

Teoria dos efeitos da lesão: os novos danos e sua taxonomia

Arthur Lutiheri Baptista NESPOLI*

Roberto Wagner MARQUESI**

RESUMO: O reconhecimento de novas situações lesivas passíveis de reparação culmina na ampliação do espectro de abrangência da reponsabilidade civil. Em razão da incorporação de inéditos tipos de danos, doutrinariamente propõe-se o rearranjo da taxonomia das lesões não patrimoniais. Desta feita, propõe-se investigar a pertinência da readequação da classificação dos danos em virtude da identificação de novos interesses merecedores de tutela. Historicamente, a origem dos chamados novos danos decorre da aplicação da teoria dos efeitos da lesão, a qual distingue a lesão (dano-evento), enquanto violação de um interesse juridicamente tutelado, do dano (dano-consequência), como repercussão concreta daquela na vítima. Utilizando-se de pesquisa teórico-bibliográfica e método dedutivo, identifica-se a impropriedade de se readequar a taxonomia das lesões não patrimoniais em razão da proteção de novos interesses juridicamente relevantes, haja vista que o fator determinante da tipologia do dano não é o bem jurídico tutelado, mas o prejuízo concretamente experimentado pelo ofendido. Portanto, mostra-se dogmaticamente inadequado e historicamente incoerente alterar a classificação das lesões de natureza extrapatrimoniais em virtude do reconhecimento da proteção de novos interesses juridicamente relevantes, pois o critério distintivo do tipo de dano funda-se no prejuízo concretamente sofrido e não no bem jurídico violado.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; teoria dos efeitos da lesão; novos danos; taxonomia.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Teoria dos efeitos da lesão; – 3. Os novos danos; – 4. Os novos danos e sua taxonomia; – 5. Conclusão; – Referências.

TITLE: *Theory of the Injury's Effects: New Damages and their Taxonomy*

ABSTRACT: *The recognition of new harmful situations that can be compensated culminates in the expansion of the scope of civil liability. Due to the incorporation of new types of wrongdoings, it is proposed the rearrange of non-patrimonial injuries' taxonomy. Therefore, it is proposed to investigate the adequacy of the readjustment of the classification of damages due to the identification of new interests legally protected. Historically, the origin of the so-called new damages stems from the application of the theory of the injury's effects, which distinguishes the injury (damage-event), as a violation of a legally protected interest, from the damage (damage-consequence), as a concrete repercussion of that in the victim. Using theoretical-bibliographic research and a deductive method, it is identified the impropriety of readjusting the taxonomy of non-patrimonial injuries due to the protection of new legally relevant interests, given that the determining factor of the typology of damage is not the right protected, but the harm actually experienced by the victim. Therefore, it is dogmatically inappropriate and historically incoherent to change the classification of non-pecuniary damages due to the recognition of the protection of new legally relevant interests, since the distinctive criterion of the type of damage is based on the harm suffered and not on the legal interest violated.*

KEYWORDS: *Civil liability; theory of injury's effects; new damages; taxonomy.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Theory of the injury's effects; – 3. The new damages; – 4. The new damages and its taxonomy; – 5. Conclusion; – References.*

* Mestrando em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Juiz de Direito no Estado de São Paulo.

** Doutor em Direito Civil pela Faculdade do Largo São Francisco. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor dos cursos de mestrado e doutorado em Direito Negocial da UEL. Professor dos cursos de graduação em Direito da UEL e PUC-PR. Advogado no Paraná.

1. Introdução

Ao longo da história do Direito, verifica-se que a responsabilidade civil experimentou significativa evolução no tocante a configuração de seus elementos, dentre os quais o dano. Inicialmente vinculado à ideia de depreciação patrimonial, o conceito de dano foi sendo paulatinamente conformado, a fim de abranger a vulneração de bens jurídicos cuja tutela entendeu-se necessária, independentemente da repercussão econômica.

A ampliação do espectro de responsabilização culminou na proteção de interesses imateriais e no reconhecimento recente – sobretudo no século XX – da reparabilidade dos denominados danos morais. Na esteira dessa evolução, ganha relevo o debate doutrinário não apenas sobre quais situações configurariam esse tipo de lesão, mas também como enquadrá-las na taxonomia da ciência jurídica, a fim de se lhes emprestar tratamento adequado, a partir da correta identificação do regime legal.

A noção normativa de dano, não mais adstrita ao seu aspecto naturalista, permitiu distinguir duas facetas desse fenômeno jurídico: a lesão, consubstanciada na violação a um interesse juridicamente tutelado; e o prejuízo, caracterizado pela repercussão concreta daquela vulneração na vítima. A atenção voltada a essa segunda faceta fez com que novas situações lesivas fossem identificadas e, secundando o reconhecimento de sua reparabilidade, rearranjos da taxonomia dos danos extrapatrimoniais foram propostos.

Nesse contexto, cabe analisar se as proposições classificatórias se mostram necessárias e pertinentes em razão da incorporação no ordenamento de inéditas situações merecedoras de tutela.

2. Teoria dos efeitos da lesão

Inegavelmente, o dano é elemento essencial da responsabilidade civil, a própria razão de ser desse instituto. Somente há falar em indenização se verificado aquele elemento. A noção de dano experimentou diversas conceituações ao longo do desenvolvimento do Direito, justamente no esforço de se tentar delimitar esse componente desencadeador do dever reparatório.

Historicamente, a ideia de dano esteve relacionada à de desfalque material, “ligado à doutrina tradicional da pandectística, que tinha definido os danos patrimoniais (de forma característica quanto aos seus pressupostos econômicos) como uma diferença

patrimonial expressa numa importância em dinheiro”.¹ Naturalmente, essa acepção ainda vigora e é inapelável, pois, de fato, “o interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil”.²

Desde o direito romano, o conceito de dano correspondia a qualquer diminuição do *patrimonium*.³ A vinculação da noção de dano a de prejuízo material não se revelava tão problemática de início, pois, dentro do contexto de um direito civil marcadamente patrimonialista, a *teoria da diferença* era suficiente⁴ a quantificar o dano experimentado por simples operação matemática comparativa do patrimônio da vítima antes e depois do fato causador – decréscimo econômico.⁵

O ordenamento jurídico disponibiliza, basicamente, duas formas de tutela instrumental à recomposição do patrimônio lesado: a *restitutória*, consistente no restabelecimento da situação originária da vítima pela satisfação *in natura*; e a *ressarcitória*, consistente na recomposição econômica ou monetária (indenização em dinheiro) equivalente à diminuição patrimonial experimentada pelo ofendido.⁶ Nesse sentido, “indenizar será [...] suprir em espécie ou pecuniariamente à vítima a perda que sofreu”.⁷

Esses dois instrumentos não são idôneos a serem utilizados quando a lesão que se verifica atinge bem de natureza extrapatrimonial. Tome-se como paradigma, e apenas ilustrativamente, o *leading case* nacional em que se reconheceu a tutela do dano moral, analisado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 59.940, de relatoria do Ministro Aliomar Baleeiro, em abril de 1966. No caso, duas crianças – de 6

¹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 601.

² DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 55.

