



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PRIVADO

CÍCERO DANTAS BISNETO

A REPARAÇÃO ADEQUADA DE DANOS
EXTRAPATRIMONIAIS INDIVIDUAIS:
ALCANCE E LIMITES DAS FORMAS NÃO PECUNIÁRIAS DE
REPARAÇÃO

Salvador
2018

CÍCERO DANTAS BISNETO

**A REPARAÇÃO ADEQUADA DE DANOS
EXTRAPATRIMONIAIS INDIVIDUAIS:
ALCANCE E LIMITES DAS FORMAS NÃO PECUNIÁRIAS DE
REPARAÇÃO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito final para a obtenção do grau de Mestre em Direito Privado.

Orientadora: Profa. Roxana Cardoso Brasileiro Borges.

Salvador
2018

DI92 Dantas Bisneto. Cícero,
A reparação adequada de danos extrapatrimoniais individuais:
alcance e limites das formas não pecuniárias de reparação / por Cícero
Dantas Bisneto – Salvador, 2018.
244 f.

Orientadora: Profa. Roxana Cardoso Brasileiro Borges

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia -
Faculdade de Direito, 2018.

1. Responsabilidade (Direito). 2. Danos (Direito). 3. Indenização.
4. Reparação (Direito) I. Universidade Federal da Bahia. Faculdade de
Direito. II. A reparação adequada de danos extrapatrimoniais
individuais: alcance e limites das formas não pecuniárias de reparação.

CDD- 346.02

CÍCERO DANTAS BISNETO

**A REPARAÇÃO ADEQUADA DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS INDIVIDUAIS:
ALCANCE E LIMITES DAS FORMAS NÃO PECUNIÁRIAS DE REPARAÇÃO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direitos Fundamentais e Justiça.

Aprovada em _____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Roxana Cardoso Brasileiro Borges (Orientadora) _____
Doutora em Direito das Relações Sociais (Direito Civil) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Fredie Didier Júnior _____
Livre-docente pela Universidade de São Paulo

Bruno Leonardo Câmara Carrá _____
Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo

A meus avôs, Cícero Bahia Dantas e Durval de Mattos Santos, e a Leandro Dantas Abras, meu querido e saudoso primo, cujas recordações me encorajam a seguir em frente, mesmo nos momentos mais difíceis.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Cícero Dantas Neto e Anamaria Peixoto de Mattos Santos, pelo exemplo constante de caráter e retidão, e pelo amor incondicional devotado a mim. Minha felicidade nunca seria completa sem a presença de vocês em minha vida, ainda que tudo tivesse. Ciente de minha eterna dívida, espero nunca os decepcionar.

Às minhas avós, Inalda e Alina, exemplos de tenacidade e doçura, maiores presentes que a vida me deu.

À minha irmã, Mariana Dantas, companheira de todas as horas, sempre torcendo incondicionalmente pelo meu sucesso.

À Paula Albuquerque, meu porto seguro, cujo amor nunca encontrou limites em qualquer obstáculo, bálsamo nos dias difíceis, e razão de meu esforço, a quem dedico cada pequena conquista, responsável ainda pela sugestão do tema da dissertação.

À professora Roxana Borges, cuja trajetória me serve de inspiração, pela paciência e cortesia na orientação deste trabalho, e pelos valiosos ensinamentos que remontam ao tempo da graduação.

Ao professor e colega de magistratura Bruno Carrá, que, mesmo de longe, colocou-se sempre à disposição para auxiliar, exemplo de que a humildade e a competência podem caminhar juntas.

Ao professor e eterno orientador Fredie Didier, minha referência no campo profissional, por ter despertado em mim o amor pela vida acadêmica, ainda nos bancos de graduação, e por honrar-me, mais uma vez, com sua presença, em momento importante de minha trajetória pessoal.

Ao querido professor e amigo Tício Spínola, apoio constante nos momentos mais árduos desta caminhada, pelos conselhos pontuais e lúcidos, sem os quais não teria sido possível finalizar o presente trabalho.

Aos familiares e amigos, por todo o apoio compartilhado.

"É sempre mais fácil achar que a culpa é do outro. Evita o aperto de mão de um possível aliado. Convince as paredes do quarto, e dorme tranquilo Sabendo no fundo do peito que não era nada daquilo".

Raul Seixas

RESUMO

Esta dissertação tem por objeto a discussão acerca da aplicação de meios não pecuniários de reparação do não patrimonial no direito brasileiro. A partir da constatação da predominância, no campo prático, de um modelo exclusivamente pecuniário de compensação de danos extrapatrimoniais, em face de um alargamento do campo de incidência da responsabilidade civil, aliado a uma concepção subjetiva do que seja a lesão imaterial, analisa-se a missão desempenhada pelo secular instituto jurídico. Conclui-se, à luz do ordenamento civil nacional, desempenhar a responsabilidade civil função precipuamente reparatória, constituindo a prevenção e a punição efeitos reflexos, mas não necessários, da reparação do dano. Defende-se ainda que o sistema indenizatório deve guiar-se pelo princípio da reparação adequada, voltado a buscar as medidas mais eficazes a reparar o bem imaterial violado, não sendo possível falar-se em reparação integral do dano extrapatrimonial. Sustenta-se a posição prioritária da reparação específica no ordenamento brasileiro, consistindo o ressarcimento monetário em meio subsidiário e complementar de compensação do dano moral. Demonstra-se também a desnecessidade de previsão expressa de todos os meios de reparação postos à disposição do intérprete, ante a amplitude do art. 927 do Código Civil de 2002. É tratada ainda no presente trabalho a possibilidade de o juiz, independentemente de pedido da parte, acrescentar, desde que respeitado o prévio contraditório, forma não pecuniária de reparação, ou mesmo alterar a medida escolhida. Por fim, são examinadas medidas não monetárias de reparação do dano, ressaltando-se que não constituem rol exaustivo, mostrando-se cabível a aplicação de outros meios a fim de recompor o direito transgredido.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Danos extrapatrimoniais. Indenização pecuniária. Reparação específica.

ABSTRACT

This dissertation aims to discuss the application of non-pecuniary remedies in Brazilian law. Based on the predominance, in the practical field, of an exclusively pecuniary model of compensation for non-pecuniary damages, in the face of an extension of the scope of tort law, and due to a subjective conception of immaterial injury, it is analyzed the mission carried out by the secular legal institute. It is concluded, according to national civil law, that tort law should be primarily reparatory, and that prevention and punishment are reflexive, but not necessary, effects of reparation of damage. It is argued that the tort law should be guided by the principle of adequate reparation, aimed at seeking the most effective methods to repair the intangible interest violated, and that it is not possible to speak about full compensation for the non-pecuniary damage. It is also alleged the priority position of the restoration in kind in Brazilian system, consisting cash in a subsidiary and complementary form of compensation of the non-pecuniary damage. It is also demonstrated that there is no need to provide expressly all the forms of compensation available, due to the scope of art. 927 of the Civil Code of 2002. It is still treated the possibility of the judge, regardless of the demand of the plaintiff, add, respected the right to be heard, non-pecuniary forms of damages, or even change the chosen measure. Finally, non-monetary forms of damages are examined, noting that they do not constitute an exhaustive list, and it is possible to apply other forms to recover the right transgressed.

Keywords: Tort law. Non-pecuniary damages. Financial compensation. Restoration in kind.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art	Artigo
BGB	Código Civil Alemão
CC	Código Civil Brasileiro de 2002
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
CPC	Código de Processo Civil de 2015
D	Digesto
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
Resp	Recurso especial
RE	Recurso extraordinário

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	CONFIGURAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL INDIVIDUAL INDENIZÁVEL	15
2.1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA REPARABILIDADE DO DANO EXTRAPATRIMONIAL	16
2.1.1	Danos morais nos povos da Antiguidade oriental	18
2.1.2	Danos morais no Direito Romano	21
2.1.3	Danos morais no Direito francês	26
2.1.4	Danos morais no Direito alemão	29
2.1.5	Danos morais no Direito italiano	32
2.1.6	Danos morais no Direito português	35
2.1.7	Danos morais no Direito brasileiro	37
2.2	CARACTERIZAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL INDIVIDUAL	42
2.2.1	Concepções negativas	45
2.2.2	Concepções positivas	49
2.2.2.1	<i>Dano moral como dor e sofrimento</i>	50
2.2.2.2	<i>Dano moral como lesão à dignidade humana</i>	59
2.2.2.3	<i>Dano moral como lesão a direitos da personalidade</i>	64
2.2.3	Expansão dos danos ressarcíveis	73
3	REPARAÇÃO ADEQUADA DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS INDIVIDUAIS	79
3.1	FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	80
3.1.1	Inaplicabilidade da indenização punitiva no sistema jurídico brasileiro	82
3.1.1.1	<i>A pena privada na tradição romano-germânica</i>	84
3.1.1.2	<i>A pena privada na tradição anglo-americana</i>	88
3.1.1.3	<i>Incompatibilidade da indenização punitiva com o sistema jurídico brasileiro</i>	97
3.1.2	Inadequação do uso da responsabilidade civil como meio de gestão preventiva de danos	104
3.1.3	Função de reparação e compensação do dano extrapatrimonial	115
3.1.3.1	<i>Reparação integral e danos extrapatrimoniais</i>	122
3.1.4	Princípio da reparação adequada do dano extrapatrimonial	130
4	REPARAÇÃO NÃO PECUNIÁRIA DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS	

	INDIVIDUAIS	140
4.1	ESCORÇO HISTÓRICO.....	142
5	CONCLUSÃO.....	143
	REFERÊNCIAS.....	145

1 INTRODUÇÃO

A temática da reparação dos danos extrapatrimoniais constitui um dos mais tormentosos problemas da seara da responsabilidade civil. Desde a caracterização da lesão imaterial, passando pela seleção dos meios de reparação empregados, até a fixação de métodos de arbitramento da indenização, revelam-se abundantes as questões que povoam as discussões no ambiente jurídico, sem que se tenha logrado êxito, até o presente momento, após mais de três séculos de intensos debates, em pacificar as turbulentas controvérsias que flutuam em torno da matéria. Em que pesem gerações de juristas não tenham se furtado às profusas discussões que emergem do enfrentamento desta árida esfera do conhecimento, certo é que as divisas da responsabilidade civil permanecem ainda imprecisas em muitos pontos.

Como elemento agravante, tem-se testemunhado, na atual quadra histórica, um alargamento, sem precedentes, das fronteiras do dano ressarcível, oriundo de uma pleora de elementos sociais e jurídicos, resultando no desmoronamento de tradicionais construções doutrinárias e no abrandamento, aparentemente ilimitado, dos pressupostos de incidência do dever de indenizar. Após a mitigação da exigência de comprovação da culpa, com a consagração da responsabilidade objetiva, e atenuados os rigores do nexos de causalidade, por meio de sua flexibilização, tem-se presenciado o esgarçamento progressivo da outrora rígida concepção de dano, última barreira posta aos avanços da responsabilidade civil.

O agigantamento do instituto reparatório, através da erosão dos tradicionais filtros da responsabilidade civil, desemboca na proliferação de demandas ressarcitórias e condenações, não raras vezes dissociadas das clássicas bases teóricas do instituto, promovendo verdadeira loteria de indenizações. Ante a miríade de teses que orbitam ao derredor da matéria, têm os órgãos julgadores, à vista de vasto leque de critérios postos à sua disposição, optado pela teoria que melhor se enquadra no desfecho de antemão já assentado, de forma intuitiva. Alberga o magistrado, neste sentido, de maneira amplamente discricionária, a concepção de dano que melhor atenda à sua percepção pessoal sobre o caso, culminando no tratamento disforme e atécnico da temática por parte da jurisprudência nacional.

Tem-se evidenciado ainda uma dilatação funcional da responsabilidade civil, incumbida, aos olhos de parte significativa da doutrina, da heroica missão de solver uma vasta gama de infortúnios, atuando, neste viés, no escopo de amenizar desigualdades sociais e servir de mote à justiça distributiva. À vista da notória deficiência dos meios originalmente talhados a resolver as contendas derivadas das relações modernas, dentre os quais se destaca a tímida atuação das

agências reguladoras, nos mais distintos setores de serviços públicos essenciais, bem assim a subutilização de meios coletivos de tutela, atribui-se à responsabilidade civil uma abundância de funções, em verdadeira esquizofrenia de fins e objetivos, obstaculizando o tratamento unitário da matéria, e afastando o instituto de seu mais importante desiderato, o de reparar a lesão perpetrada. A reparação do dano, gradativamente, cede terreno a finalidades outras, atuando o sistema de responsabilidade na prevenção e precaução de lesões e na punição do ofensor.

A consagração de uma responsabilidade civil multifuncionalizada, aliada a uma amplificação das hipóteses de ressarcimento, tem provocado, como consequência natural, a partir da banalização do reconhecimento do dano extrapatrimonial, o uso indiscriminado da solução monetária como via exclusiva de compensação à lesão existencial suportada. Em sentido contrário ao surgimento e à difusão de novas espécies de danos, têm os tribunais optado pela estreita e uniforme via da pecuniarização do remédio ministrado, em total desatenção às peculiaridades do direito da personalidade transgredido. Exsurge então, em razão da tutela exclusivamente patrimonial do dano moral, o temor de que o oceano de novos interesses existenciais protegidos redunde na proliferação de ações frívolas, voltadas unicamente à obtenção de lucro fácil, incapazes, de outro lado, de efetivamente conferir resposta adequada aos danos infligidos.

A heterogeneidade das novas espécies de danos não patrimoniais torna imperativo, contudo, sejam repensados os meios pelos quais se busca a reparação dos agravos imateriais suportados, à luz da notória incapacidade da tutela meramente ressarcitória em recompor, ainda que parcialmente, o bem jurídico desrespeitado. Apresenta-se premente, portanto, a análise da aplicação de formas reparatórias não pecuniárias aos casos em que se mostra possível a recuperação do direito personalíssimo infringido.

O presente trabalho busca, em linhas gerais, auscultar a possibilidade do emprego, no direito brasileiro, de meios não monetarizados de reparação, tomando por base o ordenamento jurídico nacional, fazendo-se uso ainda da experiência alienígena para fins meramente comparativos, sem que tal circunstância implique na importação descontextualizada de institutos estrangeiros. Para tanto, procurar-se-á demonstrar, através de vasta pesquisa bibliográfica e exame do atual estágio da jurisprudência relativa ao tema, a compatibilidade da utilização de meios não pecuniários de reparação de danos extrapatrimoniais com as disposições traçadas pelo corpo normativo civil brasileiro.

Inicialmente, com vistas à melhor compreensão da matéria, realizar-se-á breve estudo histórico acerca das origens da reparação do dano moral, desvendando o seu surgimento, e posterior e progressivo desenvolvimento. Será mostrado que a reação ao ato ilícito, nos primórdios da civilização, centrava-se basicamente no ideal de retaliação e vingança, punindo-se não somente o ofensor, mas todo o seu grupo ou tribo e que, já na antiguidade, as instituições principiam a transitar entre a aplicação de princípios ressarcitórios e punitivos, prevendo as incipientes codificações a aplicação de medidas dirigidas ao lesante, aptas a sancionar e reparar certos danos imateriais. A análise da evolução do tratamento conferido às lesões imateriais no direito moderno também constituirá alvo do presente trabalho, investigando-se a construção de suas bases no Direito Romano, e o seu conseqüente aperfeiçoamento ao longo dos séculos, culminando com o exame histórico do dano não patrimonial no direito brasileiro.

Em seguida, apresenta-se imprescindível a verificação dos contornos conceituais do dano extrapatrimonial, dissecando-se as diversas e variadas teorias explicativas acerca da temática, atentando-se ainda para as repercussões que o acolhimento de cada uma delas enseja na forma de reparação da lesão. Constitui objetivo do estudo comprovar que o acolhimento, pela doutrina e jurisprudência brasileiras, de uma concepção subjetiva do dano imaterial, fundada no reconhecimento de sentimentos desagradáveis, como a dor e o sofrimento, repercute no modo de reparação do agravo comumente empregado pelos tribunais pátrios.

Mais à frente, centra-se a atenção nas funções desempenhadas pela responsabilidade civil na modernidade, constatando-se a ampliação dos encargos atribuídos ao secular instituto. A investigação empreendida, neste ponto, almeja corroborar a tese de que a indenização punitiva não encontra assento no ordenamento nacional, ainda que seja amplamente aplicada pelas cortes brasileiras, em reprodução mecânica e tecnicamente inadequada da figura jurídica de longa tradição no sistema de *common law*. Também se pretende confirmar que não se revela a responsabilidade civil talhada à gestão preventiva de danos, consistindo sua função precípua na reparação da lesão suportada.

Prossegue a pesquisa visando indicar que, não obstante o corriqueiro emprego do postulado da reparação integral na seara dos danos extrapatrimoniais, não se afigura correta a sua utilização nesta hipótese, uma vez que insuscetíveis estes de avaliação pecuniária, impassíveis ainda de completa recomposição, mesmo que pela via da reparação específica, devendo o sistema de responsabilidade civil, no específico caso dos interesses existenciais, guiar-se pelo postulado da reparação adequada, de modo a se verificar a medida mais apropriada a reparar o específico direito da personalidade ultrajado.

No derradeiro capítulo, procurar-se-á analisar a reparação não pecuniária de danos extrapatrimoniais. Após a realização de escorço histórico sobre a matéria, e desenvolvidas considerações sobre sua definição e contornos conceituais, será tratada a questão da predominância deste tipo de reparação em determinados sistemas jurídicos estrangeiros e no direito nacional, revelando o caráter subsidiário e complementar da indenização pecuniária. Posteriormente, o objeto de estudo incidirá sobre aspectos processuais relevantes na aplicação da reparação específica, especialmente a possibilidade de o magistrado, à luz das especificidades do direito violado, acrescer, de ofício, desde que respeitado o prévio contraditório, forma não pecuniária de reparação, ou mesmo alterar a medida escolhida. Por último, finaliza-se a pesquisa com o exame de determinadas formas de reparação pecuniárias em espécie, analisadas em seus pormenores.

2 CONFIGURAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL INDIVIDUAL INDENIZÁVEL

A busca pela caracterização precisa do dano extrapatrimonial constitui hercúlea tarefa. Move-se a doutrina e a jurisprudência, ao redor do planeta, em terreno pantanoso, ante a miríade de teorias que exsurgem com o desiderato de unificar e sistematizar o tratamento da matéria, objetivo este que, até o momento, não tem logrado completo êxito. A conceituação e configuração do dito dano extrapatrimonial tem variado, assim, ao sabor do tempo histórico e da localidade estudados, obedecendo muito mais a critérios político-filosóficos do que lógico-rationais¹.

Afora a abordagem tecnicista do tema, o tratamento da responsabilidade civil, em verdade, mormente em se tratando da conturbada seara dos danos não patrimoniais, revela uma opção histórica por determinada noção de justiça, derivando de multifacetados fatores da vida social² de uma específica nação, mostrando-se inadequada a análise do instituto mediante a tentativa de uniformização estrutural absoluta, em que a pese a contínua e irrefreável aproximação dos sistemas.

Ante a reconhecida inexistência de um conceito universalmente aceito de dano moral³, expressão que desempenha diferentes papéis, em distintas circunstâncias, possuindo em cada uma delas significados díspares, avulta de importância o estudo da evolução histórica da reparabilidade das lesões imateriais, sobretudo nos sistemas de *civil law*, cujo modelo o Brasil é também tributário, a fim de compreender o desenvolvimento da matéria, possibilitando, em etapa posterior, averiguar a aplicação do instituto, sob um viés normativo e funcionalista, em território nacional.

¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed., rev. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 21.

² *Ibid.*, p. 147.

³ “*Important differences between contractual and tortious liability exist in many jurisdictions of the EU member states in the area of liability for non-economic loss. For non-contractual liability there are no longer any legal systems which would remove non-economic loss from the sphere of legally relevant damage. The conditions on which such a claim is granted, however, are anything but the same, and the same is true of the amount of the sums granted by the courts*” (VON BAR, Christian; DROBNIG, Ulrich. *The interaction of contract law and tort and property law in europe: a comparative study*. München: Sellier, 2004, p. 89).

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA REPARABILIDADE DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Constitui inegável circunstância histórica o fato de que as relações mundanas estabelecidas entre os homens sempre tiveram como resultado inexorável a produção de danos⁴, e por consequência, a necessidade de sua reparação⁵. A conflituosidade, inerente à condição humana, de há muito fez surgir o desejo de efetivar alguma forma de compensação, de modo a mitigar a sensação de injustiça e manter a coesão do corpo social, evitando-se, deste modo, a utilização da vingança como forma de reação à prática de ilícitos. Exsurge a responsabilidade civil, nesta dinâmica, como vetor de manutenção da paz social e equilíbrio de dada comunidade, na eterna e incessante busca de refrear o exercício de atividades danosas ou, ao menos, quando tal não se mostrar possível, de indenizar aquele que sofreu as consequências do mal injustamente praticado.

Em suas origens mais remotas, sob o ainda império da barbárie, em razão da ausência de limites explícitos entre a propriedade individual e coletiva, a reação aos danos ilícitos causados por terceiros convergia para uma reprimenda coletiva⁶, centrada no ideal de retaliação e punição do ofensor e seu grupo (tribo, clã ou nação), não se mostrando relevante, nesta quadra histórica inicial, o escopo de ressarcir ou reparar propriamente o dano causado.

Não por outro motivo, a necessidade de imposição de alguma forma de expiação tinha como consectário inevitável a aplicação, a toda a tribo, de penalidades em geral cruéis, como

⁴ CARRÁ, Bruno Leonardo. *Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistemológicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 115.

⁵ “*Se parte de la idea de los daños como un mal, un disvalor o contravalor, algo que se padece con dolor, puesto que nos achica o reduce; nos quita algo que era nuestro, de lo cual gozábamos o nos aprovechábamos, que era nuestra integridad psíquica o física, las posibilidades como persona humana, cosa sagrada, o bien el uso y disfrute de los bienes que componen nuestro patrimonio, que van unidos a las chances o posibilidades de acrecentamientos o nuevas incorporaciones y, por otro lado, que la vida em sociedad, el vivir honestamente, interpela al hombre para que no dañe a sus semejantes. La conducta dañadora se muestra como impropia, equivocada o ilícita. El naeminem laedere, no dañarás, es consecuencia indudable del deber de hacer justicia, dando a cada uno lo suyo; quien daña a otro le priva de lo que es suyo, le quita algo de lo cual antes se aprovechaba por estar en su persona o en su patrimonio*” (MOSSET ITURRASPE, Jorge (Dir.); KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Coord); GHERSI, Carlos; STIGLITZ, Gabriel – PARELLADA, Carlos (Coautores); ETCHEVESTI, Carlos (Colaborador), *Responsabilidad civil*. Buenos Aires: Hammurabi, 1997, p. 21).

⁶ “Dada a coesão e solidariedade dos grupos sociais primitivos, as relações que avultam, são, justamente, as que se travam entre eles, como unidades corporativas. São, portanto, as obrigações de grupo a grupo, de corpo social a corpo social, as que, realmente, iniciam a construção dos direitos obrigacionais” (BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p. 34).

de retribuição do mal pelo mal⁷.

Avulta de importância, neste trilhar, a virada histórica no sentido da atribuição de responsabilidade pessoal ao infrator, sem a extensão aos demais componentes do grupo, noção que esta que, em que pese forjada ainda na Antiguidade, conserva seu prestígio nos tempos modernos, integrando, muitas vezes, o catálogo de direitos fundamentais dos textos constitucionais atuais, como é o caso do brasileiro, ao registrar expressamente, em seu art. 5º, XVI, que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido⁸”.

Em momento posterior, como se verá, as instituições da Antiguidade passam a transitar entre a aplicação dos princípios do ressarcimento, da pena e da retaliação⁹, a depender da gravidade do caso apresentado, em nítida evolução do campo da responsabilidade civil, seara que, no transcorrer dos séculos, experimentou profundas transformações conceituais e dogmáticas¹⁰. Estas modalidades de sancionamento da prática de danos permanecem, nos mais variados ordenamentos jurídicos, mesmo hodiernamente, como formas de solução para as questões envolvendo o exercício de atos ilícitos extracontratuais¹¹.

A análise da evolução histórica das formas de reparação e seus fundamentos, mormente no que tange aos danos extrapatrimoniais, objeto deste estudo, apresenta-se imprescindível à compreensão da responsabilidade civil à luz do direito positivo contemporâneo, sobretudo em se considerando que, muitas vezes, as opções doutrinárias externadas, de maneira fatalista, centram a argumentação numa espécie de continuidade evolutiva do dito ramo civil¹², de modo a fazer crer tratar-se de consequência do progresso inelutável e inescapável da ciência jurídica, contra o qual nenhum outro argumento poderia ser levantado.

⁷ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Responsabilidade civil no direito romano. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; VITAL DA ROCHA, Maria. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1.

⁸ Ibid., p. 2.

⁹ Ibid., p. 3.

¹⁰ ZARRA, Maita María Naveira. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 2006, p. 33.

¹¹ RODRIGUES JÚNIOR, op. cit., p. 3.

¹² CARRÁ, Bruno Leonardo. *Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistemológicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 115.

2.1.1 Danos morais nos povos da Antiguidade oriental

Muito antes de o Direito Romano tratar das questões atinentes ao dano e sua reparação, os povos da antiguidade já dispunham, através de instrumentos normativos concernentes às mais variadas matérias¹³, acerca de formas de sanção, em resposta à prática de atos tidos por ilícitos, contribuindo de forma deveras importante com a individualização da pena ou reparação e limitação de sua aplicação à pessoa do ofensor¹⁴.

Já na mais antiga codificação de que se tem notícia na história da humanidade, o Código de Ur-Nammu¹⁵, fundador da terceira dinastia de Ur, na região da Suméria, datado de aproximadamente 2.040 a.C, mas descoberto somente em 1952, pelo assiriólogo e professor da Universidade da Pensilvânia, Samuel Noah Kromer, é enunciada a Lei do Talião, prevendo-se a aplicação da pena de morte àquele que pratica homicídio ou pilhagem (§§ 1º e 2º)¹⁶. Surpreendentemente, contudo, outras passagens da referida codificação consagram a ideia de superação da pena corporal pela aplicação de um sucedâneo patrimonial, revelando uma preocupação do monarca em reprimir a violência e o instinto de vingança¹⁷, como nos casos de perjúrio, punido com o pagamento de uma quantia em cimento¹⁸, ou na hipótese de lesão corporal, cuja pena consistia no pagamento de certo montante de prata, a depender da região do corpo afetada¹⁹.

¹³ “No tempo dos reis legisladores da Mesopotâmia, anteriores a Hamurabi, encontram-se ‘códigos’ e ‘reformas’ que dispõem sobre diversas matérias (administração de negócios públicos; regulação de contratos; Direito de Família e Sucessões), de entre as quais a forma de sanção por danos corporais, morais ou patrimoniais” (RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Responsabilidade civil no direito romano. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; VITAL DA ROCHA, Maria. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 2).

¹⁴ *Ibid.*, p. 2.

¹⁵ “O corpo de lei mais antigo, até hoje conhecido, é atribuído ao fundador da terceira dinastia de Ur, Ur-Nammu (2111-2094 a.C). As leis de Ur-Nammu chegaram até nossos dias, basicamente, em dois fragmentos de um tablete, medindo 20 x 10 cm, escritos dos dois lados e divididos em oito colunas com cerca de 346 linhas, das quais apenas 96 são, hoje, legíveis” (BOUZON, Emanuel. *O código de hammurabi*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 22).

¹⁶ LARA PEINADO, Federico; LARA PEINADO, González. *Los primeros códigos de la humanidad*. 1. ed., reimp. Madrid: Tecnos, 2001, p. 90, nota 70.

¹⁷ REIS, Clayton. *Dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 12.

¹⁸ LARA PEINADO, op. cit., p. 67-70.

¹⁹ “Em tal Código sumeriano, o direito de vindita ou direito de vingança crua e simples já tinha sido substituído pela reparação compensatória, realizada através do pagamento de multa pecuniária. Isto pode ser constatado nos textos do Código de Ur-Nammu, onde se encontram os seguintes trechos: a) se um homem, a outro homem, com um instrumento, o pé se cortou: 10 siclos de prata deverá pagar; b) se um homem, a um outro homem, com uma arma, os ossos tiver quebrado: uma mina de prata deverá pagar; c) se um homem, a um outro homem, com um instrumento *geshpu*, houver decepado o nariz: 2/3 de mina de prata deverá pagar” (SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e sua reparação*. 4. ed., rev., atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406/2002). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 64).

O Código de Hamurabi²⁰, descoberto em 1901 pela expedição de Jacques de Morgan²¹, tendo entrado em vigor por volta de 1.700 a.C, tinha por lema o postulado de que o forte não prejudicará o fraco, de forma que o texto demonstrava cabal preocupação em conferir ao lesado uma reparação equivalente²².

Em uma de suas disposições mais conhecidas, entendia-se que, nos casos de bruxedo, além do prejuízo econômico, ocasionava-se também um grave prejuízo moral ao enfeitado, de modo que, em razão da magnitude do dano causado, outra alternativa não restava senão impor ao ofensor a pena de morte, aplacando-se, assim, a dor da vítima, e salvaguardando-se o seu bom nome e sua tranquilidade²³. Como método de apuração da culpa do acusado, recorria-se, antes da imposição da sentença fatal, ao processo das ordálias, atirando-se a vítima do bruxedo ao rio e, se esta não morresse afogada, comprovando então a sua inocência, concluía-se que o feitiço teria sido injusto, sujeitando-se o infrator à pena de morte²⁴.

É certo que a reparação por danos extrapatrimoniais, no Código de Hamurabi, não ficava adstrito apenas à hipótese do bruxedo, estendendo-se a outras situações²⁵, devendo-se assinalar, entretanto, que, tal como a quase totalidade das legislações dos povos primitivos, consagrava-se a norma do talião, constituindo o axioma primitivo, “olho por olho e dente por dente”, a forma tradicional de neutralizar, de modo eficaz, a dor da vítima²⁶. A regra geral, portanto, no terreno da reparação de danos, consistia na retribuição de ofensas idênticas àquelas perpetradas pelo ofensor.

Não obstante, é possível afirmar a existência, neste mesmo código, de preceitos que excepcionam o exercício do direito de vindita, fixando, em favor da vítima, o pagamento de uma indenização, denunciando, segundo Wilson Melo da Silva²⁷, o princípio de uma teoria da

²⁰ O referido código continha nada menos que 282 dispositivos legais, tendo sido descoberto graças a uma versão gravada em uma estrela de basalto negro, encontrada originalmente em Susa-Irã, mas conservada na atualidade no Museu do Louvre (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil - responsabilidade civil*, v. 3, 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 109).

²¹ VALENTIM, *Veit. História universal*. Tradução de Eduardo de Lima Castro, t. I, 6. ed. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1964, p. 81.

²² REIS, Clayton. *Dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 9.

²³ CAPDEVILA, Arturo. *El oriente jurídico*. Buenos Aires: La Ley, 1942, p. 74.

²⁴ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 22.

²⁵ Dispõe o art. 206 que “se um homem agrediu em uma briga outro homem e lhe infligiu um ferimento, esse homem deverá jurar: ‘Não o agredi deliberadamente’. Além disso, deverá pagar o médico”. A previsão “equivale a uma forma de reparação *in natura* do prejuízo extrapatrimonial, já que, tratando-se apenas de agressão culposa, devidamente juramentada, subjaz a conclusão de que o autor não teve a intenção de subjugar fisicamente a vítima” (HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 51).

²⁶ SILVA., op. cit., p. 22-23.

²⁷ Ibid., op. cit., p. 23-24.

compensação econômica²⁸. Tem-se como típico exemplo do quanto narrado, a hipótese normativa veiculada pelo art. 209, em sede do qual se afirma que “se um homem livre ferir a filha de um outro homem livre, e em consequência disso, lhe sobrevier um aborto, pagar-lhe-á dez ciclos de prata pelo aborto²⁹”. Em sentido análogo, a mesma reparação há de ser realizada, porém por preço inferior, na circunstância de a agressão ter sido praticada por pessoa de distinta classe³⁰.

Por sua vez, no Código de Manava-Dharma Sastra, mais comumente conhecido por Código de Manu³¹, em que pese a inexistência de regras gerais, compreensivas de diversas hipóteses, é possível encontrar, em numerosas passagens, dispositivos que ordenam a reparação por danos verdadeiramente morais³².

No livro VIII, por exemplo, que cuidava do ofício dos juízes, das leis civis e criminais, mais especificamente no §224, registrava-se que o próprio rei ficava autorizado a impor pesada multa àquele que desse, em casamento, uma “donzela com defeitos”, sem antes haver prevenido o interessado. De outro lado, entretanto, no §225 do mesmo livro, restava disposto que aquele que, por maldade, proclamasse não ser virgem uma jovem, estaria sujeito ao pagamento de cem panas.

Como forma de reparação dos danos morais oriundos da maculação do leito nupcial de seu pai espiritual, foi estipulado, no §237, do Código IX, que o ofensor teria impressa em sua face a marca infamante representando as partes naturais da mulher³³. No mesmo livro, encontrava previsão no §239 a penalidade a ser imposta aos juízes, em razão do cometimento de erros judiciários, de modo que o rei, ao revisar o dito processo, poderia determinar o pagamento da soma de mil panas aos ministros ou juízes responsáveis pela condenação injusta do inocente³⁴. Ainda no mesmo livro citado, no parágrafo §352, assentava-se que, para os

²⁸ Em sentido contrário, Zenum defende a existência de “uma pena de reparação do dano moral, que se não se refere a dinheiro ou qualquer outra coisa econômica, donde se conclui, de maneira clara e inofismável, que àquela época já se reconhecia o dano moral, cuja reparação nada tinha de pecúnia” (ZENUM, Augusto. *Dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 6).

²⁹ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 24.

³⁰ “§211. Se pela agressão fez a filha de Muskenun expelir o (fruto) de seu seio: pesará cinco ciclos de prata (cinco ciclos de prata correspondiam a mais ou menos 40 gramas de prata). §212. Se essa mulher morrer, ele pesará meia mina de prata (meia mina de prata equivale a 250 gramas de prata)” (REIS, Clayton. *Dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 11).

³¹ Identifica-se, no Código de Manu, a codificação mais antiga a surgir na Índia. Na mitologia hinduísta, Manu foi o homem que sistematizou as regras sociais e religiosas do Hinduísmo, leis estas que até os dias de hoje interferem na vida social e religiosa do país, onde a religião indicada ainda predomina (Ibid., loc. cit.).

³² SILVA, op. cit., p. 21.

³³ Ibid., loc. cit.

³⁴ REIS, op. cit., p. 12.

sedutores de mulheres, a reparação do dano moral assumia a forma de desterro, cumulada a sanção com o que se convencionou denominar de mutilações desonrosas. No mesmo sentido, de acordo com o §357, do livro VIII, aquele que dedicasse especial atenção a uma mulher, mandando-lhe flores e perfumes, folgando com ela e com ela se assentando no mesmo leito, responderia também por uma reparação que só poderia ser de dano moral³⁵.

Vislumbra-se, como elemento de diferenciação entre o Código de Hamurabi e o de Manu, a circunstância de aquele adotar como regra o ressarcimento do dano à custa de outra lesão efetivada no ofensor, enquanto este primava pela imposição do pagamento de certo montante pecuniário, arbitrado pelo legislador, no que se pode constatar certa evolução entre os dois sistemas, consistente na aplicação da Lei do Talião, no primeiro caso, e na reparação de um ato lesivo pela compensação financeira, no segundo.

2.1.2 Danos morais no Direito Romano

Não se divisa, no amanhecer do *jus romanum*, a clara distinção entre a responsabilidade civil e a penal, constituindo os ilícitos uma categoria uniforme e indivisível, como se comprova por meio da análise da tábula VIII, dedicada aos delitos. Fenômeno unitário e incindível, à ilicitude guardava-se um tratamento uniforme, restando indiferente a maior ou menor gravidade da violação da norma, bem como suas consequências para a sociedade³⁶.

O desenvolvimento ulterior do instituto, entretantes, em atenção à especial gravidade da ofensa praticada³⁷, propiciou o estabelecimento da diferenciação³⁸ entre o delito (*delictum*) público e o privado, apartando-se os ilícitos civis (*maleficia* ou *delicta*) dos ilícitos penais (*crimina*)³⁹, distinção esta endossada pela maioria dos romanistas. Os delitos de natureza

³⁵ SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e sua reparação*. 4. ed., rev., atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406/2002). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 65.

³⁶ CARRÁ, Bruno Leonardo. *Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistemológicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 116-117.

³⁷ SCOGNAMIGLIO, Renato. *Responsabilità civile e danno*. Turim: Giappichelli, 2010, p. 20.

³⁸ “*El derecho romano, en la época remota que podemos conocer, distingue ya dos categorías de daños: los que nacen de un delito público, los que surgen de un delito privado. Parece haber comprendido incluso, desde muy pronto, desde la época de las XII Tablas, la necesidad, para la sociedad, de no limitar las reclamaciones a las infracciones dirigidas contra la cosa pública, sino aquellas que, aun dirigidas contra los particulares perturban el orden pública por razón de su gravedad, tal como el homicidio. El círculo de los delitos públicos se irá ensanchando cada vez más*” (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, t. I, v. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, p. 38).

³⁹ “*In Roman law the corresponding distinction was between delictum and crimen. The term delictum or maleficium denoted an unlawful act that caused loss or injury to the person, property, honour or reputation of another. From this act there arose an obligation on the part of the wrongdoer to pay a penalty or compensate the victim for the harm suffered. The word crimen, on the other hand, signified a wrongful act that was directed against*

pública, considerados mais graves, caracterizavam-se pela ofensa a interesses do povo e do Estado romano, podendo-se citar como exemplos o falso testemunho (D. 48, 10, 1) e a falsificação de documentos (D. 48, 10)⁴⁰, cujas punições, por meio de uma pena pública, em regra corpórea ou de privação da liberdade, poderiam também ser cumuladas com a aplicação de penalidade pecuniária. Por sua vez, os delitos privados atingiam interesses predominantemente individuais, tais como a honra e a propriedade privada⁴¹.

Em consonância com o espírito prático romano, pode-se afirmar que os delitos privados se desenvolveram casuisticamente⁴², não se podendo fazer remissão, nesta quadra histórica, a uma teoria global dos atos ilícitos em Roma, muito menos à existência de formulação de um conceito⁴³ moderno de responsabilidade civil, como categoria geral, tal como concebido hodiernamente⁴⁴. Não obstante, procedia-se a classificação dos principais delitos⁴⁵ em quatro categorias: a) *furtum* (apropriação, por meio de fraude, com objetivo de lucro, de uma coisa, de seu uso ou de sua posse); b) *bona vi rapta* (subtração violenta de uma coisa, espécie qualificada de furto); c) *damnum iniuria datum* e d) *iniuria*. As duas primeiras figuras, entretanto, não apresentam relevância para o estudo da responsabilidade civil contemporânea, visto integrarem o que atualmente se denomina de Direito Penal, não estendendo seus efeitos, de maneira acentuada, à seara civilista⁴⁶.

the state or the community as a whole, and prosecuted by state organs. Examples of crimina recognized from an early age included treason (perduellio), murder (parricidium), sacrilege and arson". (MOUSOURAKIS, George. *Fundamentals of roman private law*. Berlin/Heidelberg: Springer, 2012, p. 252).

⁴⁰ "O Digesto é uma compilação das obras dos jurisconsultos clássicos (duas mil ao todo), formando cinquenta livros. Sua forma de citação é semelhante à do Código (D. ou Dig. 1, 2, 5, pr.) ou (D. ou Dig. 2, 3, 6, 8), as quais se lêem: 'Digesto, livro 1, título 2, fragmento 5, *principium*', e, no segundo exemplo, 'Digesto, livro 2, título 3, fragmento 6, parágrafo 8º'. O fragmento é a parte da obra que foi transposta para o Digesto, onde consta, por ordem de Justiniano, o nome do jurisconsulto que o produziu" (OLIVEIRA, Irineu de Souza. *Programa de direito romano*. 2. ed. Canoas: Ulbra, 2000, p. 14).

⁴¹ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Responsabilidade civil no direito romano. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; VITAL DA ROCHA, Maria. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 6-7.

⁴² MOUSOURAKIS, op. cit., p. 253.

⁴³ A elaboração de conceitos, de forma metodológica e sistemática, base dos códigos modernos, tem o seu surgimento atrelado à influência do jusracionalismo, como bem adverte Franz Wieacker: "Com o sistema do jusracionalismo, a ciência jurídica positiva adoptou também a sua construção conceitual. Numa teoria que tinha de comprovar perante o fórum da razão através da exactidão matemática das suas premissas, o conceito geral adquiriu uma nova dignidade metodológica. Agora, ele não era já apenas um apoio tópico, um artifício na exegese e harmonização dos textos, mas o símbolo central que exprimia a pretensão de ordenação lógica da ciência jurídica" (WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 5. ed. Tradução de A.M Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 310).

⁴⁴ VILLEY, Michel. *Direito romano*. Tradução de Maria Helena Nogueira. Lisboa: Arcádia, 1973, p. 149.

