ser relevante para a pessoa); quantitativamente e horizontalmente (é exigível a sua habitualidade).⁵⁶ Analiticamente, os prejuízos precisam ser (i) relevantes, (i.1) total ou parcialmente, (i.2) permanentes ou provisórios, (i.3) com maior ou menor extensão (ii) sob os aspectos privados/hábitos da vida da vítima “*sem interação de ordem intersubjetiva*”, ou — critério alternativo, portanto — (iii) sob os aspectos públicos/relacionais, “*com suas múltiplas teias intersubjetivas*”.⁵⁷

Lembrando a definição do Tribunal de Lombardia, a autora, porque está a tratar de um dano-consequência, segrega analiticamente os efeitos do dano na vítima em quatro categorias distintas, a saber, (a) um “não mais poder fazer”, que se traduz na quebra de algum hábito do cotidiano da vítima — v. g., alguém que praticava semanalmente

⁵³ TJSP. Apelação 9114254-23.2006.8.26.0000, rel. Des. Enio Zuliano, 4.^a C. Dri. Priv., j. em 29.01.2009, *DJe* 10.02.2009.

⁵⁴ SOARES, Flaviana Rampazzo. Dano existencial no Direito italiano e no Direito brasileiro. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casas (Org.). *Novos danos na pós-modernidade*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020, p. 157-160.

⁵⁵ SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 44.

⁵⁶ SOARES, Flaviana Rampazzo. Dano existencial no Direito italiano e no Direito brasileiro. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casas (Org.). *Novos danos na pós-modernidade*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020, p. 160-161.

⁵⁷ SOARES, Flaviana Rampazzo. Dano existencial no Direito italiano e no Direito brasileiro. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casas (Org.). *Novos danos na pós-modernidade*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020, p. 162.

atividades físicas de maneira lúdica (futebol, ciclismo, corrida etc.) e não pode mais fazê-lo em decorrência de algum dano; (b) um “ter que fazer diferente”, que se manifesta na necessidade de alterar qualitativamente algum aspecto de sua rotina —v. g., uma pessoa que, por conta de um erro médico, fica cega e passa a ter que readequar as suas atividades do cotidiano, vale dizer, passa a fazer suas atividades de maneira diferente (com adaptações para seu problema de visão); (c) um “ter que fazer que não necessitava fazer antes”, que se verifica na necessidade de novas ações no cotidiano decorrentes de um dano — v. g., uma pessoa que, por conta de uma transfusão de sangue contrai HIV, passando a necessitar de tratamento constante de antirretrovirais que antes não precisava e, por fim; (d) uma “necessidade de auxílio para poder fazer”, que verifica-se na necessidade que a vítima passa a ter após o evento danoso —v. g. uma pessoa que, após um dado acidente, sofre danos de caráter neurológico e passa a necessitar de auxílio para se locomover, alimentar, caminhar.⁵⁸

Tratando dos seus fundamentos jurídicos, no texto de abertura da questão na Dogmática Jurídica brasileira, Amaro Alves de Almeida Neto já deixa claro no próprio título que entende que um dos principais fundamentos jurídicos seria a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).⁵⁹ Além disso, mencionam-se os direitos da personalidade que também são referenciados por praticamente todos os autores que procuram explicitar as bases jurídicas da reparabilidade do dano existencial.⁶⁰

Sobre a dignidade da pessoa humana, destacar-se-ia o papel do conceito inclusive no âmbito extra (ou meta) jurídico. Isso porque a dignidade da pessoa humana tornar-se-ia um elemento basilar de constituição das democracias do segundo pós-guerra, de modo que o conceito obviamente “irradiaria” para todos os campos da esfera jurídica. Já no que toca aos direitos de personalidade, a “cláusula geral” que cobre tais direitos seria fundamento para derivar os danos existenciais, merecendo destaque, contudo, aquelas esferas corriqueiramente mais violadas pelos danos existenciais, a saber, a vida, integridade física, honra, privacidade, nome, voz, imagem etc.⁶¹

⁵⁸ SOARES, Flaviana Rampazzo. Dano existencial no Direito italiano e no Direito brasileiro. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casas (Org.). *Novos danos na pós-modernidade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 168-171.