³ LEITÃO, Adelaide Menezes. Ressarcimento dos danos puramente patrimoniais. In: BARBOSA, Mafalda Miranda; ROSENVALD, Nelson; MUNIZ, Francisco (Coord.). *Desafios da nova responsabilidade civil*. São Paulo: JusPodivm, 2019, cap. 1, p. 13-22, p. 13.

⁴ A suficiência da teoria da diferença na quantificação do dano patrimonial não é pacífica na doutrina. Apresentando visão crítica sobre esse critério, tem-se: “O último medir-se-ia, ‘em princípio, por uma diferença: a diferença entre a situação real atual do lesado e a situação hipotética em que ele se encontraria, se não fosse o facto lesivo’. O critério, assente na hipótese da diferença, acabaria por se revelar, contudo, ‘um conceito inadequado de dano e um método insuficiente para a sua determinação, que escondia as considerações teleológicas ou valorativas decisivas. Foram sobretudo questões como a perspetivação contabilística do dano (a levantar problemas acrescidos à indemnização de danos como o dano da perda de uso), como a da relevância da causa virtual ou da compensação de vantagens (‘determinada decisivamente por pontos de vista valorativos que a hipótese da diferença deixa escapar) que justificaram o olhar crítico sobre a fórmula que, desde Mommsen, foi assumida genericamente para efeitos de determinação do dano” (BARBOSA, Mafalda Miranda. Entre a ilicitude e o dano. In: BARBOSA, Mafalda Miranda; ROSENVALD, Nelson; MUNIZ, Francisco (Coord.). *Desafios da nova responsabilidade civil*. São Paulo: JusPodivm, 2019. Cap. 12, p. 248).

⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 102.

⁶ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, t. I. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 227-229.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 75.

e 9 anos de idade – foram vitimadas num acidente de ônibus, cuja culpa da empresa fora reconhecida.⁸ Resulta claro a impossibilidade de se valer da tutela restitutória, pois impossível devolver à vida os menores. Da mesma forma, não há falar em ressarcimento, pois, na lição de Immanuel Kant,⁹ as coisas têm preço, as pessoas dignidade; portanto, estas não podem ser substituídas por algo equivalente, *in casu*, dinheiro.

À impossibilidade de qualificar-se a lesão extrapatrimonial como dano, bem como de medir sua extensão não fora apresentada solução a contento. Contudo, desde pelo menos 1927 já havia vozes na doutrina nacional a sustentar a necessidade de se tutelar a lesão a bens jurídicos cuja repercussão não fosse estritamente patrimonial. Pontes de Miranda¹⁰ batia-se contra a “mal-entendida injustiça” que não dava valor ao dano imaterial; e arrematava: “o mais vulgarizado fundamento para não se conceder a reparação do dano imaterial é o de que não seria completo o ressarcimento. Mas não é justo, como bem ponderava Josef Kohler, que nada se dê, somente por não se poder dar o exato”.

Com o passar das décadas, o sentimento jurídico e social da necessidade de se tutelar os danos morais fora recrudescendo. Nesse sentido, sustenta Maria Celina Bodin de Moraes¹¹ que “cada época tem os seus danos indenizáveis e, portanto, cada época cria o instrumental, teórico e prático, além dos meios necessários para repará-los”.

Assim, percebeu-se a insuficiência do conceito de dano vinculado ao caráter patrimonial da lesão. A esse conceito, Clóvis V. do Couto e Silva¹² denominou “noção naturalista de dano” e apontou para a necessária distinção com a “noção normativa” de dano. Esta última, consiste na seleção pela norma de uma fração do fato social para transformá-lo numa situação jurídica tutelada, cuja violação importaria na lesão a interesse juridicamente relevante e, portanto, em dano¹³. Daí falar-se que pressupõe uma multiplicidade de valorações que são eminentemente variáveis no tempo e no espaço.¹⁴ E é nesse sentido que se pode denominar uma lesão extrapatrimonial como dano, já que

⁸ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 149.

⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 65.

¹⁰ MIRANDA apud BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*, cit., p. 359.

¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 150.

¹² SILVA, Clóvis V. do Couto. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, a. 2015, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar./2015, p. 334.

¹³ Essas ponderações também foram lançadas em: NESPOLI, Arthur Lutiheri Baptista; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Nexo de causalidade e juízo de equidade: da certeza à mera possibilidade. *Civilística.com*, a. 11, n. 2, 2022.

¹⁴ VICENTE, Dario Moura. *Direito comparado: obrigações*, vol. II. São Paulo: Almedina, 2018, p. 430.

evidentemente não há materialidade no dano moral.¹⁵

A noção normativa ou jurídica do dano possibilitou a percepção desse fenômeno em sua complexa e dupla faceta: dano-evento e dano-prejuízo. Trata-se de elementos que se complementam na medida em que a verificação de “um deles isoladamente não é capaz de ativar o mecanismo do ressarcimento”.¹⁶ A premissa fundamental da *teoria dos efeitos da lesão* sobre a conceituação de dano parte da distinção entre *lesão* e *dano*, entendido este como consequência daquela. No direito continental, essa diferenciação é amplamente verificada, apenas com denominações distintas: na Espanha, *daño* e *perjuicio*; na França, o projeto de reforma do Código Civil proposto em 2017, na redação do art. 1.235, identifica o *dommage* como lesão a interesse lícito (*lésion d'un intérêt licite*). Na vizinha Argentina, sustenta-se que o relevante para o Direito quando se perquire a reparação não é lesão intrinsecamente considerada, mas as consequências concretas – econômicas ou espirituais – que aquela inflige na vítima.¹⁷

O dano-evento, portanto, é a lesão a direito subjetivo ou interesse juridicamente tutelado. Corresponde à noção de violação a algum interesse juridicamente relevante, patrimonial ou extrapatrimonial, concretamente merecedor de tutela.¹⁸ Nesse ponto, indiferente o sistema adotado: seja o da *tipicidade* dos ilícitos civis, como na *common law*, desenvolvido a partir do sistema histórico de ações, herdado da tradição jurídica inglesa – desde o século XIX ampliado jurisprudencialmente pelo desenvolvimento do *torts of negligence*.¹⁹ – ou, na *civil law*, ilustrativamente o alemão, que encampou uma lista de interesses protegidos (*Tätbestande* delituais) – também ampliada a partir da década de 50 do século XX pela jurisprudência, para proteger os chamados “direitos gerais da personalidade” – *allgemeines Persönlichkeitsrecht*;²⁰ seja o da *cláusula geral* ou *aberta* de responsabilização, a exemplo do sistema brasileiro; o que importa para a

¹⁵ TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Desafios atuais em matéria de dano moral. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.). *Relações patrimoniais: contratos, titularidades e responsabilidade civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 260.

¹⁶ FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*. 2009. 231 p. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 14.

¹⁷ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. De volta à reparação do dano moral: 30 anos de trajetória entre avanços e retrocessos. In: SCHREIBER, Anderson; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Problemas de direito civil: homenagem aos 30 anos de cátedra do professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 568-569.

¹⁸ BONNA, Alexandre Pereira; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. A quantificação do dano moral compensatório: em busca de critérios para os arts. 5º, V e X, da CF/88. *Civilistica.com*, a. 8, n. 3, 2019.

¹⁹ LEITÃO, Adelaide Menezes. Ressarcimento dos danos puramente patrimoniais, cit., p. 15.