⁴⁵ Faziam-se presentes, entretanto, na Roma antiga, diversas outras formas de delitos, civis e pretorianas, como, por exemplo, a fraude contra credores (*fraus creditorum*) (MOUSOURAKIS, loc. cit.).

⁴⁶ RODRIGUES JÚNIOR, op. cit., p. 8-12.

A maior parte dos juristas modernos, que se debruçaram sobre o estudo do Direito Romano, como ponto de partida para a análise da responsabilidade civil construída pelos codificadores, consagra o entendimento do desconhecimento, pelos romanos, da ideia de reparação dos danos extrapatrimoniais. Argumenta-se, em síntese, que as fontes derivadas do *jus romanum*, mais especificamente a *Lex Aquilia*, impunham a obrigação de reparar pecuniariamente os danos causados às coisas, aos animais e aos escravos, todos estes considerados, à época, objetos de comércio, não se aplicando o mesmo entendimento, entretanto, aos sofrimentos e feridas suportadas pelo homem livre⁴⁷. Não por outro motivo, seguindo esta linha de raciocínio, escreveu Gabba que certamente “*non vi há nè traccia nè germe del concetto che i cosi detti danni morali si possono risarcire*”⁴⁸.

Em consonância com a posição apontada, aludia-se à circunstância de que a reparação pelos danos patrimoniais derivados da responsabilidade extracontratual encontrava regulamentação na *Lex Aquilia*⁴⁹, por meio da já mencionada *damnum iniuria datum*⁵⁰, cujos lindes compreendiam a lesão ou destruição da coisa alheia realizada com dolo ou culpa⁵¹. Todavia, o montante concedido ao ofendido, por meio da *actio iniuriarum*, não possuiria a natureza jurídica de indenização, mas tratar-se-ia apenas e tão somente de sanção, assegurada por meio de ação de natureza penal, impondo-se ao ofensor o pagamento de determinada penalidade⁵².

Contra tal entendimento, e opondo-se a todos aqueles que defendiam o caráter penal da sanção cominada na *actio iniuriarum*, levantou-se Ihering, secundado por Giorgi. Este, rebatendo Gabba, sustentou a tese de que a referência feita a Gaio⁵³ vinculava-se unicamente, em verdade, ao terceiro dos delitos romanos, o *damnum iniuria datum*, regulado pela Lei Aquilia, ao passo que a questão concernente aos danos morais se relacionava com a *iniuria*,

⁴⁷ ZARRA, Maita María Naveira. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 2006, p. 118.

⁴⁸ GABBA, Carlo Francesco. *Questioni di diritto civile*, v. II. Torino: Fratelli Bocca Editore, 1911, p. 217.

⁴⁹ A *Lex Aquilia* é considerada verdadeiro divisor de águas no campo da responsabilidade civil. Neste sentido: “Embora se reconheça que não contivesse ainda uma ‘regra de conjunto, nos moldes do direito moderno’, era, sem nenhuma dúvida, o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria e ‘fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana que tomou a Lei Aquilia o seu nome característico’” (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed., rev. atual. de acordo como o Código Civil de 2002, e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 28).

⁵⁰ LIMA, Alvinio. *Culpa e risco*. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 23.

⁵¹ ZARRA, op. cit., p. 119.

⁵² “*L’injuria, espressione di lato senso, si applicava in particolare anche ad offese morali, ma l’azione che ne conseguiva a riparazione pecuniaria, era per natura sua penale, sai che nelle ordinarie forme venisse esercitata, sai che mediante extra-ordinaria cognitio*” (GABBA, loc. cit.).

⁵³ “*Cicatricum autem aut deformitatis nulla fit aestimatio: quia liberum corpus nullam recipit aestimationem*” (Ibid., loc. cit.).

quarta modalidade dos mencionados delitos, sendo regulada pela *actio iniuriarum aestimatoria*⁵⁴.

A injúria, na acepção ampla consagrada no Direito Romano, constituía o ato contrário ao Direito⁵⁵, elemento essencial de qualquer delito, dizendo respeito a tudo aquilo realizado em desconformidade com a regra jurídica⁵⁶. A expressão, entretanto, possuía também uma conotação restrita, correspondendo ao delito privado que se expressa quando alguém ofende física ou moralmente o corpo ou a honra de uma pessoa, consistente em atos ou palavras⁵⁷. A *injuria*, portanto, que tanto poderia consistir num procedimento grave (*injuria atrox*), como num ato de menor valia (*injuria levis*), era falada, escrita ou real. A injúria verbal (falada ou escrita) tinha como ponto de diferenciação da injúria real o fato de que, nesta última, a ofensa se consumava com a prática de atos corporais, concretizando-se de maneira física (*quotiens manus interferuntur*), no que hoje se denomina de vias de fato⁵⁸.

A reparação da injúria, em seu sentido mais estrito, formalizava-se através do exercício da ação pretoriana, já mencionada, que se denominava *actio iniuriarum aestimatoria*, a qual tinha por desiderato o pagamento de certa soma em dinheiro, cabendo ao autor, além de indicar precisamente a lesão sofrida, estimar, sob juramento, o próprio dano⁵⁹, não ficando o magistrado, todavia, adstrito ao *quantum* requerido, podendo julgar, tal como nos dias de hoje, que o montante indicado não guardava proporcionalidade com a lesão apontada, dada as circunstâncias do caso concreto⁶⁰. Revela-se ainda que a ação referida podia ser manejada

⁵⁴ GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, v. V, n. 161, 7. ed. Firenze: Casa Editrice Libreria Fratelli Cammelli, 1909, p. 272.

⁵⁵ “Os exemplos apresentados bastam para mostrar que os romanos castigavam como delitos contra a personalidade muitas ofensas e violações jurídicas que nós hoje consideramos delitos sobre as coisas. Tão longe levavam a ideia de injúria que chegavam ao ponto – bem pode dizer-se – de reputarem injuriosa toda a violação jurídica consciente” (FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Tradução de Antônio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938, p. 241).

⁵⁶ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*, v. II, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 232.

⁵⁷ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Responsabilidade civil no direito romano. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; VITAL DA ROCHA, Maria. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 14.

⁵⁸ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 27.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 28.

⁶⁰ “In this action the injured party made an initial assessment of the amount of the penalty and the judge was instructed to sentence the defendant to what seemed to him as right and equitable (*bonum et aequum*), but not to a larger sum than that demanded by the plaintiff” (MOUSOURAKIS, George. *Fundamentals of roman private law*. Berlin/Heidelberg: Springer, 2012, p. 265).

contra o executor e o instigador do ato tido por ilícito, não sendo transmissível⁶¹ aos herdeiros⁶². De outro lado, em se tratando de injúrias reais, contudo, deveria a vítima lançar mão não da *actio injuriarum*, mas de demanda prevista na *Lex Cornelia*, com a única diferença de que nesta o prazo prescricional era de 30 anos, enquanto que naquela não ultrapassava o lapso temporal de 12 meses⁶³.

Vislumbra-se, neste trilhar, segundo os preceitos do Direito Romano, nítida clivagem entre a *actio injuriarum aestimatoria*, quarta espécie dos delitos privados, e a *damnum iniuria datum*, também indicada na tradicional classificação, considerando-se que a primeira ação mencionada tinha por desiderato primário a proteção da pessoa humana em suas facetas física e moral, enquanto que a segunda demanda visava precipuamente o abrigo de situações patrimoniais, podendo-se afirmar constituir a intenção de injuriar a essência do delito de *injuria*, figurando, de outro lado, a diminuição patrimonial como elemento caracterizador do *damnum iniuria datum*⁶⁴. Neste sentido, afirma-se que, ainda que a vítima sofresse alguma espécie de dano econômico, não poderia jamais esta lesão, para fins de utilização da *actio injuriarum aestimatoria*, consistir no elemento volitivo principal do agente ofensor⁶⁵.

Para parcela da doutrina, tutelando a *actio injuriarum aestimatoria* a honra e os direitos originários ou faculdades inatas da pessoa humana, não haveria dúvidas de que o Direito Romano efetivamente previu a reparação por danos imateriais, afastando-se a tese de que as sanções cominadas possuíam caráter exclusivamente penal⁶⁶.

⁶¹ “Fourthly, the *actio iniuriarum*, on whatever basis it was granted, was of a purely penal nature. Like all other *actiones poenales*, it was therefore passively intransmissible. Unlike the others, however, it was also actively intransmissible, that is, it could not be brought by the heirs of the deceased victim of the insult. The *actio iniuriarum* was thus a strictly personal remedy; it was only the injured party himself who deserved to receive compensation for the disregarding of his personality” (ZIMMERMAN, Reinhard. *The law of obligation: roman foundations of the civilian traditions*. Cape Town: Juta & Co., 1992, p. 1061).

⁶² “Estas últimas características da *actio injuriarum* revelam claramente a sua natureza penal. É fora de dúvida que ela nunca teve por escopo único a remoção de danos patrimoniais nem figurou no patrimônio como seu elemento activo (D. 37, 6, 2, 4), podendo ser até exercida pessoalmente pelo *filius familias*” (FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Tradução de Antônio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938, p. 242).

⁶³ SERAFINI, Fillipo. *Instituzioni di diritto romano*, v. II, 10. ed. Roma: La libreria dello statto, 1954, p. 187-188.

⁶⁴ Em sentido oposto: “Esta distinção entre as duas espécies de *injuria* tem sua origem em Jhering, que separou as lesões que atingem a pessoa no que é (ação abstracta de injúrias) daquelas que a atingem no que possui (ação concreta). Note-se não ter a distinção a importância que lhe atribue o seu autor, o qual a toma como base para tôdas as suas posteriores deduções” (FISCHER, op. cit., p. 241, nota 9).

⁶⁵ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 28-29.

⁶⁶ “Ciò che si sostiene è che il diritto romano tutelava non solo i beni patrimoniali, mas anche quelli extra-patrimoniali; e che non solo le conseguenze materiali valutabili della ingiuria, davano luogo ad azione ma anche le conseguenze immateriali, inesattamente estimabili. È il semplice principio di una compensazione soddisfattoria che teniamo a riscontrare in diritto romano, e questo mezzo di tutela contro i danni non patrimoniali, senza dubbio, si trova pienamente accettato dal giure romano” (MINOZZI, Alfredo. *Studio sul danno non patrimoniale*. 3. ed. rimaneggiata. Milano: Società Editrice Libreria, 1917, p. 123).

Ihering, entusiasta da tese ora mencionada, vislumbrava amplo espectro de aplicação da reparação de danos morais, abrangendo não apenas os casos de culpa extracontratual, mas também as hipóteses de simples culpa contratual, indicando a larga incidência do instituto, concluindo que a função satisfatória do dinheiro visava aplacar também os danos extrapatrimoniais oriundos do descumprimento de ajustes. Os prejuízos morais, de dilatada aplicação no *jus romanum*, encontravam assento nas relações de família, no amor para com as coisas públicas, no sentimento de piedade do herdeiro para com o testador, bem como nos casos de ressarcimento por prejuízos de natureza ideal, na circunstância de que alguém viesse a sofrer turbacão nos seus sentimentos religiosos⁶⁷.

Argumenta-se, com boa dose de razão, que o simples fato de se nominar de pena a soma em dinheiro arbitrada não indica, de forma peremptória, tratar-se de instituto afeito à seara criminal, uma vez que, diferentemente das penas públicas, tal montante era sempre destinado ao lesado⁶⁸. Não se poderia auscultar a natureza da figura jurídica por meio da análise isolada de sua nomenclatura, critério este insuficiente para aclarar a sua essência, quanto mais em se considerando que, como bem observa Giorgi⁶⁹, nada é menos criminal que a chamada cláusula penal.

Na doutrina brasileira, Carvalho de Mendonça⁷⁰, para quem a *actio injuriarum aestimatoria*, obra do direito pretoriano, consistia em uma forma geral de acautelar os interesses morais, advoga a tese, invocando os estudos de Ihering, que o Direito Romano acolheu a reparação de danos extrapatrimoniais, opinião albergada também por Melo da Silva⁷¹, Reis⁷², Salazar⁷³, Santos⁷⁴ e Dias⁷⁵, dentre outros.

⁶⁷ “El demandante debe recibir reparación, no sólo por las pérdidas pecuniarias, sino también por las restricciones ocasionadas em su bienestar o em sus conveniencias, por las incomodidades, las agitaciones, las vejaciones” (IHERING, Rudolf von. *Del interés de los contratos y de la supuesta necesidad del valor patrimonial de las prestaciones obligatorias*. 3 Estudios Jurídicos. Buenos Aires: Atalaya, 1943, p. 48).

⁶⁸ MINOZZI, Alfredo. *Studio sul danno non patrimoniale*. 3. ed. rimaneggiata. Milano: Società Editrice Libreria, 1917, p. 121-122.

⁶⁹ GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, v. V, n. 161, 7. ed. Firenze: Casa Editrice Libreria Fratelli Cammelli, 1909, p. 272.

⁷⁰ CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel I. *Doutrina e prática das obrigações*. Curitiba: Imp. Paranaense, 1908, p. 868.

⁷¹ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 29.

⁷² REIS, Clayton. *Dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 18.

⁷³ SALAZAR, Alcino de Paula. *Reparação do dano moral*. Rio de Janeiro: Alba, 1943, p. 20.

⁷⁴ SANTOS, Antônio J. *Dano moral indenizável*. 5. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 50-51.

⁷⁵ DIAS, José de A. *Da responsabilidade civil*. 7. ed., v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 23.

2.1.3 Danos morais no Direito francês

No âmbito do antigo Direito francês, a responsabilidade civil e a responsabilidade penal formavam um todo indiviso, não se podendo delimitar, com precisão, os estritos limites de aplicação de cada uma das categorias. O *Ancien Régime* foi testemunha de que os danos extrapatrimoniais (*dommages non pécuniaires*), em verdade, eram reparados por intermédio da atuação do ofendido, como assistente de acusação (*partie civile*), no curso de um processo penal já existente. É por meio desta figura que se permitia, ainda que de modo indireto, a reparação de lesões imateriais. A serôdia prática dos Parlamentos revela que a pena difamante (*l'amende honorable*) e a pena compensatória (*l'amende profitable*) representavam figuras híbridas de reparação e punição⁷⁶.

Contudo, ao perpassar do tempo, esta concepção primitiva acabou cedendo terreno, por influência do Direito Romano, à noção de esferas independentes e autônomas. Com efeito, segundo os irmãos Mazeud, embora o *jus romanum* jamais tenha logrado êxito em apartar completamente as duas figuras, uma vez que a distinção se operava muito mais no campo teórico do que prático, os juristas franceses, com base nos textos legais romanos, se desprenderam da ideia de pena privada para visualizar, na ação concedida à vítima, uma demanda de caráter indenizatório⁷⁷. Assim é que a jurisprudência do Antigo Regime serviu de modelo e teve papel fundamental no desenvolvimento do conceito de dano moral ao longo do século XIX⁷⁸.

O Código francês de 1804, influenciado pelos ensinamentos de Pothier⁷⁹, promove verdadeira ruptura com o sistema então vigente, adquirindo a figura do dano feições gerais e abstratas, desvinculada da descrição detalhada de cada ilicitude, esculpindo, no art. 1.382⁸⁰, uma autêntica cláusula geral sobre o dano. O desvanecer do modelo fragmentário de dano é contemporâneo, portanto, do florescimento daquilo que Adriano de Cupis⁸¹ nominou de

⁷⁶ PALMER, Vernon Valentine. Tradução e notas por: Otávio Luiz Rodrigues Júnior e Thalles Ricardo Alciati Valim. Danos morais: o despertar francês no século XIX. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 9, ano 3, p. 225-241. São Paulo: RT, out.-dez, 2016, p. 229-231.

⁷⁷ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, t. I, v. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1961, p. 49.

⁷⁸ PALMER, loc. cit.

⁷⁹ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil: Direito das obrigações: Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa, Responsabilidade civil*, v. 8. Lisboa: Almedina, 2017, p. 321.

⁸⁰ Art. 1.382. “*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*”.

⁸¹ DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1946, p. 5.

tipicidade abstrata do dano, ensejando, por meio do abandono da tipicidade casuística, o surgimento de um dever geral⁸².

O *Code Civil*, entretanto, restou silente no que toca à possibilidade da reparação de danos extrapatrimoniais, nada dispondo a respeito, não tendo sido o tema, aparentemente, debatido entre os codificadores⁸³. A matéria, que inicialmente não encontrou eco na doutrina civilista francesa, apenas paulatinamente foi analisada sob o viés da responsabilidade extracontratual, algumas vezes atrelada à prática de um crime, outras vezes prescindindo desta exigência⁸⁴.

É em sede jurisprudencial⁸⁵ que se passa a admitir, de forma embrionária, o ressarcimento do *préjudice moral*, apontando parcela doutrinária a célebre decisão datada de 15 de junho de 1833 como marco inicial de sua admissão⁸⁶. A Corte de Cassação (*Cour de Cassation*), em sede de plenário, julgou que o dano sofrido pelos farmacêuticos de Paris, que intervieram como assistentes de acusação (*partie civile*), em um processo penal contra indivíduos que, sem licença, exerciam ilegalmente a profissão, continha nítida natureza moral. O procurador-geral, Dupin, teria se utilizado da expressão “um dano puramente moral” (*préjudice tout moral*) ao se referir à lesão suportada pelos farmacêuticos. A decisão representa um divisor de águas no tema, não tanto em função da efetiva indenização de um dano moral, já que tal fato na prática já se dava por meio de um assistente de acusação na seara criminal, mas sobretudo em razão de o *Code Civil* ter servido de fundamento, isoladamente, para a dita reparação⁸⁷.

Tem-se testemunhado, a partir de então, no sistema francês, considerado um dos mais generosos do mundo, um alargamento progressivo da reparação de danos extrapatrimoniais, com a conseqüente proliferação de categorias indenizáveis, fato que tem suscitado a preocupação da doutrina, que tem se valido de critérios outros, que não os tradicionais, a fim

⁸² CARRÁ, Bruno Leonardo. *Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistemológicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 152-155.

⁸³ A abordagem do tema, pelas primeiras codificações jusracionalistas, era extremamente variada. O Código de Baden, por exemplo, datado de 1809, proscreeu completamente a possibilidade de indenizar o dano moral. Em sentido diverso, contudo, o Código Prussiano de 1794, previu situações pontuais em que o dano extrapatrimonial poderia ser ressarcido, como no caso da jovem abandonada por seu noivo (PALMER, Vernon Valentine. Tradução e notas por: Otávio Luiz Rodrigues Júnior e Thalles Ricardo Alciati Valim. Danos morais: o despertar francês no século XIX. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 9, ano 3, p. 225-241. São Paulo: RT, out.-dez. 2016, p. 229-231).

⁸⁴ PEREIRA, Rui Soares. *A responsabilidade por danos não patrimoniais: do incumprimento das obrigações no direito civil português*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 111.

⁸⁵ “No tocante à responsabilidade civil, a própria doutrina francesa reconhece que os textos do Código de Napoleão não são excelentes (PLANIOL-RIPERT), mas a sua riqueza decorreu da interpretação construtiva que a jurisprudência lhes deu durante dois séculos” (WALD, Arnold. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e no brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 26, p. 94-114, 2004, p. 102).

⁸⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed., rev. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 267, nota 498.

⁸⁷ PALMER, loc. cit.

de selecionar os danos aptos a serem ressarcidos, cabendo a reparação somente, segundo essa corrente de pensamento, quando restar caracterizado um pesar real e suficientemente profundo⁸⁸.

Em relação, por exemplo, ao denominado *pretium affectiones* ou *préjudice d'affection*, consistente na dor pela morte ou grave lesão física sofrida por um ente querido, a jurisprudência francesa, de vertente liberal⁸⁹, tem admitido que pessoas estranhas à família, ainda que se exija um vínculo afetivo concreto, sejam titulares do direito de obter uma reparação por dano não patrimonial, bem como se tem entendido que o objeto da afeição lesada possa se tratar tanto de uma pessoa quanto de um animal⁹⁰, em uma interpretação bastante abrangente do instituto.

2.1.4 Danos morais no Direito alemão

No Direito alemão, antes da vigência do *Bürgerliches Gesetzbuch*⁹¹, vigorava o Direito Civil codificado em certos países, enquanto que em outros a experiência da codificação ainda não havia se feito presente⁹², prevalecendo, então, as regras do direito científico calcadas no Direito Romano, divulgado sob a denominação de *Gemeines Recht* na obra dos pandectistas. Já nos sistemas particulares existentes à época, também assim no direito comum, encontrava-se ampla adesão à doutrina da reparação dos danos morais⁹³, centrando-se, entretanto, a noção de sofrimento na preeminência da dor física. Isso corresponde ao que que a doutrina tradicional denominou de *Schmerzensgeld*⁹⁴, ou, como é afirmado

⁸⁸ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, t. I, v. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1961, p. 459.

⁸⁹ “Na Europa de hoje, distinguem-se genericamente três tipos de regimes no que concerne ao dano moral: os regimes liberais, moderados e conservadores. Historicamente, a França teve o primeiro regime liberal, que atualmente ainda é, se não me engano, o mais liberal. Seu desenvolvimento teve início e ganhou força no século XIX” (PALMER, Vernon Valentine. Tradução e notas por: Otávio Luiz Rodrigues Júnior e Thalles Ricardo Alciati Valim. Danos morais: o despertar francês no século XIX. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 9, ano 3, p. 225-241. São Paulo: RT, out.-dez, p. 226).

⁹⁰ PEREIRA, Rui Soares. *A responsabilidade por danos não patrimoniais: do incumprimento das obrigações no direito civil português*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 113.

⁹¹ Embora o projeto do código tenha sido aprovado em 01 de julho de 1896, somente entrou em vigor em 01 de janeiro de 1900, tendo sido fixada uma *vacatio legis* de quase quatro anos. (RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX*. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/RODRIGUESJR-A-influencia-do-BGB-e-da-doutrina-no-Direito-Civil-brasileiro-do-seculo-XX-O-Direito.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2018).

⁹² CARPENTER, Luis Frederico. Deve ser assegurada a indenização dos danos puramente morais? *Revista de Direito*, v. 22, p. 13.

⁹³ Em sentido contrário, Fischer entende que o direito comum se manteve pouco inclinado à proteção de bens jurídicos imateriais (FISCHER, Hans A. *A reparação dos danos no direito civil*. Tradução de Antônio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938, p. 243).

⁹⁴ “The German term *Schmerzensgeld* is wider than any equivalent found in the Common law and it should thus be made clear that it encompasses such headings of damage as pain and suffering, loss of amenity, disfigurement,

por Salazar, *pecunia doloris*⁹⁵.

Não se pode deste fato extrair, contudo, a errática conclusão de que a reparação de danos extrapatrimoniais em terras alemãs cingia-se única e exclusivamente aos casos de lesão física, visto que abrangiam, em verdade, uma ampla gama de ofensas morais⁹⁶. A título de exemplo, reconheceram a *pecunia doloris*, no campo dos direitos particulares (*Particularrecht*), os Códigos Civis da Saxônia (§1489) e da Áustria (§1325) e, apenas relativamente aos camponeses e pessoas da classe média, o Código Geral da Prússia (1, 6, §§112 e seguintes). Caso singular de indenização por danos morais é o da denominada pena saxã (*Sachsenbusse*), constituindo um ressarcimento ao incômodo gerado por uma privação ilícita de liberdade, tendo se originado de uma falsa interpretação do *Sachsenspiegel*⁹⁷ na prática judicial do século XVI, e consagrada no §1497 do Código Civil saxão.

O BGB, diferentemente do *Code Civil* francês, não fixou uma cláusula geral de responsabilidade por ato ilícito⁹⁸. Embora o projeto inaugural (*Ester Entwurf*) tenha previsto, no §704, por iniciativa de Fraz Von Kübel, norma generalista delimitadora do dever de indenizar, a chamada “Segunda Comissão” rejeitou a solução apresentada, sob o fundamento de que a existência de uma cláusula geral sobrecarregaria a atividade judiciária com uma

loss of expectation of life etc. These distinctions and sub-divisions are not always made clear in the German books on the subject; yet they are in the judges minds when fixing the level of compensation for Schmerzensgeld as is seen from the actual decisions and books which contain summaries of awards. Yet, it is in a certain respect narrower than some of its common law counterparts. For an award of Schmerzensgeld presupposes that the victim suffered personal injury. In short, the object of an award of Schmerzensgeld is to compensate for all kinds of non-material harm suffered as a consequence of personal injury” (MARKESINIS, Basil S.; UNBERATH, Hannes. *The german law of torts: a comparative treatise*. Oregon: Hart, 2002, p. 915-916).

⁹⁵ SALAZAR, Alcino de Paula. *Reparação do dano moral*. Rio de Janeiro: Alba, 1943, p. 106.

⁹⁶ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 56.

⁹⁷ “Já na Alta Idade Média, o antigo direito popular (*ius sanguinis*) se tinha transformado, em virtude das migrações internas, da colonização do leste e do avanço da administração territorial dos senhores locais, num direito de natureza territorial e tinha perdido há muito a sua conexão com a sensibilidade jurídica do grupo étnico. Este sentimento de dissolução imanente é testemunhado pelo facto de Eike von Repgow, um escabino nobre da Alemanha central ingressado no corpo dos *ministeriales*, julgar necessário compilar no *Sachsenspiegel* o mais importante do direito popular, não sem uma mirada de reflexão sobre a sua unidade originária”. (WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 5. ed. Tradução de A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 109).

⁹⁸ Discordando deste entendimento: CARRÁ, Bruno Leonardo. *Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistemológicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 156-157. Identifica o autor, no §823, em razão da utilização da expressão “outros direitos” (*sonstiges Recht*), a porta de entrada para situações outras não expressamente previstas, ainda que a *Rechtsfortbildung*, ou seja, a evolução da noção de ilícito mediante precedentes jurisprudenciais, encontre balizamento na norma, de forma que estes outros direitos devam ser qualificados como direitos absolutos, em igual paridade com aqueles de antemão enumerados. (Id. Todo dano é dano indenizável? In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.) *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco, 2017, p. 134-135).

problemática que, em verdade, deveria ser solucionada desde logo pelo legislador⁹⁹. Pode-se afirmar, portanto, como o faz parcela da doutrina, que o *Bürgerliches Gesetzbuch* transitou, originariamente, entre o sistema casuístico do Direito Romano e a vagueza geral do Código Civil francês¹⁰⁰.

A temática da reparação dos danos morais veio expressamente demarcada no §253¹⁰¹, limitando o ressarcimento por meio de pecúnia somente aos casos expressamente previstos em lei. As hipóteses de reparação monetária restaram, assim, restritas aos casos estampados nos §§847 e 1.300 da codificação alemã, privilegiando-se a restituição natural ao estado de coisas anterior¹⁰². Para este fim, considera-se a situação do requerente, hipoteticamente, sem a conduta ou evento que gerou a lesão. A diferença resultante constitui o objeto da reivindicação¹⁰³. Com a reforma envidada em 01 de agosto de 2002, intitulada “*Zweite Gesetz zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften*” procedeu-se a revogação do §847, com a transposição do seu conteúdo para o segundo parágrafo do §253, mantendo-se incólume, contudo, a ideia de não ser juridicamente possível a reparação de danos nos casos de violação a um direito geral de personalidade, circunstância esta criticada por parcela da doutrina alemã¹⁰⁴. O §1.300 também restou revogado.

Por ter sido saudado como o código mais progressivo da Europa, constituindo uma obra do mesmo nível do *Code Civil*, o BGB influenciou largamente os sistemas jurídicos¹⁰⁵ não

⁹⁹ SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional comparado. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; VITAL DA ROCHA, Maria. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 732.

¹⁰⁰ MARKESINIS, Basil; COESTER, Michael; ALPA, Guido; ULLSTEIN, Augustus. Hanes. *Compensation for personal injury in English, German and Italian Law: comparative outline*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 10-11.

¹⁰¹ “§253. *Intangible damage (1) Money may be demanded in compensation for any damage that is not pecuniary loss only in the cases stipulated by law. (2) If damages are to be paid for an injury to body, health, freedom or sexual self-determination, reasonable compensation in money may also be demanded for any damage that is not pecuniary loss*”.

¹⁰² Veja-se, a propósito, o que dispõe o §249 do Código Civil alemão: “§249. *Nature and extent of damages. (1) A person who is liable in damages must restore the position that would exist if the circumstance obliging him to pay damages had not occurred. (2) Where damages are payable for injury to a person or damage to a thing, the obligee may demand the required monetary amount in lieu of restoration. When a thing is damaged, the monetary amount required under sentence 1 only includes value-added tax if and to the extent that it is actually incurred*”.

¹⁰³ MARKESINIS; COESTER; ALPA; ULLSTEIN, op. cit., p. 59-60.

¹⁰⁴ BEVERLEY-SMITH, Huw; OHLY, Ansgar; LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Privacy, property and personality: civil law perspectives on commercial appropriation*. Cambridge University Press, 2005, p. 100-101.

¹⁰⁵ O BGB foi recebido pelo Japão, adepto da *civil law*, em 1898 (WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 5. ed., Tradução de A.M Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 109). Recentemente, aludiu-se à ampla reparabilidade do dano extrapatrimonial em terras nipônicas: “A extensão da indenização de prejuízos em caso de dano moral é bastante clara no Código do Japão, conforme se vê no próprio art. 710, onde se fala em ‘*compensation therefor even in respect of a non-pecuniary damage*’. Logo a seguir, no art. 711, a respeito de reparação por morte, se declara que a mesma tem lugar ‘*even in cases where no property*

apenas dos países românicos europeus, como, por exemplo, o *Codice Civile* italiano de 1942, mas também foram adotadas as suas soluções em países da América do Sul, tal como o Brasil, de modo que o Código de 1916 agasalhou nada menos que sessenta e dois parágrafos do *Bürgerliches Gesetzbuch*¹⁰⁶.

2.1.5 Danos morais no Direito italiano

O Código Civil italiano de 1865, de clara inspiração francesa, consagrou, em seu art. 1.151¹⁰⁷, uma cláusula geral de responsabilidade civil, em tudo semelhante ao *Code Civil*, de modo que, em face de sua ampla formulação¹⁰⁸, não se mostrava possível a colocação de limites, quer de natureza quantitativa, quer de cunho qualitativo, à reparação de danos¹⁰⁹. Entrementes, ainda que diante da suposta clareza legal, parcela doutrinária, utilizando-se da normatização talhada no art. 38¹¹⁰ do antigo Código Penal italiano, ergueu posição no sentido de que o vocábulo *danno* referia-se tão somente à lesão de cunho patrimonial¹¹¹. A questão restou resolvida, contudo, com a decisão da Cassação, datada de 20 de outubro de 1924, negando a possibilidade de ressarcimento *ex se* do dano moral.

Ainda com a entrada em vigor do *Codice Penale* de 1930, que expressamente previa, em seu art. 185¹¹², a reparação ilimitada de danos extrapatrimoniais, aclamado como verdadeira norma de interpretação autêntica do sistema, logo se apressou parte da doutrina e jurisprudência em limitar a incidência do preceito legal, restringindo a sua aplicação às hipóteses de ilícitos criminais¹¹³.

right... has been violated” (FRANÇA, Rubens Limongi. Responsabilidade civil - código do Japão comparado com o do Brasil. *Revista dos Tribunais*, v. 610, 1986, p. 23-37, Ago., 1986, p. 33).

¹⁰⁶ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 5. ed., Tradução de A.M Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 554-557.

¹⁰⁷ “Art. 1.151. *Qualunque fatto dell’uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno*”.

¹⁰⁸ CHRISTANDL, Gregor. *La risarcibilità del danno esistenziale*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 129-130.

¹⁰⁹ PEREIRA, Rui Soares. *A responsabilidade por danos não patrimoniais: do incumprimento das obrigações no direito civil português*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 135.

¹¹⁰ Art. 38. “*Oltre alle restituzioni e al risarcimento dei danni, il giudice, per ogni delitto che offenda l’onore della persona e della famiglia, ancorchè non abbia cagionato danno, può assegnare alla parte offesa, che ne faccia domanda, una somma determinata a titolo di riparazione*”.

¹¹¹ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 78.

¹¹² Art. 185. “*Ogni reato, che abbia cagionato uno 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*”.

¹¹³ PEREIRA, loc. cit.

O codificador de 1942, entretanto, em verdadeira guinada legislativa, buscando pôr fim às intermináveis discussões derivadas do art. 185 do Código Penal¹¹⁴, agasalhou posição intermédia, admitindo apenas, em seu art. 2.059¹¹⁵, o ressarcimento dos danos morais nos casos expressamente previstos em lei. A intenção do legislador, contudo, teria sido a de remeter o intérprete ao comando normativo criminal mencionado. Ocorre que a norma se mostrou, na prática, insuficiente para cobrir uma miríade de situações atentatórias à dignidade da vítima, passando-se então a recorrer a numerosos artifícios e ficções jurídicas a fim de suprir a incongruência legal, podendo-se, citar, ilustrativamente, a criação do dano estético como dano patrimonial e a introdução do conceito de dano à vida de relação¹¹⁶.

É certo que, com o advento da Constituição italiana, a regra positivada no art. 2.059 tornou-se aparentemente incompatível com alguns preceitos constitucionais, tendo sido a questão de sua conformidade constitucional levantada pelos tribunais de mérito. A *Consulta*, no entanto, não trilhou o caminho da incompatibilidade material da norma com a Lei Maior, mas, em vez disso, procedeu o encurtamento, ao máximo, do seu campo de abrangência, com o desiderato de salvar o dispositivo. Não se vislumbrou, na espécie, inconstitucionalidade na circunstância de o legislador adotar tratamento díspar para casos em que não estivessem em causa situações constitucionalmente garantidas¹¹⁷, em solução já antes aventada por Scognamiglio¹¹⁸, para quem o dispositivo legal referia-se apenas ao dano moral subjetivo, pertinente à esfera íntima do indivíduo. Outros danos, porém, deveriam ser ressarcidos com fulcro no art. 2.043, superando-se a distinção entre danos patrimoniais e não patrimoniais.

A tese foi acolhida pelo Tribunal de Gênova, com fundamento no art. 2.043¹¹⁹ do Código Civil e no art. 32 da Constituição italiana, admitindo-se, assim, a reparação autônoma do chamado dano biológico¹²⁰, espécie de *tertium genus* relativamente às outras duas categorias, distinção esta seguida também pela *Corte di Cassazione*. A classificação ora adotada, todavia,

¹¹⁴ SCOGNAMIGLIO, Renato. Il danno morale (contributto alla teoria del danno extracontrattuale). *RDC*, p. 277-336, Anno III (1957), I, p. 302.

¹¹⁵ Art. 2.059. “*Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge*”.

¹¹⁶ PEREIRA, Rui Soares. *A responsabilidade por danos não patrimoniais: do incumprimento das obrigações no direito civil português*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 137.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 138.

¹¹⁸ SCOGNAMIGLIO, loc. cit.

¹¹⁹ Art. 2.043. “*Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che há commesso il fatto a risarcire il danno*”.

¹²⁰ “*In very general terms danno biologico means the interference with the health of a person considered in and of itself as a legal interest worthy of evaluation and, if affected, compensation. That the deprivation of health or the loss of a limb should be compensated as such seems obvious enough to us looking at Italian law from the perspective of late twentieth century and twenty-first century law*” (MARKESINIS, Basil; COESTER, Michael; ALPA, Guido; ULLSTEIN, Augustus. Hannes. *Compensation for personal injury in English, German and Italian Law: comparative outline*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 84).

ainda que alargando as hipóteses de reparação, não se mostrou suficiente à contenção do constante surgimento de novas categorias de danos não patrimoniais, cristalizando-se, com albergue nos artigos 2º e 3º da Constituição, um verdadeiro postulado geral da tutela da pessoa humana¹²¹, dentre os quais avulta de importância o dano existencial¹²².

O fato é que, em maio de 2003, a *Corte di Cassazione* passou a admitir o ressarcimento de danos extrapatrimoniais também nas hipóteses de responsabilidade presumida, visto que o dano deveria ser enfrentado “*come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia lesa un valor inerente ala persona*”. Entretanto, talvez a mais relevante alteração tenha se operado em relação à interpretação do art. 2.043, negando-se que os danos morais fossem reparados *ex vi* do mencionado dispositivo legal, reconduzindo-se todas as espécies de lesões não patrimoniais ao já mencionado art. 2.059 do Código Civil, abolindo-se, mediante uma leitura constitucionalmente autorizada, a exigência de tipificação legislativa. Tal circunstância, também endossada pela *Corte Costituzionale*, suprimiu a tríplice categorização dos danos, albergando-se, por conseguinte, um sistema bipolar de ressarcimento¹²³.

Em que pese não se tenha procedido verdadeira liberalização do ressarcimento de danos extrapatrimoniais, a limitação imposta pelo art. 2.059 é superada quando o dano consiste na lesão de interesses da pessoa constitucionalmente garantidos¹²⁴, desaparecendo a relação simbiótica entre o dano não patrimonial e o art. 185 do *Codice Penale*. Evita-se, nesta toada, a fossilização de uma tipicidade não evolutiva, visto que a tarifação legal de hipóteses é sempre aproximada, de modo que a sua determinação em abstrato não é aconselhada. Os limites da reparação, assim, em falta de um título objetivo, são fixados em consonância com o limiar da tolerância civil, evitando-se, deste modo, que pretensões sejam formuladas com base exclusivamente em ofensas mínimas, supostamente atentatórias de uma hipersensibilidade individual (*Bagattelschäden*), sem afetar, efetivamente, interesses relevantes¹²⁵.

¹²¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar: 2002, p. 155.

¹²² PEREIRA, Rui Soares. *A responsabilidade por danos não patrimoniais: do incumprimento das obrigações no direito civil português*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 139.

¹²³ DONATI, Alberto. *Danno non patrimoniale e solidarietà. I limiti della ammissibilità della riparazione del danno non patrimoniale nella giurisprudenza dei supremi collegi*. Padova: Cedam, 2004, p. 359.

¹²⁴ Veja-se o seguinte excerto da sentença n.º 5514, de 29 de fevereiro de 2008: “*Ai fini del risarcimento del danno non patrimoniale conseguente alla ingiusta lesione di un bene costituzionalmente garantito, qual ela salute, non è necessario che il fatto illecito sia qualificabile come reato, in quanto le disposizioni costituzionali che riconoscono e sanciscono l'inviolabilità dei diritti inerenti alla persona, non aventi natura economica, configurano esse stesse ipotesi ex lege di riparazione del danno non patrimoniale*” (ITÁLIA. Cassazione Civile, III Sezione, 29/2/2008, n. 5514, cit. in *Giurisprudenza Italiana*, agosto/setembro 2008, p. 1.912).

¹²⁵ PEREIRA, Rui Soares. *A responsabilidade por danos não patrimoniais: do incumprimento das obrigações no direito civil português*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 142.

2.1.6 Danos morais no Direito português

Na era pré-codificação, constata-se o relativo silêncio das Ordenações acerca da temática da responsabilidade civil, corpo normativo que disciplinou somente limitados aspectos do instituto na seara contratual, uma vez que toda a matéria delitual encontrava-se ordenada no *Corpus Juris Civilis* e no Direito comum, ainda vigentes em Portugal. É apenas com o erigir do Código de Seabra, de 1867, de estirpe reconhecidamente napoleônica, que se logra êxito na sistematização do instituto, mediante a aposição da norma antevista no art. 2.361¹²⁶ da codificação portuguesa, inclinada a um tratamento unitário do dano¹²⁷.

Não tendo sido a reparação de danos não patrimoniais contemplada explicitamente pelo código, verifica-se, mediante o cotejo das posições doutrinárias externadas à época, autêntico cisma entre os autores que se propuseram a dissecar o tema. Guilherme Moreira, cuja influência se fez sentir fortemente na civilística lusófona¹²⁸, sustentou, ao que parece, a impossibilidade da reparação dos danos morais, ante a ausência de critérios seguros e precisos para determinar a titularidade da indenização, bem como para fixar o montante devido, atentando ainda ao fato da inexistência de teoria científica verdadeiramente organizada acerca das lesões extrapatrimoniais. O autor admite, entretanto, um elenco de casos que devem ser atendidos, tais como as ofensas à integridade física e moral, privação de liberdade e crimes contra a honestidade, tenham ou não sido causados em conjunto com prejuízos materiais¹²⁹.

O ideal de alargamento da aplicação da reparação de danos não patrimoniais encontra em Vaz Serra, já na década de 30, ferrenho defensor, sendo conhecida a tese do importante jurista português no sentido da admissibilidade do ressarcimento das lesões imateriais, em face do

¹²⁶ Art. 2.361. “Todo aquelle, que viola ou ofende os direitos de outrem, constitue-se na obrigação de indemnizar o lesado, por todos os prejuízos que lhe cause”.

¹²⁷ CORDEIRO. Antônio Menezes. *Tratado de direito civil: Direito das obrigações: Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil*, v. 8. Lisboa: Almedina, 2017, p. 357.