⁵⁹ ALMEIDA NETO, Amaro Alves. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista de direito privado*, v. 24, p. 21-53, out./dez. 2005.

⁶⁰ Em texto mais recente, Flaviana Rampazzo fala de três pilares: dignidade da pessoa humana, direitos da personalidade e autodeterminação das atividades realizadoras (SOARES, Flaviana Rampazzo. Dano existencial no Direito italiano e no Direito brasileiro. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casas (Org.). *Novos danos na pós-modernidade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 162).

⁶¹ SOARES, Flaviana Rampazzo. Dano existencial no Direito italiano e no Direito brasileiro. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casas (Org.). *Novos danos na pós-modernidade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 166.

Por fim, explicitado o modo como o dano existencial foi introduzido no Direito brasileiro, demarcado o seu conceito e seus requisitos e, ainda, quais os seus principais fundamentos jurídicos, vale, agora, tecer alguns breves comentários sobre o estado atual da discussão.

Atualmente o âmbito mais frutífero de discussão do dano existencial é o direito do trabalho. Não que a discussão não tenha impactos em outras áreas, mas o *locus* privilegiado de produção acadêmica situa-se na Dogmática trabalhista e, mais do que isso, vê-se no direito do trabalho, através de recentíssimas pesquisas, um verdadeiro alargamento conceitual do dano existencial.⁶² Trata-se, aliás, de consequência esperada, uma vez que a lei 13.467/2017 efetivamente positivou o dano existencial no art. 223-B da CLT (*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*).⁶³

Isso certamente explica as preocupações acadêmicas recentes com o aspecto.

O dano existencial efetivamente tornou-se uma gramática dentro da Dogmática trabalhista, de forma que os novos problemas que lá vêm surgindo estão sendo analisados a luz dessa categoria — a ver, dentre outros, a construção jurídica de um “direito à desconexão” como salvaguarda de danos existenciais, dentro do contexto da erupção do teletrabalho em face da pandemia da COVID-19.⁶⁴ Assim, as principais (mas obviamente não todas) discussões de dano existencial no âmbito da Justiça do Trabalho centram-se nas questões envolvendo jornadas de trabalho excessivas.⁶⁵

Essas são as principais características envolvendo o dano existencial no Direito brasileiro. Embora a descrição acima esteja longe de poder ser considerada exauriente, esses são os elementos que formam a espinha dorsal no Brasil. É possível, com aquilo que foi descrito até aqui, verificar, tanto na Itália como no Brasil, (i) a origem do dano existencial na Dogmática Jurídica e na Jurisprudência; (ii) seu conceito e seus requisitos

⁶² COIMBRA, Rodrigo; CABRAL, Marcel Medeiros. Alargamento conceitual do dano existencial no direito do trabalho. *Revista de direito do trabalho*, v. 220, p. 137-164, nov./dez. 2021.

⁶³ Para uma análise profunda sobre o procedimento legislativo que concretizou o dano existencial na CLT, ver COIMBRA, Rodrigo; CABRAL, Marcel Medeiros. Alargamento conceitual do dano existencial no direito do trabalho. *Revista de direito do trabalho*, v. 220, p. 137-164, nov./dez. 2021.

⁶⁴ SCALZILLI, Roberta. O teletrabalho e a pandemia: uma análise do direito à desconexão e do dano existencial como consequência da jornada excessiva de trabalho. *Revista de direito do trabalho*, v. 215, p. 221-236, jan./fev. 2021.

⁶⁵ Sobre o desenvolvimento do dano existencial no direito do trabalho é indispensável consultar SOARES, Flaviana Rampazzo (Org.). *Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

(iii) quais as bases normativas (=lei) que lhe garantem sustento e, por fim, (iv) especialmente no Brasil, seu atual estado.

Com efeito, feitas essas descrições, passa-se a analisar, no tópico subsequente, alguns pontos que geram especial preocupação na importação do instituto.