²⁰ CASALS, Miquel-Martin. La modernización del derecho de la responsabilidad extracontractual. In: *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil: XV Jornada de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*. Murcia: Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2011, p. 42. ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção dos direitos da personalidade na Alemanha. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, a. 6, n. 2, 2020, p. 738. VICENTE, Dario Moura. *Direito comparado: introdução, sistemas jurídicos em geral*, vol. I. São Paulo: Almedina, 2018. p. 177.

caracterização do dano-evento é a sua contrariedade ao direito.²¹

O dano-prejuízo, por sua vez, é a consequência dessa lesão, que somente pode ser aferida em concreto. Refere-se à repercussão da lesão ao interesse jurídico protegido.²² Portanto, o primeiro seria dano imediato e o segundo mediato.

A dualidade e distinção entre *lesão* (dano-evento) e *dano* (dano-prejuízo ou dano-consequência)²³ remete à elaboração conceitual de dois tipos denexo de causalidade: um no sentido natural, relacionado à etiologia do ato ilícito; e outro jurídico, relacionado aos efeitos dano-evento.²⁴ Ressalva-se, contudo, que tanto o dano-evento como o dano-prejuízo são resultados da conduta do agente; porém, “o nexode causalidade é uma relação entre o fato e o resultado. O nexode correlação é o liame entre o dano-evento e o dano-prejuízo”.²⁵

Com base nessa concepção binária da causalidade, Mafalda Miranda Barbosa²⁶ propõe, no âmbito do Direito português, uma análise funcionalizada da violação do direito e da concepção do dano patrimonial ressarcível, que somente se verificaria quando traduzido numa *nota de utilidade*. Deve-se, num primeiro momento, vislumbrar-se quais as potenciais faculdades inerentes ao direito violado considerado em abstrato; posteriormente, verificar-se se alguma posição jurídica concreta do titular foi afetada. Haveria, portanto, duas esferas, imageticamente, a serem consideradas: uma de utilidade geral, referente às diversas faculdades inerentes ao direito titularizado; e outra de utilidade particular, referente ao que o titular da posição concretamente se propõe realizar.

O critério da *utilidade*, contudo, é inservível como método de recondução de danos não patrimoniais ao núcleo de influência do direito violado. Em não sendo aplicável a teoria

²¹ FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*, 2009, cit., p. 68.

²² CASALS, Miquel-Martin. *La modernización del derecho de la responsabilidad extracontractual*, cit., p. 41.

²³ As expressões entre parênteses equivalem às em itálico. Nesse sentido: “A aparente ambiguidade entre o dano-evento e o dano-prejuízo pode ter explicação no próprio vocábulo. As línguas latinas em geral atribuem aos termos *lesão* e *dano* o significado do que se denomina de dano-evento e dano-prejuízo. Esta ambiguidade é lembrada por Philippe le Tourneau-Loïc Cadiet para os termos *dommage* (originada do vocábulo latino *damnum*) e *préjudice*” (FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Uma nova proposta para diferenciação entre dano moral, o dano social e os *punitive damages*. *Revista dos Tribunais*, vol. 958. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago./2015, item 1.1).

²⁴ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. De volta à reparação do dano moral: 30 anos de trajetória entre avanços e retrocessos, cit., p. 568.

²⁵ Conforme se observa, a denominação dos dois tipos de nexode varia: Silvano José Gomes Flumignan (2015, *passim*) atribui à expressão “nexode causalidade” o referente ao liame natural e “nexode correlação” o que aponta o elo jurídico. Mafalda Miranda Barbosa (2019, *passim*), por sua vez, utiliza as expressões “causalidade fundamentadora da responsabilidade” e “causalidade preenchedora da responsabilidade”, respectivamente. FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*, cit., p. 55.

²⁶ BARBOSA, Mafalda Miranda. Entre a ilicitude e o dano. In: BARBOSA, Mafalda Miranda; ROSENVALD, Nelson; MUNIZ, Francisco (Coord.). *Desafios da nova responsabilidade civil*. São Paulo: JusPodivm, 2019, cap. 12, p. 246-248.

da diferença pela própria natureza do dano, a ligação se dá por via da dimensão valorativa da componente jus-subjetiva e a compensação é determinada por equidade. Isso porque os direitos da personalidade ou mesmo os de natureza pessoal de um modo em geral não são dotados de um conteúdo de destinação patrimonial perfeitamente identificável, representando uma subjetivação do poder de autodeterminação do ser humano. Daí invocar-se a noção de razoabilidade – “homem médio” – a fim de se aferir se o impacto invocado atende ao padrão de ressarcibilidade.²⁷

De maneira semelhante, no Direito alemão a análise do nexo de causalidade passa pelo crivo de três questões distintas: “a) A qualificação do facto lesivo como *conditio sine qua non* do dano; b) A determinação da existência de um *nexo de causalidade adequada* entre esse facto e dano superveniente;²⁸ e c) A recondução deste ao *escopo da norma violada*,²⁹ quando ela existia”.³⁰ Percebe-se claramente que os dois primeiros filtros se referem à causalidade natural desdobrada (mas aglutináveis), enquanto o terceiro diz respeito à causalidade jurídica (nexo de correlação), culminando na concepção binária do elo causal: causalidade fundamentadora da responsabilidade e causalidade preenchedora da responsabilidade, respectivamente.³¹

O arcabouço dogmático apresentado mostra-se fundamental para se compreender a origem dos denominados *novos danos*. Foi justamente a distinção entre dano-evento e dano-consequência que permitiu à jurisprudência e doutrina italianas inaugurar a tutela ressarcível de bens jurídicos que, apesar de protegidos pelo ordenamento, não recebiam, de ordinário, a chancela da indenizabilidade.

3. Os novos danos

A acepção normativa de dano admite a conformação de sua abrangência ao sentimento de justiça prevalecente na comunidade em dado momento histórico. Como exposto, a seleção pelo ordenamento dos bens tuteláveis a partir da identificação de fatos sociais merecedores de proteção varia no tempo e no espaço. Dado seu maior dinamismo se comparado com o do legislador, a jurisprudência, não raras vezes, assume papel de

²⁷ BARBOSA, Mafalda Miranda. Entre a ilicitude e o dano, cit., p. 252-253.

²⁸ Sobre a causalidade adequada no Direito alemão, cf. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. t. I, cit., p. 198-203.

²⁹ Sobre essa noção: “Será o exame da norma jurídica que foi violada: será a sua *ratio legis* que esclarecerá quais são os valores e interesses tutelados, quais são em especial os danos que podem ser reparados e quais são as pessoas que a norma intenta proteger” (NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. *Revista de Direito Civil*, n. 64. São Paulo: abr.-jun./1993, p. 22).

³⁰ VICENTE, Dario Moura. *Direito comparado: obrigações*, vol. II, cit., p. 449.

³¹ BARBOSA, Mafalda Miranda. Entre a ilicitude e o dano, cit., p. 236. DAM, Cees van. *European Tort Law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2013, p. 312.

vanguarda no alargamento da esfera de amparo jurídico a situações até então tidas como não abrangidas pelo espectro do Direito.