¹²⁸ “Em larga medida, essa viragem histórica deveu-se aos ofícios de um professor da Universidade de Coimbra, Guilherme Alves Moreira (1861-1922), catedrático de Direito Civil, líder republicano e ministro de Estado da Justiça (1915). Ele introduziu em Portugal os ensinamentos do movimento pandectista e o conceitualismo de Savigny. Seu *magnum opus* denominou-se Instituições de Direito Civil português, de 1907 (...). A obra de Guilherme Alves Moreira e, mais que isso, sua docência universitária foram determinantes para a transformação do Direito Civil português, até então sob forte preeminente influência do *Code Napoleon* de 1804” (RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX*. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/RODRIGUESJR-A-influencia-do-BGB-e-da-doutrina-no-Direito-Civil-brasileiro-do-seculo-XX-O-Direito.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2018).

¹²⁹ MOREIRA, Guilherme. Estudo sobre a Responsabilidade Civil. In: Antologia do BFDUC, v. LIII, p. 391-554, 1977, p. 402-404.

quanto disposto no parágrafo segundo, do art. 34, do Código de Processo Penal de 1929, ainda que os danos não tenham sido decorrentes de ilícitos criminais, visto ser esta a regra geral do sistema, bem assim que posição contrária denotaria a natureza jurídica de multa, e não de reparação, do valor arbitrado. Afasta-se o jurista, de conhecida inspiração germanista¹³⁰, da opção legal alemã de antecedente determinação das espécies de danos imateriais reparáveis¹³¹.

Na oportunidade dos trabalhos preparatórios do Código Civil português de 1966, conhecido como Código Vaz Serra ou, como preferem outros, Código Antunes Varela¹³², em homenagem a seus principais elaboradores, acentua-se a relevância do trabalho daquele no campo da reparação de danos, admitindo-se o critério de Gomes da Silva da ofensa sensível à personalidade moral, acrescentando-se, por força de influência do art. 49 do Código Suíço das Obrigações¹³³, a exigência do caráter justificável da compensação pecuniária dos danos extrapatrimoniais¹³⁴.

A proposta, portanto, centrava-se na permissibilidade da satisfação pecuniária do dano moral, desde que suficientemente grave e merecedor de proteção jurídica, especialmente nos casos de lesão corporal ou da saúde, de ofensa à honra ou reputação ou à liberdade pessoal, de violação do domicílio ou de segredo que interesse à vítima, não constituindo, todavia, a modalidade patrimonial a única forma de reparar o dano, admitida a substituição ou complementação da medida ressarcitória¹³⁵.

¹³⁰ Reconhecendo a notável influência alemã nos escritos de Vaz Serra: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX*. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/RODRIGUESJR-A-influencia-do-BGB-e-da-doutrina-no-Direito-Civil-brasileiro-do-seculo-XX-O-Direito.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2018.

¹³¹ SERRA, Adriano Vaz. *Reparação do dano não patrimonial*. *BMJ*, n. 83, p. 69-111, fev. 1959, p. 106.

¹³² O professor João de Matos Antunes Varela, cuja obra teve bastante repercussão em terras brasileiras, em razão não só de sua qualidade técnica, mas também motivado pelo fato de o jurista ter se exilado no Brasil, após a Revolução de 1974, parece aderir ao entendimento da possibilidade de reparação dos danos extrapatrimoniais: “Por um lado, sendo o dinheiro um instrumento de satisfação dos mais variados interesses, desde os mais vis e repugnantes aos mais nobres e elevados, a reparação pecuniária pode perfeitamente servir ao lesado para atenuar ou minorar, senão todos, pelo menos alguns dos males irreparáveis que sofreu. Não será possível indenizar, mas será justo compensar em tais termos o lesado” (VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações: conceito, estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, modalidades das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 246).

¹³³ Art. 49. “*Any person whose personality rights are unlawfully infringed is entitled to a sum of money by way of satisfaction provided this is justified by the seriousness of the infringement and no other amends have been made. 2 The court may order that satisfaction be provided in another manner instead of or in addition to monetary compensation*”.

¹³⁴ PEREIRA, Rui Soares. *A responsabilidade por danos não patrimoniais: do incumprimento das obrigações no direito civil português*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 94.

¹³⁵ SERRA, Adriano Vaz. *Reparação do dano não patrimonial*. *BMJ*, n. 83, p. 69-111, fev. 1959, p. 106 e 109.

O Código Civil de 1966, atento à evolução jurisprudencial, consagrou, em seu art. 496¹³⁶, a possibilidade da reparação dos danos extrapatrimoniais, prevendo, como requisitos à concessão do ressarcimento, a gravidade do dano e a sua relevância para fins de tutela jurídica, prevalecendo a tese, em sede doutrinária, de que o legislador não teve por escopo fazer exsurgir a necessidade do atendimento de dois pressupostos cumulativos¹³⁷, entendendo-se, em verdade, que a valoração dos danos merecedores de tutela já está pressuposta na aceitação de uma noção normativa do dano¹³⁸.

2.1.7 Danos morais no Direito brasileiro

O direito pátrio, anterior à codificação, não conheceu regra expressa acerca da possibilidade de reparação dos danos extrapatrimoniais¹³⁹. Em que pese a Consolidação da Leis Civis, elaborado por Augusto Teixeira de Freitas, não tenha registrado explicitamente a categoria, contemplou, por outro lado, em seu art. 800¹⁴⁰, o postulado do amplo ressarcimento, em reprodução do quanto já constava do art. 22 do Código Criminal de 1830. Em reforço a esta normatização, o dispositivo legal subsequente¹⁴¹ consignou que a lesão produzida, em todas as suas consequências, deveria ser avaliada por árbitros, consagrando, mais uma vez, o princípio da reparação integral do dano. O art. 804¹⁴², da codificação indicada, por sua vez, reconheceu, de forma pioneira, o valor de afeição como critério de quantificação na restituição do equivalente¹⁴³.

Carlos Alberto Bittar, diante do quanto estatuído nos arts. 798 a 801 do Esboço de Teixeira de Freitas, vislumbra, desde já, os primeiros germes de uma teoria acerca da reparação do dano moral, ante a vasta amplitude conferida aos efeitos decorrentes de delitos, atento ainda à técnica de determinação utilizada¹⁴⁴. De outro lado, Arnaldo Medeiros da

¹³⁶ Art. 496. “Na fixação da indenização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito”.

¹³⁷ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. I, 9. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 628.

¹³⁸ PEREIRA, Rui Soares. *A responsabilidade por danos não patrimoniais: do incumprimento das obrigações no direito civil português*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 239.

¹³⁹ SALAZAR, Alcino de Paula. *Reparação do dano moral*. Rio de Janeiro: Alba, 1943, p. 59.

¹⁴⁰ Art. 800. “A indenização será sempre a mais completa que for possível; em caso de dúvida, será a favor do ofendido”.

¹⁴¹ Art. 801. “Para este fim o mal, que resultar à pessoa e aos bens do ofendido, será avaliado por árbitros, em todas as suas partes e consequências”.

¹⁴² Art. 804. “Para se restituir o equivalente, quando não existir a própria coisa, será esta avaliada pelo seu preço ordinário, e pelo de afeição, contanto que este não exceda a soma daquele”.

¹⁴³ A Nova Consolidação das Leis Civis, elaborada por Carlos de Carvalho, reproduziu o teor das regras indicadas (SALAZAR, op. cit., p. 61).

¹⁴⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 103.

Fonseca, sustentando posição em contrário, não antevê, nos dispositivos normativos mencionados, a permissão legal para a reparação do dano puramente moral, senão em casos expressos e limitados. O fato é que, na Argentina, onde a codificação civil de 1869 sofreu enorme influência do pensamento de Teixeira de Freitas¹⁴⁵, a satisfação dos danos morais é admitida desde o século XVIII¹⁴⁶.

Ainda com relação à legislação anterior à codificação de 1916, há de se ressaltar a previsão contida no art. 276¹⁴⁷ do Código Criminal de 1890, inspirado no art. 2.391 do Código Civil português de 1867, que assegurava, nos casos de defloração, ou de estupro de mulher honesta, o pagamento de um dote à ofendida, norma esta interpretada por parcela doutrinária como constituindo uma hipótese de reparação por danos morais¹⁴⁸.

No mesmo sentido indicado é o art. 21 da Lei 2.681, de 7 de junho de 1912¹⁴⁹, que regulou a responsabilidade civil das estradas de ferro, ao estatuir que, em caso de lesão corpórea ou deformidade, em consideração às circunstâncias do caso concreto, mormente em se tratando de invalidez para o trabalho ou profissão habitual, deveria o magistrado arbitrar uma indenização conveniente.

Em acórdão prolatado no dia 13 de dezembro de 1913, no Agravo de Instrumento n. 1.723, de grande repercussão no seio do direito nacional, que teve como relator o Ministro Manoel Murinho, levantou-se a discussão, no Supremo Tribunal Federal, acerca da reparabilidade do dano puramente moral, tendo o resultado, de forma bastante surpreendente, por maioria de votos, sido favorável à tese da ressarcibilidade. Cuidava-se de demanda ajuizada por viúva em desfavor da União, tendo como mote a pretensão de condenação do ente estatal ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, em razão do falecimento de seu marido, vitimado por acidente ocorrido na Estrada de Ferro Central do Brasil. O magistrado de piso, em sede de sentença, acolheu os argumentos autorais, impondo à ré a obrigação de reparar os danos materiais e extrapatrimoniais suportados¹⁵⁰.

¹⁴⁵ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 297-299.

¹⁴⁶ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 75-76.

¹⁴⁷ Art. 276. “Nos casos de defloração, como nos casos de estupro de mulher honesta, a sentença que condenar o criminoso o obrigará a dotar a ofendida”.

¹⁴⁸ SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e sua reparação*. 4. ed., rev., atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406/2002). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 144-146.

¹⁴⁹ Art. 21. “No caso de lesão corpórea ou deformidade, à vista da natureza da mesma e de outras circunstâncias, especialmente a invalidez para o trabalho ou profissão habitual, além das despesas com o tratamento e os lucros cessantes, deverá pelo juiz ser arbitrada uma indenização conveniente”.

¹⁵⁰ SALAZAR, Alcino de Paula. *Reparação do dano moral*. Rio de Janeiro: Alba, 1943, p. 73.

No âmbito da liquidação, estimou-se o dano material em 360 contos, à época, e o não patrimonial em 40 contos, montante este reduzido, em relação à primeira quantia, a 54 contos, e, no que concerne à segunda, a meros 6 contos. O Tribunal, agasalhando a proporcionalidade e razoabilidade da restrição quantitativa, manteve os valores encontrados pelo magistrado. Tornou-se célebre, entretanto, em razão do caso relatado, o voto de Pedro Lessa, acompanhado por Amaro Cavalcanti, no qual defendia arduamente, com esteio em torrencial corrente doutrinária, e fulcrado em precedentes de tribunais franceses e italianos, a necessidade do ressarcimento dos danos não econômicos¹⁵¹. Ocorre que, opostos embargos ao acórdão apontado, em julgamento datado de 25 de junho de 1915, relatado por Viveiros de Castro, confirmou-se o entendimento antagônico¹⁵², apontando-se a inexistência de substrato legislativo a fundar a pretensão ressarcitória, bem assim ressaltando-se que o exame de todos os projetos de Código Civil antes elaborados¹⁵³ revelava a possibilidade de reparação unicamente dos danos materiais¹⁵⁴.

O polêmico tema, contudo, não restou enfrentado quando dos embates relativos aos trabalhos de elaboração da codificação de 1916, tendo sido limitadamente tratado, de forma esparsa, nas regras atinentes à liquidação das obrigações oriundas de atos ilícitos. Buscou-se também fundamentar a tese da ressarcibilidade da lesão imaterial no art. 76¹⁵⁵, dispositivo

¹⁵¹ O redator do memorável voto parece atrelar, em suas conclusões, a reparação do dano moral à ideia de punição ou sanção: “A grande dificuldade, por todos reconhecida, reside em saber como se deve indenizar o dano moral, como arbitrar o ressarcimento, como fixar um valor correspondente a um prejuízo que não está sujeito a um denominador econômico[mas,] (...) reconhecidos os direitos do homem sobre os atributos físicos e morais da sua pessoa (...), e sendo manifesto que tais direitos muitas vezes não são apreciáveis economicamente, não é possível deixar desamparados, sem uma sanção eficaz, esses direitos. Quando não há crime, como no presente caso, mas apenas culpa, a única sanção possível consiste em condenar o causador do dano a uma reparação pecuniária, seja embora difícil avaliar essa reparação, haja embora um inegável arbítrio no fixar a soma devida. Muito mais contrário à defesa jurídica da sociedade e de seus membros fora consentir na ofensa de tais direitos sem sanção de espécie alguma” (HORBACH, Carlos Bastide. *Memória jurisprudencial*: Ministro Pedro Lessa. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007, p. 139).

¹⁵² Ainda antes da promulgação do Código Civil de 1916, em fevereiro de 1914, Pedro Lessa restou solitariamente vencido no caso envolvendo a morte de Pedro Paulo de Siqueira, em razão do disparo de projéteis pelo contratorpedeiro *Piahuy*, na costa brasileira, durante exercício de tiros ao largo da Praia Grande, tendo o ministro, irrisignado com a conclusão de seus pares, bradado: “Mandava pagar todo o dano, inclusive o dano moral, pois nem sequer se pode invocar para o caso o Código Civil, visto se ter dado o fato em 1914, muito antes, por conseguinte, da promulgação do Código Civil. Naquela época, o nosso direito em matéria de ressarcimento de dano moral era o das nações mais adiantadas, isto é, mandava-se indenizar o dano moral, sem embargo de haver algumas sentenças contrárias a esse direito, consagrado por todas as nações que se distinguem na cultura jurídica” (Ibid., p. 138).

¹⁵³ Com efeito, os projetos apresentados por Felício dos Santos e Coelho Rodrigues não teriam mencionado explicitamente a reparação dos danos não patrimoniais (SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 76).

¹⁵⁴ SALAZAR, op. cit, p. 75-77.

¹⁵⁵ Art. 76. “Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família”.

normativo inspirado no Código de Processo Civil italiano¹⁵⁶, assim como no art. 159¹⁵⁷. A própria posição de Clóvis Beviláqua é indicativa da cizânia doutrinária existente à época, revelando o autor, num primeiro momento, a inclinação por uma acepção restrita da reparabilidade dos danos extrapatrimoniais¹⁵⁸, cingida às hipóteses de liquidação acima mencionadas. Posteriormente, contudo, evoluiu o seu pensamento para defender o amplo ressarcimento das lesões morais¹⁵⁹.

Mesmo após a edição da codificação de 1916, permaneceu a jurisprudência nacional reticente em relação à reparação das lesões não patrimoniais¹⁶⁰, ainda que posições isoladas tenham sido externadas em sentido contrário, de modo que apenas em 1966, num julgado do STF¹⁶¹, de relatoria do Ministro Aliomar Baleeiro, é estabelecido um divisor de águas¹⁶² na matéria. No apontado *leading case*, o Supremo, ao dar provimento ao RE 59940/SP¹⁶³, assentou a ideia de ser reparável o dano moral, afastando a interpretação, até então vigente, no sentido de ser devido, em caso de morte, exclusivamente o montante despendido com as despesas de

¹⁵⁶ SALAZAR, Alcino de Paula. *Reparação do dano moral*. Rio de Janeiro: Alba, 1943, p. 61.

¹⁵⁷ Art. 159. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

¹⁵⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v. I, 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1930, p. 313.

¹⁵⁹ Severo relata a transição de pensamento de Clóvis Beviláqua, no que toca à reparabilidade dos danos morais (SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 77).

¹⁶⁰ De outro lado, parcela relevante da doutrina se posicionava, de modo incontestado, pela reparação dos danos morais. Neste sentido, o escólio de Pontes de Miranda: “Não compreendemos (escrevíamos nós, em 1927, no livro *Das Obrigações por atos ilícitos*, I, 181 s.) como se possa sustentar a absoluta irreparabilidade do dano moral. Nos próprios danos à propriedade, há elemento imaterial, que se não se confunde com o valor material do dano. ¿Que mal-entendida justiça é esta que dá valor ao dano imaterial ligado ao material e não dá valor ao dano imaterial sòzinho? Além disso, o mais vulgarizado fundamento para se não conceder a reparação do dano imaterial é o de que não seria completo o ressarcimento. Mas não é justo, como bem pondera Kohler, que nada se dê sòmente por não se poder dar o exato” (MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, t. LIII. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p. 229).

¹⁶¹ MONTEIRO FILHO, C.E. do Rêgo. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 10-13.

¹⁶² Martins da Silva relata que, na III Conferência Nacional de Desembargadores, ocorrida no antigo Estado da Guanabara, nos idos de dezembro de 1965, chegou-se à conclusão de ser o dano moral reparável, conclave este que, segundo o autor, foi responsável pelas mudanças de rumo na jurisprudência brasileira acerca do assunto, assentando-se, na proposição formulada pelo magistrado José Luís Ribeiro Samico, a prevalência da reparação natural e o caráter compensatório do ressarcimento (SILVA, Américo Luís M. da. *O dano moral e sua reparação*. 4. ed., rev., atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406/2002). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012).

¹⁶³ CORRÊA, André Rodrigues. A genealogia da reparação dos danos extrapatrimoniais na jurisprudência dos tribunais superiores: do tratamento restritivo ao reconhecimento da indenizabilidade irrestringível. In: PÜSCHEL, Flávia Portella (Coord). *Projeto Pensando o Direito*. Pesquisa: Dano Moral. Brasília: Fundação Getúlio Vargas e Ministério da Justiça. Convocação 01/2010. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/vol-37_dano_moral_fgv.pdf/view>. Acesso em: 22 mar. 2018.

luto e funeral. Tratava-se de demanda proposta pelos pais, em razão do falecimento de duas crianças, vitimadas por acidente atribuído à uma empresa de ônibus¹⁶⁴.

Em termos legislativos, costuma mencionar a doutrina o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/1962), como constituindo marco normativo relevante na regulamentação da reparação do dano moral, mediante admissão expressa de sua aceitação, tendo o tema sido abordado nos arts. 81 a 88. Na mesma toada, há de se mencionar ainda, relativamente a período anterior à promulgação da Constituição de 1988, o Código Eleitoral de 1965, a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967) e a Lei de Direitos Autorais (Lei 5.988, de 14 de dezembro de 1973), legislação esparsa que, motivada pela ausência de regulação explícita sobre a matéria, bem como visando superar a tímida posição da jurisprudência nacional, passou a prever expressamente a possibilidade de reparação dos danos extrapatrimoniais¹⁶⁵. Ainda no seio da atividade legislativa, o Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941¹⁶⁶, elaborado em conjunto por Hahnemann Guimarães, Filadelfo Azevedo e Orozimbo Nonato, coroou o entendimento da ressarcibilidade dos danos morais¹⁶⁷, sendo seguido, neste particular, pelo anteprojeto confeccionado por Caio Mário da Silva Pereira¹⁶⁸, corifeu da tese apontada¹⁶⁹.

Com a publicação do enunciado sumular n. 491 pelo Supremo Tribunal Federal¹⁷⁰, na sessão plenária de 03 de dezembro de 1969, o tema parece se acostar em terreno plano na esfera da jurisprudência pátria, ainda que a reparação de certo modo ainda se vincule às consequências patrimoniais do dano causado. O reconhecimento do dano moral puro encontra assento nos tribunais pátrios apenas na década de 80, por força da orientação jurisprudencial que vai se

¹⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; RONSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*, v. 3, 2. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 259.

¹⁶⁵ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 84-85.

¹⁶⁶ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 219.

¹⁶⁷ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 298.

¹⁶⁸ Com o escopo de reformar a codificação vigente, o Governo brasileiro confiou a tarefa de elaboração do anteprojeto de Código de Obrigações a Caio Mário da Silva Pereira, da Universidade de Minas Gerais, atribuindo a Orlando Gomes, professor da Universidade Federal da Bahia, a missão de projetar o Código Civil, com a exclusão daquela matéria (RODRIGUES, Sílvio. A projetada reforma do Código Civil. *Revista de Direito da USP*, v. 59, p. 206-216, 1964, p. 206-207).

¹⁶⁹ SEVERO, op. cit., p. 85.

¹⁷⁰ Súmula 491 do STF. “É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”.

desenvolver no então recentemente criado Superior Tribunal de Justiça¹⁷¹, com a edição da súmula n. 37¹⁷², da lavra desta corte¹⁷³, já sob a égide da Carta Magna de 1988.

Dando cabo à digressão histórica empreendida, cumpre apenas mencionar que o Projeto de Lei n. 634/1975, visando à instituição de uma novel codificação civil, já prescrevia, em seu art. 184¹⁷⁴, que, aquele que violasse direito, causando dano a outrem, seja por ato comissivo ou omissivo voluntário, negligente ou imprudente, ainda que simplesmente moral, cometeria ato ilícito. No Senado, após longa tramitação na Casa de origem, já sob a numeração 118/1984, manteve-se o postulado da reparação dos danos extrapatrimoniais, repetindo-se, com ligeira alteração¹⁷⁵, no art. 186¹⁷⁶, o inteiro teor da disposição normativa citada¹⁷⁷. Nasce, assim, o Código Civil de 2002 (Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002), carregando, como um de seus fundantes pilares, na seara da responsabilidade civil, a previsão expressa da reparação dos danos extrapatrimoniais.

2.2 CARACTERIZAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL INDIVIDUAL

A conceituação do dano moral, mediante a exposição analítica de seus elementos, constitui tarefa deveras tormentosa, a qual tem bravamente se debruçado a doutrina pelo menos há três séculos, sem que se tenha logrado êxito, de forma definitiva, no intento de harmonizar os variegados debates que tem florescido ao longo deste período. O enfrentamento desta árida

¹⁷¹ “Por todo o exposto é surpreendente que boa parte da doutrina brasileira mencione a súmula 491 do STF como um antecedente importante no debate sobre dano moral e nunca a tenha analisado como um precedente importante na ampliação do alcance da regra presente no então artigo 1060, CC/16 (atual art. 402, CC/02) base da chamada ‘doutrina do dano direto e imediato’, ou seja, como uma criação jurisprudencial de hipótese de reparação de ‘perda da chance’” (CORRÊA, André Rodrigues. A genealogia da reparação dos danos extrapatrimoniais na jurisprudência dos tribunais superiores: do tratamento restritivo ao reconhecimento da indenizabilidade irrestringível. In: PÜSCHEL, Flávia Portella (Coord). *Projeto Pensando o Direito*. Pesquisa: Dano Moral. Brasília: Fundação Getúlio Vargas e Ministério da Justiça. Convocação 01/2010. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/vol-37_dano_moral_fgv.pdf/view>. Acesso em: 22 mar. 2018).

¹⁷² Súmula 37 do STJ. “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

¹⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 3, n. 9, p. 7073-7122, 2014, p. 7076.

¹⁷⁴ Art. 184. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que simplesmente moral, comete ato ilícito”.

¹⁷⁵ “Emenda apresentada na Câmara dos Deputados, ainda no período inicial de tramitação do projeto, substituiu ‘simplesmente’ por ‘exclusivamente’, ao argumento de que o advérbio ‘simplesmente’ dava a entender que a lesão moral seria inexpressiva ou de sentido depreciativo, ou de valor inferior à lesão física ou material. Foi a única modificação que sofreu o dispositivo” (FIUZA; Ricardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Org.). *Novo código civil comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 105).

¹⁷⁶ Art. 186. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

¹⁷⁷ SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e sua reparação*. 4. ed., rev., atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406/2002). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 357-358.

matéria, quiçá a mais controvertida no âmbito da responsabilidade civil, tem dividido gerações de juristas, na sequiosa busca pela determinação precisa de seus lindes jurídicos, cizânia esta que, ainda que enriquecida pela farta produção literária acerca do tema, permanece atual ainda nos dias hodiernos¹⁷⁸.

Mesmo a nomenclatura adotada pela Carta Maior, em seu art. 5º, incisos V e X, assim como pela codificação civil (art. 186), não encontra tranqüila guarida no meio da doutrina. Em que pese utilizada por grande parte dos autores nacionais, tem-se preferido, em substituição ao termo dano moral, ainda que em escala restrita, o emprego da expressão danos à pessoa¹⁷⁹, como o faz Clóvis do Couto e Silva¹⁸⁰, a fim de abarcar a vasta categoria das lesões infligidas aos aspectos físicos e morais do ser. Sustenta-se, de outra parte, ser a designação dano extrapatrimonial mais apropriada, em razão de a expressão dano moral remeter necessariamente aos aspectos subjetivos da lesão, tais como a dor e o sofrimento, vinculação esta que reduz, ao menos nominalmente, o espectro de incidência da reparação¹⁸¹. Pontes de Miranda¹⁸², por sua

¹⁷⁸ DOMÍNGUEZ, Carmen Hidalgo. *El daño moral*, t. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 43.

¹⁷⁹ “Cabe à Itália a distinção de ter sido o primeiro país a sistematizar, no Código Civil, os direitos de personalidade e à sua doutrina a honra de cunhar a expressão ‘danos à pessoa’, por obra de Guido Gentile, em 1962 (...). É bem verdade que o desenvolvimento das expressões ‘dano à pessoa’, ‘dano à saúde’ e ‘dano biológico’ deveu-se, na doutrina e na jurisprudência italianas, à necessidade de ultrapassar a ‘norma de clausura’ do art. 2.059 do *Codice Civile* segundo o qual a responsabilidade não-patrimonial é admitida ‘*solo nei casi determinati dalla legge*’, admitindo-se, assim, a indenizabilidade somente quando o dano seja consequência de um fato que tipifique um crime” (MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 19, p. 181-207, mar., 2001, p. 188).

¹⁸⁰ O autor, entretanto, não vislumbra qualquer diferenciação entre as expressões dano moral e dano extrapatrimonial (SILVA, Clóvis V. do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 2, p. 333-348, jan./mar. 2015, p 337). Bodin de Moraes, por seu turno, embora tenha se utilizado do termo danos à pessoa humana no título que dá origem a sua tese de titularidade, defendida junto à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, emprega também com frequência a expressão danos morais durante todo o curso da obra, justificando a escolha daquele na necessidade de se realçar a importância da tutela da dignidade humana (MORAES, Maria Celina B. de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed., rev. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. XXXIV).

¹⁸¹ “*En consecuencia, el daño moral - denominación poco feliz, pues se trata de un ‘daño jurídico’ y no moral, tan restringido en la redacción originaria del Código - del texto comentado- y tan criticado por un sector de la doctrina -que lo asimiló al ‘daño-dolor’, tristeza, melancolía-, es ‘una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés espiritual’ (Pizarro); una ‘alteración disvaliosa del espíritu’ (Zavala de González)* (ITURRASPE; Jorge Mosset; PIEDECASAS, Miguel A. *Código civil comentado: Doctrina. Jurisprudencia. Bibliografía. Responsabilidad civil: artículos 1066 a 1136*. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 110). No âmbito da doutrina nacional, sustenta esta posição, dentre outros, Sérgio Severo (SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 35-37), Judith Martins-Costa (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações*, v. V, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 468-469) e Fernando Noronha (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*, v. 1. São Paulo: Saraiva: 2003, p. 567).

¹⁸² Evidencia o insigne jurista que a expressão dano moral não tem contribuído para o esclarecimento da situação descrita, sendo utilizada tanto em seu sentido amplo, como sinônimo de dano não patrimonial, como também com conotações estritas (MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, t. XXVI. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p. 30-31).

vez, prefere valer-se da terminologia dano não patrimonial, aludindo que, em seu sentido estrito, o dano moral corresponde ao atentado à reputação.

Também no direito alienígena não se constata uniformidade na terminologia utilizada. Se no direito anglo-americano, por um lado, emprega-se a expressão “*non pecuniary losses*”, o direito francês consagrou o chamado “*préjudice moral*”, bem como a expressão “*dommage moral*”, esta última abraçada pela codificação. Na Itália, em que pese o legislador, no já mencionado art. 2.059, tenha feito uso da expressão “*danno non patrimoniale*”, o dano extrapatrimonial é mais comumente denominado “*morali*”¹⁸³, tradução realizada pela doutrina italiana a partir da expressão francesa. No direito alemão, por seu turno, faz-se menção à locução “*der nicht Vermögensschaden*”¹⁸⁴, não sendo incomum encontrar-se ainda o uso do termo “*Schmerzensgeld*”.

A dificuldade conceitual que atinge, de modo frontal, a figura jurídica sob análise, circunstância esta facilmente constatável pela existência de uma miríade de teorias explicativas, tem se refletido, não de hoje, no tratamento disforme e atécnico, por parte da jurisprudência nacional, da matéria. A análise, ainda que superficial, dos julgados proferidos em solo pátrio, revela uma acriteriosa utilização das numerosas teses que borbulham no seio doutrinário, aplicadas ao bel-prazer do julgador, ante a infinidade de soluções que se descortinam possíveis. A depender do resultado perseguido, muitas vezes no afã incontido, e nem sempre revelado, de proteção à vítima, e sob o pálio do postulado constitucional da solidariedade, selecionam os tribunais, quase de forma intuitiva¹⁸⁵, dentre o vasto mosaico de opções ofertadas, a tese que melhor justifica a escolha já predeterminada, mesclando, em não raros casos, teorias mesmo inconciliáveis¹⁸⁶.

¹⁸³ Bassi e Rubini sustentam a inutilidade da distinção erguida pela doutrina, uma vez que a diferenciação não encontraria fundamento no direito positivo (BASSI, Augusta Lagostena; RUBINI, Lucio. *La liquidazione del danno. Tomo primo: Il danno in generale e il danno non patrimoniale*. Milano: Giuffrè Editore, 1974, p. 340-341).

¹⁸⁴ DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1946, p. 32.

¹⁸⁵ A problemática, entretanto, não encontra raízes apenas em terras brasileiras, constituindo fenômeno espreado nos demais países de tradição romano-germânica: “¿Cuáles son las conclusiones que se pueden extraer de esta larga excursión a través de una serie de sentencias recientes de nuestro Tribunal Supremo? Creo que se puede ratificar la inicial afirmación de que existe una buena dosis de indefinición en la jurisprudencia. A través de ella, resulta imposible el hallazgo de criterios que permitan determinar que suerte correrán, en el futuro, los casos que ante el Tribunal lleguen. Algo hace pensar que el Tribunal sigue criterios de justicia intuitiva, que resultan difícilmente formalizables en argumentos de técnica jurídica” (DÍEZ-PICAZO, Luís. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999, p. 51).

¹⁸⁶ “O diálogo entre doutrina e jurisprudência lembra, nesta matéria, uma babel de idiomas desconexos, em que não se chega a qualquer resposta por total desacordo sobre as perguntas” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 3).

Ora associado a critérios eminentemente subjetivos, outras vezes, atrelado a parâmetros objetivos de incidência, o certo é que o dano extrapatrimonial abarca um vasto e heterogêneo grupo de situações¹⁸⁷, carecendo, entretanto, de aplicação harmônica. Ainda que se tenha quase por inquestionável, presentemente, a existência do direito à reparação do dano moral, não se pode concluir restar pacificado, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, a delimitação de seu conceito, bem como a amplitude e extensão de sua aplicação. A caracterização do dano não patrimonial não encontra ainda assento em bases sólidas, mostrando-se vacilante a jurisprudência no que toca mais de perto ao reconhecimento das situações em que se configura esta espécie de lesão¹⁸⁸.

Ante a inaplicabilidade da teoria da diferença (*Differenztheorie*), no campo da reparação das lesões imateriais, eis que calcada numa concepção puramente econômica dos bens¹⁸⁹, consistente o dano na disparidade entre o valor atual do patrimônio do credor e aquele que teria se a obrigação não tivesse sido descumprida¹⁹⁰, avulta de importância a análise das teorias que buscam traçar critérios diferenciados de apuração da ocorrência do dano extrapatrimonial, atento ao fato de que a fixação de balizas, ao menos relativamente precisas, e o estabelecimento de contornos jurídicos, têm impacto direto nas formas e modalidades de reparação.

2.2.1 Concepções negativas

Cônsua da complexidade da empreitada de conceituar o dano extrapatrimonial, adotou a doutrina, em sua ampla maioria, uma concepção meramente negativa da lesão imaterial, definindo, por critério de simples exclusão, a figura jurídica ora em comento¹⁹¹. Parte-se, nesta toada, de uma delimitação prévia do dano patrimonial, cujo conceito se apresenta mais tangível, para, só então, sob uma perspectiva negativa, proceder a identificação do dano moral¹⁹².

¹⁸⁷ BRIZ, Jaime Santos. *Derecho de daños*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1963, p. 121.

¹⁸⁸ ANDRADE, André Gustavo Côrrea de. A evolução do conceito de dano moral. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 24, p. 143-175, 2003, p. 143.

¹⁸⁹ FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Tradução de Antônio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938, p. 25.

¹⁹⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 140.

¹⁹¹ “Non-pecuniary damage is damage which does not involve a diminution of the victim’s patrimony (see Art. 10:201). All European tort systems make provision for compensation of this type of loss, though the scope and details of the regimes vary considerably” (EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*. Wien/Austria: Springer, 2005. Disponível em: <<https://link.springer.com/book/10.1007/3-211-27751-X>>. Acesso em: 08 out. 2018).

¹⁹² ANDRÉS, Blanca Casado. El concepto del daño moral. *Revista de Derecho UNED*, n. 18, p. 399-424, 2016, p. 405-406.

Fiel expoente desta teoria, Adriano De Cupis¹⁹³ advoga a tese de que o conceito de não patrimonialidade não pode ser definido senão em contraposição à noção de patrimonialidade¹⁹⁴, aludindo à circunstância, entretanto, de que nem sempre este postulado foi levado em consideração, em virtude da vinculação do *danni morali* ao sofrimento físico e psíquico suportado pela pessoa, tendo, para este fato, contribuído, indubitavelmente, a denominação do antigo remédio do direito comum germânico contra o dano não patrimonial (*pecunia doloris* ou *Schmerzensgeld*). A distinção do dano em patrimonial e não patrimonial, por sua vez, mediante a divisão de seu campo em duas zonas, resulta, pela caracterização formulada, no abarcamento, por inteiro, de todo o âmbito do dano privado, uma vez que os sofrimentos morais e as sensações dolorosas não contemplam todos os prejuízos que não se caracterizam como danos patrimoniais.

Em sentido análogo, Eduardo Zannoni¹⁹⁵ defende que o dano não patrimonial, em consonância com o valor negativo de sua própria expressão literal, é todo dano privado que não pode compreender-se no dano patrimonial, por ter por objeto um interesse não patrimonial, ou seja, que guarda relação a um bem não patrimonial. Distancia-se a presente proposição da concepção formulada pelo autor italiano, no instante em que situa o critério de diferenciação não no distinto caráter do direito lesionado, senão no diverso interesse que é pressuposto deste direito.

Merece destaque ainda a posição de parcela doutrinária que antevê nas consequências do ato ilícito o critério distintivo do denominado dano moral. Neste sentido, sem abandonar o parâmetro negativo aludido, acolhem os irmãos Mazeaud e Léon¹⁹⁶ a tese de que o dano

¹⁹³ “*Il concetto della non patrimonialità non può essere definito che in via di contrapposizione a quello della patrimonialità*” (DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1946, p. 31-32).

¹⁹⁴ Critério semelhante é utilizado por Fischer: “As coisas passam-se de modo muito diferente com os danos não patrimoniais, entre os quais se contam os mais heterogêneos prejuízos que possam causar-se a uma pessoa, prejuízos que apresentam unicamente de comum a característica negativa que a sua qualificação indica: a de não serem patrimoniais” (FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Tradução de Antônio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938, p. 230).

¹⁹⁵ Conclui, neste sentido, o jurista argentino: “*Sólo así es posible hablar del daño patrimonial indirecto, que es perjuicio patrimonial o material que ha provocado un ataque a un derecho extrapatrimonial. Coexisten, o pueden coexistir en ese caso, ambos intereses como presupuestos de un mismo derecho*” (ZANONNI, Eduardo Atonio. *El daño en la responsabilidad civil*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2005, p. 149-150). A doutrina, contudo, tem assinalado importantes discrepâncias em torno da extensão do conceito de interesses extrapatrimoniais, uma vez que, enquanto alguns lhes outorgam uma significação bastante ampla, para compreender, também, aqueles de que podem ser titulares as pessoas jurídicas, outros, em uma visão mais estreita, apenas consideram extrapatrimoniais os interesses do espírito, descartando a possibilidade do ente ideal ser vítima de dano moral (PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*. Reimp. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 33).

¹⁹⁶ “*Si em algunos casos se duda em permitir la reparación de un perjuicio, es porque ese perjuicio no lleva consigo, para la víctima, ninguna disminución de su patrimonio. Ahí se encuentra el criterio de la distinción. Por*

extrapatrimonial é aquele prejuízo que não implica, para a vítima, nenhuma consequência pecuniária ou mesmo importa diminuição em seu patrimônio. Exemplificando com o caso da lesão que diminui a capacidade da vítima e, ao mesmo tempo, a faz padecer de alguns sofrimentos, admitem os autores indicados que a violação de um mesmo direito possa ocasionar, a um só tempo, uma perda pecuniária e um dano moral.

Posição similar é abraçada por Minozzi¹⁹⁷, para quem a discriminação do dano patrimonial e do dano moral reside não na sua origem, mas nos efeitos que dele irradiam¹⁹⁸. Assim é que, estimável a consequência da lesão, estar-se-ia diante de um dano necessariamente material. Mesmo em se tratando de seqüela futura, mas passível de avaliação, não há se falar mais em puro dano moral, mas em dano indireto patrimonial.

No direito nacional, não é infrequente o emprego da conceituação excludente¹⁹⁹. Wilson Melo da Silva²⁰⁰, embora indique a dor como elemento característico do dano moral, parece alinhar-se à concepção negativa²⁰¹, ao salientar que os danos extrapatrimoniais são lesões suportadas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-

lo tanto, es preciso decir: el perjuicio material es el perjuicio patrimonial; el perjuicio moral es el perjuicio extrapatrimonial, el 'no económico' (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, t. I, v. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1961, p. 424-425).

¹⁹⁷ “*Teniamo intanto a far osservare che la distinzione del danno in patrimoniale ed in non patrimoniale non si riferisce al danno nella sua origine, ma al danno nei suoi effetti*” (MINOZZI, Alfredo. *Studio sul danno non patrimoniale*. 3. ed. rimaneggiata. Milano: Società Editrice Libreria, 1917, p. 40-41).

¹⁹⁸ No mesmo sentido se posiciona Orgaz: “*Realmente, si lo que se quiere clasificar es el daño resarcible, no hay por qué atender a la naturaleza de los derechos lesionados, sino al daño en sí mismo, esto es, a los efectos o consecuencias de la lesión*” (ORGAZ, Alfredo. *El daño resarcible*. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1952, p. 223).

¹⁹⁹ Esta é a posição, por exemplo, de Aguiar Dias: “Quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral” (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 7. ed., v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 812). No mesmo sentido é o escólio de Agostinho Alvim (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 219), Alcino de Paula Salazar (SALAZAR, Alcino de Paula. *Reparação do dano moral*. Rio de Janeiro: Alba, 1943, p. 125-126), Sérgio Severo (SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996), Caio Mário da Silva Pereira (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 63), Silvio Rodrigues (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 7. ed., v. 4, São Paulo: Saraiva, 1983, p. 206), Carlos Alberto Bittar (BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 34) e Antônio Chaves (CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil*, v. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 607).

²⁰⁰ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 11.

²⁰¹ Assim também entende André Gustavo Côrrea de Andrade (A evolução do conceito de dano moral. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 24, p. 143-175, 2003, p. 144). Em sentido contrário, Monteiro Filho, entendendo que o referido autor adota posição objetiva, por identificar o dano moral à lesão ao patrimônio ideal (MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. O conceito de dano moral nas relações de trabalho. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-conceito-de-dano-moral-nas-relacoes-de-trabalho/>>. Acesso em: 10 ago. 2018).

se este, em contraposição a patrimônio material, como o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.

A repercussão no patrimônio também constitui o critério acolhido por Pontes de Miranda²⁰² e Antunes Varela²⁰³ para apartar as duas espécies de dano. Orlando Gomes²⁰⁴, por sua vez, ainda que conceitue o dano moral como sendo o constrangimento experimentado por alguém em consequência de lesão em direito personalíssimo, ilicitamente produzido por outrem, exige, para a sua definição precisa, a análise dos efeitos ocasionados pela conduta perpetrada. Assim, havendo consequências de ordem patrimonial, não pode o dano ser conceituado como extrapatrimonial.

Raras não são as críticas engendradas em desfavor do critério negativo tão comumente utilizado pela doutrina. Partindo da ideia de que o procedimento de definir as coisas dizendo o que elas não são pode mesmo ter certa utilidade pública, mas escassas vezes interesse científico²⁰⁵, Brebbia²⁰⁶ registra que, para que a conceituação negativa possua valor pleno, deve demonstrar-se, de forma prévia, que os entes ou coisas cujas características se pretende determinar só admitem duas classes de diversidade, premissa esta não caracterizada no caso dos danos ora em análise, uma vez que nenhum obstáculo se ergueria, *prima facie*, à existência de outra espécie de direitos que, não sendo patrimoniais, tampouco poderiam ser incluídos no rol dos denominados direitos inerentes à personalidade.