4. Um conceito em transformação

As preocupações com o uso do dano existencial no Direito brasileiro são de quatro razões teóricas que, *ipso facto*, são elementos de potencial criação de dois problemas de ordem preponderantemente prática.

Primeiro problema de ordem teórica: *a aparente ausência de um problema*. No início desse ensaio disse-se que uma solução, como o dano existencial, só se revela em todas as suas peculiaridades quando lida através do seu problema. O efeito se conhece por sua causa. Ou seja, o dano existencial, enquanto solução pressupõe um problema. No Direito italiano, ficou bastante evidente que o problema que moveu a criação dessa espécie de solução foi a rigidez com que o art. 2.059 — e o seu princípio da tipicidade — empregava os elementos constitutivos do dano não patrimonial. No caso brasileiro, contudo, parece que não há um problema que justifique a inserção do instituto.

Com efeito, ao observar os primeiros textos que versavam sobre a questão, percebe-se uma forte inclinação a uma tutela da dignidade da pessoa humana. Ou seja, é como se os danos existenciais estivessem servindo de ferramenta a essa concretização. Mas a pergunta que se coloca é: tais direitos já não estavam sendo tutelados? Os danos existenciais realmente foram necessários para essa configuração? A resposta aparenta ser negativa, uma vez que o próprio Amaro Alves de Almeida Neto, em seu texto introdutório, afirma que o Direito brasileiro já vinha tutelando o dano existencial, fazendo uso, contudo, de uma nomenclatura distinta — relembre-se que seu artigo tem um tópico com o nome de “*sentenças reconhecendo o dano existencial no Brasil ainda que sob o título de dano moral*”. Ou seja, ao passo que no Direito italiano os danos existenciais efetivamente tutelaram situações de fato que vinham sendo marginalizadas da salvaguarda jurisdicional, estando configurado aí, portanto, o problema, no contexto brasileiro a questão parece ter sido importada sem um problema.

Como dito, um instituto conhece-se pelas suas causas e disso compreendem-se a sua finalidade. Sem uma causa, parece que os danos existenciais, no Direito brasileiro,

podem ser nomeados de, pelo menos em sua origem, *um instituto sem um problema*. Isso pode se revelar um complicador teórico, dado que, sem um problema, a utilização do instituto pode vir a se corromper, tornando-se maleável a interesses *ad hoc* do que efetivamente um instituto funcional.

Segundo problema de ordem teórica: *a busca de fundamentos para a responsabilidade civil na dignidade da pessoa humana*. É já bastante tradicional na Civilística atual enxergar na dignidade da pessoa humana um princípio fundamental da responsabilidade civil, atribuindo-lhe uma dupla dimensão, a saber, de limite e tarefa.⁶⁶ Ocupando o lugar cimeiro, a dignidade da pessoa humana operaria como uma espécie de fio condutor interpretativo, de modo que toda a responsabilidade civil precisaria ser observada sob a sua luz.

Com efeito, há uma crescente preocupação da Constitucionalística com aquilo que se pode definir como o barateamento/bagatelização da utilização do princípio da dignidade humana.⁶⁷ Dito de outra forma, o princípio da dignidade da pessoa humana serve de ferramenta para coibir atividades que efetivamente corrompem ou retirem de uma pessoa a condição de ser humano — aqui fala-se de vedação à tortura, escravidão, degradação de ambiente prisional etc. Ou seja, a dignidade humana é ferida quando se faz com que o indivíduo submetido ao tratamento violador perca aquilo que não se negaria a qualquer ser humano.

No caso do argumento aqui analisado, ao expandi-la como ferramenta hermenêutica para a responsabilidade civil, a dignidade da pessoa humana torna-se um “superprincípio”, vale dizer, um conceito que abarca a totalidade dos problemas jurídicos.⁶⁸ Todo instituto ou teoria que visa a cobertura de uma totalidade torna-se suspeito, de modo que a submissão de todo o sistema jurídico à uma influência forte da dignidade da pessoa humana não tem se mostrado como um apanágio da ordem metodológica. Metodologicamente a dignidade da pessoa humana pouco tem para colaborar no tratamento dos direitos da personalidade e danos morais.