Precisamente nesse contexto que os tribunais italianos passaram a albergar os chamados *novos danos*, sobretudo em razão das características próprias daquele ordenamento. Isso porque, ao contrário do nosso, o sistema de reparação de danos morais é típico ou fechado, preceituando o art. 2.059 do Código Civil italiano (CCI) que somente se indeniza o dano não patrimonial nos casos determinados na lei. Nesse contexto, “diante da rigidez legislativa, a doutrina italiana teve que inovar a ponto de criar novas categorias de danos que escapassem à proibição normativa”.³²

Na verdade, a rigidez do sistema italiano foi fruto mais da interpretação jurisprudencial emprestada à norma do que propriamente do sistema positivado. Quando da promulgação do CCI, sustentou-se que a opção do legislador teria representado um meio-termo entre a elasticidade do sistema francês e a rigidez do alemão. Contudo, até o início da década de 1980, os tribunais associavam a norma do art. 2.059 do CCI ao art. 185 do Código Penal, entendendo o dano moral no sentido tradicional – *danno morale-soggettivo* –, identificado com a dor, física e psíquica, cuja ressarcibilidade era concedida apenas nas hipóteses de crime.³³

A mudança de entendimento foi inaugurada com a sentença n. 3.675/1981 da Suprema Corte italiana, na qual fixou-se a possibilidade de indenização do dano biológico independentemente da afetação patrimonial dele decorrente. Conjugando-se o art. 2.043 do CCI – que trata do dano injusto – com o art. 32 da Constituição italiana,³⁴ estabeleceu-se a tutela ressarcível da saúde, direito fundamental do indivíduo.³⁵

A partir desse momento, reconheceu-se um sistema “tripolar” na Itália, pois ao lado do dano patrimonial (art. 2.043 do CCI) e do moral (art. 2.059 do CCI), inaugurou-se o dano à pessoa (abrangendo o biológico e o à saúde), que não ostenta caráter patrimonial, mas cujo fundamento jurídico foi identificado no art. 2.043, que trata desse tipo de dano. Ao termo “injustiça do dano” referida no art. 2.043 do CCI passou-se a atribuir duplo caráter:

³² BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*, cit., p. 372.

³³ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, cit., p. 109-111.

³⁴ O dispositivo tem a seguinte redação (tradução nossa): “A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, e garante tratamentos gratuitos aos indigentes. Ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário, salvo disposição de lei. A lei não pode, em hipótese alguma, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana”.

³⁵ MILONE, Mario. *Dalla tutela dell'avere a quella dell'essere: il danno esistenziale*. Edição n. 2, jun./2003. Ano IX. Ed. Acomep. Disponível em: melchiorregioia.it/, item 1.

“(i) *contra ius*, a revelar o atentado a um interesse tutelado pelo ordenamento; e (ii) *non iure*, correspondente à ausência de direito do agente de praticar a conduta lesiva”.³⁶

A noção de dano biológico inicialmente adotada pelas Cortes italianas – posteriormente positivada na lei n. 57/2001, que trata da responsabilidade civil decorrente da circulação de veículos automotores – era eminentemente médico-legal. Em outras palavras, sua constatação bem como a medição de sua extensão se dava por meio de perícia, que deveria aferir a duração da incapacidade temporária e/ou porcentagem da incapacidade permanente.³⁷

O parâmetro médico-legal, no entanto, mostrou-se insuficiente a efetivamente identificar os impactos concretos do ato lesivo na vida da vítima, pois fatos semelhantes repercutiam de forma distinta a depender das circunstâncias pessoais. Nesse contexto, vários julgados passaram a acolher a pretensão indenizatória relativamente a consequências não pecuniárias do evento danoso, mesmo na ausência ou independentemente de comprovação médica. Ilustrativamente, a *Corte Suprema di Cassazione*, na sentença n. 6607 de 11/11/1986, reconheceu o denominado “dano sexual” ao cônjuge da vítima da lesão, porque não pôde mais ter relação sexual com o parceiro: em que pese não ter sofrido nenhum dano-evento nem prejuízo pericialmente verificável, experimentou o *danno conseguenza* de natureza não patrimonial, consistente na afetação da vida amorosa.³⁸

O reconhecimento do dano biológico em seu aspecto mais amplo, como dano à pessoa em suas mais diversas formas de manifestação, ensejou a identificação do dano existencial como categoria autônoma em relação àquele. Com essa evolução conceitual, a jurisprudência italiana passou a acolher pretensão ressarcitória cumulativa do dano moral, biológico e existencial relativamente ao mesmo dano-evento.³⁹ Assim:

De fato, com a intenção declarada de dar continuidade aos desenvolvimentos mais recentes na jurisprudência de legitimidade sobre o assunto (Cass. Civ. 20 de novembro de 2012, n. 20292; Cass. Civ. 22 de agosto de 2013, n. 19402; Cass. Civ. 23 de janeiro de 2014, n. 1361), o Colegiado Supremo estabelece que ‘danos biológicos, imateriais e danos às relações’ [*rectius* danos existenciais (visto que o dano a ser indenizado deve ser proporcional apenas ao ‘dano-consequência’,

³⁶ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, cit., p. 109.

³⁷ MILONE, Mario. *Dalla tutela dell'avere a quella dell'essere: il danno esistenziale*, cit., item 2.

³⁸ GONZÁLES, Carlos Antonio Agurto; MAMANI, Sonia Lidia Quequejana. O dano existencial como contribuição da cultura jurídica italiana. Trad. Fabiano Coulon. *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, vol. 6, n. 1. Canoas: mai./2018, p. 48. MILONE, Mario. *Dalla tutela dell'avere a quella dell'essere: il danno esistenziale*, cit., item 2.

³⁹ GONZÁLES, Carlos Antonio Agurto; MAMANI, Sonia Lidia Quequejana. O dano existencial como contribuição da cultura jurídica italiana, cit., p. 50.

enquanto o dano por perda da relação parental constitui um ‘dano-evento’, que por sua vez pode dar origem ao primeiro)] - respondem a diferentes perspectivas de avaliação do mesmo evento lesivo, que pode causar, na vítima e sua família, um dano medicamente comprovado, uma dor interior e uma alteração da vida quotidiana, pelo que o juiz de origem deve avaliar todos os aspectos da causa danosa, evitando duplicação, mas também indenizações ‘vazias’ e, em particular, para a danos causados por lesão à relação parental, deve apurar, com o ônus da prova a cargo dos familiares do falecido, se, em consequência do fato lesivo, os sobreviventes têm uma perturbação dos hábitos normais de modo a impor opções de vida radicalmente diferentes.⁴⁰

Em outro julgado (Cass. civ., Sez. III, 26 maggio 2011, n. 11609, pres. Petti, rel. Giacalone), reconheceu-se o dano existencial à vítima que nadava na praia de Messina e foi atingida por uma lancha. Para além dos graves ferimentos e da epilepsia pós-traumática residual (dano biológico), o ofendido não pôde mais exercer atividade física atlética, a profissão de contabilista, nem cultivar a vida de relação e social, dados os frequentes ataques de epilepsia e crises depressivas.⁴¹

O dano existencial representa, portanto, o abandono de uma rotina incorporada, a renúncia compulsória e indesejada de atividades cotidianas, afetando o indivíduo na realização de sua esfera pessoal, no seu bem-estar ou seu projeto de vida, prejudicando suas atividades total ou parcialmente, de forma permanente ou temporária.⁴² A toda