²⁰² “Dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio” (MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXVI. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p. 30). Em outra passagem, entretanto, Pontes de Miranda registra que “sempre que há dano, isto é, desvantagem no corpo, na psique, na vida, na saúde, na honra, ao nome, no crédito, no bem estar, ou no patrimônio, nasce o direito à indenização” (Id. *Tratado de Direito Privado*, t. XXII. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 181), parecendo alinhar-se, neste ponto, à concepção do dano extrapatrimonial como violação a direito da personalidade.

²⁰³ “E designa-se por dano moral todo o prejuízo que, recaindo sobre valores não patrimoniais e não se repercutindo no patrimônio do lesado, é insuscetível de avaliação pecuniária, e não pode conseqüentemente ser reparado ou indenizado, mas apenas compensado” (VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações: conceito, estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, modalidades das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 243).

²⁰⁴ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 332.

²⁰⁵ “*Questa proposta ha il difetto di non essere utile per individuare con precisione i casi in cui si possa parlare di danno non patrimoniale, in quanto diffeta di un criterio positivo per la loro individuazione (critica già rivolta da Scognamiglio 1957, 280; Paradiso 1981, 48). Ma soprattutto, inteso come categoria residuale, il danno non patrimoniale non avrebbe alcuna dignità scientifica, in quanto la necessità di un criterio positivo per identificare il danno non patrimoniale é dovuta al fatto che, diversamente, non si potrebbe distinguere tra le conseguenze dannose conseguenti ad un atto umano quelle che, pur non essendo patrimoniali, hanno comunque rilevanze giuridica*” (CRICENTI, Giuseppe. *Il danno non patrimoniale*. Padova: CEDAM, 1999, p. 17-18).

²⁰⁶ BREBBIA, Roberto H. *El daño moral: doctrina, legislación y jurisprudencia*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1950, p. 73.

Em realidade, a caracterização negativa pouco diz a respeito da essência do instituto, realçando apenas, de forma limitada, o atributo de não patrimonialidade do dano moral²⁰⁷, sendo certo que afirmar que este constitui lesão imaterial equivale a nada definir²⁰⁸. A demarcação excludente da polêmica figura jurídica escassamente contribui para a compreensão do fenômeno, consistindo em nada mais que mero exercício tautológico de repetição de ideias, vinculando o dano extrapatrimonial, de forma redundante, a variantes não econômicas da pessoa²⁰⁹.

2.2.2 Concepções positivas

Visando superar as incongruências e inconsistências da construção negativa do conceito de dano moral, e, sobretudo, com a finalidade de ofertar uma definição mais precisa e técnica, brotaram no seio da doutrina, encontrando amplo agasalho também nos tribunais, acepções substantivas do dano extrapatrimonial, teses estas que, desvinculadas, pelo menos de forma absoluta, do conceito de dano patrimonial, empreenderam sequiosa busca por elementos positivos de caracterização, afastando-se, assim, da concepção vaga e generalista sedimentada nas teorias negativistas.

Os percalços encontrados pelos defensores das concepções meramente excludentes também se fizeram presentes nas diversas tentativas de lograr alcançar um conceito substancial, e universalmente válido, do dano não patrimonial²¹⁰. Não por outro motivo pululam, na seara jurídica, uma plêiade de teorias que possuem por intento distanciar o dano moral da lesão patrimonial, não mais se utilizando dos vergastados parâmetros negativos, mas, ao revés, propugnando pela adoção de critérios próprios de definição. Nem todas, registre-se, merecem detalhamento acurado, seja em razão da ausência de reverberação de algumas teses no meio jurídico, quer em função dos lindes deste trabalho, voltado não à uma pretensiosa

²⁰⁷ Sanseverino adverte que nas hipóteses de danos pessoais ou corporais graves, tais como os provocados por homicídio ou incapacidade permanente decorrente de lesão corporal, apresenta-se manifesta a distinção entre prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais oriundos do mesmo fato, o que não ocorre, por outro lado, nas situações de menor gravidade, indicando o autor, como exemplo, os danos decorrentes pelos atrasos de voos. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 261).

²⁰⁸ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 5. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 61.

²⁰⁹ ANDRADE, André Gustavo Côrrea de. A evolução do conceito de dano moral. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 24, p. 143-175, 2003, p. 144.

²¹⁰ “Y, efectivamente, es bastante más fácil acudir al concepto claramente establecido de daño patrimonial que no enfrentarse con la naturaleza del daño moral e intentar la agrupación bajo un concepto de las diversas y variadas clases de daños que caen fuera del ámbito del daño patrimonial” (VIGARAY, Rafael Álvarez. La responsabilidad por daño moral. *Anuario de derecho civil*, v. 19, n. 1, p. 81-116, 1996, p. 81).

delimitação, de forma definitiva, do secular instituto, mas ao enriquecimento do debate acerca das modalidades de reparação do dano moral no direito pátrio.

2.2.2.1 *Dano moral como dor e sofrimento*

Muitos são os autores que se mostram tentados a atrelar a noção de dano moral a estados subjetivos do ser, tais como dor, sofrimento, angústia, amargura, vexame, tristeza e humilhação, dentre diversos outros sentimentos negativos, de modo que a configuração deste dependeria da efetiva modificação do *status* psicológico ou espiritual da pessoa²¹¹. Nesta linha de pensamento, ainda que violado determinado direito da personalidade, não haver-se-ia de falar na necessidade de reparação, uma vez não experimentada alteração no estado anímico da vítima, de modo que é sensato afirmar, ante o que propõe esta teoria, que um mesmo fato da vida cotidiana teria o condão de causar dano a uma dada pessoa, de sensibilidade aguçada, e mostrar-se indiferente a outra.

A associação do dano extrapatrimonial a fatores subjetivos, construída, como já mencionado, a partir da influência do direito comum germânico²¹², mediante a consagração das tradicionais expressões *pretium doloris* e *Schmerzensgeld*²¹³, esteve sempre relacionada a obstáculos e barreiras interpostas ao reconhecimento daquele como figura autônoma, sob o frágil argumento de existir certa imoralidade na sua reparação²¹⁴. Exsurge desta condicionante

²¹¹ ANDRADE, André Gustavo Côrrea de. A evolução do conceito de dano moral. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 24, p. 143-175, 2003, p. 145.

²¹² “Los términos ‘daño moral’, que designan este tipo de perjuicio extrapatrimonial en su acepción más extendida, tendrían su origen en una interpretación latina, y gracias a la influencia del Derecho canónico, de la institución del Derecho germánico antiguo ‘Wergeld’ o ‘rescate de la sangre’ o ‘dinero del dolor’. Esta acepción, desde la cual nació el concepto moderno del Derecho alemán ‘Schmerzensgeld’, también fue utilizada y aplicada en la península itálica, como asimismo en los antiguos territorios francos” (ZAMORANO, Marcelo Barrientos. Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*. *Revista Chilena de Derecho*, v. 35, n. 1, p. 85-106, 2008, p. 86).

²¹³ DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale dela responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1946, p. 31.

²¹⁴ “Essa minha percepção sempre me levou a não compreender o que seja a famosa reparação pela dor experimentada por alguém, associada ao ato do sujeito a quem se atribui tê-la provocado e que, não fora isso, jamais teria sido experimentada. Nada mais suscetível de subjetivizar-se que a dor. Nem nada mais fácil de ser objeto de mistificação. Assim como já existiram carpideiras que choravam a dor dos que eram incapazes de chorá-la, porque não a experimentavam, também nos tornamos extremamente hábeis em nos fazermos carpideiras de nós mesmos, chorando, para o espetáculo diante dos outros, a dor que em verdade não experimentamos. A possibilidade, inclusive, de retiramos proveitos financeiros dessa nossa dor oculta, fez-nos atores excepcionais e meliantes extremamente hábeis, quer como vítimas, quer como advogados ou magistrados. Para se ressarcir esses danos, deveríamos ter ao menos a decência ou a cautela de exigir a prova da efetiva dor do beneficiário, desocultando-a. Hipocritamente descartamos essa exigência, precisamente porque, quando real a dor, repugna ao que sofre pelo que é insubstituível substituí-lo pelo encorpamento de sua conta bancária” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *O imoral nas indenizações por dano moral*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-imoral-nas-indeniza%C3%A7%C3%B5es-por-dano-moral>>. Acesso em: 02 abr. 2018).

a muitas vezes desesperada preocupação em explicar a indenização do dano extrapatrimonial não como reparação pelo prejuízo irreparável, mas como mera compensação apta a proporcionar ao lesado certo conforto material²¹⁵, verdadeiro *compensatio doloris*²¹⁶.

Consistindo o dano extrapatrimonial, segundo esta corrente doutrinária, em sofrimento infligido à vítima, não é de se estranhar que a sua reparação se encontre, em grande parte dos casos, amalgamada à ideia de compensação meramente pecuniária, uma vez que, mostrando-se o dano não passível de reparação integral, ante a impossibilidade de retorno ao *status quo ante*, admite-se, ao menos, a atribuição de certa quantia monetária²¹⁷ ao lesado, a fim de aplacar os sentimentos negativos que carrega n' alma. Assim, não sendo o dano moral indenizável²¹⁸, nos estritos termos da expressão, concede-se àquele que sofreu uma lesão não patrimonial o direito a uma satisfação de cunho compensatório.

Não poucos nomes de relevância no cenário jurídico encampam a concepção subjetiva do dano extrapatrimonial. Alsina²¹⁹, ao diferenciar os dois espécimes de agravos tradicionalmente aludidos pela doutrina, define o dano moral como a lesão nos sentimentos que determina dor ou sofrimentos físicos, inquietude espiritual, bem como a violação a afeições legítimas²²⁰. Ressaltando que nem todas as dores e padecimentos do ânimo constituem danos

²¹⁵ O tema também restou debatido no direito alemão: “*Finally, the idea of enabling the victim to buy compensatory pleasures arguably fails where the injured victim is immensaely wealthy*” (JANSEN, Nils; RADEMACHER, Lukas. Punitive damages in Germany. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa. (Ed.). *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009, p. 79).

²¹⁶ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 131-132.

²¹⁷ Já em 1913, em histórico voto, Pedro Lessa atentava para este aspecto, devendo reconhecer-se que a reparação por meios exclusivamente pecuniários é da tradição do direito nacional, em virtude, dentre outros aspectos, da concepção subjetiva do dano extrapatrimonial: “Se o dano moral não se pode compensar completamente, por não haver preço suficiente que o pague, indenizem-no ao menos nos limites do possível, dando-se numa soma que, se não é um perfeito ressarcimento, representa, todavia, aquela compensação que comportam as forças humanas. Esta compensação só pode consistir em uma quantia fixada pelo arbítrio do juiz (*arbitratu judicis*): este tendo em atenção aproximadamente as utilidades perdidas pelo ofendido, procurará adjudicar-lhe uma soma que lhe faculte o gozo de outros confortos, próprios para compensar a perda sofrida ou torná-la menos sensível e dolorosa” (SALAZAR, Alcino de Paula. *Reparação do dano moral*. Rio de Janeiro: Alba, 1943, p. 76, nota 2).

²¹⁸ “Indenizar é palavra que provém do latim, ‘*in dene*’, que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas consequências” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed., rev. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 145). Este é também o entendimento de Guido Alpa (ALPA, Guido. *Obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali*. Torino: G. Giappichelli, 2001, p. 1023) e Judith Martins-Costa (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações*, v. V, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 459).

²¹⁹ ALSINA, Jorge Bustamente. *Teoria general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 237.

²²⁰ No mesmo sentido: “*Por todo ello, nosotros nos inclinamos por entender que el denominado daño moral debe reducirse al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona, sin proceder al respecto a concepciones extensivas, en las que la indemnización carece de justificación*” (DÍEZ-PICAZO, Luís. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999, p. 328).

morais, Renato Scognamiglio acolhe caracterização similar²²¹.

O critério aludido, embora tenha jungido a violação dos danos ditos morais a consequências meramente patrimoniais, com a constante fixação de certo montante em pecúnia, a título compensatório, bem como tenha ainda, em razão de sua insuficiência técnica e generalidade, distorcido o conceito da acenada figura jurídica, cujos marcos restam dilargados ou restringidos, a depender do caso concreto, a fim de atender as conveniências do julgador, encontrou na jurisprudência nacional²²² inflamados defensores, predominando, nas cortes brasileiras, a concepção subjetiva do dano moral²²³.

Em verdade, a análise das primeiras manifestações judiciais em favor da reparação do dano não patrimonial já permite que se divise a dor como elemento ontológico daquele, constituindo o fator subjetivo parâmetro há muito utilizado pelos tribunais pátrios, podendo-se concluir, sem qualquer dose de exagero, que a inserção do requisito anímico se encontra profundamente enraizada na cultura jurídica civilista, mormente no campo da responsabilidade civil, não se tendo logrado, ainda hoje, estremar-se os estados subjetivos do ser da configuração e caracterização do dano moral²²⁴.

Com efeito, incontáveis são as decisões, inclusive oriundas de tribunais superiores, que remetem a caracterização do dano extrapatrimonial a estados psicológicos negativos. Tem-se afastado a reparação, de forma reiterada, quando a conduta, por si só, não é capaz de ensejar dor, sofrimento ou humilhação, como recentemente decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em

²²¹ ANDRÉS, Blanca Casado. El concepto del daño moral. *Revista de Derecho UNED*, n. 18, p. 399-424, 2016, p. 410.

²²² O fenômeno apresenta-se semelhante também em outros países, tal como no Chile: “*En nuestra jurisprudencia se tiende, las más de las veces, a confundirle con el dolor, la aflicción, el pesar experimentado por la víctima, concepción reductora que atiende más bien al efecto que a la causa y que determina la imposibilidad de entenderlo en personas privadas de sensibilidad o conciencia y que ha conducido, además, a la relajación de exigencias probatorias para su comprobación*” (ÁGUILA, Ramón Domínguez. Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral. *Revista Chilena de Derecho*, v. 31, n. 3, p. 493-514, 2004, p. 503).

²²³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed., rev. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. XII.

²²⁴ Neste sentido, o voto de Pedra Lessa, no já mencionado Agravo de Instrumento n. 1.723, em acórdão de 13 de dezembro de 1913, ressalta o caráter subjetivo do dano moral suportado pelo lesado: “Na verdade, depois de avaliado o dano econômico, sofrido pela agravante, ainda cumpria arbitrar a quantia necessária para a indenização do dano moral no sentido próprio da expressão, isto é, na acepção de sofrimentos físicos e morais, que não extinguem, nem sequer diminuem o patrimônio” (SALAZAR, Alcino de Paula. *Reparação do dano moral*. Rio de Janeiro: Alba, 1943, p. 7, nota 2). Em sentido análogo manifestou-se o Ministro Aliomar Baleeiro, ao dar provimento ao RE 59940/SP, em 26 de abril de 1966: “E se o direito positivo não veda, parece-me, a reparação do dano moral, mas antes o permite e insinua nas disposições citadas, não oferece relevância a objeção costumeira, de aparente caráter ético, ou apenas prático, de que seria difícil a avaliação da *pretium doloris*, do desgosto, do abatimento moral, aliás, com inevitáveis reflexos físicos, profissionais e econômicos, dos que têm direito a alegá-lo” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 59940/SP. Relator: Ministro Aliomar Baleeiro. Brasília, 26 de abril de 1966. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=157636>>. Acesso em: 05 abr. 2018).

caso envolvendo demora no atendimento em fila em banco²²⁵. Em sentido similar, em famoso litígio envolvendo a atriz Maitê Proença, entendeu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de forma no mínimo surpreendente, que “só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver o seu corpo desnudo estampado em jornais ou em revistas. As bonitas, não²²⁶”.

A dificuldade na realização da prova do sofrimento suportado pelo lesado, motivada pela definição consequencialista e subjetiva de dano²²⁷, tem levado as cortes nacionais a dispensar, em muitas situações, a demonstração do dano moral, permitindo-se inferir a ocorrência da lesão a partir da comprovação do direito violado, presunção esta aplicável ordinariamente na seara dos direitos da personalidade. Segundo este posicionamento, comumente aplicado no âmbito nacional²²⁸, o dano extrapatrimonial existe *in re ipsa*, derivando inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de sorte que, uma vez provada a ofensa, *ipso facto* resta demonstrada a lesão imaterial, à feição de uma presunção natural, *hominis* ou *facti*, oriunda das regras da experiência comum²²⁹.

No afã de escapar às dificuldades impostas pela identificação do dano extrapatrimonial com a dor e o sofrimento, tem a jurisprudência se inclinado em prol da adoção do critério da gravidade da ofensa como fator de delimitação daquele. Cada vez mais numerosas são as vozes a entoar a conclusão dos juristas ingleses segundo a qual “*trivial damage is to be disregarded*”, expressão que vem explicitamente adotada em esboços preliminares para o projeto de código

²²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no Aresp n. 931538/MS*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 19 de setembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601262244&dt_publicacao=28/09/2017>. Acesso em: 03 abr. 2018.

²²⁶ A conhecida atriz, após ter fotografias publicadas em conhecida revista brasileira, com o seu consentimento, viu as fotos serem novamente expostas ao público, desta feita sem a sua aquiescência, em jornal diário de circulação popular, tendo o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro indeferido o pleito indenizatório, decisão que restou reformada, por apertado placar, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Prosseguiu o acórdão de 2ª instância: “Fosse a autora uma mulher feia, gorda, cheia de estrias, de celulite, de culote e de pelancas, a publicação da sua fotografia desnuda - ou quase - em jornal de grande circulação, certamente lhe acarretaria um grande vexame, muita humilhação, constrangimento enorme, sofrimentos sem conta, a justificar - aí sim - o seu pedido de indenização de dano moral, a lhe servir de lenitivo para o mal sofrido. Tratando-se, porém, de uma das mulheres mais lindas do Brasil, nada justifica pedido dessa natureza, exatamente pela inexistência, aqui, de dano moral a ser indenizado” (SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 37-38).

²²⁷ Id. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 204.

²²⁸ “Como se trata de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Por outras palavras, o dano moral está ínsito na ilicitude do ato praticado, decorre da gravidade do ilícito em si, sendo desnecessária sua efetiva demonstração, ou seja, como já sublinhado: o dano moral existe *in re ipsa*” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 709877/RS*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 20 de setembro de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200401756670&dt_publicacao=10/10/2005>. Acesso em: 05 abr. 2018).

²²⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 101.

civil europeu²³⁰, não se desconhecendo que este critério é albergado textualmente por diversas codificações na Europa²³¹, e utilizado pela doutrina alienígena como solução para excluir pretensões indenizatórias de caráter bagatelar (*Bagattelschäden*)²³².

Tem-se por escopo evitar o acolhimento de pretensão indenizatória cujo objeto encerre fato que represente, na expressão recorrentemente utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça²³³, “mero aborrecimento”. Neste diapasão, não seriam reparáveis os meros dissabores experimentados no convívio social, eis que os pequenos desconfortos corriqueiros, inerentes à vida em comunidade, não ensejariam, como consequência necessária, o abalo moral característico do dano não patrimonial. Trata-se de edificação doutrinária e jurisprudencial umbilicalmente adunada à conotação subjetiva do dano moral, evoluindo apenas no sentido de exigir que o sofrimento experimentado seja de tal monta que suplante as privações ordinárias da vida moderna. Continua ainda a lesão imaterial atada, entretanto, a fatores eminentemente psicológicos.

A abordagem subjetivista, dentre outros motivos, deu margem à diferenciação, em terras italianas, entre os institutos do *danno evento* e *danno conseguenza*²³⁴, correspondendo aquele ao dano à pessoa²³⁵, cuja simples lesão se mostrava suficiente para sua caracterização, legando à segunda categoria as clássicas figuras em que se necessitava a comprovação de um efeito prejudicial ao autor²³⁶. O certo é que a distinção apontada tem sido escanteada, na medida em

²³⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 129.

²³¹ Adotam a gravidade da ofensa como requisito à configuração do dano extrapatrimonial, a título de exemplo, o art. 496 do Código Civil português e o art. 49 do Código Suíço das Obrigações, já transcritos neste trabalho, assim como foi agasalhado, na Espanha, pela *Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (Lei n. 1/1982, de 5 de maio), em seu art. 9º, 3.º, nos seguintes termos: “La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio através del que se haya producido”.

²³² PEREIRA, Rui Soares. *A responsabilidade por danos não patrimoniais: do incumprimento das obrigações no direito civil português*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 133.

²³³ Dentre os numerosos julgados que refletem o posicionamento indicado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, conferir: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1652567/PA*. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 22 de agosto de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201603140968&dt_publicacao=29/08/2017>. Acesso em: 05 abr. 2018.

²³⁴ Tem-se apontado a decisão n. 184, de 14 de julho de 1986, da lavra do Tribunal Constitucional italiano (*Corte Costituzionale*), como marco jurisprudencial na individualização das duas figuras jurídicas (FLUMIGAN, Silvano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*. 2009. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 43-44).

²³⁵ PETRELLI, Patrizia. *Il danno non patrimoniale*. Padova: Cedam, 1997, p. 13.

²³⁶ “A distinção entre dano-evento e dano-consequência tem a virtualidade de deslocar a discussão do dano corporal do mero âmbito das suas consequências para a decisiva esfera ontológica. Esta distinção, entre outras virtualidades, permite clarificar que o dano corporal (dano-evento) existe independentemente das consequências de ordem

que se tem reconhecido a necessária identificação do interesse lesionado para fins de configuração do dano, ainda que não se despreze a possibilidade de um mesmo evento fático violar interesses distintos da vítima, sejam eles patrimoniais ou inerentes à sua personalidade²³⁷.

No meio jurídico nacional, Antônio Junqueira de Azevedo²³⁸, ancorado na aparente imprecisão do emprego dos vocábulos "lesão", "dano" e "prejuízo", circunstância esta verificável também em outros países de língua latina, procura apartar os conceitos de dano-evento e dano-prejuízo, consistindo o primeiro na lesão a determinado bem juridicamente protegido, versando o segundo, de outro modo, sobre a consequência suportada pelo lesado. Logo, o dano-prejuízo, segundo ensinamento do autor, deverá estar sempre presente para a caracterização da responsabilidade civil, podendo, contudo, em se tratando de dano extrapatrimonial, ser dispensada a prova do "prejuízo moral", por óbvia a presunção de sua existência, em certas situações²³⁹. Semelhante raciocínio é externado por Silvano José Gomes Flumignan e Venceslau Tavares Costa Filho²⁴⁰. Sustentam os aludidos autores que o enunciado sumular n. 385 do Superior Tribunal de Justiça constitui exemplo de que a presunção de prejuízo não abandona a possibilidade de prova em contrário. Logo, defendem que, mesmo que configurado o dano extrapatrimonial, mediante a inscrição do nome do autor em cadastro de maus pagadores, apresenta-se possível que o demandado comprove que nenhum efeito deletério restou suportado, ante a existência de negativas anteriores.

O equivocado enfoque doutrinário e jurisprudencial levou ainda à consagração, no direito brasileiro, por obra de Miguel Reale²⁴¹, da separação entre as noções de dano moral objetivo e dano moral subjetivo, visando burlar a inópia conceitual sufragada. O primeiro conceito, assim,

patrimonial (dano-consequência)" (BRAGA, Armando. *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 44).

²³⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 134.

²³⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cadastros de restrição ao crédito: dano moral. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 36, p. 45-53 out./dez. 2000, p. 50.

²³⁹ "O ideal seria sempre se referir a dano-evento (1º momento) e a dano-prejuízo (2º momento); o dano-evento pode ser ou na pessoa ou no patrimônio ou na figura social da pessoa ou, até mesmo, em terceiro, enquanto o dano-prejuízo, como consequência daquele, somente pode ser patrimonial ou não patrimonial (dano moral)" (Id. O direito como sistema complexo e de segunda ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-como-sistema-complexo-e-de-segunda-ordem/>>. Acesso em: 10 de ago. 2018).

²⁴⁰ FLUMIGAN, Silvano José Gomes; COSTA FILHO, Venceslau Tavares. STJ exige comprovação do dano como pressuposto do dever de indenizar. *Revista Consultor Jurídico*, 26 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-26/direito-civil-atual-stj-exige-comprovacao-dano-indenizacao>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

²⁴¹ REALE, Miguel. O dano moral no direito brasileiro. In: *Temas de direito positivo*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1992, p. 23.

relaciona-se à dimensão moral da pessoa em seu meio social, envolvendo o prejuízo de sua imagem, enquanto que o segundo atine ao mal sofrido pelo ser em sua subjetividade, sujeita, portanto, a dor ou sofrimento intransferíveis. Somente por meio desta teorização seria possível aclarar a tortuosa redação do inciso V do art. 5º da Constituição brasileira, uma vez que sugere a existência, ao tratar da reparação das lesões imateriais, de danos patrimoniais, morais e à imagem²⁴². A tese encontrou rápida acolhida na jurisprudência pátria, tendo sido empregada, sem maiores digressões, nomeadamente nos casos envolvendo violações à honra²⁴³, revelando certa utilidade para açambarcar as hipóteses de danos suportados por pessoa jurídica²⁴⁴, imune aos padecimentos próprios do ser natural.

A alusão à ideia de dor e outros suplícios de cunho subjetivo, entretanto, não conduz a uma aplicação escorreita do instituto reparatório, eis que o pressuposto anímico não constitui, em realidade, elemento ontológico do dano dito moral, mas, ao revés, mero reflexo consequencialístico daquele, de modo que a sua manifestação não se apresenta imprescindível à caracterização da lesão imaterial. Toma-se, em verdadeira inversão epistemológica, a causa

²⁴² MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 19, p. 181-207, mar., 2001, p. 194.

²⁴³ Assim tem decidido o Superior Tribunal de Justiça: “A pessoa jurídica, por não ser uma pessoa natural, não possui honra subjetiva, estando, portanto, imune às violências a esse aspecto de sua personalidade, não podendo ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio e autoestima. Existe uma relação unívoca entre a honra vulnerada e a modalidade de ofensa: enquanto a honra subjetiva é atingida pela atribuição de qualificações, atributos, que ofendam a dignidade e o decoro, a honra objetiva é vulnerada pela atribuição da autoria de fatos certos que sejam ofensivos ao bom nome do ofendido, sua fama e sua reputação no meio social em que atua” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1650725/MG*. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 18 de maio de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700189009&dt_publicacao=26/05/2017>. Acesso em: 11 abr. 2018).

²⁴⁴ Parte da doutrina defende não serem as pessoas jurídicas titulares de direitos da personalidade, nos mesmos moldes preconizados relativamente à pessoa natural, visto que as lesões atinentes aos entes ideais, de algum modo, geram, como consequência inafastável, certa repercussão em sua capacidade de produzir riqueza. Assim, em verdade, a cláusula geral estampada no art. 52 do Código Civil de 2002 teria apenas por pretensão permitir a aplicação das técnicas da tutela da personalidade também à proteção da pessoa jurídica, ante a dificuldade de se aferir, em alguns casos, o montante preciso do prejuízo, razão pela qual o método de arbitramento se mostraria mais adequado (TEPEDINO, Gustavo. A tutela da Personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 55-56). No mesmo sentido, tratando de caso em que se pretendia a responsabilização de rede de rádio e televisão local por informações veiculadas em sua programação, as quais teriam atingido a honra e a imagem de determinado Município, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “A Súmula n. 227/STJ constitui solução pragmática à recomposição de danos de ordem material de difícil liquidação – em regra, microdanos – potencialmente resultantes do abalo à honra objetiva da pessoa jurídica. Cuida-se, com efeito, de resguardar a credibilidade mercadológica ou a reputação negocial da empresa, que poderiam ser paulatinamente fragmentadas por violações a sua imagem, o que, ao fim e ao cabo, conduziria a uma perda pecuniária na atividade empresarial. Porém, esse cenário não se verifica no caso de suposta violação à imagem ou à honra – se existente – de pessoa jurídica de direito público” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.258.389/PB*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 17 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101335799&dt_publicacao=15/04/2014>. Acesso em: 16 abr. 2018).

pelo efeito. De fato, não se duvida que o masoquista, o insensível e o que sofre de hipoalgesia possam também fazer jus à reparação do dano extrapatrimonial suportado²⁴⁵, bem assim que o paciente em estado comatoso acabe por ver lesionado direito ínsito à sua personalidade, ainda que impassível aos acontecimentos externos. Do mesmo modo, o nascituro, as crianças de tenra idade e as pessoas portadoras de alguma enfermidade mental ou psicológica podem ocupar a posição de vítimas de atos ilícitos perpetrados em detrimento de seus direitos personalíssimos²⁴⁶.

A existência de sentimentos ou sensações desagradáveis, ainda que frequentes em tais casos, não deve servir de fundamento à caracterização do dano extrapatrimonial²⁴⁷, mesmo porque insuscetíveis de verificação por meio de parâmetros objetivos²⁴⁸, desbordando da área de abrangência da norma, uma vez que consistentes em fatores metajurídicos. Ainda que muitas vezes se apresentem imbricados, não se podem baralhar os conceitos de dano e dor²⁴⁹, este consistindo em nada mais que mera manifestação daquele.

Incorrem em igual equívoco as teses que anseiam, partindo da ideia de atrelamento do dano extrapatrimonial à noção de sofrimento, burlar as numerosas incongruências encontradas na concepção subjetivista. Seja por meio da alusão à gravidade da ofensa perpetrada, seja mediante a dispensa da prova do suposto dano suportado, ou ainda por intermédio da bipartição das espécies de lesão, tomando-se em consideração seus aspectos subjetivo e objetivo, intentam as teorias indicadas, sufragadas por parte considerável do meio doutrinário e jurisprudencial, evadir-se da necessidade da comprovação, em alguns casos, dos elementos anímicos, ante a patente dificuldade enfrentada, revelando a exposta fratura na unidade conceitual pretendida.

²⁴⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 133.

²⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; RONSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*, v. 3. 2. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 262.

²⁴⁷ Enunciado nº 444 do Conselho de Justiça Federal, emitido na V Jornada de Direito Civil: “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”.

²⁴⁸ Tratando acerca do direito alemão, e, especificamente, das lesões incapacitantes, nas quais as pessoas se tornam insuscetíveis de qualquer percepção ou sensação, assim discorrem Nils Jansen e Lukas Rademacher: “*Yet, despite the prima facie plausibility of this compensatory explication of damages for pain and suffering, it faced severe problems during the 20th century. First, it is difficult to assess such compensation adequately because there is no objective measure of pain and no one can feel someone else’s pain (...). In fact, in a decision of 1975, the BGH held that a ‘genuine’ Schmerzensgeld was impossible in such cases: instead the victim was awarded a comparatively little ‘symbolic’ payment. Yet this was generally regarded as outrageous and since the 1990s therefore, the courts have assessed the victim’s damage from an objective point of view. Accordingly, the loss of personality is regarded as an immaterial damage in itself, requiring compensation regardless of whether or not the victim is aware of the impairment*” (JANSEN, Nils; RADEMACHER, Lukas. Punitive damages in Germany. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa. (Ed.). *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009, p. 78-79)

²⁴⁹ ZANNONI, Eduardo Antonio. *El daño en la responsabilidad civil*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2005, p. 153.

Certo é que qualquer construção alicerçada na frágil exigência de constatação de sentimentos individuais peca por princípio, eis que o estado subjetivo da pessoa, cambiante no caso concreto, não se presta a juridicamente reunir situações díspares e complexas sob um mesmo denominador, circunstância esta que propicia ao julgador adotar, de maneira discricionária, e segundo critérios meramente intuitivos, a noção de dano que, escolhida de antemão, melhor atenda à sua percepção pessoal.

Não se há falar em mera dispensa da prova do prejuízo, em razão da presunção de sua ocorrência, mas de verdadeira desnecessidade de sua efetivação para fins de caracterização do dano não patrimonial. Caso realmente se tratasse de presunção, franquear-se-ia à parte contrária a possibilidade de demonstração da inexistência de efeitos negativos sobre a sua personalidade, o que, como sabido, não se afigura concebível²⁵⁰. A mera agressão ao bem jurídico tutelado pelo ordenamento é suficiente, *per se*, para caracterizar o dano extrapatrimonial.

Um dos efeitos mais deletérios da utilização desenfreada e acrítica do critério subjetivista pode ser sentido, como já mencionado alhures, no modo de reparação do dano extrapatrimonial comumente empregado pela jurisprudência nacional. De fato, à vista da impossibilidade de se recompor naturalmente o bem da personalidade atingido, não havendo meios de se proceder a reintegração completa a estado anterior à lesão, visto que, uma vez experimentado, carrega o sofrimento nefasta e perene consequência no estado anímico do indivíduo, acode o remédio pecuniário como forma única de consolação²⁵¹ à vítima, servindo a soma monetária como lenitivo aos males causados²⁵². Por meio do dinheiro, portanto, capaz de proporcionar aos

²⁵⁰ Não se deve apelar ao conteúdo da súmula 385 do STJ na tentativa de se demonstrar a possibilidade de comprovação da ausência de prejuízo moral no caso concreto. A análise da ressarcibilidade da negativação ulterior, em face de inscrição legítima prévia, não deve centrar-se nas supostas consequências do ato praticado, mas na ocorrência de transgressão objetiva a direito da personalidade, bem assim na verificação do nexo de causalidade, eis que o suposto dano à honra pode ter resultado de ato praticado pelo próprio devedor, dando azo à negativação anterior, de forma que a inscrição subsequente pode não resultar em dano a direito personalíssimo, ou mesmo apenas agravar a lesão já perpetrada.

²⁵¹ VINEY, Geneviève; MARKESINIS, Basil. *La réparation du dommage corporel: essai de comparaison des droits anglais et français*. Paris: Economica, 1985, p. 139.

²⁵² “*L’equivalenza fra dolore e danaro, a prima vista tanto impossibile e scandalosa, diventa possibile e giusta se alla parola dolore si sostituiscono le sensazioni piacevoli bastanti ad estinguere quel dolore ed alla parola danaro si sostituiscono le sensazioni piacevoli che una data quantità di danaro è capace di produrre. Il paragone, in tal modo, si fa tra due quantità omogenee; così l’argomento del tutto sentimentale della non possibile equivalenza tra danaro e dolore resta completamente sfatato*” (MINOZZI, Alfredo. *Studio sul danno non patrimoniale*. 3. ed. rimaneggiata. Milano: Società Editrice Libreria, 1917, p. 65).

lesados meios de obtenção de parcelas outras de sensações interiores de alegria e contentamento²⁵³, se visaria a minoração da dor experimentada²⁵⁴.

Assim, de maneira deveras curiosa, em verdadeira lógica do tudo ou nada, ao partir da premissa de que o dano moral em raros casos pode ser integralmente reparado, acolhe a jurisprudência nacional²⁵⁵ a falsa conclusão de que mais benéfico se mostra atribuir ao lesado, ao menos, certa quantia em pecúnia, sob pena de deixá-lo ao desamparo²⁵⁶, ao invés de se buscar a reparação, ainda que parcial, através da recomposição do direito personalíssimo violado, solução esta que, em muitos casos, como adiante será tratado, se mostra muito mais adequada às peculiaridades do bem vitimado. Instala-se, então, no sistema de responsabilidade civil brasileiro, verdadeira antinomia entre a extrapatrimonialidade do dano suportado, vislumbrado quase sempre como estado psicológico negativo, e a patrimonialidade da forma de reparação, esta objetivando exclusivamente suavizar as perdas toleradas pelo lesado.

2.2.2.2 *Dano moral como lesão à dignidade humana*

Em atenção à necessária superação do paradigma subjetivista, parcela relevante da doutrina passa a apontar o postulado da dignidade humana²⁵⁷ como marco referencial na delimitação conceitual do dano extrapatrimonial. Nesta toada, partindo-se de uma leitura constitucionalizada do direito civil, por meio da qual a Carta Maior é colocada na posição de farol a iluminar a hermenêutica privatística, advoga-se a tese de que o dano moral, em verdade,

²⁵³ “Em suma, a composição do dano moral realiza-se através desse conceito – compensação -, que, além de diverso do de ressarcimento, baseia-se naquilo que Ripert chamava substituição do prazer, que desaparece, por um novo” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 95).

²⁵⁴ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 422.

²⁵⁵ “A reparabilidade do dano moral possui função meramente satisfatória, que objetiva a suavização de um pesar, insuscetível de restituição ao *statu quo ante*” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de divergência em recurso especial*. n. 1127913/RS. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 04 de junho de 2014. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300763250&dt_publicacao=05/08/2014>. Acesso em: 16 abr. 2018).

²⁵⁶ JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 375.

²⁵⁷ Reconhecendo o mérito do Supremo Tribunal Federal alemão, ao abrigar um direito geral da personalidade, ainda que contra o espírito e a letra do BGB, com fulcro na dignidade da pessoa: “É sobretudo esta última decisão que apenas pode, como tem sido frequentemente notado, ser posta de acordo com a vinculação do juiz em relação à lei, se se extrair dos direitos fundamentais da dignidade humana (art. 1º da Lei Fundamental) a norma implícita de que esta dignidade exige, por necessidade lógica, a indenização do dano moral (...)” (WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 5. ed., Tradução de A.M Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 606).

deve ser entendido como a violação à cláusula geral de tutela da pessoa humana²⁵⁸. Conferindo ampla feição ao princípio constitucional da dignidade da pessoa, base de todos os valores morais²⁵⁹, compreende-se o dano extrapatrimonial como qualquer afronta aos aspectos mais sensíveis do ser.

Intentando fugir das amarras da identificação do dano não patrimonial com os direitos da personalidade, bem como da imprecisão técnica propiciada pela incorporação de critérios eminentemente subjetivos, equilibra-se a tese ora exposta supostamente entre dois extremos, na tentativa de conferir maior cientificidade ao instituto, sem, entretanto, ceder à rígida categorização dos direitos personalíssimos.

É justamente na liquidez da noção de dignidade da pessoa, porto seguro da proteção plena do indivíduo, que encontraria vida a tutela da existência humana, seguindo-se a lógica de que o Direito serve de resguardo às múltiplas situações experimentadas pelo ser, de modo que qualquer circunstância que afete a sua integridade seria automaticamente considerada violadora de sua personalidade, e, portanto, passível de reparação. No entanto, nem toda situação de dor, sofrimento, transtorno ou aborrecimento se mostraria apta a desencadear a proteção jurídica conferida pela norma constitucional, mas apenas as lesões graves, em que se vejam afrontados os substratos materiais da dignidade da pessoa humana²⁶⁰.

Ainda que em menor proporção, a utilização da teoria em análise pode ser constatada em diversos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, em uma miríade de hipóteses, seja para afastar o caráter absoluto da presunção de existência de danos morais, como no caso em que contribuinte se viu compelido a prestar esclarecimentos à Receita Federal sobre lançamento por ele não recebido, em virtude de erro cometido por terceiro²⁶¹, seja como forma de fundamentar a ocorrência de dano *in re ipsa*, tal como na recusa indevida de plano de saúde de realizar procedimento cirúrgico tido como necessário²⁶². Em recente e invulgar episódio, fundamentou

²⁵⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed., rev. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 184.

²⁵⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 94.

²⁶⁰ MORAES, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed., rev. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 188.

²⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial*. n. 1705317/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 12 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701389121&dt_publicacao=18/12/2017>. Acesso em: 17 abr. 2018.

²⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo interno no recurso especial*. n. 1385638/RS. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 28 de novembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201301653465&dt_publicacao=05/12/2017>. Acesso em: 17 abr. 2018.

o aludido princípio a necessidade de compensação do dano extrapatrimonial pelo fato de consumidor ter adquirido produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho, ainda que não tenha havido ingestão de seu conteúdo²⁶³.

Em que pesem os inegáveis avanços alcançados pela adoção de critério objetivo desvinculado de estados anímicos subjetivos, não se deve concluir, de forma definitiva, que a noção porosa de dignidade da pessoa humana deve ser guindada ao pedestal de parâmetro de seleção de interesses merecedores de tutela²⁶⁴. Ainda que imbuída do espírito de amplo amparo do indivíduo, segundo ditames constitucionalmente especificados, peca a tese nominada por sua excessiva indeterminação, revelando sua limitada praticidade na determinação dos danos morais passíveis de reparação. Prova desta circunstância é a sua indiscriminada utilização no meio jurisprudencial, como acima referenciado, servindo para justificar posições completamente antagônicas, tanto em prol da ampliação do conceito de dano ressarcível, quanto como panegírico à adequação do instituto à realidade social, de modo a evitar a proliferação de demandas indenizatórias.

O fato é que se tem assistido, de forma impassível, ao recrudescimento do arsenal principiológico, supostamente de matriz constitucional, manejado por grande parte da doutrina jurídica, com o conseqüente e inevitável malbaratamento de institutos clássicos do Direito Civil. A dignidade da pessoa humana, talvez o maior exemplo do fenômeno narrado, tem sido utilizada, ante a sua imprecisão terminológica, e sob o pretexto de abertura do sistema a valores constitucionais, para fundamentar posições inconciliáveis entre si, figurando não raras vezes como muleta argumentativa, sempre pronta a solucionar, ao gosto²⁶⁵ do intérprete²⁶⁶, qualquer situação pouco mais complexa.

²⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial*. n. 1644405/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 09 de novembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201603274185&dt_publicacao=17/11/2017>. Acesso em: 17 abr. 2018.