⁶⁶ Como, por exemplo, em FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil*. Responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 09-15.

⁶⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 73-78. Nesse sentido, ver também: TOFFOLI, José Antonio Dias. Centralidade do direito civil na obra de Antonio Junqueira de Azevedo. *Revista de direito civil contemporâneo*, v. 13, ano 4, p. 54, out./dez. 2017.

⁶⁸ Valendo destaca que debates contemporâneos da Teoria do Direito tem cada vez mais demonstrado a fragilidade da diferenciação estrutural entre regras e princípios, comprovando que essa distinção, no mais das vezes, tem servido à introdução de elementos metadogmáticos em um âmbito que deveria ser de autonomia jurídica. Nesse sentido, DALLA-BARBA, Rafael G. (Org.). *Princípios jurídicos: o debate metodológico entre Robert Alexy e Ralf Poscher*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022.

É evidente que um contrato firmado entre duas pessoas, na qual uma escraviza a outra, é um contrato inválido, entre outras coisas, por violar a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o Direito Civil obviamente submete-se ao art. 1º, III, CF. O problema é que esse elemento, de funções mais limitadoras, tem sido utilizado — sem rigidez semântica — como uma ferramenta criadora. Aposta-se na dignidade da pessoa humana como categoria hermeneuticamente ativa e sobranceira. Como afirma Otavio Luiz Rodrigues Jr., “os direitos da personalidade encontram no Direito Civil seu âmbito normativo primário” de forma que o âmbito de resolução dos problemas civilísticos devem recorrer àquilo que os institutos de Direito Civil tradicionalmente prescrevem. Ademais, é sabido que os direitos da personalidade podem fazer recurso à dignidade da pessoa humana no contexto alemão — por razões históricas específicas — “no caso brasileiro, porém, o Direito Privado possui os elementos adequados à conformação normativa dos principais casos”.⁶⁹ Ou seja, a dignidade da pessoa humana, nos casos de responsabilidade civil no Brasil, tem servido muito mais para turvar do que para consolidar limites e rigidez conceitual. Em uma frase, os danos existenciais precisam mais do Código Civil e menos do art. 1º, III, CF.

Terceiro problema de ordem teórica: ausência de um estudo mais detalhado sobre as relações entre Constituição e Direito Privado. Conectando-se também ao problema anterior, ao observar-se a construção italiana dos danos existenciais, vê-se uma influência lateral do problema do *Drittwirkung*. Ainda que a dignidade da pessoa humana seja mais do que um direito fundamental, o estudo de suas relações com o Direito Civil passa necessariamente por tais conexões. Com efeito, já na decisão 184/1986 da Corte Constitucional Italiana percebe-se indiretamente um problema que já havia sido adiantado com grande detalhamento e técnica pelo BVerfGE no famoso caso *Lüth*, a saber, o problema da relação entre os direitos fundamentais e sua eficácia no Direito Privado — o chamado *Drittwirkung*.⁷⁰ Mais interessante ainda é observar que na decisão 7.713/2000 da Corte de Cassação (decisão que introduziu a gramática dos danos existenciais) há menção expressa, mas lacônica, sobre o *Drittwirkung*.⁷¹

Sabendo que existe uma grande variação de teorias que explicam e prescrevem como as relações de direitos fundamentais e Direito Privado devem se dar — e que essas teorias diferenciam brutalmente entre si, nos meios e nos resultados, como mostrou Otavio Luiz

⁶⁹ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Direitos fundamentais e direitos da personalidade. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (Org.). *30 anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições*. São Paulo: Forense, 2018, p. 679-704.

⁷⁰ Enfrentando parcialmente a questão do *Drittwirkung*, ver LOPEZ, Teresa Ancona. Dano existencial. *Revista de direito privado*, v. 57, p. 287-302, 2014.

⁷¹ “Per cui, quindi - essendo le norme costituzionali di garanzia dei diritti fondamentali della persona pienamente e direttamente operanti ‘anche nei rapporti tra privati’ (cd. ‘*drittwirkung*’)” (CORTE DI CASSAZIONE, 7.713, 10.01.2000).