⁴⁰ Tradução livre. No original: “Difatti, con la dichiarata intenzione di dare continuità ai più recenti sviluppi della giurisprudenza di legittimità sull'argomento (Cass. civ. 20 novembre 2012, n. 20292; Cass. civ. 22 agosto 2013, n. 19402; Cass. civ. 23 gennaio 2014, n. 1361), il Supremo Collegio sancisce che “il danno biologico, il danno morale ed il danno alla vita di relazione [rectius il danno esistenziale (posto che il danno da risarcire va commisurato ai soli “danni – conseguenza”, mentre il danno da perdita del rapporto parentale costituisce un “danno - evento”, che a sua volta può dar luogo ai primi)] - rispondono a prospettive diverse di valutazione del medesimo evento lesivo, che può causare, nella vittima e nei suoi familiari, un danno medicalmente accertato, un dolore interiore e un'alterazione della vita quotidiana, sicché il giudice di merito deve valutare tutti gli aspetti della fattispecie dannosa, evitando duplicazioni, ma anche “vuoti” risarcitori e, in particolare, per il danno da lesione del rapporto parentale, deve accertare, con onere della prova a carico dei familiari della persona deceduta, se, a seguito del fatto lesivo, si sia determinato nei superstiti uno sconvolgimento delle normali abitudini tale da imporre scelte di vita radicalmente diverse” (CENDON, Paolo. *Il danno esistenziale: nell'attuale panorama giurisprudenziale*. Frosinone: Key, 2014, p. 18).

⁴¹ CENDON, Paolo. *Il danno esistenziale: nell'attuale panorama giurisprudenziale*, cit., p. 22.

⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 195. O dano existencial é tutelado em outros países, mas com denominação e/ou fundamentos diversos. Nesse sentido: “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 §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 vítima de *daño al proyecto 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*. *Revista de Direito Privado*, vol. 57. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar./2014, item 3).

evidência, a amplitude do que se entende por dano existencial inspirou na doutrina italiana certa preocupação quanto à “identificação e seleção dos interesses juridicamente tutelados”,⁴³ sendo sua indeterminação conceitual uma das objeções apontadas contra seu reconhecimento.⁴⁴ Não por outra razão que no direito alemão adota-se o filtro da teoria do escopo da norma violada, cuja razão de ser reside “[...] na limitação pelo ordenamento jurídico do princípio da reparação ampla e geral de todos e quaisquer danos, a todas e quaisquer pessoas lesadas”.⁴⁵

O alerta contra a excessiva abrangência da noção de dano existencial também fora lançado por parte da doutrina nacional, sobretudo pela proliferação de hipóteses – os *novos danos* – que serviriam para ilustrar esse tipo de lesão. Passou-se a aventar diversas situações fáticas, tais como renúncia forçada de *hobbies* ou ocasiões felizes (praticar de esportes, tocar instrumentos musicais etc.), emissões de ruídos em excesso, dano por férias estragadas (*danno da vacanza rovinata*, na expressão corrente na doutrina italiana), danos decorrentes de perseguições (*bullying, stalking, mobbing* e *sexual harrassment* etc.), dentre outros.⁴⁶

A proliferação indiscriminada de novas figuras tem o prejudicial efeito de fragmentar o tratamento de um fenômeno jurídico cuja sistematização mostra-se aconselhável, justamente por sua natureza problemática quanto à delimitação do objeto. A enunciação de vazios normativos eventualmente pode representar problema mais grave do que a mera revisão da dogmática consolidada, pela releitura dos institutos já conhecidos pela civilística.⁴⁷

Independentemente do debate sobre a definição dos danos existenciais, sua incorporação ao sistema jurídico brasileiro mostra-se inegável, seja no âmbito

⁴³ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, cit., p. 115.

⁴⁴ MILONE, Mario. *Dalla Tutela Dell'avere a quella dell'essere: il danno esistenziale*, cit., item 4.

⁴⁵ NORONHA, Fernando. *Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização*, cit., p. 22.

⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Desafios atuais em matéria de dano moral, cit., p. 244-245.

⁴⁷ TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 21. Belo Horizonte: Fórum, jul.-set./2019, p. 71. Essa advertência foi lançada pelos autores em crítica às propostas de criação de novas soluções jurídicas (desde legislativas – microssistemas, ou mesmo criação de novo ramo do Direito) aos danos causados por mecanismos de inteligência artificial; mas o raciocínio aplica-se às propostas doutrinárias de reconhecimento autônomo de inúmeros novos danos, fragmentados em situações particularizadas.

doutrinário, seja no legislativo⁴⁸ ou no jurisprudencial.⁴⁹ Em consequência, inaugurou-se intensa discussão dogmática sobre a necessidade de se rever a taxonomia dos danos não patrimoniais, sobretudo no tocante a qual seria o correto enquadramento dos novos danos no sistema jurídico nacional.

4. Os novos danos e sua taxonomia

O ordenamento jurídico ostenta, dentre outras características, a marca da sistematicidade, o que implica no tratamento orgânico de seus institutos. A importância de se adotar adequada taxonomia reside em conferir coerência aos temas objetos da ciência do Direito. Desde que se reconheceu a reparabilidade dos danos de natureza não patrimonial, a doutrina vem debatendo qual seria o melhor critério de classificação e identificação desse tipo de lesão.

De início, a separação dava-se singelamente de forma binária: dano patrimonial e dano moral. Como visto, o primeiro relaciona-se ordinariamente ao desfalque de natureza econômica; o segundo aos danos que não trazem em si a nota da patrimonialidade. Portanto, o termo “moral” era utilizado com a finalidade de apontar o tipo de lesão a que se refere, distinguindo-se da patrimonial.

A própria nomenclatura utilizada gera controvérsia. Há muito aponta-se a polissemia do termo na língua portuguesa, bem como a carga axiológica que traz ínsito. O ministro Francisco Rezek, em seu voto no RE nº 172.720, chamou a atenção para o que denominou de “sublimação” do adjetivo “moral” por sua “alta carga ética” no idioma nacional. Ressaltou que a essa palavra “[...] tem menor estatura nos demais idiomas. As pessoas jurídicas, em língua francesa, são chamadas de 'pessoas morais'. Há vários empregos, em língua inglesa, do adjetivo 'moral' para coisas desvestidas da alta carga ética que tem a mesma palavra em língua portuguesa”.⁵⁰

Essa observação encontra ressonância na doutrina, pois, para Fernando Noronha, “só a designação extrapatrimonial deixa claro que unicamente terá esta natureza o dano sem reflexos no patrimônio do lesado [...]. Nem sempre o dano extrapatrimonial terá

⁴⁸ Sobre a incorporação legislativa, cf. a lei nº 13.467/2017, que incluiu, dentre outros, os arts. 223-A e segs. na Consolidação da Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5.452/1943).