²⁶⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 126.

²⁶⁵ “O fato de não existir um método que possa dar garantia a ‘correção’ do processo interpretativo – denúncia presente, aliás, já em Kelsen, no oitavo capítulo de sua Teoria Pura do Direito – não pode dar azo a que o intérprete possa interpretar um texto [...] de acordo com a sua vontade, enfim, de acordo com a sua subjetividade, ignorando até mesmo o conteúdo mínimo-estrutural do texto jurídico” (STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 113).

²⁶⁶ “Dignidade da pessoa humana acabou por ganhar, assim, a propriedade de servir a tudo. De ser usado onde cabe com acerto pleno, onde convém com adequação discutível e onde definitivamente não é o seu lugar. Empobreceu-se. Esvaziou-se. Tornou-se um tropo oratório que tende à flacidez absoluta. Alguém acha que deve ter melhores salários? Pois que se elevem: uma simples questão de dignidade da pessoa humana. Faltam às estradas condições ideais de tráfego? É a própria dignidade da pessoa humana que exige sua melhoria. O semáforo desregulou-se em conseqüência de chuvas inesperadas? Ora, substituam-no imediatamente” (VILLELA, João Baptista. *Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana*. Disponível em:

O exclusivo recurso nominal ao valor constitucional²⁶⁷, sem a necessária depuração metodológica, tem propiciado a banalização²⁶⁸ do uso do postulado da dignidade da pessoa humana, a tudo e a todos servindo o aludido princípio²⁶⁹, em verdadeira “carnavalização” de seu conceito²⁷⁰, resvalando a sua utilização para o terreno da insegurança jurídica, flertando, em consequência, com a discricionariedade judicial arbitrária. Mesmo a doutrina mais abalizada e criteriosa não tem resistido à tentação de sua invocação, de forma que a mera alusão à tutela da personalidade tem se mostrado suficiente ao reconhecimento do dano extrapatrimonial²⁷¹.

Da constatação da flexibilidade conceitual da expressão, propícia a contorcionismos exegéticos, decorreu a necessidade de sua melhor delimitação, mediante a especificação mais concreta de seu conteúdo. Nesta toada, Maria Celina Bodin de Moraes²⁷², em tese de titularidade defendida junto à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, reconhecendo o risco de generalização da utilização do postulado, com a sua indicação como *ratio* de todo e qualquer direito fundamental, procede a sua decomposição em limitados substratos materiais, quais sejam, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social. Ainda que se posicionando contrariamente à tipificação dos direitos da personalidade²⁷³, acaba por restringir o espectro da dignidade humana a quatro subprincípios²⁷⁴.

Embora procure a indicada teorização fixar balizas hermenêuticas mais precisas, em razão da já mencionada amplitude conceitual do narrado princípio, acaba por recorrer a noções vagas e imprecisas, reconhecendo a violação da cláusula geral de tutela da personalidade na prática de qualquer “mal evidente” ou “perturbação”, em expressões utilizadas pela autora, à dignidade

<<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//index.php/dout20anos/article/view/3445/3569>>. Acesso em: 17 abr. 2018).

²⁶⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 128.

²⁶⁸ KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 60, n. 1, p. 193-213, jan./abr. 2015, p. 205.

²⁶⁹ “Se tudo é fundado na dignidade humana, nada, afinal, o será. Para não se esquecer que ela serve de fundamento dos discursos daqueles que defendem e dos que atacam o direito ao aborto e à eutanásia” (RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de civil law. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010, p. 42).

²⁷⁰ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 113-148.

²⁷¹ SCHREIBER, op. cit., p. 126.

²⁷² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed., rev. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 84-85.

²⁷³ *Ibid*, p. 117.

²⁷⁴ *Id*. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul/dez. 2006, p. 247.

humana²⁷⁵. Por sua vez, a referência a subprincípios derivados do substrato material desta em muito aproxima a tese propagada da concepção do dano extrapatrimonial como infração a direito da personalidade, eis que acaba por circunscrever os bens suscetíveis de lesão, identificando-os com bens jurídicos já consagrados em sede constitucional ou infraconstitucional. Mesmo a alegação de que a personalidade humana não se concretiza exclusivamente por intermédio de direitos subjetivos, mas sim através de uma complexa rede de situações jurídicas²⁷⁶, acaba por não revelar proeminente utilidade na distinção das teses, eis que, na prática, não logra apontar soluções distintas.

Tem-se ainda buscado definir a dignidade da pessoa humana como postulado proibitivo do comprometimento de alguma atividade realizadora da personalidade humana, ou, na concisa expressão de Paolo Cendon²⁷⁷, “um não fazer mais” (*non fare più*). Por esta concepção, vislumbra-se a lesão à dignidade da pessoa quando a atividade do lesante ocasione uma renúncia involuntária da vítima a uma determinada atividade que se revele como expressão de sua personalidade²⁷⁸.

O parâmetro adotado, contudo, não resiste às críticas formuladas. De fato, em um primeiro plano, o próprio pleito ressarcitório deve vir seguido do reconhecimento da renúncia forçada de algo que a vítima possuía antes da lesão, visto que o prejuízo suportado denota a ideia de perda, diminuição ou abalo, ainda que temporário, de certo atributo da personalidade. Por outro lado, e de modo não menos relevante, a ideia de *non fare più* não permite a diferenciação da conduta que efetivamente representa uma violação à dignidade humana, merecendo reparos ainda pelo fato de que carece de fundamento constitucional a conclusão alcançada, uma vez que nada permite inferir que todas as expressões da dignidade sejam resumidas a um fazer, ou, mais especificamente, a uma manifestação externada da personalidade²⁷⁹.

O entendimento do dano extrapatrimonial como lesão à dignidade humana tem o mérito, entretanto, de apontar a impropriedade de se conceber o dano à pessoa jurídica na mesma

²⁷⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed., rev. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 184.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 118.

²⁷⁷ CENDON, Paolo. Non di sola salute vive l'uomo. *Rivista Critica del diritto privato*, n. 4, p. 567-581, 1998, p. 580-581.

²⁷⁸ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 127.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 128.

medida que aquele suportado pelo ser natural²⁸⁰. Destacando a abissal incongruência de se tomar o dano moral pela dor, sofrimento ou humilhação, e ao mesmo tempo, insistir na tese de que os entes ideais são passíveis de sofrê-lo, propõe-se, de maneira acertada, que a pessoa jurídica, em realidade, pode suportar um “dano institucional”²⁸¹, muito mais assemelhado e guardando características similares às lesões patrimoniais, nada impedindo, portanto, que se tome em consideração, na quantificação do referido dano, as condições econômicas da vítima²⁸².

No geral, contudo, a menção ao postulado da dignidade da pessoa humana, ainda que com as restrições impostas pela doutrina, não aparenta se mostrar suficiente a aclarar as hipóteses ensejadoras do dever de reparação. A ambiguidade do termo propicia, ao revés, a vulgarização do instituto do dano extrapatrimonial, incidindo, em certa medida, em equívocos similares ao da tese subjetivista, ao permitir que a mera alusão à tutela da personalidade, de forma genérica, seja suficiente ao reconhecimento do dano não patrimonial. De outro lado, todavia, a caracterização do dano como espécie de ofensa à dignidade da pessoa passa a permitir que a sua reparação se concentre na recomposição, ainda que parcial, do atributo da personalidade lesado, afastando-se, mesmo que não completamente, por carregar ainda certo subjetivismo, a ideia simplista de mera compensação pela dor sofrida.

2.2.2.3 *Dano moral como lesão a direitos da personalidade*

Em contraposição à elevada discricionariedade oportunizada pelas teses acima trabalhadas, avulta a concepção do dano extrapatrimonial como lesão a direitos da personalidade, pugnano pela incidência de parâmetros mais objetivos, ao tencionar romper

²⁸⁰ Alheio às críticas doutrinárias, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento, por meio do enunciado sumular 227, de que o ente ideal pode suportar dano extrapatrimonial, nos seguintes termos: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

²⁸¹ A temática tem denotada importância prática, não se limitando à esfera de meros devaneios acadêmicos. A teoria do dano institucional tem sido aplicada de forma corriqueira, a título de exemplo, no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Por todos: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível n. 1.653.103-6*. Relator: Luciano Carrasco Falavinha Souza, 23 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12449735/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1653103-6>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

²⁸² “As pessoas jurídicas poderão sofrer danos não-patrimoniais quando, por exemplo, a instituição não visar lucro ou quando estiver sendo atacada em aspectos não avaliáveis, direta ou indiretamente, em dinheiro; mas se tratará, talvez, de um ‘dano institucional’ – conceito a ser ainda devidamente delineado –, o qual se distinguiria do dano moral em razão da necessidade de uma comprovação potencial do prejuízo, não se podendo aplicar a tese *in re ipsa*” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed., rev. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 191).

com o paradigma do uso dilargado do instituto, conferindo balizas mais seguras de aplicação à figura jurídica. A tese defendida por Brebbia²⁸³, seguindo a doutrina de Chironi²⁸⁴, preceitua ser o dano moral a espécie, compreendida dentro do conceito genérico de dano, caracterizada pela violação de um ou vários dos direitos inerentes à personalidade de um sujeito de direito²⁸⁵.

Busca a teoria sufragada ultrapassar as históricas dificuldades apresentadas pelo critério subjetivo, estabelecendo parâmetro específico de delimitação do dano não patrimonial, dissociado absolutamente de noções anímicas ou psicológicas. A tese tem recebido forte acolhida em terras estrangeiras, figurando com destaque na Espanha²⁸⁶, onde, a par de sua relevância teórica²⁸⁷, tem encontrado especial recepção nos tribunais²⁸⁸. Neste sentido, Lasarte aponta que, já desde 06 de dezembro de 1912, data em que o Tribunal Supremo reconheceu a existência de um dano moral, a lesão a direitos da personalidade se identifica com o conceito de dano extrapatrimonial²⁸⁹.

Em solo nacional, reconhecendo a absoluta interdependência com os direitos personalíssimos, Paulo Luiz Netto Lôbo²⁹⁰ sustenta inexistir dano moral fora dos direitos inatos e essenciais à realização da pessoa, visto que nenhum dos casos deixa de enquadrar-se em um ou mais tipos. Segundo o autor, ainda que sejam isolados os direitos da personalidade, não é correto afirmar que em situações outras não se possa motivar a reparação dos ditos danos, mas, quando estes casos se mostram presentes, os direitos inerentes à pessoa surgem imbrincados aos outros direitos que foram violados²⁹¹, ainda que não sejam visíveis *prima facie*. Deste modo,

²⁸³ BREBBIA, Roberto H. *El daño moral: doctrina, legislación y jurisprudencia*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1950, p. 84.

²⁸⁴ CHIRONI, Gian Pietro. *La colpa nel diritto civile odierno: colpa extra-contrattuale*. 2. ed., t. II. Torino: Fratelli Boca Editori, 1906, p. 320.

²⁸⁵ Díez-Picazo, embora faça menção à perturbação de caráter psicofísico suportada pela vítima, como já mencionado, indica que nem todo sofrimento engendra um dano moral indenizável, senão aquele que é consequência de lesões a direitos da personalidade (DÍEZ-PICAZO, Luís. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999, p. 328).

²⁸⁶ Este também é o posicionamento abraçado por Yagüez (YAGÜEZ, Ricardo de Angel. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Madrid: Civitas, 1993, p. 675).

²⁸⁷ POMBO, Eugenio Llamas. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos*. Madrid: Trivium, 1988, p.234.

²⁸⁸ ANDRÉS, Blanca Casado. El concepto del daño moral. *Revista de Derecho UNED*, n. 18, p. 399-424, 2016, p. 416-417.

²⁸⁹ ÁLVAREZ, Carlos Lasarte. *Principios de derecho civil: parte general y derecho de la persona*. 6. ed. Madrid: Trivium, 1998, p. 225.

²⁹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. *Revista trimestral de direito civil*, n. 6, p. 79-97, abr./jun., 2001, p. 95.

²⁹¹ Neste ponto, visão oposta refletem os ensinamentos de Jaime Santos Briz, para quem, em que pese a afronta a direito da personalidade constitua a principal causa do dano moral, outros direitos, ao serem afetados, também podem ensejar a reparação: “*Es criterio que puede considerarse predominante la conceptualización del daño moral como el que afecta principalmente a los derechos de la personalidad. Puede afectar, sin embargo, también a otros derechos que al menos em sentido estricto no se incluyen entre los de la personalidad (...)*” (BRIZ, Jaime Santos. *Derecho de daños*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 123).

ainda que farta a casuística que tem encontrado assento nos tribunais, todas as hipóteses podem ser remetidas aos direitos da personalidade.

Como já visto, ao tratar das concepções negativas, o baiano Orlando Gomes²⁹² entende ser o dano moral o constrangimento experimentado por alguém em consequência de lesão a direito personalíssimo, exigindo, entretanto, em adendo, a verificação dos efeitos causados pela conduta ilícita. Também Pontes de Miranda, mesmo que em um primeiro momento adote o critério da repercussão no patrimônio do ofendido²⁹³, refere, em excerto diverso, que o direito à indenização exsurge sempre que verificada a desvantagem no corpo, na psique, na vida, na saúde, na honra, ao nome, no crédito ou no bem-estar da pessoa²⁹⁴.

Judith Martins-Costa, por sua vez, patrocina a defesa de uma divisão tricotômica do dano extrapatrimonial, a saber: a) dano à esfera existencial da pessoa humana, consistente no prejuízo a interesses componentes do direito da personalidade; b) dano à esfera de socialidade da pessoa humana²⁹⁵, os quais atingem interesses transindividuais não patrimoniais, como, por exemplo, o direito a um meio ambiente sadio; e c) dano à honra objetiva da pessoa jurídica. Notório, portanto, que, relativamente ao dano extrapatrimonial individual, acolhe a autora uma concepção mais restritiva²⁹⁶, identificando a lesão não patrimonial com a maculação de direitos da personalidade.

O acenado critério, no entanto, não tem encontrado solo fértil no Superior Tribunal de Justiça, responsável pela uniformização da interpretação da legislação federal. Embora a lesão a direito da personalidade acabe por ser referida em alguns julgados, certo é que se indica, a reboque, a necessidade de comprovação de sentimentos negativos, tais como o sofrimento e a humilhação²⁹⁷, de modo que à tese subjetivista acaba-se sempre por conferir destacado relevo

²⁹² GOMES, Orlando. *Obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 332.

²⁹³ MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, t. XXVI. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p. 30.

²⁹⁴ Id. *Tratado de Direito Privado*, t. XXII, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 181.

²⁹⁵ A análise do denominado “dano moral coletivo” extrapola os objetivos do presente trabalho, apresentando peculiaridades que as distinguem da lesão individual imaterial. Com efeito, Judith Martins-Costa refere que nesta espécie de dano extrapatrimonial não se configurará lesão à direito da personalidade nem se ferirá o postulado da dignidade da pessoa humana (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações*, v. V, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 460).

²⁹⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 265.

²⁹⁷ “A recusa indevida pela operadora do plano de saúde em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico faz nascer o dever de reparar os danos morais produzidos pelo agravamento da situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário, ante a inequívoca violação, nesse caso, dos direitos da personalidade” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo interno no recurso especial*. n. 1656501/SE. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 17 de agosto de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700418362&dt_publicacao=31/08/2017>. Acesso em: 20 abr. 2018).

e preponderância. Assim, a título exemplificativo, o STJ, ao analisar a possibilidade de reparação de danos morais no caso de atraso de voo doméstico, assentou que o mero aborrecimento é insuficiente à caracterização do abalo, uma vez que este depende da verificação, por intermédio de exame objetivo, de efetiva lesão à personalidade daquele que se diz ofendido. Após tecer estas considerações, contudo, registra o acórdão analisado que só se deve reputar como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou mesmo a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, chegando a causar-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar²⁹⁸.

Apenas em casos excepcionais, tem o STJ invocado, de forma isolada, a violação a direito da personalidade como critério delimitador do dano moral, principalmente com o fito de afastar a reparação, circunstância esta que demonstra que, em realidade, longe de constituir parâmetro técnico, o enquadramento da hipótese fática a uma das diversas teses reinantes consiste muito mais em opção do aplicador do direito à vista de escolha apriorística já realizada de forma intuitiva, mediante a eleição, dentre o cardápio de critérios postos à disposição, da teoria que melhor justifica a solução de antemão fixada pelo magistrado. Assim é que se tem aplicado o citado critério aos casos de inadimplemento contratual, notadamente nas hipóteses de atraso na entrega de unidade imobiliária²⁹⁹.

A tese da adstrição do reconhecimento do dano à comprovação da lesão a direito da personalidade tem sido recepcionada com entusiasmo em alguns dos tribunais nacionais. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, evidencia-se a filiação crescente à teoria ora esposada, limitando-se a reparação aos casos em que devidamente demonstrada a violação a direito personalíssimo³⁰⁰. Também no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, dentre

²⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo interno no recurso especial*. n. 11269246/RS. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 20 de maio de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101136580&dt_publicacao=27/05/2014>. Acesso em: 20 abr. 2018.

²⁹⁹ “O dano moral, na hipótese de atraso na entrega de unidade imobiliária, não se presume, configurando-se apenas quando houver circunstâncias excepcionais que, devidamente comprovadas, importem em significativa e anormal violação a direito da personalidade dos promitentes-compradores” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial*. n. 1639016/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 28 de março de 2017. Disponível: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602884375&dt_publicacao=04/04/2017>. Acesso em: 20 abr. 2018). Também já se decidiu de forma semelhante em caso envolvendo saque indevido de numerário, por instituição financeira, em conta corrente, posicionando-se o STJ pelo não acolhimento do pleito, ante a não afronta a direito da personalidade (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial*. n. 1573859/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 07 de novembro de 2017. Disponível: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502961545&dt_publicacao=13/11/2017>. Acesso em: 20 abr. 2018).

³⁰⁰ Por todos: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação cível* n. 70073106478. Relatora: Marta Borges Ortiz. Rio Grande do Sul, 27 de julho de 2017. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/485054311/apelacao-civel-ac-70073106478-rs>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

outros, a limitação ao amplo e desmesurado ressarcimento vem acompanhada da exigência da prova da infringência a um, ou alguns, dos direitos da personalidade³⁰¹. Na maior parte dos julgados, contudo, emanados dos mais diversos tribunais existentes no país, evidencia-se o emprego, sem maiores considerações críticas, de expressões e termos que remetem a sensações e estados psicológicos negativos, ou fundamenta-se a reparação na mera alusão vaga à transgressão do postulado da dignidade da pessoa humana, sem indicação precisa do direito da personalidade infringido.

O critério albergado, contudo, não tem passado ao largo das críticas doutrinárias. Seus principais e mais tenazes opositores abordam principalmente o caráter reducionista da concepção, ao restringir em demasia o alcance do instituto, deixando de abranger uma miríade de hipóteses, como, ilustrativamente, os prejuízos de afeição decorrentes da morte de parente próximo³⁰². Objeta-se, destarte, que a violação a direitos da personalidade constitui apenas uma faceta das mais diversas circunstâncias aptas a ensejar a reparação por danos não patrimoniais³⁰³, de modo que subsistem outras espécies de ofensas a interesses não econômicos³⁰⁴. Outrossim, a noção não contemplaria ainda algumas modalidades de danos que tem frequentemente sido reconhecidos pelos tribunais, como o dano moral suportado pela pessoa jurídica³⁰⁵.

Tem-se justificado a aversão à parametricidade analisada em razão da falência do modelo regulamentar inspirado na secular tradição oitocentista de completude, ante a complexidade das relações travadas no tecido social na pós-modernidade, não obtendo êxito a intensa e variegada

³⁰¹ “Não há comprovação nos autos de grave lesão à pessoa, à sua imagem e à sua personalidade, capaz de ensejar a condenação por danos morais, não passando a falha na prestação do serviço de meros aborrecimentos do dia a dia da vida em sociedade de consumo, ressalvando-se que, a apelante não trouxe aos autos prova, sequer, de que impulsionou/diligenciou para a baixa da hipoteca do seu imóvel quitado, conforme regramento da Cláusula XV-1, do contrato de compra e venda do imóvel” (BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. *Apelação cível n. 05362312920158050001*. Relator: Marcos Adriano Silva Ledo. Bahia, 28 de março de 2018. Disponível em: <<https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/561352496/apelacao-apl-5362312920158050001?ref=related>>. Acesso em: 20 abr. 2018).

³⁰² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 262.

³⁰³ Rafael García López, ao tratar dos ensinamentos de Brebbia assevera: “*Al hacer sinónimos daños extrapatrimoniais y daños a los bienes jurídicos de la personalidad está incurriendo el mencionado autor en evidente incongruencia terminológica, pues parece olvidar la existencia en el ámbito extrapatrimonial de otros derechos, como son los políticos y sociales y los derechos de familia*” (LÓPEZ, Rafael García. *Responsabilidad civil por daño moral: doctrina y jurisprudencia*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1990, p. 68, nota 105).

³⁰⁴ Defende Sérgio Severo não se poder considerar as ofensas à integridade psicofísica como integrante da esfera da personalidade, não vislumbrando o autor ainda qualquer relação de dependência entre a proteção ecológica e os direitos personalíssimos (SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 122, nota 512).

³⁰⁵ SANSEVERINO, op. cit., p. 265.

produção legislativa³⁰⁶ em acobertar as múltiplas situações existenciais que pululam da vida em comunidade³⁰⁷. O aparecimento constante de novas tecnologias e a multiplicação de demandas sociais, sempre em mutação, desafiariam, portanto, a técnica de tipificação legislativa, de forma que a tutela da dignidade humana, mediante a afixação de um rol taxativo de direitos subjetivos da personalidade, não se mostraria hábil a regular, com efetividade, todas as situações em que a pessoa humana figure como titular³⁰⁸.

Ainda em tom crítico, aponta-se que o ataque a um bem extrapatrimonial pode resultar em danos que extrapolem a própria natureza do direito lesionado, como ocorre, por exemplo, nas violações à saúde ou integridade física que impeçam a vítima de efetuar seu trabalho e atividades habituais, ou mesmo na difamação de uma pessoa, cuja honra ultrajada, longe de ocasionar apenas um prejuízo moral, carrega consigo perniciosas consequências econômicas, como a perda de seu emprego ou de clientela conquistada³⁰⁹. Desta forma, poder-se-ia falar mesmo em um dano patrimonial indireto, consistindo este no prejuízo material provocado por uma afronta a direito extrapatrimonial, coexistindo, neste caso, ambos interesses como pressupostos de um mesmo direito³¹⁰.

As objeções aventadas, entretanto, parecem não resistir a uma análise mais cuidadosa sobre o tema. Preambularmente, afigura-se despropositada a censura relativa ao suposto caráter restritivo da teoria³¹¹. Em realidade, partem os críticos da desacertada premissa de que os direitos da personalidade se limitam aos tipos estampados na codificação civil, de forma que estariam agasalhados apenas aqueles direitos inerentes à personalidade expressamente registrados na legislação, restando excluídos do âmbito da reparação quaisquer pretensões que desbordem do rol taxativamente previsto. Ocorre que o fundamento de existência de direitos personalíssimos aptos a ensejar a reparação não deve ser buscado unicamente nas estritas hipóteses tracejadas pelos arts. 11 a 22 do Código Civil de 2002, mas também em dispositivos outros da codificação privatística, bem assim da legislação esparsa e da Constituição Federal,

³⁰⁶ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 5-6.

³⁰⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 124.

³⁰⁸ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro". In: *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 37.

³⁰⁹ LÓPEZ, Rafael García. *Responsabilidad civil por daño moral: doctrina y jurisprudencia*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1990, p. 68, nota 105).

³¹⁰ ZANNONI, Eduardo Antonio. *El daño en la responsabilidad civil*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2005, p. 151. Em sentido análogo: SUEIRO, Maria E. Rovira. *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. Barcelona: Cedecs, 1999, p. 247.

³¹¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 262.

em verdadeira interpretação sistemática. Revela-se, deste modo, verdadeira cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade³¹², podendo derivar a sua caracterização, portanto, de princípios implícita ou explicitamente albergados pelo sistema civil.

Ainda que se evite a assimilação da personalidade à categoria estanque do direito subjetivo, como o faz respeitada parcela doutrinária³¹³, consagrando-a como valor fundamental do ordenamento, certo é que a identificação do direito ou situação existencial - como se prefira, supostamente violado, mesmo que extraído implicitamente do conjunto normativo constitucional, ou mediante interpretação extensiva de regras já existentes³¹⁴, permite o controle racional e objetivo da caracterização do dano extrapatrimonial, evitando-se, por intermédio desta técnica, a simplista alusão à famigerada dignidade da pessoa humana. O alargamento do rol de direitos da personalidade³¹⁵, através da extensão de institutos já perfilhados, em atenção aos ulteriores desenvolvimentos tecnológicos e sociais, permite superar a alegação de insuficiência do critério como forma de selecionar os interesses mercedores de tutela³¹⁶.

Não deve ser acolhida a crítica formulada no sentido de que a ampliação progressiva do rol de direitos da personalidade gera, em razão de não ser possível precisar quais são e quantos são eles, elevada insegurança jurídica³¹⁷. Ao revés, a especificação do direito da personalidade ou situação existencial afligida permite caracterizar, com maior clareza, a ocorrência de dano

³¹² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar: 2002, p. 153-156.

³¹³ *Ibid.*, p. 155.

³¹⁴ “*Il paraît impossible de dresser aujourd’hui une liste exhaustive des attributs moraux de la personnalité dont la violation est susceptible d’engager la responsabilité civile de son auteur. La jurisprudence se réserve en effet de compléter sans cesse cette liste. afin de parfaire la protection de la personne et ce processus de découverte continue s’avère actuellement trop fructueux pour que l’on puisse envisager d’en tarir la source par une énumération légale*” (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998, p. 31-32).

³¹⁵ Relativamente ao direito alemão: “A jurisprudência posterior do BGH esforçou-se pelo alargamento e delimitação do direito geral da personalidade, tendo no entanto mostrado que, com o decurso do tempo, seria indispensável uma ulterior regulamentação” (WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 5. ed., Tradução de A.M Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 607).

³¹⁶ Anderson Schreiber, afastando o critério analisado como apto a resolver a problemática da seleção de danos ressarcíveis, propõe a utilização da técnica de ponderação de interesses, no âmbito do direito privado, como forma de resolução de conflitos em sede de responsabilidade civil. O postulado apontado, segundo o autor, somente teria utilidade em sua faceta da proporcionalidade em sentido estrito, visto já contar o direito civil com figuras destinadas a realizar o controle efetivado pelos subprincípios da adequação e necessidade, a exemplo do abuso de direito e da boa-fé objetiva (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 170-177). O método proposto, embora inovador, parece resvalar para o uso nem sempre adequado da regra de ponderação no campo do direito civil, como vem apontando destacada doutrina (RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de civil law. Meritum*, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010, p. 38).

³¹⁷ Por entender não ser possível especificar quais direitos da personalidade seriam tutelados, assim se posiciona Moraes (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed., rev. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 186).

extrapatrimonial reparável³¹⁸. Assim é que a concepção mais dilargada do instituto admite que direitos políticos, sociais e de família, dentre outros, integrem o rol de direitos personalíssimos, sem que, contudo, se busque a facilitada via da invocação da dignidade da pessoa humana.

Deve ser afastada ainda a concepção de que um mesmo dano pode resultar em prejuízos de ordem moral e patrimonial, de modo que a lesão extrapatrimonial nada mais seria que uma consequência da própria violação do direito. Equivoca-se esta tese ao baralhar as noções de causa e efeito, eis que o prejuízo moral, de difícil comprovação, como acima já se tratou, consiste em mero desdobramento do dano suportado, não se afigurando necessária, para fins de reparação, a comprovação de sua ocorrência³¹⁹. O dano extrapatrimonial, em realidade, resta caracterizado no momento da infringência a direito da personalidade, não havendo de se perquirir acerca de possíveis efeitos perniciosos decorrentes daquele, prescindíveis à sua configuração. As consequências deletérias do dano infligido devem, no entanto, ser tomadas em consideração no momento da fixação do *quantum debeatur*, não como forma de punição ao ofensor, como adiante se verá, mas como maneira de aquilatar a extensão da lesão suportada.

Não merece guarida ainda a crítica de que a caracterização ora albergada deixaria de contemplar certas espécies de danos ocasionados às pessoas jurídicas. Conquanto os entes ideais partilhem de subjetividade, circunstância que tornou possível estender àqueles, por analogia, os direitos da personalidade³²⁰, é cediço que o processo histórico de construção dos direitos da personalíssimos é de todo estranho às pessoas jurídicas, não se revelando apropriada a utilização do instrumental previsto no capítulo II, do Título I, do Código Civil de 2002, eis que fundamentado este em princípios e valores próprios à pessoa humana³²¹. Não obstante se mostre adequado o emprego da técnica de estimação de danos por arbitramento, relativamente

³¹⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 262.

³¹⁹ “Dicha argumentación puede formularse así: ¿si daño es la violación de un derecho, por qué para comprobar la existencia de un daño en la práctica se inquiera no sólo si el acto en cuestión ha transgredido una prescripción normativa sino también si el mismo ha ocasionado un perjuicio al sujeto pasivo del hecho? Es indudable que si fuera cierto que debe practicarse la doble encuesta referida para comprobar la existencia un daño, la tesis que sostengamos se vendría al suelo estrepitosamente, porque la segunda de las investigaciones antedichas, la de la indagación del perjuicio realmente sufrido sería totalmente inocua, si por daño si por daño se entiende simplemente la violación de un derecho subjetivo. ¿Pero, es que realmente debe practicarse una doble investigación – de derecho y de hecho, diríamos – para determinar jurídicamente la existencia de un agravio? Entendemos que no” (BREBBIA, Roberto H. *El daño moral: doctrina, legislación y jurisprudencia*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1950, p. 58-59).

³²⁰ GIACOBBE, Claudio. *Le persone. I diritti della personalità*. Torino: UTET, 2000, p. 46.

³²¹ DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 54-55.

aos prejuízos econômicos de dificultosa avaliação³²², também utilizada na quantificação da lesão não patrimonial, certo é que a referência, nestes casos, ao dano moral, passa ao largo das peculiaridades ínsitas ao instituto³²³.

Finalmente, ao se conceber o dano extrapatrimonial como violação a direito personalíssimo, afasta-se a equivocada premissa, consagrada no seio doutrinário e jurisprudencial, de que a dor e o sofrimento devem necessariamente ser compensados pela atribuição de certa quantia em pecúnia, descortinando-se a possibilidade de se reparar a lesão imaterial por intermédio do emprego de técnicas outras, mais adequadas à concretização da proteção dos direitos da personalidade³²⁴. A salutar dissociação entre o dano extrapatrimonial e sentimentos humanos desagradáveis permite que a tutela da personalidade se efetive por intermédio da utilização de variegados instrumentos jurídicos, tais como a imposição de obrigações de fazer ou não fazer, ou de dar coisa certa, buscando-se a reparação, ainda que não integral, mesmo porque faticamente inalcançável tal objetivo, do atributo da personalidade lesionado.

O descarte da tese subjetivista, portanto, a ensejar o enfrentamento do dano não patrimonial sob o viés objetivo da lesão a direito inerente à personalidade, possibilita seja suplantada a exclusividade do ressarcimento por meios exclusivamente monetários, despatrimonializando-se o fenômeno da reparação, em oposição à mercantilização das relações existenciais, e autorizando a adoção da solução *in natura*³²⁵, ainda que em conjunto com o

³²² “D’altro canto è quella premessa che ha condotto una dottrina a ritenere che i danni non patrimoniali subiti dagli enti sono dei danni patrimoniali indiretti, nel senso che la lesione dell’immagine o della reputazione di un ente rilevano in quanto determinano una perdita economica” (CRICENTI, Giuseppe. *Il danno non patrimoniale*. Padova: CEDAM, 1999, p. 334). Assim também: MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 103-105 e MONTEIRO, Antônio Pinto. A indenização por danos não patrimoniais em debate: também na responsabilidade contratual? Também a favor das pessoas jurídicas? *Revista brasileira de direito civil*, v. 5 n. 03, p. 102-120, jul./set., 2015, p. 116. Em sentido contrário, dentre outros, entende Yussef Said Cahali que o dano à honra de pessoa jurídica configura dano extrapatrimonial (CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 306-307).

³²³ Solução oposta foi registrada no enunciado n. 189, da III Jornada de Direito Civil: “Na responsabilidade civil por dano moral causado à pessoa jurídica, o fato lesivo, como dano eventual, deve ser devidamente demonstrado”. Por outro lado, na IV Jornada, concluiu-se: “Os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos”.

³²⁴ Muito embora concebendo o dano não patrimonial como infringência a direito da personalidade, Paulo Luiz Netto Lôbo defende a natureza meramente compensatória da indenização: “Em razão de sua visceral interdependência com os direitos da personalidade, os danos morais nunca se apresentam como reparação, pois a lesão ao direito da personalidade não pode ser mensurada economicamente, como se dá com os demais direitos subjetivos. Por isso, a indenização tem função compensatória, que não pode ser simbólica, para que a compensação seja efetiva e produza impacto negativo no lesante, nem demasiada, para não conduzir ao enriquecimento sem causa do lesado” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. *Revista trimestral de direito civil*, n. 6, p. 79-97, abr./jun., 2001, p. 95).

³²⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 198-199.

remédio pecuniário, quando aquela se apresentar mais capacitada ao resguardo do atributo da personalidade transgredido. De fato, a adoção da caracterização objetiva do dano moral dá margem a importante guinada axiológica no campo da responsabilidade civil, não mais se buscando unicamente minorar a dor experimentada pela vítima através da entrega de certa soma em dinheiro, mas, diversamente, intentando-se selecionar, dentre as diversas opções ofertadas pelo ordenamento, o remédio, nem sempre financeiro, que satisfaça de forma mais plena os anseios da vítima.

2.2.3 Expansão dos danos ressarcíveis

Tem-se assistido, no atual momento histórico, a um desenfreado alargamento das fronteiras do dano ressarcível, fruto de uma plethora de fatores sociais e jurídicos, de modo que, assim como há um século testemunhou-se, em razão das inúmeras transformações tecnológicas e o advento do maquinismo³²⁶, o surgimento das teorias do risco, no amanhecer do terceiro milênio tem a comunidade jurídica se tornado espectadora de um desenvolvimento jamais evidenciado no campo da responsabilidade civil³²⁷. Desde a afixação da cláusula geral de dano na codificação francesa (art. 1.382)³²⁸, a predicar a sua tipificação abstrata³²⁹, não se presenciava tamanho agigantamento do instituto reparatório, ideologicamente instrumentalizado a, como num passe de mágica, solucionar toda a sorte de intrincados problemas da comunidade pós-moderna.

Em uma sociedade permeada de riscos, como bem evocado por Ulrich Beck³³⁰, a responsabilidade civil tem adquirido um viés expansionista nunca antes vivenciado na seara privatista, resultando em uma proliferação de demandas³³¹ e condenações, muitas vezes

³²⁶ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Tradução de Raul Lima. *Revista Forense*, p. 52-63, jul., 1941, p. 53.

³²⁷ VARGAS, Victor Pérez. Nuevos horizontes de la responsabilidad civil. *Revista Judicial*, Costa Rica, n. 106, p. 169-186, dez. 2012, p. 171.

³²⁸ CARRÁ, Bruno. Todo dano é dano indenizável? In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco, 2017, p. 130.

³²⁹ DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale dela responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1946, p. 5.

³³⁰ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

³³¹ Pesquisa realizada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça demonstra que, entre 2001 e 2005, o número de demandas de indenização por danos morais que chegavam mensalmente à corte cresceu quase sete vezes, subindo de 145 ações por mês para 974 até meados de 2005. Quando comparados os números atuais com os de 12 anos atrás, o crescimento é de quase 500 vezes (ERDELYI, Maria Fernanda. *Responsabilidade civil – Explode o volume de ações por danos morais no país*. Boletim de Notícias Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 19 dez. 2017).

dissociadas das clássicas bases teóricas do instituto³³², transformando-se em verdadeira loteria de indenizações, na feliz expressão cunhada por Patrick Atiyah³³³.

O contínuo incremento das situações existenciais tuteladas pelo ordenamento³³⁴, com o significativo desenvolvimento dos direitos da personalidade, aliado ao desmoronamento progressivo de vetustos obstáculos processuais, propiciando às camadas outrora alijadas amplo acesso ao Poder Judiciário, tem resultado, como manifestação da dilatação da tutela ressarcitória, na erosão dos tradicionais filtros de reparação, flexibilizando a jurisprudência pátria, de forma assistemática, seculares pressupostos de limitação das pretensões indenizatórias. Neste sentido é que se tem mitigado a exigência de comprovação da culpa³³⁵, com a consagração da responsabilidade objetiva, e atenuado os rigores do nexo de causalidade³³⁶.

É na seara dos danos extrapatrimoniais, mormente a partir da promulgação da Constituição de 1988, que a vasta expansão da responsabilidade civil pode ser rigorosamente delineada. A imprecisão e a indeterminabilidade das divisas da lesão não patrimonial abrem as portas do Poder Judiciário ao acolhimento das mais variadas espécies de pretensões indenizatórias³³⁷, seja a partir do alargamento de institutos já existentes, seja por intermédio da criação ou importação de novas figuras jurídicas. Admite-se, com a devida complacência, que os danos, “eventos de extensão ilimitada”, na expressão cunhada por Álvaro Vilaça Azevedo³³⁸,

³³² SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3.

³³³ “How fair is the system? The answer is that the system is about as fair as a lottery. In fact it is not too much to say that it is a lottery, a lottery by law. It is almost a matter of chance whether you can obtain damages for disabilities and injuries; it is almost a matter of chance who will pay them; it is almost a matter of chance how much you will get” (ATIYAH, Patrick. *The Damages Lottery*. Oxford: Hart, 1997, p. 143).

³³⁴ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 44.

³³⁵ Fala-se mesmo na erosão da culpa como filtro da reparação (SCHREIBER, op. cit., p. 50-51).

³³⁶ Discorrendo sobre evento promovido pelo Trinity College da Universidade de Cambridge, em 2016, do qual participaram as delegações da França, Espanha, Itália, Suécia, Chile, África do Sul, Holanda, Inglaterra e Brasil, acentua Otávio Luiz Rodrigues: “Temas que são referidos no Brasil com muita frequência como responsabilidade sem dano, flexibilização do nexo de causalidade, causalidade probabilística ou fim da culpa na Responsabilidade Civil não foram objeto de exposição em nenhum dos trabalhos, à exceção, é claro, das conferências sobre a realidade brasileira” (RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Encontro em Cambridge discute rumos da responsabilidade civil no mundo. *Revista Consultor Jurídico*, 27 jul. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-27/direito-comparadoencontro-cambridge-discute-rumos-responsabilidade-civil>>. Acesso em: 01 maio 2018).

³³⁷ “Abre-se, deste modo, diante dos tribunais de toda parte o que já se denominou de ‘o grande mar’ da existencialidade, em uma expansão gigantesca, e para alguns, tendencialmente infinita das fronteiras do dano ressarcível” (SCHREIBER, op. cit., p. 92).

³³⁸ AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 193.

encontre fronteira apenas na fantasia do intérprete³³⁹, dando azo ao que na Itália já se convencionou denominar de “a comédia da responsabilidade civil³⁴⁰”.

Nesta toada, encontram agasalho nos tribunais, sob maior ou menor influência estrangeira, numerosas e curiosas espécies de danos, dentre as quais se pode destacar o dano à vida sexual, dano por nascimento indesejado, dano à identidade pessoal, dano hedonístico, dano de *mobbing*, dano de *mass media*, dano de férias arruinadas e o dano de brincadeiras cruéis (*bullying*)³⁴¹. Tem-se ainda abraçado, em não poucos julgados, a tese do desvio produtivo do consumidor, pela qual o tempo desperdiçado para a solução dos problemas gerados pelos maus fornecedores, constitui dano indenizável³⁴², bem assim a teoria da perda de tempo útil³⁴³. Encontra ainda guarida na doutrina e jurisprudência³⁴⁴ brasileiras, sem se atentar para as peculiaridades e necessidades do sistema de responsabilidade civil italiano, no qual se buscou inspiração³⁴⁵, o denominado dano existencial, dano ao projeto de vida ou dano à vida de relações, consistente na afetação negativa de atividade ou conjunto de atividades que a vítima realizava em seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar ou mesmo suprimir de sua rotina³⁴⁶.

³³⁹ RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1967, p. 23.

³⁴⁰ DI LAURO, Antonino Procida Mirabelli. *La riparazione dei danni alla persona*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1993, p. 91.

³⁴¹ SCHREIBER, Anderson. Tendências atuais da responsabilidade civil. *Revista trimestral de direito civil*, v. 6, n. 22, p. 45-69, abr./jun., 2005, p. 60.