Rodrigues Jr. em sua tese de livre docência⁷² —, é problemático o modo como a Dogmática Jurídica no Brasil trata do tema, uma vez que essa questão, de regra, não tem sido frontalmente enfrentada, vale dizer, os autores que discorrem sobre o tema estabelecem conexões entre a dignidade da pessoa humana e o Direito Privado — em sua majoritária orientação, teses de eficácia direta — geralmente pressupondo que essa questão não é controversa no Direito brasileiro. Daí que talvez se explique o porquê de que se crie uma fundamentação do dano existencial na dignidade da pessoa humana, quando, em verdade, o dano existencial muito mais clara e tecnicamente poderia ser explicado recorrendo “apenas” aos elementos do Código Civil.

Quarto problema de ordem teórica: é preciso lembrar que os danos existenciais são, além de tudo, problemáticos e controvertidos no próprio Direito italiano. Flaviana Rampazzo Soares diz expressamente que “o Direito italiano, em especial, tem sido hesitante no reconhecimento da autonomia do dano existencial como categoria autônoma do dano extrapatrimonial, entendimento esse com a finalidade de evitar demandas frívolas e a super compensação”.⁷³

Desses quatro problemas de ordem teórica/metodológica, tem-se, como corolário, duas questões práticas que precisam ser observadas. A primeira é o auxílio no chamado barateamento da dignidade da pessoa humana; a segunda — e até agora mais importante — é que a falta de limites específicos e solidez na construção da figura no Direito brasileiro pode ser fator de *overcompensation* ou, na linguagem pretoriana, fomento da “indústria dos danos morais”. Em verdade, não só pode como aparentemente já criou, sendo bastante sintomático que o Tribunal Regional da 4^a Região tenha criado, por exemplo, a *Tese Jurídica Prevalente nº 2*, que prescreve que “*não configura dano existencial, passível de indenização, por si só, a prática de jornadas de trabalho excessivas*”.

O descontrole semântico que se inicia no tratamento da dignidade da pessoa humana termina no Poder Judiciário.

5. Conclusão

Das premissas até aqui desenvolvidas, a conclusão apressada é que os danos existenciais deveriam ser abandonados no Direito brasileiro. Essa, contudo, seria uma leitura bastante inadequada do argumento aqui desenvolvido.

⁷² RODRIGUES Jr., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023.

⁷³ SOARES, Flaviana Rampazzo. Dano existencial no Direito italiano e no Direito brasileiro. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casas (Org.). *Novos danos na pós-modernidade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 166.

Acostumou-se a dizer, na Filosofia, que a Filosofia Analítica seria aquele ramo preocupado com o estabelecimento de raciocínios focados em garantir clareza aos problemas. Essa, contudo, não é uma característica da Filosofia Analítica, porque, como diz Mário Ariel González Porta, “a filosofia é um discurso ‘esclarecedor’, a clareza não é uma propriedade meramente desejável dele, mas parte essencial de seu próprio sentido”.⁷⁴ Essa propriedade, de discurso esclarecedor, não é uma característica da Filosofia como hoje a conhecemos, mas de todas as Ciências, inclusive da Ciência Jurídica.

Assim o sendo, a análise do dano existencial tem esse potencial esclarecedor. Pode vir, com o desenvolvimento — e resolução de alguns dos pontos que aqui foram apresentados —, a ser refinado, auxiliando a melhor delimitar e compreender os limites dos danos morais. Como se trata de um conceito em transformação, sendo bastante recente no Brasil, é inclusive natural que apresente alguns dos problemas que acima se listou.