⁴⁹ Sobre a incorporação pela jurisprudência nacional, cf. TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Desafios atuais em matéria de dano moral, cit., p. 248-249.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 172.720/RJ. Relator: Min. Marco Aurélio. Diário da Justiça, 21 fev. 1997.

natureza moral: a palavra ‘moral’ tem carregado conceito ético”.⁵¹ Avançando na crítica terminológica, chama-se a atenção para a má técnica da redação do direito positivo nacional, na medida em que contrapõe danos *materiais e morais*, o que sugere que estes seriam *imateriais*; contudo “[...] bens imateriais (como a energia elétrica) são bens patrimoniais (isto é, dotados de valor patrimonial), e não extrapatrimoniais. O acertado seria discernir entre o dano patrimonial e o extrapatrimonial”.⁵²

Ademais, a expressão enseja debate sobre o que pretende qualificar como “moral”, ou seja, “não-patrimonial”: o bem jurídico afetado pela conduta ou os efeitos da lesão perpetrada?⁵³ José de Aguiar Dias sustenta que “a distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado”.⁵⁴ Seria possível, portanto, vislumbrar dano material em decorrência de lesão a bem imaterial, da mesma forma que dano moral em razão de ofensa a bem patrimonial. Ilustrativamente, pode-se pensar em danos à saúde da vítima (bem imaterial) que importem em despesas médicas para seu restabelecimento, culminando, portanto, um dano extrapatrimonial em dano patrimonial indireto, passível de ressarcimento – reembolso do que fora gasto.⁵⁵

Por outro lado, mirando o bem vulnerado, entende-se que o termo “moral” qualifica o dano que atinge “o direito à dignidade”, sustentando-se que “os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar de *dano moral*”.⁵⁶ A qualificar e identificar o tipo de lesão a partir do bem jurídico afetado formaram-se na doutrina nacional três principais entendimentos. O primeiro e mais antigo conceitua o dano moral como dor psíquica, vulneração relevante do estado anímico da vítima, sofrimento intenso. O segundo, na busca de uma noção menos subjetivista, define esse tipo de dano como violação a direitos da personalidade, tais como honra, integridade física, privacidade, nome etc. O terceiro, apresentando visão mais moderna e no esforço de tornar a definição mais objetiva e integrada com a axiologia constitucional, vislumbra o dano moral, em posição mais restritiva, como ofensa à dignidade da pessoa humana em quaisquer dos substratos que a compõem, nomeadamente a igualdade, liberdade, integridade psicofísica ou

⁵¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 223.

⁵² MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, a. 3, n. 9. Lisboa: 2014, p. 7.075.

⁵³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, cit., p. 39-39.

⁵⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 992.

⁵⁵ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. t. I, cit., p. 195.

⁵⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 82-83.

solidariedade.⁵⁷

Dentro desse conturbado cenário de diversas propostas político-filosóficas de eleição do objeto a ser abrangido pelo instituto, surge, recentemente no Brasil, nova controvérsia, referente à suficiência das proposições acima indicadas à tutela dos bens jurídicos imateriais. Em razão da alegada precariedade que a noção de dano moral apresenta para se proteger de forma satisfatória a pessoa humana em sua integralidade, paulatinamente tem-se incorporado os chamados novos danos ao ordenamento nacional. A reboque da integração dessa figura no âmbito da reponsabilidade civil têm sido propostos rearranjos na taxonomia das lesões de natureza não patrimoniais.

Aventa-se, por exemplo, o gênero dano extrapatrimonial, do qual decorrem quatro espécies: dano moral, dano estético, dano à imagem e dano existencial. Argumenta-se que autonomia dos danos estéticos e à imagem já estão consolidadas no âmbito jurisprudencial, sintetizadas nas súmulas 387 e 403 do Superior Tribunal de Justiça. Os pressupostos de configuração também não se confundem: o primeiro consubstancia-se em um significativo desequilíbrio corporal infligido à vítima; o segundo na captação não autorizada da imagem alheia, independentemente de lesão à honra ou à vida privada.⁵⁸

O dano existencial foi recentemente positivado no ordenamento pela reforma trabalhista (lei nº 13.467/17) e consiste na modificação relevante na vida de uma pessoa decorrente de um fato danoso. A distinção entre dano moral, estético e à imagem seria qualitativa: toda lesão a interesse existencial merecedor de tutela que não configure a segunda e terceira hipótese, será dano moral (opera-se por exclusão). A diferenciação entre essa espécie de dano e o existencial, por outro lado, seria quantitativa: no primeiro, as circunstâncias deletérias da violação à personalidade circunscrevem-se ao evento; o segundo implica “na permanência da eficácia danosa sobre a operosidade, dinamismo e qualidade de uma vida”.⁵⁹

Ainda no contexto de novas proposições taxonômicas, argumenta-se que o avanço científico-tecnológico deu ensejo a violações a novos aspectos da pessoa, alguns, inclusive, que eram desconhecidos, mas que passaram a ser objeto de tratamento e/ou manipulação e, por conseguinte, passíveis de sofrerem lesão. É o que se verifica, por

⁵⁷ BESSA, Leonardo Roscoe; REIS, Milla Pereira Primo. Dano moral e dor: direito autônomo à integridade psíquica. *Civilistica.com*, a. 9, n. 1, 2020, p. 3-5. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. De volta à reparação do dano moral: 30 anos de trajetória entre avanços e retrocessos, cit., p. 566.

⁵⁸ ROSENVALD, Nelson. Por uma tipologia aberta dos danos extrapatrimoniais. *Migalhas*, 23 abr. 2020.

⁵⁹ ROSENVALD, Nelson. Por uma tipologia aberta dos danos extrapatrimoniais, cit.

exemplo, com o aprofundamento do conhecimento e do mapeamento genético, que para além de permitir obter informação sobre o indivíduo estudado – e, portanto, constatar ou antecipar patologias – também ensejou a manipulação dos próprios genes, para obtenção de resultados específicos, possibilitando a escolha de características humanas antes relegadas ao acaso – ilustrativamente, o sexo. Daí porque sustentar-se a necessidade de se reconhecer uma nova e autônoma categoria de dano extrapatrimonial: o dano genético.⁶⁰

A premissa dessa nova tipologia é distinção entre dano moral e dano extrapatrimonial, que não são tomados como sinônimos. À primeira nomenclatura, atribui-se a afetação lesiva da “moral do indivíduo”; à segunda, afetação de outros aspectos da personalidade e vida. Delineando melhor a diferenciação, aponta-se que o dano moral deve ser definido como a violação à integridade psíquica ou moral da pessoa (um dos substratos da dignidade da pessoa humana), sua subjetividade, envolvendo aspectos externos – como a pessoa é vista na sociedade: nome, honra, privacidade e imagem – e internos – o equilíbrio psicológico. O gênero extrapatrimonial englobaria outros componentes da dignidade humana, a exemplo do dano genético – que vulnera a integridade genética.⁶¹

O dano genético seria, portanto, espécie de dano extrapatrimonial, cuja tutela encontra albergue no art. 8º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos.⁶² Como corolário jurídico da normativa internacional tem-se que “[...] os genes compõem a integridade genética da pessoa, assim, não podem ser violados, tanto no seu aspecto físico como íntimo, podendo citar por exemplo o caso de uma pessoa que não deseje a divulgação sobre a portabilidade de um gene causador de uma doença”.⁶³

Os novos danos, contudo, não se limitam a aspectos desconhecidos da pessoa pela ciência, tampouco guardam relação estrita com a evolução tecnológica. Algumas categorias surgem da percepção de merecimento de tutela de situações que antes não eram vistas como geradoras potenciais de responsabilização civil, dentre as quais, pode-se apontar o *dano temporal*.