³⁴² A fluída noção de dignidade da pessoa humana, aliada a concepções subjetivas, é mais uma vez suscitada em prol da aparentemente irrefreável dilatação da reparação de danos extrapatrimoniais: “Pelo aspecto subjetivo, o dano moral representa considerável afronta à dignidade da pessoa humana; é dor subjetiva que interfere na vida do indivíduo, invade seu psíquico e, acarreta sérias consequências em seu emocional e em seu meio social”. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação nº 0007852-15.2010.8.26.0038*. Relator: Fábio Podestá. São Paulo, 13 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118832671/apelacao-apl-78521520108260038-sp-0007852-1520108260038/inteiro-teor-118832681>>. Acesso em: 01 maio 2018). A tese restou acolhida, recentemente, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em decisão monocrática do ministro Marco Aurélio Bellizze (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em recurso especial. n. 1.260.458/SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 25 de novembro de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisooes/?num_registro=201800548680&dt_publicacao=25/04/2018>. Acesso em: 01 maio 2018).

³⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 05035877720148190001*. Relatora: Maria Luiza De Freitas Carvalho. Rio de Janeiro, 19 de julho de 2017. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/480260541/apelacao-apl-5035877720148190001-rio-de-janeiro-capital-1-variavel>>. Acesso em: 01 maio 2018.

³⁴⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de revista 13924220145120028*. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília, 16 de março de 2016. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322091595/recurso-de-revista-rr-13924220145120028?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 01 maio 2018.

³⁴⁵ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 21.53, out./dez. 2005, p. 35.

³⁴⁶ SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade Civil por Dano Existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 44.

Constata-se ainda que o desacertado vislumbre de que a imposição do dever de indenizar é capaz de solucionar boa parte das questões existenciais que irrompem do meio social tornou corriqueira a aplicação do instituto do dano moral também nos conflitos familiares, espraiando-se por searas antes infensas à interferência judicial. Tem tomado corpo, neste sentido, as discussões em torno da possibilidade de reparação do dano por abandono afetivo³⁴⁷, cogitando ainda, parcela doutrinária, a necessidade de indenização suplementar, pela presença da perda da chance de convivência com o pai³⁴⁸, havendo quem sustente também a objetivação desta responsabilidade, presumindo-se o abandono quando a pessoa não for registrada pelos genitores³⁴⁹. Não constitui, ainda, temática estranha aos tribunais, o debate acerca da reparabilidade de suposto dano ocasionado em razão da ruptura de noivado, fundamentando-se a imposição de quantia em pecúnia na necessidade de se evitar o enriquecimento sem causa da parte contrária, reconhecendo-se a quebra da boa-fé objetiva pré-contratual³⁵⁰.

A expansão sem precedentes do dano ressarcível³⁵¹, para além de encontrar justificativa no abrandamento dos seus pressupostos de incidência, dentre outros fatores, teve como molas propulsoras, especialmente em solo nacional, a identificação da lesão extrapatrimonial, por

³⁴⁷ O Superior Tribunal de Justiça, em um primeiro momento, no ano de 2005, pronunciou-se desfavoravelmente à tese ora em análise (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial. n. 757.411/MG*. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 29 de novembro de 2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-esp-757411-mg-2005-0085464-3?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 01 maio 2018). Em 2012, entretanto, acórdão da lavra da Ministra Nancy Andriqui reconheceu a configuração do dever indenizatório (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial. n. 1.159.242/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andriqui. Brasília, 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012>. Acesso em: 01 mai. 2018). Ocorre que, em 2017, novamente instado a se manifestar, o referido tribunal posicionou-se no sentido de que o abandono afetivo não caracteriza dano moral indenizável (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial. n. 1.579.021/RS*. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 29 de novembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017>. Acesso em: 01 maio 2018).

³⁴⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade civil por abandono afetivo. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 406.

³⁴⁹ CASSETARI, Christiano. A responsabilidade de quem não registra filhos. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.) *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco, 2017, p. 434.

³⁵⁰ Defende Pablo Stolze que a ruptura do noivado pode, em situações especiais, acarretar dano moral ou material indenizável: “Raciocínio contrário, aliás, a par de incrementar o enriquecimento sem causa, poderia configurar, inclusive, dada à mencionada natureza do ato matrimonial, quebra de boa-fé objetiva pré-contratual. Vale dizer, ocorreria uma afronta ao princípio da eticidade em decorrência do desfazimento injustificado do compromisso assumido, lesando a legítima expectativa nutrida pelo outro no sentido da realização do ato matrimonial (GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade civil decorrente do noivado. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; VITAL DA ROCHA, Maria. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 520).

³⁵¹ “*La responsabilità civile e, più esattamente, le regole di imputazione della responsabilità – questo è l’assunto – sono le regole paradigmatiche di una società mista. Il sistema del laissez faire, puramente ‘liberistico’, preferisce i cointratti; lo stato collettivista puro la sanzione penale: la responsabilità civile se colloca tra i due istituti*” (ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 605).

parte significativa da jurisprudência, com elementos anímicos negativos, bem assim a vulgarização do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, franqueando-se a possibilidade de cominação de indenização mediante a simples alusão a expressões vagas e fugidias. A ausência de parâmetros minimamente rígidos e objetivos de aferição do dano propiciou o superdimensionamento da lesão não patrimonial, reconhecida de maneira premonitória pelas cortes nacionais, na base de um diagnóstico meramente instintivo, fundamentando-se a sua existência, muitas vezes, ainda que de forma velada, em experiências pessoais desagradáveis do julgador, o que sói ocorrer precipuamente quando da análise de questões atinentes à esfera consumerista.

O esgarçamento da outrora rígida concepção de dano, última barreira posta aos avanços da responsabilidade civil, ante a inexistência de critérios pragmáticos de utilização, tem possibilitado o exercício abusivo³⁵² das pretensões indenizatórias, em fenômeno que se convencionou denominar de “indústria do dano moral”³⁵³, expressão alusiva ao aspecto negativo de uma produção artificiosa e mecânica³⁵⁴. Como efeito lógico e esperado da multiplicação de hipóteses de ressarcimento, bem como da acriteriosa fixação do *quantum* indenizatório, muitas vezes em percentuais elevados, inclinou-se certo segmento jurisprudencial pela rejeição do prolongamento qualitativo e quantitativo do dano e pela atribuição de montantes irrisórios a título de ressarcimento, a fim de coibir a proliferação de demandas reparatórias.

A massificação e a proliferação de pretensões ressarcitórias, dentre outras causas, tem provocado, como consectário natural, a partir da trivialização do reconhecimento do dano extrapatrimonial, notadamente em demandas individuais, o uso indiscriminado do remédio

³⁵² SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. *Dano moral imoral: o abuso à luz da doutrina e jurisprudência*. Florianópolis: Conceito editorial, 2012, p. 66-72.

³⁵³ Contrariamente à lógica de se buscar em elementos extranormativos o fator de correção de opções legislativas ou de reformar o modo como a magistratura interpreta determinados dispositivos legais: “Da mesma forma, no exame de um caso de responsabilidade civil por dano moral, o desvalor do resultado da conduta (o dano *in re ipsa*) é confrontado com o efeito de estímulo de condenações muito elevadas para a constituição da famosa ‘indústria do dano moral’. No último exemplo, o raciocínio empregado pelos tribunais não tem qualquer sofisticação econômica, mas é inegável que prevaleceu a análise externa na tomada de decisão, hoje consolidada nacionalmente, de limitar a um teto (bastante baixo) o quantum dessas indenizações” (RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de civil law. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010, p. 22-23).

³⁵⁴ Compreendendo exacerbada a importância que a questão tem assumido, especialmente em solo nacional, circunstância esta que não exclui a preocupação, ainda que limitada a um cenário futuro e eventual, assim tem se posicionado Anderson Schreiber: “Há, por certo, casos pontuais de reconhecimento de danos, por assim dizer, imaginários, ou de atribuição de indenizações exageradamente elevadas, mas nem estas duas hipóteses se combinam com frequência, nem o percentual destes julgados em relação à grande massa das condenações pode ser considerado alarmante” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 194).

pecuniário como único meio de reparação à lesão imaterial causada. De fato, a inundação de um “oceano de novos interesses extrapatrimoniais”, na locução de Anderson Schreiber³⁵⁵, tem incitado as cortes pátrias a aplicar mecanicamente uma tutela meramente patrimonial do dano, sem atender aos reclamos específicos de cada caso. Assim é que a propalada banalização do instituto do dano moral revela-se não apenas no momento da seleção da lesão merecedora de tutela, mas também, e de forma não menos significativa, na ocasião da escolha do meio de reparação mais adequado ao restabelecimento, mesmo que parcial, do bem jurídico transgredido.

Outrossim, o temor de que as numerosas novas hipóteses de ressarcibilidade redundem em ações frívolas, unicamente voltadas à obtenção de lucro fácil, decorre, em grande parte, da exclusiva patrimonialidade da tutela ofertada, incapaz, de um lado, de fazer frente à heterogeneidade das lesões acarretadas aos interesses existenciais, e, de outro, funcionando como veículo de fomento de um processo coletivo de vitimização e de mercantilização da responsabilidade civil³⁵⁶. É certo, portanto, que as contingências da vida moderna e a necessidade de se conferir eficaz tratamento à profusão de novos e singulares danos tornam imperativo sejam repensados os meios pelos quais se efetiva a reparação dos danos extrapatrimoniais.

³⁵⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 195.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 195-196.

3 REPARAÇÃO ADEQUADA DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS INDIVIDUAIS

A apreciação dos modos de reparação do dano extrapatrimonial, na sedenta busca pela resposta mais adequada à lesão perpetrada, perpassa, necessariamente, pelo enfrentamento da função que a responsabilidade civil, e mais especificamente a reparação do dano moral, deve assumir, à vista dos contornos normativos tracejados pelo ordenamento pátrio. O aumento progressivo e irrefreável do potencial lesivo da sociedade, aliado, dentre outros fatores aqui já relatados, ao nobre afã de proteção da vítima, tem conduzido a utilização das demandas ressarcitórias para fins que não mais se identificam com a mera justiça retributiva³⁵⁷, clássica marca do instituto, mas, em contrário, tem permitido a hipertrofia de princípios e finalidades outrora estranhas às suas raias de atuação.

Sob o pálio de uma suposta continuidade evolutiva³⁵⁸, tem-se defendido um alargamento funcional da responsabilidade civil, aparentemente incumbida, aos olhos de parte significativa da doutrina, da difícil missão de solucionar uma vasta gama de mazelas sociais, numa aplicação quase que *robinhoodiana* da figura jurídica³⁵⁹. A notória insuficiência dos meios talhados a resolver as querelas oriundas das relações modernas, dentre os quais se pode citar a módica atuação das agências reguladoras, nos mais diversos ramos de serviços públicos essenciais, bem assim a subutilização de meios coletivos de tutela, tem propiciado o uso de demandas ressarcitórias como forma de supostamente prevenir e acautelar danos, bem assim de punir o ofensor e servir como mote à justiça distributiva³⁶⁰, atenuando-se os efeitos da lesão sobre uma realidade social excruciante³⁶¹.

³⁵⁷ SCHREIBER, Anderson. O futuro da responsabilidade civil: um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; VITAL DA ROCHA, Maria. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 725.

³⁵⁸ CARRÁ, Bruno Leonardo. *Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistemológicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 115.

³⁵⁹ SCHREIBER, loc. cit.

³⁶⁰ “Que fazer este indivíduo que não conta mais com a Providência cristã para protegê-lo? Entrega-se aos braços do Leviatã, análogo personagem da mitologia hebraica, fera traiçoeira que já deu mostras, nos Estados Totalitários experimentados no curto e - de um certo modo de ver - horroroso século XX, de sua capacidade de engolir a todos nós. (...) O direito, esta espada modernamente monopolizada pelo aparelho estatal, apresenta-se como hábil instrumento protetor do novo indivíduo humilhado pela arrogância liberalizante. Outrora servindo justamente a esta ordem de coisas que presentemente se tenta expurgar, pode e deve, mediante a aplicação aqui defendida do instituto da responsabilidade civil, desonerar a existência do indivíduo tomado como sujeito mais fraco da competição pela vida social moderna” (ANDRADE NETO, Carlos Gonçalves de. *Responsabilidade civil e justiça distributiva*. 2003. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2003).

³⁶¹ SCHREIBER, loc. cit.

Neste sentido, desvia-se o foco primordial da responsabilidade civil, não mais voltada à reparação do dano, centrada agora na administração de riscos sociais e punição do infrator, funções historicamente desenvolvidas pelos numerosos instrumentos existentes nas searas administrativa e penal. Enfraquece-se, em razão do transviamento de seu escopo, a discussão acerca dos modos mais adequados de se reparar o dano sofrido, uma vez que, muito mais que ressarcir, incumbe-se a responsabilidade civil de tarefas outras, assumindo a reparação da lesão muitas vezes caráter meramente secundário. É neste contexto de multiplicação funcional do instituto que adquire relevo a resposta exclusivamente pecuniária, imprescindível aos desideratos punitivo e preventivo da responsabilidade, embora insuficiente e anacrônica no que toca mais de perto à reparação adequada do dano extrapatrimonial.

O remédio monetário, ainda que aparentemente se apresente como a melhor forma de acautelar a proliferação de danos, bem como de penitenciar o ofensor, não se afigura como o mais adequado modo de reparação da lesão imaterial. Não por outro motivo é que se afirma que a amplificação das funções tradicionalmente exercidas pela responsabilidade civil, ao contrário do que se poderia inicialmente defender, tem resvalado para uma uniformização da resposta ao dano, sempre de caráter patrimonial, em atenção não às peculiaridades do bem jurídico afetado, mas, ao revés, fulcrada na necessidade de se penalizar o infrator e evitar que novas condutas análogas sejam praticadas.

Avulta de importância, neste contexto, a análise das funções exercidas pela responsabilidade civil, à luz do direito positivo, de forma a se verificar a compatibilidade deste modelo funcional dilatado com o ordenamento jurídico pátrio, bem assim os efeitos que o espraiamento da responsabilidade tem ocasionado nas formas de reparação do dano extrapatrimonial.

3.1 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A delimitação das funções da responsabilidade civil, tema tão ou mais controvertido que a caracterização do dano extrapatrimonial, tem suscitado debates apaixonados na doutrina³⁶². A par do seu histórico desiderato reparatório, consagrado no art. 1.382 da codificação francesa

³⁶² Acerca das dificuldades que uma análise jurídica funcional acarreta, Norberto Bobbio pontua, em um primeiro plano, que a função é sempre encarada sob uma dada perspectiva, seja individual ou coletiva, podendo ainda representar modos diversos de observar o mesmo problema. Em segundo lugar, acentua que as “funções enumeradas nem sempre podem ser colocadas no mesmo nível, mas representam graus ou momentos diversos da influência do direito sobre a sociedade” (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*: novos estudos da teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 103-107).

de 1804, tem-se defendido a expansão funcional³⁶³ de sua atuação, mediante a superação do ideal exclusivamente ressarcitório da tutela, revelador, no dizer de seus corifeus, de um Estado liberal individualista, preocupado em restabelecer o equilíbrio financeiro entre as partes, atuando apenas no momento patológico da consumação do dano.

Entende segmento da doutrina que um Estado comprometido com as voláteis transformações sociais e a efetivação de direitos fundamentais não deve quedar-se inerte frente às imposições do mercado, mostrando-se imperativa a intervenção, uma vez que o instituto teria por escopo conciliar a liberdade de competição com valores outros, tais como a correição de comportamentos, a tutela da saúde e segurança dos indivíduos e a transparência nas relações³⁶⁴.

Para além da função reparatória, são identificados numerosos outros propósitos a serem desempenhados pela responsabilidade civil. Ademais, não apenas as funções preventiva e punitiva são memoradas pela doutrina especializada, não se desconhecendo a plêiade de desígnios atribuídos ao secular instituto. Alude-se à responsabilidade extracontratual, assim, como forma de reivindicação de direitos primários das vítimas³⁶⁵, bem como exercendo ainda funções demarcatória³⁶⁶ e admoestatória³⁶⁷. Além dessas funções, há de se mencionar, entre

³⁶³ “Aunque esta noción centrada en la idea de reparación del daño causado a la víctima ha venido a ser un punto casi non debatido en la actualidad, non puede desconocerse que el régimen de responsabilidad, al mismo tiempo y di manera casi inevitable y complementaria, desempeña otras funciones que deben serle reconocidas” (TALCIANI, Hernán Corral. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. 2. ed. Santiago: Legal Publishing, 2013, p. 60)

³⁶⁴ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 107.

³⁶⁵ STEVENS, Robert. *Torts and rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 2.

³⁶⁶ “Se trata de establecer una delimitación de fronteras entre los ámbitos de libertad de actuación y aquellos otros en que se otorga una cierta dosis de protección a determinados bienes e intereses, que, por esta misma razón, entrañan límites a la libertad o autolimitaciones de la misma en la medida en que determinadas actuaciones libres puedan imponer un grado de responsabilidad” (DÍEZ-PICAZO, Luís. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999, p. 43).

³⁶⁷ López Herrera trata da função admoestatória de forma apartada das funções punitiva e preventiva, parecendo aquela se identificar com o efeito psicológico que para o responsável tem a imposição da obrigação de reparar (HERRERA, López. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Lexis-Nexis, 2006, p. 39). Esta concepção, entretanto, sofre críticas justas da doutrina, uma vez que a noção externada subsume-se à função preventiva ou punitiva da indenização, não sendo possível sustentar-se a existência de uma função admoestatória distinta das outras (PICASSO, Sebastián. *Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*. *Revista de responsabilidad civil y seguros*: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación, año 17, n. 4, p. 5-23, 2015, p. 9).

outras, a expressiva³⁶⁸, a de minimização de custos sociais³⁶⁹ e mesmo a reconciliatória³⁷⁰.

Assinala-se, portanto, com razão, que atualmente se atribui à responsabilidade civil um excesso de funções, em verdadeira esquizofrenia de fins e objetivos, circunstância esta que impede a recondução desta seara a um fundamento indiviso, bem assim obstaculiza que sejam levados em conta princípios unitários de aplicação³⁷¹. A multiplicidade de intentos, por consequência, afasta o estudo da responsabilidade de seu clássico e mais importante desiderato, o de reparar ou ao menos minizar a lesão perpetrada. A reparação do dano, outrora erigida ao patamar de principal balizador da responsabilidade civil, cede terreno a escopos outros, muitas vezes trasladados de ramos jurídicos que não guardam qualquer correlação com o instituto em apreço.

3.1.1 Inaplicabilidade da indenização punitiva no sistema jurídico brasileiro

Em consonância com a aludida tendência de expansão funcional da responsabilidade civil, tem-se realizado no Brasil a transposição pouco refletida, a fórceps, do instituto da indenização punitiva (*punitive damages*³⁷²), figura jurídica tradicionalmente consagrada pelo sistema da *common law*. Embora se trate de instituto de origem alienígena, a utilização do

³⁶⁸ Scott Hershovitz, utilizando um antigo caso norte americano, *Alcorn v. Mitchell*, sustenta que a indenização comunica ou expressa uma mensagem, segundo a qual o ofensor violou os direitos de outrem. Deste modo, o dinheiro carrega uma mensagem igualitária, restaurando uma condição de igualdade moral que havia se perdido com a prática do ato ilícito (EMHART, Alberto Pino. *No sólo quieren dinero: la función expresiva de la responsabilidad extracontractual*. Disponível em:

<https://www.academia.edu/34696000/No_s%C3%B3lo_quieren_dinero_La_funcion%C3%B3n_expresiva_de_la_responsabilidad_extracontractual>. Acesso em: 16 maio 2018).

³⁶⁹ Vislumbra-se, como funções da responsabilidade civil, a redução da quantidade e da gravidade dos acidentes, o emprego de mecanismos de socialização dos danos e a redução dos custos administrativos (PAPAYANNIS, Diego Martín. *Fundamentos económicos de la responsabilidad extracontractual*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p. 108).

³⁷⁰ “A *wrongful act* distances people from one another. It tears apart social bonds. When past wrongs persist as present threats, people are separated from one another by fear and distrust. If this is the case, then to right the wrong is to repair this rupture. Successful atonement would be a matter of bringing people together again-or reconciliation. (...) Reconciliation between wrongdoer and victim involves the restoration or establishment of a civil relationship between the victim and the wrongdoer” (RADZIK, Linda. *Making amends: atonement in morality, law and politics*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 80-82).

³⁷¹ BUERES, Alberto J., Culpa y riesgo: sus ámbitos, *Revista de Derecho de Daños*, Creación de riesgo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 40/41.

³⁷² Tem aludido a doutrina ser esta a melhor forma de traduzir *punitive damages*, em razão da inadvertida tradução literal para danos punitivos, expressão que não guarda correspondência com o instituto (MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito Brasileiro). *R. CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 16). Segundo o *Black's Law Dictionary*, o verbete *damage*, quando utilizado como adjetivo, relaciona-se à compensação monetária por perdas e danos. Por sua vez, o substantivo *damages* vem assim definido: “*money claimed by, or ordered to be paid to, as compensation for loss or injury*”. Dano, ao final, corresponde apenas ao vocábulo no singular (GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 7. ed. St. Paul, Minnesota: West Group, 2009, p. 393).

caráter punitivo da indenização³⁷³ em terras nacionais não encontrou resistência em âmbito doutrinário e jurisprudencial³⁷⁴, de modo que rotineiramente a quantia arbitrada a título de reparação pelos danos extrapatrimoniais suportados vem acrescida de parcela concernente ao caráter educativo da condenação, ainda que não explicitamente revelada.

Compulsando-se os julgados prolatados no cotidiano forense brasileiro, constata-se, com tranquila facilidade, que parcela considerável dos tribunais aplica³⁷⁵, de forma quase mecânica, a precitada teoria, sem realizar, no âmbito da construção da decisão, a análise necessária e providencial da recepção do instituto pelo ordenamento jurídico brasileiro, mormente em se considerando as suas nuances dogmáticas, típicas de um sistema jurídico por demais dessemelhante ao *civil law*, em que a teoria foi erigida.

Acrescente-se ainda a circunstância agravante de que, nas decisões usualmente proferidas, o valor da indenização punitiva sequer resta especificado de forma apartada, vindo sempre indistintamente associado ao montante determinado a título de compensação, não restando claro se consistente em método de arbitramento equitativo da indenização ou se afirmativo de categoria autônoma³⁷⁶, em nítida violação à garantia constitucional do devido processo legal, na medida em que impede que as partes tomem conhecimento de qual parcela da condenação equivale à reparação dos danos³⁷⁷.

Exsurge imprescindível, portanto, em face da transposição da figura jurídica ao ordenamento nacional, analisar se as particularidades apresentadas pela mesma, em razão de sua distinta origem, compatibilizam-se com as disposições do ordenamento brasileiro, avultando-se a importância, neste ponto, do estudo do Direito Comparado. A comparação

³⁷³ No direito italiano, fala-se mesmo em uma *funzione afflittiva*: “*Secondo alcuni il risarcimento del danno non patrimoniale risponde allo scopo di affliggere il danneggiante, realizzando così l'obiettivo di appagare la voglia del danneggiato di reagire al fatto illecito*” (CRICENTI, Giuseppe. *Il danno non patrimoniale*. Padova: CEDAM, 1999, p. 391). No mesmo sentido: PETRELLI, Patrizia. *Il danno non patrimoniale*. Padova: Cedam, 1997, p. 122-126.

³⁷⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed., rev. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 217-218.

³⁷⁵ Estudos realizados por Rafael Peteffi da Silva e Mark Pickersgill Walker, nos Tribunais de Justiça da região Sul, no Tribunal de Justiça de São Paulo e no Superior Tribunal de Justiça, mediante consultas jurisprudenciais até 31 de dezembro de 2014, evidenciam uma clara tendência de crescimento da utilização das expressões *punitive damages*, danos punitivos e indenização punitiva, revelando a vasta acolhida da tese em solo nacional. (SILVA, Rafael Peteffi da; WALKER, Mark Pickersgill. *Punitive damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. *Revista Sequência* (Florianópolis), n. 74, p. 295-326, dez. 2016).

³⁷⁶ ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. *Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 12, ano 4. p. 211-252. São Paulo: RT, jul.-set. 2017, p. 227 e 235.

³⁷⁷ HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 232-236.

jurídica se faz necessária em razão das notáveis diferenças existentes entre a cultura jurídica anglófona, de onde provém o instituto, em relação à tradição romano-germânica, apontando-se a sua função eminentemente crítica e mesmo subversiva do dogmatismo e das concepções estereotipadas³⁷⁸.

3.1.1.1 A pena privada na tradição romano-germânica

Distinguiam-se, no Direito Romano clássico³⁷⁹, duas vias sancionatórias aptas a tutelar situações jurídicas de relevo. De um lado, os instrumentos que tinham por escopo exclusivamente impedir ou neutralizar as consequências do ato ilícito praticado, fundados em critérios meramente econômicos e patrimoniais, caracterizavam-se pela equivalência entre prejuízo sofrido e ressarcimento. Em outro viés, as soluções calcadas no “ódio ao culpado”³⁸⁰, em razão de terem sucedido o instituto da vingança privada, preconizavam que ao dano efetivamente causado deveria corresponder, como pena, um múltiplo econômico duplo, triplo ou quádruplo³⁸¹. A bipartição entre ilícitos civis e penais, outrossim, fundamenta-se na particular magnitude da ofensa perpetrada, ou sua irreparabilidade³⁸², não se tratando de critério ontológico.

A crescente e firme cisão dos planos ressarcitório e punitivo, oriunda de fatores variados, podendo-se citar a influência dos ideais de justiça comutativa de São Tomás de Aquino, encontrou amparo na codificação oitocentista, permeada de valores burgueses e liberais, introduzindo a rígida distinção entre a matéria civil e penal, tendo como fato determinante a contraposição entre os setores público e privado³⁸³, imprescindível à ampla circulação de bens e desenvolvimento do comércio³⁸⁴, outrora obstado pela ação do poder absolutista. Outrossim,

³⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito Brasileiro). R. CEJ, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar., 2005, p. 16.

³⁷⁹ Ressalva Bruno Carrá que, em seus albores, o Direito Romano não divisava a distinção entre a responsabilidade civil e a penal (CARRÁ, Bruno. *Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistemológicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 116).

³⁸⁰ VOCI, Pasquale. *Risarcimento e pena privata nem diritti romano classico*. Milano: Giuffrè, 1939, p. 12.

³⁸¹ MARTINS-COSTA; PARGENDLER, op. cit., p. 17.

³⁸² SCOGNAMIGLIO, Renato. *Responsabilità civile e danno*. Turim: Giappichelli, 2010, p. 20.

³⁸³ GRIVOT, Débora Cristina Hohenbach. Limites ao valor da indenização: o problema da função punitiva da responsabilidade civil. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; VITAL DA ROCHA, Maria. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 618.

³⁸⁴ “O Código Civil dos franceses introduzira, como uma de suas maiores inovações, a separação rigorosa entre a matéria civil e os tipos penais, distinção que começara já pela opção de criar diferentes documentos legislativos para cada uma dessas disciplinas. Como esclarece Hans Hattenhauer, a separação não era devida a qualquer esforço de cientificidade ou sistematização, mas, sim, à rígida divisão entre o Direito Público e o Direito Privado (...)”

a pena privada romana passa a ser encarada como resquício de barbárie das civilizações mais antigas³⁸⁵.

Com efeito, a noção de ato ilícito já havia sido elaborada e surgira, pela primeira, vez, no Código prussiano de 1794, o primeiro da era das codificações, apartando-se da noção de delito, tal como concebido no Direito Romano, trazendo como nota característica o atrelamento à ideia de vontade individual. O *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), por sua vez, de igual modo, no final do século XIX, registrou a superação do caráter penal da indenização encontrado na tradição romanista, adequando, por obra de Savigny, as matrizes e fontes romanas, de modo a espelhar o momento histórico da elaboração da codificação³⁸⁶.

Em que pese a consolidação, nos países da Europa continental, do ideal de separação criteriosa entre as esferas civil e penal, o debate acerca da função punitiva da indenização volta a ganhar corpo com a teoria sustentada por Boris Starck, em meados do século XX, na França, revivendo a concepção defendida por Louis Huguency, em sua tese de doutorado, intitulada *La peine privée em droit contemporain*. Embora devidamente abandonada, a teoria da indenização como forma de sanção torna-se útil com o desiderato de combater a ideia, então prevalente, de que o dano moral não seria ressarcível, de forma que, ainda que a aferição da extensão do dano não pudesse ser realizada com rigor científico, o adimplemento da quantia fixada poderia ter, exclusivamente, a natureza de punição³⁸⁷.

Em verdade, na prática, embora a temática ainda hoje seja discutida, tendo inclusive sido proposta a inserção da previsão dos *punitive damages* no ordenamento civil francês³⁸⁸, por meio

(MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 201).

³⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito Brasileiro). *R. CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar., 2005, p. 18.

³⁸⁶ GRIVOT, Débora Cristina Holenbach. Limites ao valor da indenização: o problema da função punitiva da responsabilidade civil. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; VITAL DA ROCHA, Maria. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 618. Há quem discuta, entretanto, o caráter puramente compensatório das indenizações: “*The german attitude towards punitive damages is somewhat schizophrenic. On the one hand, since the enactment of the German Civil Code, the general German attitude toward punitive damages is that damages have to be purely compensatory. The German law of damages is a monistic system. What presumably does not fit into this scheme will be labeled as exceptions. On the other hand, and likewise since the beginning of the German Civil Code, there is a long and steady line of court decisions that do not fit into this scheme*” (BEHR, Volker. *Punitive Damages in America and German Law - Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts*. *Chicago-Kent Law Review*, v. 78, art. 6, abr. 2003, p. 105-161).

³⁸⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 220.

³⁸⁸ “*This provision has probably been partly inspired by the position in Québec. The new Civil Code of Québec incorporates punitive damages and this has probably convinced many French lawyers, including the drafters of the Avantprojet, that this mechanism, though it originates from the common law, can be reconciled with the principles of the civil law tradition*” (BORGHETTI, Jean-Sébastien. *Punitive damages in France*. In: KOZIOL,

do Anteprojeto de Reforma do Direito das Obrigações, apresentado em setembro de 2005 ao Ministro da Justiça, o fato é que o caráter sancionatório da indenização não recebeu acolhida em terras francesas³⁸⁹, insistindo sempre a Corte de Cassação no respeito ao postulado da restituição integral, consubstanciado na célebre expressão “*tout le dommage, mais rien que le dommage*”, positivado no art. 1.382 do Código Civil francês³⁹⁰.

A discussão ganhou terreno também na Alemanha, quando, em 1955, não se mostrando a ideia de compensação suficiente em todos os casos³⁹¹, passou-se a repensar a natureza do *Schmerzensgeld*, tendo se assinalado servir a figura jurídica a dois propósitos, devendo não apenas o ofensor compensar a vítima, mas também adquirindo a indenização caráter de satisfação (*Genugtuung*)³⁹². O significado da expressão, entretanto, sempre permaneceu obscuro e, embora a corte tenha enfatizado que a indenização pela dor e sofrimento suportados não possua função punitiva, diversos autores³⁹³ compreendem que a ideia de satisfação acabou

Helmut; WILCOX, Vanessa (Ed.). *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009, p. 70). Dispõe o art. 1.621 do *Code Civil du Québec*: “*Lorsque la loi prévoit l’attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive. Ils s’apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l’étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers*”.

³⁸⁹ A Corte de Cassação francesa, abalizada por forte corrente doutrinária, se opôs de forma firme à possibilidade de aplicação dos *punitive damages*, por considerar que a responsabilidade civil não deve ter uma função penal, asseverando ainda que “*la gravedad de la culpa no puede justificar una condenación superior al valor del daño*” (PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*. Reimp. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 375).

³⁹⁰ LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos *punitive damages*. *Revista de Direito Privado*, v. 45/2011, p. 165 – 216. Jan - Mar / 2011, p. 203.

³⁹¹ “*This idea of fair compensation by payment of money will, however, fail in cases where the claimant is so well situated that he can afford every form of amenity even without any payment from the tortfeasor. Since neither § 253 II BGB nor the former § 847 BGB establishes exceptions for such cases, the character of the provision could not fully be explained by the concept of fair compensation. In search of further elements, the Great Senate thus stated that the provision, on a second level, also aimed at providing satisfaction for the infringement, an idea already known to Swiss law*” (MARKESINIS, Basil S.; COESTER, Michael; ALPA, Guido; ULLSTEIN, Augustus. Hannes. *Compensation for personal injury in English, German and Italian Law: comparative outline*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 62).

³⁹² “*In the words of the Great Senate, ‘... damages for pain and suffering have a dual function. They are meant to provide the injured party with adequate compensation for that kind of damage. At the same time, however, they are meant to indicate that the tortfeasor’ owes the victim ‘satisfaction’ for what he has done to him.’ This latter element, however, brings the tort award close to the realm of criminal law and since punitive damages in civil actions are, on the whole, frowned upon in the civil law systems, this heading has caused considerable discussion*” (MARKESINIS, Basil S.; UNBERATH, Hannes. *The german law of torts: a comparative treatise*. Oregon: Hart, 2002, p. 919).

³⁹³ Este é o entendimento, por exemplo, de Bernd-Rüdiger Kern: “A pesquisa revela o entendimento da jurisprudência de que satisfação é pena privada. É discutível o motivo pela qual ela nem sempre expressa isso claramente, embora a sua formulação esteja tão próxima quanto possível da pena, sem no entanto empregar a palavra mesma” (KERN, Bernd-Rüdiger. A função de satisfação na indenização do dano pessoal: um elemento penal na satisfação do dano? Tradução de Lélío Candiota de Campos. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 17, p. 25-46, 1999, p. 46). Em sentido semelhante, assim se posiciona Raymond Youngs: “*The concept of punitive damages is not necessarily unacceptable. Schmerzensgeld (‘pain and suffering compensation’) may have an element of punishment. It is supposed to be a ‘satisfaction’ to the claimant for what he or she has endured, but*

por introduzir um elemento penal na responsabilidade civil. Parece prevalecer, entretanto, o entendimento de não ter a compensação caráter de pena, haja vista que, enquanto a punição serve o interesse público, não estando no âmbito de atuação do direito civil, a satisfação concerne aos interesses privados das pessoas. Outrossim, a Constituição alemã prevê procedimentos processuais peculiares para a cominação de penalidade, bem assim fornece remédios específicos contra sua imposição, circunstância esta não atendida pela lei processual civil. Neste sentido, assinalou a Corte Federal que o fato de o ofensor já ter sido sentenciado no âmbito criminal não produz efeitos na quantificação dos danos no subseqüente julgamento civil³⁹⁴.

A Suprema Corte Alemã (*Bundesgerichtshof*) voltou a enfrentar a problemática no ano de 1992 (BGH, 04 de junho de 1992), por ocasião do debate acerca da homologação de sentença estrangeira contendo condenação a *punitive damages*. Em 1984, um jovem rapaz foi condenado a uma extensa pena de reclusão em razão da prática de abusos sexuais contra um menor, logrando, entretanto, transferir-se para a Alemanha, país de sua nacionalidade, onde possuía bens de raiz, passando então a lá residir. Além da pena privativa de liberdade, a Corte Suprema do Estado da Califórnia, em 24 de abril de 1985, condenou o jovem ao pagamento da vultosa importância de US\$ 750,260,00, dos quais US\$ 400,000,00 consistiam em indenização punitiva. Pleiteou-se, por conseqüência, a homologação do *decisium* e a sua execução³⁹⁵.

Em 1ª instância, o Tribunal de Düsseldorf (*Landgericht*) entendeu ser a sentença executável, julgado este ratificado pelo *Oberlandgericht* (equiparável ao Tribunal de Justiça), limitando este, entretanto, a execução ao montante de US\$ 275,325. A Suprema Corte Alemã, por seu turno, considerou, relativamente aos *punitive damages*, que a execução restaria obstaculizada pelo limite de ordem pública³⁹⁶ previsto no parágrafo 723, II, 2ª parte e parágrafo 328, I, n. 4, do ZPO, sob o fundamento de que o ordenamento alemão consagra, em razão da prática de uma ação ilícita, o direito ao ressarcimento dos danos sofridos, e não o

may, in theory, be influenced by the defendant's means. Moreover, in defamation cases, it may be necessary for compensation to contain a deterrent element" (YOUNGS, Raymond. *English, French & German comparative law*. 3 ed. New York: Routledge, 2014, p. 522).

³⁹⁴ MARKESINIS, Basil S.; COESTER, Michael; ALPA, Guido; ULLSTEIN, Augustus. Hannes. *Compensation for personal injury in English, German and Italian Law: comparative outline*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 62-63.

³⁹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 253-254.

³⁹⁶ BEHR, Volker. Punitive Damages in America and German Law - Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts. *Chicago-Kent Law Review*, v. 78, art. 6, abr. 2003, p. 105-161.

enriquecimento sem causa do ofendido³⁹⁷. Ressaltou-se, no julgado, que a função punitiva e a função pedagógica seriam unicamente aplicadas por meio do Direito Penal³⁹⁸.

Há de se mencionar ainda que nem mesmo a Corte Europeia de Direitos do Homem tem admitido a execução de indenização punitiva em seu âmbito de atuação. Ao revés, tem, de forma reiterada, recusado a condenação em *punitive damages*. Citam-se, como exemplos, os casos *Akdicar v. Turquia*, de 1 de abril de 1998. *Selçuk e Asker v. Turquia*, de 24 de abril de 1998; *Mendes e outros v. Turquia*, de 24 de julho de 1998 e *Cable e outros v. Reino Unido*, de 18 de fevereiro de 1999³⁹⁹. Ainda que ocasionalmente a linguagem utilizada em documentos legislativos ou judiciários aluda a formas não compensatórias de indenização, não parece se poder concluir ter a indenização punitiva papel de relevância no âmbito da União Europeia⁴⁰⁰ e dificilmente pode esta ser interpretada como um apelo sério para a expansão deste conceito em toda a Europa⁴⁰¹.

3.1.1.2 A pena privada na tradição anglo-americana

Diferentemente do quanto ocorrido na Europa continental, a condenação do ofensor a uma quantia fixada a título de *punitive damages*, também denominados *exemplary damages* ou ainda *smart money*, encontrou assento e guarida na Inglaterra, já nos primórdios da *Common Law*. De fato, o modelo de indenização múltipla, calcado no Direito Romano clássico, ingressou no sistema anglo-americano embasando o direcionamento das ações penais, por meio dos

³⁹⁷ “The court argued that modern German civil law has restricted damages to include only those that compensate the plaintiff and, consequently, has abolished damages that lead to eventual enrichment of the victim and punishment of the defendant” (BEHR, Volker. *Punitive Damages in America and German Law - Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts*. *Chicago-Kent Law Review*, v. 78, art. 6, abr. 2003).

³⁹⁸ Na Áustria, entretanto, de acordo com os artigos 1.323 e 1.324 do ABGB, nos casos de negligência grosseira, todo o dano, inclusive o lucro cessante, deve ser compensado. Por outro lado, em se tratando de negligência leve, apenas o dano emergente deve ser indenizado, o que leva à conclusão de que a gradação da extensão da compensação revela que a noção de pena se faz presente (KOZIOL, Helmut. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2009, p. 83)

³⁹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 257.

⁴⁰⁰ A indenização punitiva não é reconhecida pela lei italiana, ainda que a ofensa tenha sido severa e repreensível tenha sido a conduta do infrator. Sob a influência da legislação americana, alguns estudiosos chegaram a propor fossem os *punitive damages* agasalhados pelo ordenamento italiano, mas esta proposta não recebeu grande acolhida (COESTER, Michael; ALPA, Guido; ULLSTEIN, Augustus. Hannes. *Compensation for personal injury in English, German and Italian Law: comparative outline*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 83).

⁴⁰¹ KOCH, Bernhard A. *Punitive damages in european law*. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Ed.). *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009, p. 208.

legisladores ingleses da época de Eduardo I, encontrando as primeiras previsões⁴⁰² no *Statue of Gloucester*⁴⁰³ e no *Statue of Westminster*⁴⁰⁴.

Reconhecem-se como paradigmáticas, e quiçá pioneiras na temática, as decisões proferidas nos emblemáticos casos *Wilkes v. Wood* e *Huckle v. Money*⁴⁰⁵, ambos de 1763, oriundos de um mesmo fato, consistente na arbitrariedade estatal na emissão de mandados genéricos para a apreensão de quaisquer autores, editores e tipógrafos que estivessem envolvidos na publicação do número 45 do então existente jornal semanal *The North Briton*, por conta de publicação de artigo anônimo de teor alegadamente ofensivo ao governo do Rei George III e seus ministros. Mediante a ordem de Lord Halifax, então Secretário de Estado do Rei, os mandados expedidos, sem a identificação nominal dos suspeitos, deram ensejo à prisão de 49 pessoas. No primeiro caso, o autor do artigo, John Wilkes, membro da oposição no Parlamento, foi detido, tendo sua residência sido invadida e revirada por mensageiros do Rei. Irresignado, Wilkes protocolou uma *action for trespass* em face de Mr. Wood, subsecretário de Estado, responsável pela supervisão pessoal da execução do mandado. O júri, atento às peculiaridades do caso, fixou a soma indenizatória em £1000 (mil libras)⁴⁰⁶. Por sua vez, *Huckle*⁴⁰⁷, modesto tipógrafo, embora tenha ficado detido por apenas seis horas, e recebido,

⁴⁰² Em sentido semelhante: “*Perhaps the first English provision for multiple damages was enacted by Parliament in 1275: ‘Trespassers against religious persons shall yield double damages.’ Including this first statute, Parliament enacted at least 65 separate provisions for double, treble and quadruple damages between 1275 and 1753*” (OWEN, David G. A punitive damages overview: functions, problems and reform. *Villanova Law Review*, v. 39, p. 363-413, 1994, p. 368). Assim também: “*And so in a characteristically English fashion punishment was to be inflicted in the course of civil actions: it took the form of manifold reparation, of penal and exemplary damage*” (POLLOCK, Frederick; MAITLAND, Frederic William. *The history of english law before the time of Edward I*. 2. ed., v. II. Cambridge: Cambridge University Press, 1898, p. 522).