A ideia, portanto, não é propor o abandono do conceito, mas o seu refinamento, que certamente ajudará a tornar o discurso sobre os danos morais mais esclarecedor. Seguindo as deliberações propostas pelas profundas e paradigmáticas pesquisas da Dogmática Jurídica — em especial, as de Flaviana Rampazzo Soares que mudou o rumo do debate no Brasil — tem-se no dano existencial a possibilidade de melhor delimitar e compreender o universo que está debaixo desse guarda-chuva chamado de dano moral. Como disse a própria autora, “tem-se um guarda-chuva, representando o gênero danos imateriais, e, sob esse guarda-chuva, estão diferentes espécies de danos extrapatrimoniais, tais como o dano à imagem, o dano à intimidade, o dano à vida privada [...]”.⁷⁵ Os danos existenciais, portanto, figuram como mais um esclarecimento nesse universo.

E, principalmente na época atual, os esclarecimentos são cada vez mais imprescindíveis.

Referências bibliográficas

ALMEIDA NETO, Amaro Alves. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista de direito privado*, v. 24, p. 21-53, out./dez. 2005.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. Dano existencial: uma nova categoria de dano extrapatrimonial. São Paulo, 27 out. 2021. Disponível em: www.youtube.com/watch?v=uRX7lrrkxfg. Acesso 13 jan. 24.

CHINDEMI, Domenico. Il “nuovo” danno non patrimoniale. *La nuova giurisprudenza civile commentata*, v. 22, p. 128-143, feb. 2006.

⁷⁴ GONZÁLEZ PORTA, Mario Ariel. *A filosofia a partir dos seus problemas*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 44.

⁷⁵ SOARES, Flaviana Rampazzo. Dano existencial no Direito italiano e no Direito brasileiro. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casas (Org.). *Novos danos na pós-modernidade*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020, p. 157.

- COIMBRA, Rodrigo; CABRAL, Marcel Medeiros. Alargamento conceitual do dano existencial no direito do trabalho. *Revista de direito do trabalho*, v. 220, p. 137-164, nov./dez. 2021.
- CURSI, Maria Floriana. Il danno non patrimoniale e i limiti storico-sistematici dell'art. 2059 C.C. In: CARDILLI, Ricardo *et al.* (Org.). *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato: obbligazioni e diritti reali*. Napoli: Jovene, 2003.
- DALLA-BARBA, Rafael G. (Org.). *Princípios jurídicos: o debate metodológico entre Robert Alexy e Ralf Poscher*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil. Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GONZÁLEZ PORTA, Mario Ariel. *A filosofia a partir dos seus problemas*. São Paulo: Loyola, 2002.
- LOPEZ, Teresa Ancona. Dano existencial. *Revista de direito privado*, v. 57, p. 287-302, 2014.
- MORLINI, Gianluigi. Dano patrimonial e dano existencial. Trad. de Yone Frediani. *Revista de direito do trabalho*, v. 182, p. 193-122, out. 2017.
- PELLEGRINI, Tommaso. Danno conseguenza e danno non patrimoniale: spunti di ricostruzione sistematica. *Europa e Diritto Privato*, v. 2, p. 455-511, 2016.
- POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.
- RIPA, Lorenzo. *Il danno non patrimoniale da inadempimento*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Direitos fundamentais e direitos da personalidade. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (Org.). *30 anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições*. São Paulo: Forense, 2018.
- SCALZILLI, Roberta. O teletrabalho e a pandemia: uma análise do direito à desconexão e do dano existencial como consequência da jornada excessiva de trabalho. *Revista de direito do trabalho*, v. 215, p. 221-236, jan./fev. 2021.
- SCHWABE, Jürgen (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização e introdução de Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Prefácio de Jan Woischnik. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.
- SOARES, Flaviana Rampazzo (Org.). *Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.
- SOARES, Flaviana Rampazzo. Dano existencial no Direito italiano e no Direito brasileiro. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casas (Org.). *Novos danos na pós-modernidade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- TOFFOLI, José Antonio Dias. Centralidade do direito civil na obra de Antonio Junqueira de Azevedo. *Revista de direito civil contemporâneo*, v. 13, ano 4, p. 54, out./dez. 2017.

Como citar:

DIETRICH, William Galle; FAIAD, L'Inti Ali Miranda. A recepção dos danos existenciais no Direito brasileiro. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 13, n. 3, 2024. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:
19.6.2024
Aprovado em:
1.11.2024