⁶⁰ PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. Novos panoramas da responsabilidade civil e as tecnologias: dano genético. *Em tempo*. Marília, vol. 18, 2019, p. 101-102.

⁶¹ PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. Novos panoramas da responsabilidade civil e as tecnologias: dano genético, cit., p. 107-108.

⁶² Dispõe a referida norma: “Cada indivíduo terá direito, conforme a legislação nacional ou internacional, à justa indenização por qualquer dano sofrido resultante, direta ou indiretamente, de intervenção sobre seu genoma”.

⁶³ PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. Novos panoramas da responsabilidade civil e as tecnologias: dano genético, cit., p. 104-105.

Sustenta-se a autonomia desse tipo de dano, qualificando-o como espécie de dano extrapatrimonial. O fundamento legal para a nova categorização encontra-se estampado nos arts. 948 e 949 do Código Civil, em razão das expressões “sem excluir outras reparações” e “além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”. Dessa abertura no texto positivado, extraem-se “lacunas normativas que permitem compreender que o legislador apresentou rol apenas exemplificativo quando falou das espécies de danos extrapatrimoniais – parâmetros nos quais se guarda apoio para a instituição, também autônoma, do dano temporal [...]”.⁶⁴

A noção de tempo como bem jurídico é extraída de sua perspectiva *estática*, enquanto valor, consubstanciado em bem passível de tutela jurídica porque dá suporte à vida, como tributo da personalidade, e o desperdício do tempo vital, produtivo ou existencial de modo indesejado, por não recuperável, ensejaria prejuízo reparável ao titular. Não se confunde, portanto, com sua perspectiva *dinâmica*, fato jurídico *stricto sensu*, como decurso natural, tempo físico que determina efeitos nas relações jurídicas.⁶⁵

O reconhecimento da vulneração do tempo como prejuízo extrapatrimonial decorre de dois fenômenos: “o tempo é um recurso produtivo limitado que não pode ser acumulado nem recuperado ao longo da vida das pessoas; e ninguém pode realizar, simultaneamente, duas ou mais atividades de natureza incompatível ou fisicamente excludentes [...]”.⁶⁶ O dano, portanto, decorreria da lesão esse bem jurídico inacumulável e irrecuperável e consiste no desperdício do tempo vital da vítima, desviando-a de qualquer atividade planejada ou desejada, enquanto interesse existencial.

A autonomia dessa nova categoria assenta-se na distinção entre dano moral *lato sensu* e *stricto sensu*. Aquele seria sinônimo de dano imaterial, entendido como danos sem consequência patrimonial direta; esse como danos à personalidade. A cisão desses dois grandes grupos de danos morais encontraria fundamento normativo tanto na Constituição quanto na legislação infraconstitucional, ilustrativamente, nos art. 5º, V, da Constituição Federal, art. 186 do Código Civil e no art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor. Defende-se que estes dispositivos “servem para assegurar a autonomia dos danos extrapatrimoniais e à medida que os nomeia (‘dano material, moral ou a imagem’,

⁶⁴ VERBICARO, Dennis; QUARESMA, Gisany Pantoja. O dano temporal configurado no desvio produtivo do consumidor. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, vol. 7, n. 1, jan.-abr./2019, p. 56.

⁶⁵ VERBICARO, Dennis; QUARESMA, Gisany Pantoja. O dano temporal configurado no desvio produtivo do consumidor, cit., p. 59-60.

⁶⁶ DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: um panorama. *Direito em Movimento*, vol. 17, n. 1. Rio de Janeiro: 1º sem./2019, p. 26.

‘morais, individuais, coletivos e difusos’) explicita que o legislador compreendeu o dano extrapatrimonial como gênero e os demais como espécies [...]’.⁶⁷

Conforme se verifica, o reconhecimento dos novos danos é secundado pela defesa do rearranjo da taxonomia das lesões extrapatrimoniais, relegando-se ao termo “dano moral” ora sua noção subjetivista de abalo à integridade psíquica, ora o caráter subsidiário de prejuízo que não configure vulneração ao aspecto existencial da pessoa. Contudo, mesmo em se incorporando essas novas figuras à responsabilidade civil, não mostra possível enquadrá-las *a priori* na categoria de lesão não patrimonial e, por conseguinte, em espécie de dano extrapatrimonial.

Quando se busca qualificar o dano como patrimonial ou extrapatrimonial o que se está a investigar são as repercussões concretas da ação lesiva na vítima, que são definidas pelo dano-consequência, independentemente da natureza do bem jurídico atingindo – dano-evento –, que pode ser o corpo, o patrimônio ou aspectos existenciais do ofendido.⁶⁸ A natureza de um não corresponde necessariamente a do outro: podem ou não coincidir.⁶⁹ Essa conclusão não é influenciada por quaisquer das definições sobre dano moral que se adote. Independentemente da corrente escolhida, o bem jurídico atingido pela lesão (dano-evento) não será o fator determinante a se estabelecer a natureza do dano experimentado, somente aferível pela análise da repercussão concreta (dano-prejuízo).

Tome-se como exemplo o dano temporal. Uma pessoa que, em razão da falha na prestação de serviço de um fornecedor, tenha que aguardar por uma hora para ser atendido. A análise do dano-evento (desperdício indesejado de tempo vital), por si só, não é suficiente à identificação do tipo de lesão experimentado. Suponha-se que a vítima do exemplo, em virtude da demora no atendimento, tenha se ausentado de importante reunião profissional, culminando na não celebração de contrato empresarial economicamente vantajoso – cuja celebração certamente aconteceria caso comparecesse.⁷⁰ Sem dúvida, nessa hipótese o desvio produtivo configurou dano patrimonial. Situação distinta dar-se-ia se o atraso no atendimento – suponha-se mais demorado, cerca de duas horas – privasse a vítima de participar da formatura escolar do

⁶⁷ VERBICARO, Dennis; QUARESMA, Gisany Pantoja. O dano temporal configurado no desvio produtivo do consumidor, cit., p. 57.

⁶⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Cadastros de Restrição ao Crédito: Dano Moral. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez./2000.

⁶⁹ FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*, cit., p. 45.

⁷⁰ A observação foi acrescentada apenas para se evitar, nesse ponto da exposição, o debate sobre a natureza da indenização pela perda da chance, que não é objeto do presente do estudo. Sobre o tema, cf. AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. *Responsabilidade civil pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano*. Curitiba: Juruá, 2015.

filho. Nesse caso, constata-se ausência de afetação patrimonial, sendo possível vislumbrar-se apenas eventual dano extrapatrimonial.

Nesse sentido, a qualificação do dano pela perda de tempo como espécie ou hipótese de dano extrapatrimonial resta afastada. Dentro dessa concepção, impossível saber de antemão a natureza do dano que decorre desse tipo de ilícito, uma vez que somente perquirindo os efeitos concretos da lesão ao interesse juridicamente tutelado mostrar-se-ia possível definir se de ordem patrimonial ou moral. Não é, portanto, a natureza do interesse protegido que define a tipologia do dano.⁷¹

A constatação do tipo de lesão pela repercussão na vítima é consentânea com a origem histórica dos novos danos. Como visto, seu reconhecimento iniciou-se justamente pela análise não mais adstrita ao dano-evento, mas com a perquirição no caso concreto dos efeitos deletérios do fato na esfera jurídica do lesado (dano-consequência), inclusive de pessoas próximas a ele que não sofreram nenhum dano-evento – como no caso do denominado “dano sexual”.