⁴⁰³ BLAKEY, G. Robert. Of characterization and other matters: thoughts about multiple damages. *Law and contemporary problems*, v. 60, n. 3, p. 97-125, 1997, p. 105.

⁴⁰⁴ MASSEY, Calvin. R. The excessive fines clause and punitive damages: some lessons from History. *Vanderbilt Law Review*, v. 40, n. 6, p. 1.233-1.276, 1987, p. 1.265.

⁴⁰⁵ OWEN, loc. cit.

⁴⁰⁶ O Lord Chief Justice Pratt, ao abordar a questão, obtemperou: “*The defendant claimed a right, under precedents, to force persons' houses, break open escritorios, and seize their papers, upon a general warrant, where no inventory is made of the things thus taken away, and where no offenders' names are specified in the warrant, and therefore a discretionary power given to messengers to search wherever their suspicions may chance to fall. If such a power is truly invested in a secretary of state, and he can delegate this power, it certainly may affect the person and property of every man in this kingdom, and is totally subversive of the liberty of the subject*” (COOLEY, Thomas M. *A treatise on the constitutional limitations*. 5. ed. New Jersey: The Lawbook Exchange, 1998, p. 367).

⁴⁰⁷ Em *Huckle v. Money*, Lord Camden, o Chief Justice, cunhou, pela primeira vez, o termo *exemplary damages* para descrever a parte da indenização que excedeu o que foi concedido a título de *actual damages*: “*I think they have done right in giving exemplary damages. To enter a man's house by virtue of a nameless warrant, in order to procure evidence, is worse than the Spanish Inquisition; a law under which no English man would wish to live an hour; it was a most daring public attack made upon the liberty of the subject*” (RUSTAD, Michael L.; KOENIG, Thomas H. *In defense of tort law*. New York: New York University Press, 2001, p. 25).

durante este lapso temporal, tratamento civilizado⁴⁰⁸, restou contemplado com o montante de £300 (trezentas libras), quase trezentas vezes o salário semanal percebido por ele de seu empregador⁴⁰⁹.

Em realidade, a doutrina cuja raiz remonta ao século XIII alcançou desenvolvimento nos idos do século XVIII, como forma de justificação da reparação de danos extrapatrimoniais, visto não ser possível, em um primeiro momento, atribuir-se valor aos prejuízos tidos por intangíveis⁴¹⁰. Ainda que a indenização punitiva tenha sido hodiernamente alargada para também abranger os danos patrimoniais⁴¹¹, no que se diferencia de forma capital do quanto aplicado no Brasil, inicialmente cingia-se ao espectro do dano extrapatrimonial⁴¹², confundindo-se as funções compensatória e punitiva. Os *exemplary damages* eram, desta forma, incluídos na categoria de *compensatory damages*, ante a impossibilidade de se sustentar o caráter compensatório da indenização por dano moral⁴¹³.

Entretanto, é somente no transcorrer do século XIX, tanto na Inglaterra quanto nos EUA, que o conceito de *actual damages*, categoria que representa os danos efetivos, incluídos os compensatórios, passa a abarcar também os prejuízos imateriais, de modo que a função compensatória inicialmente desempenhada pelos *exemplary damages* é trasladada aos *actual damages*, restringindo-se a indenização punitiva às funções de punição (*punishment*) e

⁴⁰⁸ “The defendant kept him in custody about six hours, but used him very civilly by treating him with beef steaks and beer, so that he suffered very little or no damages” (KENNY, Courtney Stanhope. *A selection of cases illustrative of the english law of tort*. 5. ed. Cambridge: University Press, 1928, p. 215).

⁴⁰⁹ ANDRADE, Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização*. 2003. 281 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2003, p. 129.

⁴¹⁰ As indenizações concedidas nos casos de danos extrapatrimoniais poderiam ser majoradas em atenção às circunstâncias agravantes do caso concreto (*aggravated damages*). Assim, a título exemplificativo, no caso *Tullidge v. Wade*, realizou-se ponderação em relação à hora e o lugar do insulto, tendo se reconhecido que ser ofendido no Royal Exchange era muito mais grave do que se o fato tivesse ocorrido em uma sala privada. Evidenciava-se, assim, certa dificuldade em apartar, inicialmente, as noções de *punitive damages* e *aggravated damages*. Tem-se procedido a distinção da seguinte forma: “*Punitive damages differ in purpose from aggravated damages. Punitive damages are awarded to punish the wrongdoer, whereas, aggravated damages are awarded to compensate the plaintiff for increased mental suffering due to the manner in which the defendant behaved in committing the wrong or thereafter*” (TALIADOROS, Jason. The roots of punitive damages at common law: a longer history. *The Cleveland State Law Review*, v. 64, n. 2, p. 251-302, 2016, p. 253).

⁴¹¹ “The third doctrinal transformation of punitive damages was the expansion of punitive damages into products liability and business torts. This has taken place during the post-war period. The doctrine of punitive damages in products liability and business torts appeal to very different audiences, and they have been treated as separate phenomenon by American scholars” (SEBOK, Anthony J. Punitive damages in the United States. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Ed.). *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009, p. 165).

⁴¹² MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito Brasileiro). *R. CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 18.

⁴¹³ LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos punitive damages. *Revista de Direito Privado*, v. 45/2011, p. 165 – 216, Jan - Mar / 2011, p. 173-174.

prevenção (*deterrence*)⁴¹⁴. Tal é a consagração da demarcação dos âmbitos de atuação destas categorias que os mais variados relatórios da Comissão de Direito da Inglaterra e de Wales destinados a uniformizar a questão foram assim denominados⁴¹⁵.

Conquanto a primeira aplicação aparente do caráter punitivo tenha se dado ainda no século XVIII, os contornos de sua aplicação somente se tornam claros e definidos a partir do *leading case* *Rookes v. Barnard*, julgado em 1964, ocasião em que a *House of Lords*, e mais especificamente *Lord Devlin*⁴¹⁶, estabeleceu severa restrição às hipóteses de incidência do instituto, que somente poderia ser empregado em três situações: a) demandante ofendido por ação arbitrária de servidores governamentais, violadora de seus direitos fundamentais; b) conduta do demandante ensejadora de um proveito com ato ilícito (*tort*); c) autorização legal (*statute*)⁴¹⁷.

Referencia-se que a segunda categoria⁴¹⁸ assume especial relevo na prática forense, aplicando-se aos casos de difamação escrita (*libel*), em que o ofensor tem prévia consciência de que a lesão à honra produzida será possivelmente superior ao montante atribuído a título de indenização⁴¹⁹. A primeira categorização⁴²⁰, de outro lado, é apontada como responsável pela

⁴¹⁴ MARTINS-COSTA; PARGENDLER, Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito Brasileiro). *R. CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 18.

⁴¹⁵ LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos punitive damages. *Revista de Direito Privado*, v. 45/2011, p. 165 – 216, Jan - Mar / 2011, p. 174.

⁴¹⁶ Em passagem histórica, assim se pronunciou Lord Devlin, acentuando a repulsa ao caráter arbitrário dos atos praticados com abuso de poder: “*Where one man is more powerful than another, it is inevitable that he will try to use his power to gain his ends; and if his power is much greater than the other’s, he might perhaps be said to be using it oppressively. If he uses his power illegally, he must of course pay for his illegality in the ordinary way; but he is not to be punished simply because he is the more powerful. In the case of the government it is different, for the servants of the government are also the servants of the people and the use of their power must always be subordinate to their duty of service. It is true that there is something repugnant about a big man bullying a small man and very likely the bullying will be a source of humiliation that makes the case one for aggravated damages, but it is not in my opinion punishable by damages*” (WILCOX, Vanessa. Punitive damages in England. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Ed.). *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009, p. 9).

⁴¹⁷ VON BAR, Christian; DROBNIG, Ulrich. *The interaction of contract law and tort and property law in europe: a comparative study*. München: Sellier, 2004, p. 112-113.

⁴¹⁸ “Quanto ao ilícito lucrativo, a Câmara dos Lordes entendeu, apropriadamente, que o lucro, em si, não era um requisito, mas sim a mera intenção de obtê-lo ilicitamente, já que o propósito do julgamento era ensinar ao réu que ‘o crime não compensa’” (HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 63).

⁴¹⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 70.

⁴²⁰ A Corte chegou a esclarecer que a expressão “*servants of government*” designava todos os servidores públicos, e não apenas os funcionários da realeza: “*This distinction has been attacked on two grounds: first, that it only includes Crown servants and excludes others like the police who exercise governmental functions but are not Crown servants and, secondly, that it is illogical since both the harm to the plaintiff and the blameworthiness of the defendant may be at least equally great where the offender is a powerful private individual. With regard to the first I think that the context shows that the category was never intended to be limited to Crown servants. The contrast is between ‘the government’ and private individuals. Local government is as much government as national government, and the police and many other persons are exercising governmental functions. It was unnecessary*

instituição da função punitiva autônoma no direito inglês, sendo que os primeiros casos conhecidos, tal como os já mencionados *Huckle v. Money e Wilkes v. Wood*, ambos decididos em 1763, além de *Benson v. Frederick*, de 1765, dizem respeito a atos de abuso praticados por uma corte reconhecidamente autoritária⁴²¹.

Diferentemente do mito que se formou em torno do instituto, com a falsa crença de serem concedidas indenizações fartas e milionárias, a figura dos *punitive damages* na Inglaterra apresenta-se como instituto jurídico bem delimitado, com contornos restritos e requisitos rigorosamente demarcados, de modo que a aplicação da indenização punitiva somente ocorre em casos excepcionais, nas hipóteses expressamente reconhecidas pelos precedentes que fundamentam a teoria em território inglês⁴²².

O *leading case Rookes v. Barnard*, além de especificar as três situações em que seria cabível a incidência da indenização punitiva, destacou quais os fatores devem ser levados em consideração no momento da aferição pelo júri. Preambularmente, anota-se que a legitimidade para dar início à demanda é exclusiva do ofendido, evitando-se com isso a desvinculação absoluta dos *punitive damages* da pessoa do lesado. Em segundo plano, registra-se a necessidade de observância do postulado da moderação⁴²³ e, por fim, utiliza-se como critério de ponderação a capacidade econômica das partes, aproximando-se do fator de discriminação que é maciçamente empregado pela jurisprudência brasileira⁴²⁴.

Em acréscimo, alude o magistrado à doutrina inglesa que veio a ser denominada de “*if, but only if test*”, tornando ainda mais restrita a aplicação da indenização punitiva, cuja incidência se limitaria aos casos em que a compensação, por si só, não fosse suficiente para punir o ofensor pela conduta praticada. Assim, somente seria concedida a indenização nos

in Rookes v. Barnard to define the exact limits of the category. I should certainly read it as extending to all those who by common law or statute are exercising functions of a governmental character” (INGLATERRA, House of Lords. *Broome v. Cassel & Co. Ltd.* [1972] A.C. 1027. Julgado em 23 de fevereiro de 1972. Disponível em: <<http://uniset.ca/other/rossminster/broome.html>>. Acesso em: 28 outubro 2018).

⁴²¹ LEVY, Uma visão cultural dos punitive damages. *Revista de Direito Privado*, v. 45/2011, p. 165 – 216, Jan - Mar / 2011, p. 175.

⁴²² “*The general thrust of Lord Devlin’s judgment was that exemplary damages were anomalous and should be carefully confined to these three categories of case. On the other hand, he also expressed that in the first two categories of case, exemplary damages could serve a valuable purpose*” (STEELE, Jenny. *Tort law: text, cases, and materials*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 545)

⁴²³ “*The second consideration is that judges/juries must adhere to the principle of moderation i.e. an award of exemplary damages should be the minimum necessary to meet the public purpose underlying such damages, that of punishment and deterrence. This is so as the power to award exemplary damages constitutes a weapon and while it can be used in defense of liberty, it can also be used against liberty*” (WILCOX, Vanessa. *Punitive damages in England*. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Ed.). *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009, p. 25).

⁴²⁴ LEVY, op. cit., p. 181.

termos pleiteados se, e somente se – *if, but only if*, a quantia fixada não se apresentar como apta a também sancionar o ato ilícito perpetrado⁴²⁵.

De maneira distinta do que aconteceu na Inglaterra⁴²⁶, nos Estados Unidos os *punitive damages* alcançaram forte expansão, mormente no que se refere às indenizações decorrentes de acidente de consumo (*products liability*), de forma que os montantes arbitrados superaram, em muitos casos, a casa do milhão de dólares⁴²⁷. Mesmo tendo se originado do *common law*, o instituto se desenvolveu independentemente de outras nações da *Commonwealth*, experimentando significativas mudanças no decorrer do tempo⁴²⁸.

O primeiro caso de aplicação da indenização punitiva em território americano parece ter sido *Genay v. Norris*, nos idos de 1784⁴²⁹, ocasião em que um médico foi condenado por inserir, durante um duelo, de forma sorrateira, grande dose de droga sedativa na bebida do autor, causando o desmaio daquele em público e a derrota na particular disputa. A Suprema Corte da Carolina do Sul (EUA) entendeu que, no histórico caso, o demandante teria sofrido dor extrema

⁴²⁵ “*This test has since been reiterated in countless cases and underlines the punitive effect inherent in compensatory damages so that ‘compensatory damages are always part of the total punishment’.* It also exposes punitive damages as being a top-up award. The ‘if, but only if’ direction is thus said to be vital for the avoidance of double counting” (WILCOX, Vanessa. Punitive damages in England. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Ed.). *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009, p. 26-27).

⁴²⁶ No caso *AB v. South West Water Services*, julgado em 1993, limitou-se ainda mais a utilização do instituto, ao introduzir-se no direito inglês o “*cause of action test*”, entendendo-se que somente haveria condenação em *punitive damages* se existisse um precedente de idêntico objeto e anterior a 1964 (PIPE, Gregory S. Exemplary damages after Camelford. *The modern law review*, v. 57, issue 1, p. 91-101, jan. 1994, p. 93). A regra restou suprimida, entretanto, no caso *Kuddus v. Chief of Constable of Leicestershire*, datado de 2001, superação esta endossada pelo Governo no parecer *Law on Damages*, lavrado em 2007, ocasião em que se assentou que não deveria haver outras aberturas para a indenização punitiva, uma vez que o desiderato da legislação civil deveria ser apenas o de reparar danos. Consta do item 198 do mencionado documento: “*The Government accepts the decision in Kuddus, which represents a sensible change removing an arbitrary restriction on claims, but considers that there should be no further lessening through statute of restrictions on the availability of exemplary damages. The purpose of the civil law on damages is to provide compensation for loss, and not to punish. The function of exemplary damages is more appropriate to the criminal law, and their availability in civil proceedings blurs the distinctions between the civil and criminal law. The Government does not intend any further statutory extension of their availability*” (THE LAW ON DAMAGES. Department for Constitutional Affairs. Consultation Paper, CP 9/07, 04/05/2007, p. 78. Disponível em: <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/consult/damages/cp0907.pdf>>. Acesso em: 28 outubro 2018).

⁴²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 229.

⁴²⁸ SEBOK, Anthony J. Punitive damages in the United States. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Ed.). *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009, p. 156.

⁴²⁹ Em sentido contrário, afirmando remontar a utilização dos *punitive damages* ao ano de 1791, em razão do julgamento do caso *Coryell v. Colbough*: RESEDÁ, Salomão. *A aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro*. 2008. 321 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008, p. 243.

e excruciante, revelando a necessidade de fixação de quantia pecuniária a título de indenização punitiva⁴³⁰.

Em virtude da aparente desproporção entre o dano sofrido e o valor arbitrado, tornou-se conhecido⁴³¹ o caso *Liebeck v. McDonald's Restaurants*, em que uma idosa de 79 anos, de forma acidental, derramou café quente em seu colo, queimando gravemente as nádegas, coxas e vulva, tendo sido contemplada com vultosa indenização, a título de *punitive damages*⁴³². Sublinhe-se que, antes da citada ocorrência, haviam sido registradas cerca de 700 reclamações contra a temperatura do café ao longo de dez anos, fato este que foi levado em consideração pelos jurados quando da fixação do montante indenizatório⁴³³.

Em que pese a Sra. Stella Liebeck tenha agido de forma aparentemente imprudente, ao colocar o copo entre as pernas, ao mesmo tempo em que tentava remover-lhe a tampa⁴³⁴, o corpo de jurados do Estado do Novo México, sensibilizados com as fortes imagens fotográficas da pele queimada, devidamente exploradas durante o julgamento, decidiu, em quatro horas de deliberações, atribuir a quantia de 200 mil dólares à autora, a título de danos compensatórios, e nada menos que 2,7 milhões de dólares por danos punitivos. O juiz da causa, Robert H. Scott, entendendo haver desproporção no valor arbitrado, reduziu o montante arbitrado a título de *punitive damages* para 480 mil dólares⁴³⁵ e, embora a quantia recebida pela vítima permaneça em segredo, em razão de terem as partes chegado a um acordo com cláusula de

⁴³⁰ LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos punitive damages. *Revista de Direito Privado*, v. 45/2011, p. 165 – 216, Jan - Mar / 2011, p. 187.

⁴³¹ Flávio Higa entende não ter o caso a relevância que comumente lhe é conferida: “De fato, os reformistas norte-americanos dificilmente obteriam tamanho destaque na propagação de suas ideias quanto conseguiram com a distorção de um ‘precedente’ que, pelas próprias circunstâncias do seu desfecho, não merece, de acordo com as regras do Direito norte-americano, nem sequer essa qualificação jurídica, para efeitos legais” (HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 18).

⁴³² SUNSTEIN, Cass; KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David. Assessing punitive damages. *Yale Law Journal*, v. 107, n. 07, p. 2071-2152, may 1998, p. 2076.

⁴³³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71, nota 226.

⁴³⁴ Diferentemente do quanto relatado pela maioria da doutrina, Michael Rustad e Thomas Koenig asseveram que, em verdade, o veículo era dirigido pelo neto da Sra. Liebeck e que o automóvel se encontrava parado no momento do acidente. Aludem ainda ao fato de que o café foi entregue a uma temperatura entre 82 e 88 graus celsius, sendo que, normalmente, esta bebida é preparada a uma temperatura de 57 a 60 graus celsius, bem assim que a vítima somente ingressou com a devida demanda judicial após o *McDonald's* recusar-se a cobrir as despesas médicas (RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. *In defense of tort law*. New York: New York University Press, 2001, p. 7-8)

⁴³⁵ DUGGER, Cyrus. *Why you should be able to sue Mcdonald's if you spill coffee on yourself*. Disponível em: <http://www.tortdeform.com/archives/2006/09/why_you_should_be_able_to_sue.html>. Acesso em: 28 outubro 2018.

confidencialidade, acredita-se que a Sra. Liebeck tenha obtido soma inferior a 600 mil dólares⁴³⁶.

Não obstante a tradicional larga abrangência do instituto em solo americano, os *punitive damages*, de maneira diversa do que se tem alardeado no Brasil, tem sofrido severa limitação em sua aplicação. De fato, a utilização da indenização punitiva nos EUA foi alvo de numerosas críticas, focadas principalmente no fato da imprevisibilidade e da insegurança jurídica ocasionadas pela falta de critérios no estabelecimento do *quantum indenizatório*⁴³⁷, considerando-a, parte da doutrina, “*a monstrous heresy (...), an unhealthy excrescence, deforming the symmetry of the body of the law*”⁴³⁸.

Em razão do agigantamento da figura jurídica, resultando muitas vezes em condenações nitidamente desproporcionais, personalidades como Sandra Day O’Connor, primeira juíza a integrar a Suprema Corte americana⁴³⁹, se empenharam, já no início da década de 1980, em estabelecer limites mais rígidos às indenizações, resultando na fixação de restrições aos *punitive damages*, consistentes em tetos nominalmente arbitrados (*caps*) ou em quantias que não podem exceder determinada proporção preestabelecida em relação ao *actual damages (ratio)*⁴⁴⁰, por força do “*tort reform moviment*”, que ganhou força nos EUA⁴⁴¹.

Em momento anterior, em 1974, a *Supreme Court of USA*, no caso *Gertz v. Welch*, já havia fixado postulados basilares nos casos de violação à reputação da pessoa. Partindo-se do

⁴³⁶ “*Madame Liebeck a alors menacé d’interjeter appel devant une instance supérieure ; cependant, les parties en sont arrivées bientôt à une entente pour un montant qui n’a pas été divulgué. Selon quelques sources, le montant total final (dommages-interêts compensatoires et dommages exemplaires) était inférieur à 600.000 \$*” (RYAN, Patrick S. Mc Do, Café Brûlant, et un animal domestique dans le four a micro-ondes: une reconsideration de la notion americaine des dommages exemplaires. *Global Jurist Advances*, v. 3, issue 1, article 3, 2003).

⁴³⁷ “*Our principal conclusions stated briefly are that at least in the personal injury cases studied here, people’s moral judgments are remarkably widely shared, but that people have a great deal of difficulty in mapping such judgments onto an unbounded scale of dollars. Shared moral judgments but erratic, unpredictable, and arbitrary awards, possibly even meaningless awards, are a potential product of this difficulty*” (SUNSTEIN, Cass; KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David. *Assessing punitive damages. Yale Law Journal*, v. 107, n. 07, p. 2071-2152, may 1998, p. 2074).

⁴³⁸ BALDWIN, Francis Scott. *Punitive damages revisited*. Disponível em: <https://www.ialt.net/files/public/93_punitive_i4a.pdf>. Acesso em: 28 outubro 2018.

⁴³⁹ “*Justice Sandra Day O’Connor, appointed to the Supreme Court by President Ronald Reagan, in 1981, has served during one of the most politicized and polarized periods of the Court’s history. During her tenure the Court has been ideologically divided as well as the center of various controversies – over the confirmation process, constitutional interpretation, and the legal resolution of contentious social issues*” (MAVEETY, Nancy. *Justice Sandra Day O’Connor: strategist on the Supreme Court*. London: Rowman & Littlefield Publishers, 1996, p. 1)

⁴⁴⁰ “*Of the jurisdictions that recognize punitive damages, only Delaware, New Mexico, New York, Rhode Island, West Virginia, and Wyoming have not enacted one or more of the following reforms: caps, proof, or split-recovery or state-sharing of the punitive damages awards*” (RUSTAD, Michael L. *The Closing of Punitive Damages’ Iron Cage. L.A. L. Rev.*, v. 38, n. 1297, p. 1297-1420, 2005, p. 1300, nota 11).

⁴⁴¹ HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 102-103.

pressuposto de que a *common law* exige apenas culpa nas hipóteses de difamação, regulando a Constituição os casos em que esta é cometida pelos meios de comunicação, estabeleceu-se que, sendo a vítima funcionário ou personalidade pública, necessita-se da comprovação do dolo (*actual malice*), para fins de recebimento tanto da indenização pelos danos sofridos quanto dos *punitive damages*, enquanto que, no que diz respeito aos particulares (*private figure*), basta a comprovação da culpa para recebimento da indenização pelos danos sofridos, exigindo-se o dolo para fins de *punitive damages*⁴⁴².

Conquanto a inconstitucionalidade da fixação da indenização punitiva já houvesse sido alvo de questionamentos perante a Suprema Corte, foi no caso *BMW of North America, Inc. v. Gore*, em 1996, que se reconheceu que a desproporção entre o dano sofrido e a indenização fixada atenta contra o *due process clause*. Fixou-se, a partir de então, que as Cortes estaduais deveriam respeitar diretrizes para arbitramento dos *punitive damages*, com especial atenção para o grau de reprovabilidade da conduta do réu (*the degree of reprehensibility of the defendant's misconduct*), a disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os *punitive damages* e a diferença entre a indenização punitiva concedida pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes⁴⁴³.

O direito norte-americano, ainda que mais timidamente que o direito inglês, tem buscado refrear a expansão do instituto⁴⁴⁴, estabelecendo critérios e parâmetros mais rígidos de aplicação. Ainda assim, deve-se salientar que, em menos de 5% dos casos⁴⁴⁵ em que se pleiteia a indenização punitiva, ela é realmente concedida⁴⁴⁶, concentrando-se a aplicação de *punitive damages* em certos tipos de eventos, como os relativos a danos financeiros e os *intentional tort*

⁴⁴² MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indenização*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 653, nota 1525.

⁴⁴³ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito Brasileiro). *R. CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar., 2005, p. 19

⁴⁴⁴ Tem-se alardeado, em contrário, que, nos últimos 20 anos, em terras americanas, o instituto do *punitive damages* tem experimentado um dramático incremento em sua incidência e magnitude (SUNSTEIN, Cass R. et. al. *Punitive damages: how juries decide*. Chicago: The University of Chicago Press, 2002, p. 1)

⁴⁴⁵ Esta não é a conclusão alcançada por Eisenberg: "*Punitive damages were surprisingly infrequently sought, with requests found in about 10 percent of tried cases that plaintiffs won. State laws restricting access to punitive damages were significantly associated with rates of seeking punitive damages. Punitive damages were awarded in about 30 percent of the plaintiff trial wins in which they were sought. Awards were most frequent in cases of intentional tort, with a punitive award of over 60 percent*" (EISENBERG, Theodore et al. *The decision to award punitive damages: an empirical study*. *Cornell Law Faculty Publications*, Paper 185, 2010. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/185/>>. Acesso em: 28 outubro 2018).

⁴⁴⁶ "*Despite the attention they have received from policy makers and the media, overall punitive damages are awarded infrequently. Previous ICJ research on jury verdicts from 1985 to 1994 in selected jurisdictions indicated that for these selected jurisdictions the overall percentage of verdicts in which punitive damages are awarded is less than 4 percent. This percentage varies between different jurisdictions, ranking from 7 percent in Harris County, Texas (Houston), to less than 2 percent in Cook County, Illinois (Chicago), and New York County, New York (Manhattan)*" (MOLLER, Erik K. Moller; PACE, Nicholas M.; CARROL, Stephen J. *The Journal of Legal Studies*, v. 28, n. 2, p. 283-339, jun. 1999, p. 290).

*cases*⁴⁴⁷, responsáveis, respectivamente, por 47% e 35% das ocorrências, não alcançando qualquer outra espécie de dano mais que 10% de todos os vereditos. Em comparação, a indenização punitiva tem sido sufragada em apenas 2.6% dos casos de acidentes de consumo (*products liability*)⁴⁴⁸.

Em reforço à tese ora esposada, ressalte-se que cinco Estados americanos proíbem, de forma mais ou menos acentuada, a indenização de caráter punitivo⁴⁴⁹. Outros tantos, por sua vez, impõem limites à indenização, tendo a *House of Representatives* do Congresso americano, no ano de 1995, votado e aprovado legislação que limitaria o valor da indenização punitiva ao montante de 250 mil dólares ou o triplo do valor recebido a título de danos compensatórios, norma esta que, embora devidamente aprovada na Câmara e no Senado, acabou vetada em 02 de maio de 1996 pelo então presidente Bill Clinton⁴⁵⁰.

3.1.1.3 Incompatibilidade da indenização punitiva com o sistema jurídico brasileiro

A reparação de danos no sistema brasileiro encontra assento nos arts. 186, 187 e 927 do novel Código Civil de 2002, tendo o legislador pátrio se utilizado de cláusulas gerais no tratamento da matéria, de modo que o campo de atuação do intérprete, sempre balizado pela Constituição Federal, que contempla a irrestrita reparação do dano moral, encontra-se aberto a inúmeras possibilidades hermenêuticas⁴⁵¹. Diversamente de sistemas normativos outros, o ordenamento civil brasileiro consagrou a ideia de atipicidade no ressarcimento de danos extrapatrimoniais, possibilitando a reparação de uma gama ilimitada de violações a direitos da personalidade.

⁴⁴⁷ “*The third major category of torts is a tort in which the primary element is intent. This is an action in which the defendant has manifested an intent to bring about a particular result and, as consequence, the plaintiff was injured. It must be shown that the defendant acted voluntarily, even with the knowledge that the act would almost certainly bring about injury*” (WALSTON-DUNHAN, Beth. 5. ed. *Introduction to law*. New York: Delmar, 2009, p. 240).

⁴⁴⁸ MOLLER; PACE; CARROL, op. cit., p. 290-291.

⁴⁴⁹ Louisiana adotou o sistema de *civil law* em seu código civil, recusando aplicação aos *punitive damages*, exceto mediante autorização estatutória. Nebraska e New Hampshire, em que pese constituídos sob a *common law*, deixaram de albergar, inteiramente, a possibilidade de indenização punitiva. Por fim, Massachusetts e Washington, também componentes do sistema da *common law*, não admitem o reconhecimento dos *exemplary damages*, com exceção de específica autorização estatutória (SEBOK, Anthony J. *Punitive damages in the United States*. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Ed.). *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009, p. 155).

⁴⁵⁰ LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos punitive damages. *Revista de Direito Privado*, v. 45/2011, p. 165 – 216, Jan - Mar / 2011.

⁴⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito Brasileiro). *R. CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 19.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, também disciplinou a matéria, prevendo, em seu art. 6º, VI, que são direitos básicos do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”, caracterizando-se, portanto, por ampla flexibilidade, de modo que se confere ao aplicador do direito, segundo a diretriz da operabilidade⁴⁵², a tarefa de, diante de casos concretos específicos, aplicar a norma.

É neste cenário de relativa indeterminação normativa que surge a controvérsia acerca da aplicação, no sistema brasileiro, da indenização punitiva. Numerosas são as vozes na doutrina que se colocam a favor da função punitiva e pedagógica da reparação de danos extrapatrimoniais⁴⁵³, fulcradas primordialmente na circunstância da insuficiência do atual modelo reparatório, que se mostra incapaz de tutelar adequadamente as diversas espécies de danos da vida moderna, apresentando-se os *punitive damages* como remédio eficaz a todas as mazelas encontradas no sistema de responsabilidade civil nacional. De outro lado, entretanto, a tese tem encontrado resistência⁴⁵⁴ de nomes de peso da literatura jurídica nacional, apoiados na incompatibilidade do instituto com a tradição de *civil law* brasileira, atentos à miríade de dessemelhanças entre o sistema jurídico de origem da figura em comento e as peculiaridades jurídicas da Europa continental, e por consequência, do ordenamento pátrio.

A primeira grande dificuldade enfrentada diz respeito à ausência de expressa previsão legal⁴⁵⁵. Com efeito, em se tratando de pena, e não de mera compensação, à semelhança do que ocorre no Direito Penal, exige-se, à luz do quanto estatuído no art. 5º, XXXIX, da CF/88, a prévia cominação legal, em atenção ao adágio *nulla poena sine lege*⁴⁵⁶. Malgrado a tentativa de

⁴⁵² REALE, Miguel. *Visão geral do projeto de código civil*, v. 13, n. 13/14, p. 139–150, jan./dez., p. 144.

⁴⁵³ Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, no cenário nacional, manifestam-se favoravelmente à tese, por exemplo, Caio Mário da Silva Pereira, Maria Helena Diniz, Sílvio Rodrigues, José Carlos Moreira Alves, Carlos Alberto Bittar, Araken de Assis, Sérgio Severo, Luiz Roldão de Freitas Gomes, Clayton Reis e Sérgio Cavalieri. Posicionam-se, entretanto, contrariamente, José Aguiar Dias, Pontes de Miranda, Wilson Melo da Silva e Orlando Gomes (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 218).

⁴⁵⁴ “A reparação é sem propósito exemplificativo, disciplinar: o que se tem por fito é emenda, correção objetiva. Daí a inconfundibilidade com a pena. O juiz que condena à reparação não pune; pode punir e condenar à reparação. Mas, mesmo então, as sanções são diferentes em conteúdo” (MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Tratado de direito civil*, t. XXII. São Paulo: Borsoi, 1968, p. 183).

⁴⁵⁵ “Para que haja pena, mister se torna, em cada caso, um texto legal expresso que a comine e um delito que a justifique, ou seja, *nulla poena sine lege*. Para que haja um dano basta a simples infringência da ampla regra do *neminem laedere*. O delito, no dano, é apenas o fato gerador, a circunstância determinante dele. E o que no juízo cível se busca ressarcir é apenas a consequência do delito, ou seja, o dano (...). Mira-se, na responsabilidade civil, a pessoa do ofendido e não a do ofensor; a extensão do prejuízo, para a graduação do *quantum* reparador, e não a culpa do ofensor (SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 573).

⁴⁵⁶ ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 12, ano 4, p. 211-252 São Paulo: RT, jul.-set. 2017, p. 242-243.

se inserir o instituto no ordenamento nacional, por meio da alteração do art. 16 do Código de Defesa do Consumidor e a inclusão de parágrafo ao art. 944 do Código Civil, restou fracassado o intuito de adoção explícita da teoria em âmbito nacional⁴⁵⁷.

Não assiste razão à parcela da doutrina que, em razão da contraposição formulada, sustenta ser desnecessária a expressa previsão legislativa, sob o frágil argumento de que o postulado constitucional indicado tem incidência apenas nas relações inseridas no âmbito penal⁴⁵⁸, quando, em realidade, como bem sustenta Maria Vital da Rocha⁴⁵⁹, independentemente da forma que a punição toma, há de ser antecedida por lei, haja vista que a exigência de cominação legal prévia se aplica indistintamente ao gênero das penas. Neste sentido, mesmo as multas pecuniárias adstritas aos tipos penais são também submetidas ao princípio constitucional aludido. Em complemento, ignoram os defensores da tese que o postulado da legalidade se orienta também à proteção do indivíduo, na medida em que impede a aplicação de sanções arbitrárias⁴⁶⁰. Apresenta-se também rúptil a justificativa de que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe o emprego da indenização punitiva como forma de resposta aos ataques perpetrados aos direitos da personalidade⁴⁶¹. Mais uma vez, à vista da escassez de argumentos técnicos sustentáveis, socorre-se a doutrina da dúctil expressão, olvidando-se ainda da existência de numerosos outros instrumentos legalmente previstos aptos a tutelar direitos personalíssimos.

Há de se rememorar que o legislador, quando pretendeu se desvencilhar do postulado da reparação integral, estampado no art. 944 do Código Civil, expressamente positivou esta possibilidade, como ocorre com a faculdade atribuída ao magistrado de reduzir equitativamente a indenização, nos casos de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano (parágrafo único).

Não há como se equiparar, como pretende parte da doutrina, a reparação de danos na tradição da *common law*, fundada primordialmente em precedentes judiciais históricos, com o sistema de ressarcimento vigente na cultura da *civil law*, em que a lei assume o relevante papel

⁴⁵⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 74.

⁴⁵⁸ RESEDÁ, Salomão. *A aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro*. 2008. 321 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008, p. 280.

⁴⁵⁹ ROCHA; MENDES, op. cit., p. 243.

⁴⁶⁰ SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. 2011. 386 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 223-224.

⁴⁶¹ ANDRADE, Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização*. 2003. 281 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2003, p. 192-194.

de organizador do ordenamento, fundamental, assim, no estabelecimento da parametrização da segurança jurídica e previsibilidade do sistema normativo, de modo que o transplante do instituto, ausentes critérios normativos expressos, constitui verdadeira anomalia jurídica⁴⁶², figura intermédia entre o direito civil e penal, aplicando-se penalidades sem as amarras e garantias previstas no sistema criminal⁴⁶³, bem como utilizando-se das presunções próprias do campo processual civil para fazer incidir sanções⁴⁶⁴.

Outro ponto que merece destaque diz respeito ao papel que historicamente o instituto do enriquecimento sem causa exerceu nos países da *civil law*, e, especialmente, no Brasil⁴⁶⁵. Em território nacional, ante as influências de caráter religioso e moral, constata-se nítida dificuldade em se apartar a reparação do dano extrapatrimonial da noção de indenização punitiva, o que tem se refletido de modo direto nas decisões prolatadas sobre a matéria, não se fazendo a devida discriminação dos valores devidos a cada título, considerando-se o aspecto punitivo como imanente à própria indenização por danos morais. A repulsa à ideia de enriquecimento sem causa⁴⁶⁶ e de compensação financeira do sofrimento propiciou a fundamentação da

⁴⁶² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 258.

⁴⁶³ “Fundamental é perceber que nos Estados Unidos os *punitive damages* – não obstante inseridos dentre as sanções civis – possuem natureza penal, e portanto sofrem as mesmas limitações constitucionais que as penas oriundas de decisões criminais” (ROSEVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 196).

⁴⁶⁴ Na Argentina, em que pese o *Proyecto de Código Civil y Comercial de La Nación* tenha previsto, em seu art. 1.714, a figura da *sanción pecuniaria disuasiva*, no âmbito dos direitos de incidência coletiva, estabelecendo critérios para fixação da indenização, tais como a gravidade da conduta do sancionado, sua repercussão social, os efeitos dissuasivos da medida e o patrimônio do ofensor, restou o texto modificado pela Comissão Bicameral, de modo que o novel Código Civil (Lei n. 26.994), vigente desde 01 de janeiro de 2016, deixou de contemplar expressamente o instituto. Entende-se, entretanto, que os denominados *daños punitivos* já teriam sido albergados pelo ordenamento argentino no art. 52 bis da *Ley de Defensa del Consumidor* (UMANSKY, Sandra Natalia. *Funciones de la responsabilidad civil: cambio de paradigmas em el sistema de derecho*. *Revista de la facultad de ciencias económicas*. Resistencia (Chaco), n. 17, p. 107-128, primavera 2016, p. 114-118).

⁴⁶⁵ “Ressalte-se a relevância que o princípio da vedação do enriquecimento sem causa tem em nosso ordenamento. De fato, não raramente seu potencial argumentativo é tão forte que é fácil reconhecer a posição central que ocupa a figura nas decisões de nossos Tribunais. Seja em decorrência de nossa herança cultural católica, seja em virtude do direito canônico nos ordenamentos romano-germânicos, fato é que no sistema da *common law*, ao contrário do nosso, o instituto do *unfair enrichment* é marginal e pouco relevante. Deste modo, aceita-se, com muito mais facilidade, na tradição anglo-saxônica, de matriz predominantemente protestantista, a ideia de autonomia da indenização punitiva, como categoria estanque, a partir da já mencionada inclusão no conceito de *actual damages* dos prejuízos intangíveis, atingindo os *exemplary damages* o patamar de categoria dissociada da reparação por danos morais” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas*. *Revista trimestral de direito civil*, v. 5, n. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004, p. 66).

⁴⁶⁶ O postulado da vedação ao enriquecimento sem causa é caro aos mais diversos países adotantes do *civil law*. Dissertando acerca das peculiaridades do sistema húngaro, assim pontua Attila Menyhárd: “*Awarding punitive damages necessarily results in a benefit being given to the victim at the expense of the tortfeasor without a loss to be compensated or a counter-performance thereby enriching the victim without a justification normally accepted by the law. However, the principle that damages shall not result in a gain to be earned by the victim or in the enrichment of the victim is an important part of the tort law of continental legal systems*” (MENYHÁRD, Attila. *Punitive Damages in Hungary*. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Ed.). *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009, p. 90).

reparabilidade do dano moral na concepção de pena privada, levando, por conseguinte, a um entrelaçamento de conceitos⁴⁶⁷.

Este fato é facilmente verificado ao se analisar que, no sistema da *common law*, os *punitive damages* jamais se afastaram das hipóteses de reparação por danos patrimoniais⁴⁶⁸, circunstância esta sequer cogitada em território nacional, o que demonstra, de forma cabal, que a ideia de indenização punitiva serve muito mais como forma de justificação da reparabilidade dos danos morais do que como modo de sanção pela prática de atos ilícitos. Tal utilização conjugada impossibilita, entretanto, a fixação de critérios bem delimitados na aplicação do instituto, tal como visto no direito inglês e norte-americano, países que adotam parâmetros claros e restritos, por força da atuação judicial.

Atente-se ainda ao fato de que, tal como no direito anglo-americano, a indenização punitiva deveria incidir apenas em casos excepcionais, em que comprovada a atuação do ofensor de modo altamente reprovável, admitindo-se a sua aplicação unicamente nos casos de dolo ou culpa grave. Ocorre que a análise da prática forense brasileira revela o desprezo pela constatação do elemento subjetivo na fixação da indenização punitiva, sendo largamente aplicado o instituto em casos de responsabilidade objetiva⁴⁶⁹, sem qualquer tipo de menção à gravidade da conduta e a violação ético-jurídica⁴⁷⁰.