Por conseguinte, a proposição de rearranjos na taxonomia dos danos não patrimoniais em razão da identificação de novas situações lesivas não se mostra necessário e/ou adequado, haja vista que não se pode categorizar em abstrato a natureza do prejuízo.

5. Conclusão

A responsabilidade civil, enquanto instituto que visa primordialmente o reestabelecimento do equilíbrio econômico-jurídico afetado pelo dano, experimentou, ao longo dos séculos, sensíveis revisões em seus elementos. A noção de dano como desfalque patrimonial mostrou-se insuficiente para a proteção efetiva da vítima, dada a complexidade crescente da vida em comunidade. A percepção social de interesses merecedores de tutela que não estavam abrangidos por aquela acepção – dita naturalista – culminou no reconhecimento da reparabilidade de lesões que não tinham a nota da patrimonialidade.

O conceito normativo de dano permitiu a seleção de frações do fato social para transformá-las em situações tuteladas pelo ordenamento. O caráter eminentemente jurídico dessa noção ensejou sua abordagem no seu duplo aspecto: lesão, enquanto

⁷¹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. De volta à reparação do dano moral: 30 anos de trajetória entre avanços e retrocessos, cit., p. 569.

violação de interesse juridicamente tutelado; e prejuízo – ou dano –, como a repercussão concreta do ato ilícito no ofendido (teoria dos efeitos da lesão).

A análise acurada dos efeitos concretos decorrentes do ato lesivo fez com que os tribunais italianos pioneiramente identificassem novas situações passíveis de reparação, reconhecendo-se a tutela dos danos biológicos, noção que depois foi alargada para abranger os denominados danos existenciais.

Na esteira dessa evolução, propugnou-se pela reparabilidade de inúmeros interesses (violados) da pessoa, ampliando-se o espectro da responsabilização civil para fatos até então estranhos ao instituto. O reconhecimento dos assim chamados novos danos foi secundando por propostas de alteração na taxonomia das lesões de natureza não patrimonial, relegando-se o conceito de dano moral a uma das possíveis espécies do gênero extrapatrimonial.

Contudo, dogmaticamente, não se mostra possível ou adequado o enquadramento, em tese, das novas situações lesivas a qualquer tipologia, haja vista que a análise do bem jurídico tutelado não é suficiente a se identificar a espécie de dano efetivamente sofrido pela vítima. Em coerência com a própria origem histórica da abertura conceitual da noção de dano, somente a verificação da repercussão *in concreto* no ofendido permite estabelecer a modalidade da lesão experimentada.

Nesse sentido, independentemente do conceito de dano moral que se adote, bem como do interesse cuja tutela se propugna, revela-se inapropriada a vinculação *a priori* de determinada situação tida por passível de reparação com a categorização extrapatrimonial.

Referências

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Cadastros de restrição ao crédito: dano moral. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez./2000.

BARBOSA, Mafalda Miranda. Entre a ilicitude e o dano. In: BARBOSA, Mafalda Miranda; ROSENVALD, Nelson; MUNIZ, Francisco (Coord.). *Desafios da nova responsabilidade civil*. São Paulo: JusPodivm, 2019.

BESSA, Leonardo Roscoe; REIS, Milla Pereira Primo. Dano moral e dor: direito autônomo à integridade psíquica. *Civilistica.com*, a. 9, n. 1, 2020.

BONNA, Alexandre Pereira; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. A quantificação do dano moral compensatório: em busca de critérios para os arts. 5º, V e X, da CF/88. *Civilistica.com*, a. 8, n. 3, 2019.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

- CASALS, Miquel-Martin. La modernización del derecho de la responsabilidad extracontractual. In: *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil: XV Jornada de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*. Murcia: Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2011.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- CENDON, Paolo. *Il danno esistenziale: nell'e attuale panorama giurisprudenziale*. Frosinone: Key, 2014.
- DAM, Cees van. *European Tort Law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2013.
- DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: um panorama. *Direito em Movimento*, vol. 17, n. 1. Rio de Janeiro: 1º sem./2019.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*. 2009. 231 p. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Uma nova proposta para diferenciação entre dano moral, o dano social e os *punitive damages*. *Revista dos Tribunais*, vol. 958. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago./2015.
- GONZÁLES, Carlos Antonio Agurto; MAMANI, Sonia Lidia Quequejana. O dano existencial como contribuição da cultura jurídica italiana. Trad. Fabiano Coulon. *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, vol. 6, n. 1. Canoas: mai./2018.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, t. I. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.
- LEITÃO, Adelaide Menezes. Ressarcimento dos danos puramente patrimoniais. In: BARBOSA, Mafalda Miranda; ROSENVALD, Nelson; MUNIZ, Francisco (Coord.). *Desafios da nova responsabilidade civil*. São Paulo: JusPodivm, 2019.
- LOPEZ, Teresa Ancona. Dano existencial. *Revista de Direito Privado*, vol. 57. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar./2014.
- MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, a. 3, n. 9. Lisboa: 2014.
- MILONE, Mario. Dalla Tutela Dell'avere a quella dell'essere: il danno esistenziale. Edição n. 2, junho 2003, Ano IX. Ed. Acomep. Disponível em: melchiorregioia.it/.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. De volta à reparação do dano moral: 30 anos de trajetória entre avanços e retrocessos. In: SCHREIBER, Anderson; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Problemas de direito civil: homenagem aos 30 anos de cátedra do professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017.
- NESPOLI, Arthur Lutiheri Baptista; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Nexo de causalidade e juízo de equidade: da certeza à mera possibilidade. *Civilistica.com*, a. 11, n. 2, 2022.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. *Revista de Direito Civil*, n. 64. São Paulo: abr.-jun./1993.
- PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. Novos panoramas da responsabilidade civil e as tecnologias: dano genético. *Em tempo*, vol. 18. Marília: 2019.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- ROSENVALD, Nelson. Por uma tipologia aberta dos danos extrapatrimoniais. *Migalhas*, 23 abr. 2020.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Clovis V. do Couto. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar./2015.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Desafios atuais em matéria de dano moral. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.). *Relações patrimoniais: contratos, titularidades e responsabilidade civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 21. Belo Horizonte: Fórum, jul.-set./2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VERBICARO, Dennis; QUARESMA, Gisany Pantoja. O dano temporal configurado no desvio produtivo do consumidor. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, vol. 7, n. 1, jan.-abr./2019.

VICENTE, Dario Moura. *Direito comparado: introdução, sistemas jurídicos em geral*, vol. I. São Paulo: Almedina, 2018.

VICENTE, Dario Moura. *Direito comparado: obrigações*, vol. II. São Paulo: Almedina, 2018.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção dos direitos da personalidade na Alemanha. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, a. 6, n. 2, 2020.

Como citar:

NESPOLI, Arthur Lutiheri Baptista; MARQUESI, Roberto Wagner. Teoria dos efeitos da lesão: os novos danos e sua taxonomia. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 12, n. 2, 2023. Disponível em: <<http://civilistica.com/teoria-dos-efeitos-da-lesao/>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:

11.3.2023

Aprovado em:

13.8.2023