Conquanto evidencie a incompatibilidade da indenização punitiva com o ordenamento pátrio, parcela da doutrina tem procedido a desambiguação entre o instituto do *punitive*

⁴⁶⁷ LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos punitive damages. *Revista de Direito Privado*, v. 45/2011, p. 165 – 216, Jan./Mar. / 2011.

⁴⁶⁸ ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. *Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 12. ano 4. p. 211-252. São Paulo: RT, jul.-set. 2017. No mesmo sentido: WALKER, Mark Pickersgill; SILVA, Rafael Peteffi da. *Punitive damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. *Revista Sequência* (Florianópolis), n. 74, p. 295-326, dez. 2016, p. 307.

⁴⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito Brasileiro). *R. CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar., 2005, p. 24.

⁴⁷⁰ No direito estadunidense, ainda que algumas vezes se levantem contra a compatibilidade da reponsabilidade objetiva e os *punitive damages*, parece prevaler a ideia de que não se encontra vedada a análise da culpa em tais casos: “*Yet even acknowledging that strict tort eliminates the requirement of proving a manufacturer's fault, this is so only with respect to establishing liability for compensatory damages. As a liability doctrine designed to compensate product accident victims for their actual losses, strict tort theory has never purported to delimit the remedies that might be appropriate if a plaintiff's accident is attributable to some aggravated fault of the manufacturer*” (OWEN, David G. Punitive damages in products liability litigation. *Michigan Law Review*, v. 74, n. 7, p. 1257-1371, jun. 1976, p. 1269). Em solo nacional, por outro lado, sustenta-se que a reinserção do elemento culposo na análise de casos de reponsabilidade objetiva constitui verdadeiro retrocesso, não se mostrando cabível a discussão do componente subjetivo, uma vez já estabelecido o dever de reparar (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil - responsabilidade civil*, v. 3, 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 416).

damages e a utilização do fator dissuasório como forma de arbitramento equitativo da indenização por danos extrapatrimoniais, entendendo que as alusões realizadas à natureza punitiva da indenização, na jurisprudência, não chegam a caracterizar o reconhecimento da figura jurídica alienígena⁴⁷¹. A mera admissão do caráter punitivo da reparação do dano não patrimonial, como elemento de conformação do montante indenizatório, segundo critérios de ponderação axiológica, passaria ao largo da doutrina dos *punitive damages*, de modo que não haveria óbice para sua aplicação também aos casos de responsabilidade objetiva⁴⁷².

Não parecem adequadas, contudo, as soluções apresentadas. Por certo, a predita função punitiva da indenização não guarda qualquer correspondência com a compensação do dano sofrido, não havendo como se sustentar a elevação do montante indenizatório, devido a título de compensação, com o escopo de dissuadir o ofensor da prática de novos atos danosos. O simples fato de não se poder aferir com precisão a extensão do dano moral, tal como sói ocorrer com a lesão material, não permite concluir seja franqueado ao julgador extrapolar, no total arbitrado, o necessário à compensação do ofendido. Tanto assim é que não se logra defender o alteamento das quantias fixadas pelos danos patrimoniais suportados, ainda que os prejuízos sejam de dificultosa liquidação, ou mesmo quando utilizado o arbitramento equitativo como forma de estipulação da indenização.

Evidencia-se, em verdade, por meio da utilização de tal artifício, a aplicação furtiva dos *punitive damages* em solo nacional⁴⁷³, ampliando-se, sem quaisquer tipos de amarras, o *quantum* atribuído à vítima, sendo certo que, na prática, não se vislumbra qualquer diferenciação relevante entre a indenização punitiva e o fator pedagógico-punitivo do dano moral⁴⁷⁴. Outrossim, diferentemente do quanto afirmado, tem a jurisprudência, ao majorar a condenação por danos morais, realizado, de forma crescente e exponencial, expressa remissão

⁴⁷¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 273.

⁴⁷² MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito Brasileiro). *R. CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar., 2005, p. 23.

⁴⁷³ “Obviamente, não estamos cogitando de decisões que, dissimuladamente, aumentem as indenizações, carregando no valor dos danos da vítima, sem declarar que esse aumento é punição ou desestímulo – isso não deve ocorrer, é mau direito” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de danos na responsabilidade civil: o dano social. Novos estudos e pareceres de direito privado*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 378)

⁴⁷⁴ “Atualmente, entende-se que a distinção entre o instituto dos *punitive damages* e o fator pedagógico-punitivo do dano moral não é mais tão clara” (WALKER, Mark Pickersgill; SILVA, Rafael Peteffi da. *Punitive damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. *Revista Sequência* (Florianópolis), n. 74, p. 295-326, dez. 2016, p. 308).

ao instituto estrangeiro, ora empregando a expressão *punitive damages*, ou mesmo as locuções “indenização punitiva” e “danos punitivos”⁴⁷⁵.

De resto, partindo-se da desacertada premissa de que os danos extrapatrimoniais não seriam passíveis de reparação, ainda que parcialmente, bem assim de não ser possível, além de imoral, o pagamento da dor pelo dinheiro, legitima-se a concessão de certa quantia em pecúnia na necessidade de não ser o ofensor mantido impune, afastando-se, por conseguinte, qualquer óbice de cunho ético-social, atrelando-se, deste modo, a indenizabilidade do dano moral à noção de pena privada.

A proeminência da função punitiva da indenização, vastamente aplicada em território pátrio, tem inequivocamente resultado na larga predominância da resposta pecuniária à violação de direitos personalíssimos, funcionando a soma monetária arbitrada como fator de desestímulo à prática de novos atos ilícitos⁴⁷⁶. Deveras, voltada a atenção à repreensão da conduta ilegal, e deslocado o eixo de atuação da responsabilidade civil, satisfaz-se a jurisprudência com a atribuição de determinado montante em dinheiro, figurando mesmo a reparação do dano como efeito secundário da atuação estatal.

O remédio patrimonial, nesta medida, se apresenta como a principal, e quiçá exclusiva, forma de reação ao resultado danoso. Assim, em meio à multiplicidade de espécies de agravos a direitos da personalidade, padroniza-se, em total desatenção às peculiaridades do bem jurídico violado, a resposta empregada, não se cogitando de alternativas outras, tal como a reparação por modos não pecuniários, muitas vezes mais adequada ao caso concreto apresentado.

3.1.2 Inadequação do uso da responsabilidade civil como meio de gestão preventiva de danos

⁴⁷⁵ WALKER, Mark Pickersgill; SILVA, Rafael Peteffi da. Punitive damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Revista Sequência* (Florianópolis), n. 74, p. 295-326, dez. 2016, p. 308.

⁴⁷⁶ Em muitos casos, funciona a indenização como medida voltada unicamente para punir o suposto ofensor, olvidando-se as cortes da real existência de dano moral indenizável. É o caso, por exemplo, do enunciado sumular n. 532 do Superior Tribunal de Justiça, que preceitua ser abusiva a prática comercial de envio de cartão de crédito sem prévia e expressa solicitação do consumidor, gerando o dever de indenizar. Não se vislumbra, no simples fato do recebimento de cartão de crédito, qualquer violação a direito da personalidade, servindo a quantia fixada como forma exclusivamente de penalizar a instituição responsável.

Conquanto não se revele incomum a identificação entre as funções punitiva e preventiva⁴⁷⁷, operando a pena civil como fator de desestímulo à prática de uma conduta tida por indesejada, não parece adequada a assimilação entre as expressões, utilizadas como sinônimas, pois, se bem que toda sanção eficientemente articulada acabe por ter efeito dissuasório, a recíproca não é necessariamente certa, eis que nem toda medida preventiva castiga⁴⁷⁸. Certo é que, não mais se duvida que, muito mais que punições, parece exigir a sociedade moderna, ante a plêiade de novos perigos que contaminam a vida em comunidade, o estabelecimento de um paradigma preventivo⁴⁷⁹.

À vista da aparentemente infundável profusão de novas espécies de danos, avulta a função preventiva da multifacetada responsabilidade civil como forma de gerenciamento de riscos, pronta a atender os anseios de segurança de uma sociedade em que, malgrado a existência de numerosos outros mecanismos de contenção de danos, vê-se impelida, em consequência da inadequada utilização destas tradicionais estruturas, a tatear por soluções outras. O secular instituto civilista, nesta toada, classicamente voltado à reparação da lesão perpetrada, passa a também a se atentar a soluções *ex ante*, centrando suas preocupações no momento anterior à concretização do dano.

Nota-se, destarte, um crescimento exponencial de adeptos à tese de que à responsabilidade civil compete não apenas reparar a lesão sofrida⁴⁸⁰, mas também, e talvez até primordialmente, evitar a prática da conduta ilícita, havendo mesmo quem anuncie o ocaso ético da técnica meramente reparatória⁴⁸¹. Neste sentido, sustenta-se que a contemplação do dano não pode reduzir-se ou limitar-se à dimensão *ex post*, haja vista que a ameaça ou

⁴⁷⁷ É o que defende, por exemplo, Clayton Reis, para quem o “desestímulo da ação ofensiva do lesionador é o resultado de um processo de intimidação, inibição, constrangimento, perda de vontade, e, ainda, dentre outros, uma forma de abrandar, através da punição, no espírito do ofensor o seu *animus aemulandi*” (REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 164)

⁴⁷⁸ “*En parecido orden de ideas conviene no utilizar las expresiones ‘indemnizaciones disuasorias’ e ‘indemnizaciones sancionatorias’ como si fueren sinónimas, pues no lo son en absoluto ya que si bien toda sanción eficientemente articulada disuade, lo recíproco no es cierto: no toda medida disuasoria castiga; disuasión no equivale necesariamente a sanción. Una indemnización estrictamente compensatoria bien fijada también disuade sin castigar*” (CODERCH, Pablo Salvador; PALOU, María Teresa Castiñeira. *Prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 115).

⁴⁷⁹ CARRÁ, Bruno Leonardo. *Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistemológicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 65.

⁴⁸⁰ “*El Derecho Civil no puede conformarse con la mera respuesta reparadora frente al daño y renunciar a la prevención del mismo. Pretender que permanezca impasible ante la inminencia de un daño, de su agravación o de su repetición, es tanto como crear y justificar un derecho a perjudicar*” (LLAMAS POMBO, Eugénio. *Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños*. In: MORENO MARTINEZ, Juan Antonio; ALMAGRO NOSETE, José (Coord.). *Manual de derecho civil: obligaciones*. Madrid: Dykinson, 2007, p. 449).

⁴⁸¹ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 106-111.

probabilidade de seu acontecimento é igualmente perturbadora de interesse que merece tutela e deve ser reputado suficiente para ativar o mecanismo legal⁴⁸².

No Direito argentino, as questões associadas a evitar e punir os danos, em conjunto com a função ressarcitória, são tratadas sob o rótulo comum do “*derecho de daños*”⁴⁸³, expressão original inaugurada em 1963 por Jaime Santos Briz, em sua obra homônima, ocasião em que já defendia não serem incompatíveis os postulados de compensação e prevenção, atuando este último em um espectro mais amplo, afetando não somente a reparação, a qual tende a evitar, mas também constituindo direta derivação do dever geral de não lesar a outro⁴⁸⁴. Em apoio ao desiderato preventivo da responsabilidade, tem-se sustentado que a primazia desta função ajuda a manter hígida a paz social, a harmonia e a solidariedade, ressaltando-se ainda que a reparação, mesmo que seja sua intenção, nunca é tão justa e equitativa a ponto de restaurar as coisas ao seu estado anterior⁴⁸⁵.

Guido Alpa⁴⁸⁶, por sua vez, alude à função de *deterrence* como objetivo a ser perseguido pela responsabilidade civil, ao lado de outros escopos, cambiantes de acordo com o tempo e lugar, mencionando ainda as funções de reação à prática do ato ilícito, com a consequente reparação do dano, de repristinação ao *status quo ante* e de reafirmação do poder de sanção do Estado. As mutações do período histórico e do ambiente social impactam diretamente, ainda segundo o autor, na proeminência de uma função sobre a outra, prevalecendo, no atual instante histórico, os desígnios de compensação da vítima e desestímulo do ofensor. Afasta o jurista italiano os demais desideratos discriminados, em razão de, por um lado, se mostrar inviável a restituição da vítima ao estado anterior à lesão, e, por outro, entender que o poder punitivo estatal deve ser exercitado fora da órbita de atuação do Direito Civil.

O vocábulo *deterrence*⁴⁸⁷, portanto, tem sido largamente utilizado como sinônimo de prevenção, explicitando o papel dissuasivo desenvolvido pela norma para fins de desestímulo

⁴⁸² UBIRÍA, Fernando A. *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2015, p. 47.

⁴⁸³ PIZARRO, Ramón Daniel; VALLESPINOS, Carlos Gustavo. *Instituciones de derecho privado: obligaciones*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, t. 2, pág. 462.

⁴⁸⁴ “*En el Derecho de indemnización daños, y especialmente en el punto de reparación de éstos tienen especial importancia la idea de la prevención y la de compensación*” (BRIZ, Jaime Santos. *Derecho de daños*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 251).

⁴⁸⁵ ITURRASPE, Jorge Mosset. Prevención versus reparación. Daño a la persona. Derecho a la no discriminación. Daño por discriminación. *Revista de Derecho de Daños: prevención del daño*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, p. 7-25, 2008, p. 10.

⁴⁸⁶ ALPA, Guido. *La responsabilità civile: parte generale*. Turim: UTET Giuridica, 2010, p. 159-196.

⁴⁸⁷ A locução é assim definida no *Black’s Law Dictionary*: “*The act or process of discouraging certain behavior, particularly by fear; esp., as a goal of criminal law, the prevention of criminal behavior by fear of punishment*” (GARNER, Bryan A. *Black’s Law Dictionary*. 7. ed. St. Paul, Minnesota: West Group, 2009, p. 460). Em

de um determinado comportamento ilícito⁴⁸⁸. O recurso linguístico é também empregado mais especificamente pelos teóricos da escola da *Law and Economics*, consistindo o efeito de desestímulo, neste caso, na incidência de regras de mercado, mediante a alocação de recursos, fundando-se a intimidação ou eficácia deterrente em fatos econômicos⁴⁸⁹. Guido Calabresi⁴⁹⁰, nos idos de 1970, em sua conhecida obra *The Costs of Accidents*, defendendo constituir a responsabilidade civil modo de destinação, segundo critérios econômicos, de certas utilidades ou recursos, procede a distinção entre *specific deterrence* e *general deterrence*, perseguindo o primeiro o fim de equilíbrio entre custos de prevenção e indenização por meio de ações políticas ou coletivas (disciplina legislativa), ao passo que o segundo delega a decisão⁴⁹¹ aos próprios agentes de mercado⁴⁹².

Não apenas o postulado da prevenção é diuturnamente invocado como forma de gerenciamento de riscos sociais (*Risikogesellschaft*), despontando, ao revés, o princípio⁴⁹³ da precaução, introduzido pelo direito ambiental⁴⁹⁴, como meio de evitar a ocorrência não apenas de danos certos ou prováveis, mas também de lesões possíveis, ainda que incertas. A mera lucubração da existência de algum risco potencial, mesmo que não suficientemente atestado

português, “o verbo deter, ou seja, fazer parar, tem basicamente o mesmo significado que em inglês. O verbo ‘deter’ vem do verbo latino *deterreo*, *ere*, que tem como tradução desviar, afastar, dissuadir, desencorajar” (LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 84).

⁴⁸⁸ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 165, nota 147.

⁴⁸⁹ LOPEZ, loc. cit.

⁴⁹⁰ CALABRESI, Guido. *The costs os accidents: a legal and economic analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970, p. 95.

⁴⁹¹ “Esta noción de prevención general se refiere a los casos en los que la prevención surge de la decisión del propio autor de la conducta potencialmente riesgosa: ante la posibilidad de enfrentarse al pago de una indemnización, cada persona puede decidir si prefiere colocarse en esa situación o adoptar las medidas que reduzcan la probabilidad de causar un daño y quedar condenado al pago de una indemnización” (ACCIARRI, Hugo A., Funciones del derecho de daños y de prevención. *La Ley*, n. 23, p. 1-9, fev. 2003, p. 3).

⁴⁹² SANTOLIM, Cesar. Nexo de causalidade e prevenção na responsabilidade civil. *Revista Ajuris*, v. 41, n. 136, p. 70-100, dez. 2014, p. 93.

⁴⁹³ “No estudo da natureza jurídica do ‘princípio da precaução’ como fazendo parte da responsabilidade civil, pode surgir a dúvida se esse ‘princípio’ não seria, na verdade, apenas um *standard* no qual o juiz deveria se apoiar para entender se no caso *sub judice* a precaução existiu ou não. Isso acontece porque o princípio e o *standard* se assemelham. Ambos são flexíveis e têm conteúdo indeterminado, o que permite ao direito acompanhar a realidade social” (LOPEZ, op. cit., p. 93).

⁴⁹⁴ Notícia-se que a primeira manifestação escrita do postulado da precaução teria sido a *Charte* que Jean de Lévis de Mirapoix confeccionou, em 1303, com o fim de normatizar a venda de carne na aludida cidade, buscando combater os riscos não identificados nessa época (Ibid., p. 97). Na seara jurídica, a noção de precaução é introduzida primeiramente na seara ambiental (*Umweltschutz*), tendo se originado na Suécia e na Alemanha através do *Vorsorgeprinzip*: “In law, the first use of a general Precautionary Principle appears to be the Swedish Environmental Protection Act of 1969. In the same period, German environmental policy was founded on the basis of *Vorsorgeprinzip*, a precursor of the Precautionary Principle. With respect to risks, German policy has been described as seeing ‘precaution’ as a highly interventionist idea, one that embodies “a loose and open-ended interpretation of precaution” (SUNSTEIN, Cass. *Laws of fear: beyond the precautionary principle*. Cambridge: Cambridge Press, 2005, p. 16).

pela ciência, escusa, segundo esta teoria, a adoção de medidas que visem evitar a ocorrência do dano, forçando o acolhimento de medidas de salvaguarda⁴⁹⁵. O dano, assim, outrora protagonista no campo da responsabilidade civil, passa a representar, não raras vezes, elemento meramente secundário, atuando a ciência jurídica não mais para reparar a lesão ocasionada, mas, ao revés, antecipando-se a esta, buscando impedir e obstaculizar a própria existência do risco, embora ainda eivado pela mancha da incerteza.

Ganha destaque no cenário jurídico, conseqüentemente, até mesmo a ideia de uma responsabilidade civil sem dano, voltada à prevenção e precaução de lesões graves e irreversíveis, ante a impossibilidade de restauração das coisas ao estado anterior. As sementes desta concepção ampliada de responsabilidade são lançadas, pioneiramente, por Catherine Thibierge⁴⁹⁶, professora da Faculdade de Direito de Orléans, na *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, sob o título “*Libre propos sur l’évolution du droit de la responsabilité vers un élargissement de la fonction de la responsabilité*”, para quem as noções de responsabilidade e indenização não podem ser baralhadas. Opera-se, deste modo, verdadeira cisão na responsabilidade civil⁴⁹⁷, bipartida, a partir de então, em modelos reparatório e preventivo, não se resumindo a tradicional seara civilista ao ressarcimento de danos, ainda que esta constitua sua primordial finalidade⁴⁹⁸.

Em terras nacionais, Daniel de Andrade Levy⁴⁹⁹, forte nos ensinamentos da mencionada autora francesa, sugere a fragmentação da responsabilidade civil, denominando “direito dos danos” a parcela que teria por substrato hermenêutico a proteção da vítima e os efeitos do ilícito. Por seu turno, o chamado “direito das condutas lesivas” cuidaria da pesquisa do ilícito sob a ótica de suas causas, visando precipuamente dissuadir e desestimular o comportamento faltoso. Como que renascendo das cinzas, a culpa retoma, assim, posto central na teoria geral da responsabilidade civil, revitalizada pela afirmação do postulado da precaução, enaltecendo os deveres de prudência e diligência, considerando-se culpado não somente aquele que não tomou as providências acautelatórias necessárias na presença do risco conhecido e previsível, mas

⁴⁹⁵ CRETELLA NETO, José. *Direito processual na organização mundial do comércio – OMC*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 224.

⁴⁹⁶ THIBIERGE, Catherine. Libre propos sur l’évolution du droit de la responsabilité vers un élargissement de la fonction de la responsabilité. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 3, p. 561-584, jul./set. 1999, p. 570-574.

⁴⁹⁷ CARRÁ, Bruno Leonardo. *Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistemológicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 95-104.

⁴⁹⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 138-139.

⁴⁹⁹ LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 221-222.

igualmente aquele que, diante de da incerteza e da dúvida, não perfilhou medidas para evitar a lesão⁵⁰⁰.

Ainda na doutrina nacional, Thaís Goveia Pascoaloto Venturi⁵⁰¹ advoga também a tese da existência de uma responsabilidade civil sem danos. Estribada na constatação de que o sistema de responsabilidade gira em torno de um vetusto paradigma patrimonialista, propugna a implantação de uma vertente de precaução fundada na utilização da tutela inibitória material, aspirando impedir a própria concretização do dano, amparando-se, em primeiro plano, a defesa de direitos tidos por fundamentais.

No direito francês, Cyril Sintez⁵⁰², ancorado na distinção entre dano e prejuízo, antevê a possibilidade da aplicação de sanções preventivas (*sanctions préventives*), antes mesmo da ocorrência do dano e de consequências materiais, ainda que o risco não seja totalmente conhecido, considerando-se o estado atual da arte. Também no próprio itinerário da prática do dano, ainda que sem a existência completa da lesão, se mostraria viável o emprego de sanções, sendo o caso de reconhecer-se que determinados fatos, embora até o momento não constituam danos ressarcíveis, possuem aptidão para produzir consequências jurídicas diretas, como é o caso de certas práticas nocivas de uso da propriedade, impactando as relações com a vizinhança.

Não obstante os avanços que uma visão prospectiva da responsabilidade civil possa proporcionar à efetiva precaução de danos, não se há de identificar, por certo, a missão preventiva como função precípua do secular ramo do direito civil⁵⁰³. Deveras, o escopo

⁵⁰⁰ Teresa Ancona Lopez defende inclusive a possibilidade de caracterização do chamado “dano de risco”, exemplificando com a hipótese em que pessoas tiveram contato com determinado vírus, como o da AIDS, mas não chegaram a desenvolver a doença, em razão de ainda não ter passado o período da “janela imunológica”, não sendo possível averiguar se o exame vai dar positivo ou não: “Poderá pedir indenização pela ameaça ou risco de desenvolver a doença? O medo constante de ser portador de vírus de doença incurável é, com certeza, dano indenizável. Também poderíamos colocar a hipótese de uma ação civil pública contra o Município do Rio de Janeiro, em nome de toda a população carioca (não somente dos já contaminados), pelo risco de adquirir dengue por falta de precaução da Prefeitura do Rio de Janeiro. O dano aqui é o risco” (LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 139). Em verdade, não percebe a autora que o dano decerto não se identifica com o risco, mas advém, neste caso, da violação contundente de direito da personalidade, mais especificamente a integridade psicológica da vítima, não se afigurando necessária a construção de uma responsabilidade *ex ante* a fim de justificar, na hipótese mencionada, o dever de reparação.

⁵⁰¹ “Nessa perspectiva, evidentemente que a proteção preventiva será tanto mais conveniente ou adequada quanto mais essencial ou fundamental o interesse ou direito tutelado. Se a violação e a lesão a direitos patrimoniais disponíveis podem comportar um tratamento repressivo, o mesmo não ocorre com a violação e a lesão a direitos não patrimoniais e indispensáveis, para os quais a responsabilidade civil deve operar em sentido eminentemente preventivo” (VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 97).

⁵⁰² SINTEZ, Cyril. *La sanction préventive en droit de la responsabilité: contribution à la théorie de l’interprétation et de la mise en effet des normes*. Paris: Dalloz, 2011, p. 451.

⁵⁰³ “Pero – repetimos - tiene que despreciarlo, y dejar la labor preventiva a los especializados derechos penal y administrativo sancionador, cuando su aprovechamiento sea incompatible con las exigencias compensatorias de la justicia conmutativa. Por eso sostenemos que la función indemnizatoria es la función normativa de la

normativo da responsabilidade civil reside na concreta reparação dos danos causados, não se desconsiderando, entretanto, que o ressarcimento da lesão possa provocar, como efeito meramente secundário (*Nebenzweck*), por mais que desejável⁵⁰⁴, o acautelamento de direitos e bens, evitando que novas lesões sejam perpetradas, bem assim que danos se perpetuem no tempo e espaço. A finalidade última e principal da responsabilidade civil, portanto, consiste na reparação do dano⁵⁰⁵, não estando vocacionada à prevenção ou punição, sem prejuízo de que uma ou outra acabem por desempenhar papel complementar⁵⁰⁶.

Ainda que a prevenção e a precaução de danos constituam repercussões reflexas da reparação, não consistem em princípios regentes (*Hauptzweck*) do sistema de responsabilidade civil pátrio⁵⁰⁷, fulcrado na regra geral estampada no art. 944 do Código Civil de 2002, segundo a qual a indenização mede-se pela extensão do dano, de modo que a caracterização da prevenção como função primacial desta seara civilista carece de regulamentação legal, não havendo disposição normativa que autorize a gradação da responsabilidade em razão da periculosidade do comportamento do obrigado.

Por efeito da insuficiente utilização dos meios tradicionais de prevenção de danos, buscase, em mais uma oportunidade, hipertrofiar o instituto da responsabilidade civil, descaracterizando os seus clássicos contornos, de modo a expandir o seu emprego e amplificar o seu raio de alcance, passando a abranger incumbências que lhes são habitualmente estranhas. Através de uma suposta interpretação sistêmica, segundo a qual o conjunto de disposições normativas concernentes à responsabilidade autorizaria o uso precaucional desta figura jurídica, e sob o pálio de vagos e imprecisos princípios gerais do direito, como o sempre invocado

responsabilidad extracontractual; y la prevención, un deseable, aunque poco frecuente en la realidad, subproducto fáctico de la compensación. Y así debe sensatamente seguir siendo" (PANTALÉON PRIETO, Angel Fernando. *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas)*. AFDUAM, n. 4, p. 167-192, 2000, p. 173).

⁵⁰⁴ CODERCH, Pablo Salvador; PALOU, María Teresa Castiñeira. *Prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 118.

⁵⁰⁵ PENA LÓPEZ, José María. *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*. Barcelona: Cálamo, 2004, p. 20.

⁵⁰⁶ "(...) por supuesto, Larenz no rechazaba la función preventiva del Derecho de daños, pero la situaba en un segundo plano considerándola como una especie de efecto secundario por más que deseable: 'ein in vielen Fällen erwünschtes Nebenprodukt'" (CODERCH; PALOU, loc. cit.).

⁵⁰⁷ Tratando sobre o direito alemão, em sentido similar se posicionou Karl Larenz: "*Das tragend Prinzip unseres Schadenersatzrechts ist es jedoch nicht. Allen Fällen des Schadenersatzrechts ist vielmehr gemeinsam, dass der Verletzte für den ihm zugefügten Schaden einem Ersatz, einen Ausgleich erhalten soll. Was als Schadenersatz geschuldet wird, das richtet sich nicht nach dem Sanktions - oder dem Präventionsprinzip, sondern nach dem Ausgleich-gedanken. Er bedeutet, dass dem Geschädigten - sehen wir wieder zuerst einmal von § 254 ab - sein gesamter Schaden, nicht weniger und nicht mehr - ersetzt werden soll, dass er durch die Ersatzleistung so gestellt werden soll, wie er ohne das die Ersatzpflicht des Schädigers begründende Ereignis stehen würde*" (LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts: Allgemeiner Teil*, v., I. München: Beck, 1987, p. 423-424)

brocardo “*alterum non laedere*”⁵⁰⁸, tem-se feito uso do instituto como instrumento de correção de distorções sistêmicas e mazelas sociais⁵⁰⁹.

Com efeito, os meios de controle de serviços essenciais têm se mostrado insuficientes para coibir a prática de ilícitos e a ocorrência de danos. Assim, por exemplo, não se desconhece a ineficiência das agências reguladoras⁵¹⁰, encarregadas de fiscalizar serviços essenciais, como telecomunicações, saúde, transportes e energia, na contenção da execução de reiteradas práticas abusivas por parte de empresas atuantes nos mais diversificados setores da economia, responsáveis, em grande parte, pelas demandas consumeristas que inundam o Poder Judiciário. O insucesso do modelo regulatório deriva, dentre outros motivos, da ausência de recursos destinados às atividades de fiscalização, bem assim da constatação da inexistência de real autonomia e independência dos órgãos reguladores, em verdadeiro fenômeno de captura das agências, seja pelo próprio setor público, quando há uma vinculação da atividade de regulação com interesses políticos de agentes públicos, seja pelo setor privado, na medida em que empresas que exercem os serviços regulados, valendo-se de seu poder econômico, interferem na atividade regulatória⁵¹¹.

O movimento de despenalização de inúmeras condutas ilícitas⁵¹² de menor potencial ofensivo fez surgir a necessidade de uma crescente intervenção da responsabilidade civil na contenção de danos outrora relegados à seara criminal, inflando o feixe de atuação daquela. O estreitamento da esfera de incidência da normatização penal acabou por resvalar,

⁵⁰⁸ “*Del principio alterum non laedere se puede derivar también el deber de adoptar las debidas diligencias para prevenir la producción de los daños. Es decir, se trata de “no dañar” pero también de “evitar que los daños se produzcan”. El moderno derecho de daños se construye con la incorporación de estas nociones preventivas*” (MORENO, Valeria. La prevención en el derecho de daños. *Revista el derecho*, Buenos Aires, n. 14.156, ano LV, p. 1-6, abr. 2017, p. 1).

⁵⁰⁹ SCHREIBER, Anderson. O futuro da responsabilidade civil: um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; VITAL DA ROCHA, Maria. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 724.

⁵¹⁰ Um estudo da Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), vinculada ao Ministério da Justiça, evidenciou que as agências reguladoras não têm cumprido a contento o mister de impedir, no seio de seus ramos de atuação, a prática de danos aos consumidores. O relato indica que, de cada dez consumidores que chegam aos Procons para registrar uma reclamação, nove procuraram antes as operadoras e as agências reguladoras, sem sucesso (NASCIMENTO, Bárbara. *Eficiência das agências reguladoras está em xeque*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/eficiencia-das-agencias-reguladoras-esta-em-xeque-17477333>>. Acesso em: 20 jul. 2018).

⁵¹¹ MELO, Thiago Dellazari. *A “captura” das agências reguladoras: uma análise do risco de ineficiência do Estado Regulador*. 2010. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2010, p. 39-58.

⁵¹² “Seja porque jamais foram preenchidos, seja porque já não existe conteúdo normativo suficiente para preenchê-los, fato é que, cada vez mais, vemos condutas ilícitas ficarem à mercê de uma sanção puramente civil. Some-se a isso um movimento de despenalização de certas condutas sobre as quais o sistema punitivo clássico já não tem – e não quer ter – mais qualquer eficácia” (LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 119).

impropriamente, na dilatação do emprego da indenização como meio de obstar a realização de condutas antes tidas por delituosas, quando, em realidade, poderiam ser mais eficazmente controladas por intermédio de competente regulamentação administrativa, vocacionada à aplicação de sanções *ex ante*.

Há de se notar ainda a aparente predileção, no direito pátrio, pela utilização de mecanismos de tutela individual em detrimento do emprego de ferramentas jurisdicionais coletivas, apesar de estas se apresentarem como instrumentais muito mais efetivos na prevenção da prática e reiteração de danos, particularmente os extrapatrimoniais⁵¹³. Considerando-se que parcela significativa das demandas que tem como objeto a reparação de lesões imateriais versa sobre questões consumeristas⁵¹⁴, não se pode deixar de concluir que a massificação crescente de lides individuais, em prejuízo do uso do cabedal existente no processo coletivo, revela, dentre outras coisas, que o interesse do litigante solitário se apresenta, não raras vezes, associado a desideratos meramente patrimoniais, objetivando unicamente galgar certo proveito econômico, não havendo real desvelo na resolução da problemática sob sua ótica estrutural. Apesar dos significantes avanços no desenvolvimento da tutela coletiva, fato é que impera, talvez em virtude da ainda recente revolução operada no campo da processualística, consolidada apenas a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, um modelo individualista de litígio, inidôneo à efetiva proteção de direitos extrapatrimoniais de massa.

De outro lado, o fortalecimento de um ideal de funcionalidade preventiva, baseado em deveres de diligência e prudência, faz ressurgir o então aparentemente superado modelo subjetivo de responsabilidade, fundado na culpa⁵¹⁵ do ofensor. Ocorre que a noção de

⁵¹³ “A constitucionalização dos direitos e os movimentos pelos direitos humanos e pela efetividade dos direitos fundamentais (como direitos humanos constitucionalizados), partindo dos primeiros documentos internacionais resultantes do fim da II Guerra Mundial, levaram o Direito a um novo patamar pós-positivista e principiológico, exigindo uma nova postura da sociedade em relação aos direitos. A visão dos destinatários das normas jurídicas e do aparelho judicial e não apenas dos órgãos produtores do direito passa a ingressar no cenário. Para tutelar efetivamente os ‘consumidores’ do direito, as demandas individuais, não faziam mais frente a nova realidade complexa da sociedade” (DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 6. ed., v. 4. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 34-35).

⁵¹⁴ “Estudos recentes indicam que ações relacionadas ao direito do consumidor têm grande influência no volume de processos no Poder Judiciário. Somente em 2014, foram mais de dois milhões de casos novos envolvendo responsabilidade do fornecedor ou indenização por dano moral, situando o assunto como o terceiro mais demandado de todos os tribunais, com pelo menos 4% de todas as novas demandas do ano de 2014 (Justiça em Números 2015)” (CNJ. *Justiça Pesquisa: Políticas públicas do Poder Judiciário*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/bd8f715ca9ae1f539cd2d15421e843e7.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018).

⁵¹⁵ “Porém, é certamente com a afirmação do princípio da precaução, muito além do direito ambiental onde nasceu, que a culpa está conhecendo sua revitalização. A culpa de precaução ou prevenção virá alargar a função preventiva e de dissuasão (*deterrence*) dos comportamentos anti-sociais e antijurídicos” (LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 144).

culpabilidade, notadamente de caráter moral e psicológico, espécie de pecado jurídico⁵¹⁶, de difícil aferição científica, bem assim de árdua comprovação probatória (*probatio diabolica*), há muito tem se mostrado incapaz de tutelar as inúmeras novas situações criadas pelas transformações sociais e econômicas, evoluindo a sua concepção para a necessidade de verificação de *standards* de condutas objetivamente consideradas, culminando com o alargamento das hipóteses de responsabilização objetiva⁵¹⁷. A reinserção do elemento subjetivo, por conseguinte, opera na contramão do desenvolvimento do instituto, mormente em se considerando que a análise da culpa permite, ao revés, que o autor do dano consiga se evadir das consequências de seu ato, uma vez não provado o requisito anímico⁵¹⁸.

A análise da responsabilidade à luz de critérios puramente econômicos, segundo uma lógica de custos sociais, se afigura também inconciliável com a tutela de interesses existenciais, visto que, não raro, condiciona a reparação ou prevenção de lesões imateriais a fatores extrajurídicos, atentando-se, em desatenção ao direito personalíssimo violado ou em vias de o ser, a circunstâncias meramente econômicas. A análise da minimização de custos, ainda que possa ser levada em consideração pelo magistrado, no momento da tomada de decisão, constitui fator estranho à sua atuação, pois a perseguição do propósito de justiça distributiva escapa às funções para o qual foi talhado, por depender da investigação de dados e critérios sobre os quais foram formuladas as políticas públicas atinentes a determinado setor⁵¹⁹.

Em solo nacional, entretanto, a função preventiva da responsabilidade civil vem sempre atrelada à elevação do montante fixado a título de indenização em pecúnia, destinado à vítima, aludindo-se, em regra, à uma tríplice missão exercida pelo sistema de responsabilização⁵²⁰. O

⁵¹⁶ “*Dans son acception chargée du sens le plus lourd, la faute éveille les sentiments qui pour un Français sont depuis des siècles liés au mot péché*” (ESMEIN, Paul. La faute et sa place dans la responsabilité civile. *Revue trimestrielle de droit civil*, v. 48, p. 481-490, jan./dec. 1949, p. 482).

⁵¹⁷ “Vislumbra-se, assim, uma nítida objetivação das hipóteses de responsabilidade subjetiva com culpa presumida, seja por força da prática jurisprudencial, seja em virtude da atuação expressa do legislador. Tal tendência não é privativa da experiência brasileira. Por toda parte, as presunções de culpa vêm sendo empregadas de forma cada vez mais abrangente e rigorosa, de modo a reduzir ao máximo a importância da culpa, chegando-se, muitas vezes, a uma responsabilização de tipo objetivo” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 32-33).

⁵¹⁸ CARRÁ, Bruno Leonardo. *Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistemológicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 107.

⁵¹⁹ “Ressalte-se, a propósito, que os efeitos benéficos da orientação que viesse a ser adotada neste sentido dependeriam, essencialmente, da generalidade da medida e da coerência entre as diversas cortes. O próprio domínio dos limites e possibilidades práticas da atuação da Justiça exige, por óbvio, um conhecimento amplo e abrangente da estrutura judiciária, e um poder de alteração das bases estabelecidas para o seu funcionamento, que somente pode ser legitimamente exercido por quem transcenda a microesfera própria de cada magistrado” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 137).

⁵²⁰ Veja-se, a propósito, excerto de decisão exarada, no ano de 2016, pelo Superior Tribunal de Justiça: “(...) A indenização por danos morais possui tríplice função, a compensatória, para mitigar os danos sofridos pela vítima;

acolhimento do desiderato preventivo, nos moldes empregados pela jurisprudência pátria, tal como sói ocorrer com a aplicação indiscriminada dos *punitive damages*, tem resultado numa cada vez mais clara pecuniarização da reparação do dano, servindo a soma monetária como única forma de dissuadir o ofensor da prática de novas condutas lesivas, bem assim supostamente servir como exemplo, no meio social, para que terceiros não venham a realizar comportamentos semelhantes.

Em realidade, a recorrente alusão às funções preventiva e pedagógica exercitadas pela responsabilidade civil serve de mote ao alteamento injustificado das quantias em metal atribuídas às vítimas, não havendo qualquer indício razoável de que esta prática implique na redução de condutas tidas por ilícitas ou danosas por parte das empresas fornecedoras de bens ou serviços. Diversamente, as estatísticas têm revelado a multiplicação de reclamações contra as sociedades empresárias responsáveis pela prestação de serviços essenciais. Assim, por exemplo, em que pese as reiteradas condenações suportadas pelas empresas de setor de crédito, levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) demonstra que as reclamações de consumidores sobre uso indevido dos seus dados pessoais por empresas deste setor cresceram nada menos 1.689,9% entre 2016 e 2017⁵²¹.

Nítida, portanto, a falência dos modelos preventivo e punitivo lastreados na majoração de indenizações fixadas pelo Poder Judiciário, a revelar que a exclusiva resposta pecuniária, nas lides que versam sobre direitos extrapatrimoniais, além de não constituir o modo mais adequado de reparação do dano, não se mostra eficaz na precaução da prática de novos comportamentos danosos. Assim, ainda que se considere a função de prevenção como imanente à responsabilidade civil, o que já se demonstrou não ser correto afirmar, tendo em vista não se tratar de missão normativa do instituto civil, é cediço que a aplicação de fórmula preventiva

a punitiva, para condenar o autor da prática do ato ilícito lesivo, e a preventiva, para dissuadir o cometimento de novos atos ilícitos. Ainda, o valor da indenização deverá ser fixado de forma compatível com a gravidade e a lesividade do ato ilícito e as circunstâncias pessoais dos envolvidos. Indenização no valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), a cargo de cada recorrido, que, no caso, mostra-se adequada para mitigar os danos morais sofridos, cumprindo também com a função punitiva e a preventiva, sem ensejar a configuração de enriquecimento ilícito (...)" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp n. 1440721/GO*. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 11 de outubro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400501100&dt_publicacao=11/11/2016>. Acesso em: 21 jul. 2018).

⁵²¹ ROSSETTO, Ricardo. Reclamações sobre cadastros financeiros crescem 1.344% entre 2015 e 2017. *O Estado de São Paulo*. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,reclamacoes-sobre-cadastros-financeiros-de-consumidores-crescem-1344-entre-2015-e-2017,70002229041>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

calcada na elevação do montante indenizatório conduz a um efeito meramente simbólico⁵²² do procedimento, não reverberando, de fato, no sistema de gestão de riscos da prática empresarial.

A prevenção, longe de pertencer aos domínios da responsabilidade civil, deve ficar a cargo das instâncias talhadas a este desiderato⁵²³, evitando-se a propalação de danos por intermédio de providências que visem o fortalecimento do sistema de controle administrativo, e da apropriada utilização de medidas coletivas de tutela e de inibição⁵²⁴ do ilícito⁵²⁵, de forma a se escapar do desvirtuamento⁵²⁶ dos clássicos contornos da figura jurídica, centrada não mais na reparação adequada da lesão, mas voltada, impropriamente, por meio da retribuição indiscriminada de pecúnia, a prevenir condutas e punir os ofensores.

3.1.3 Função de reparação e compensação do dano extrapatrimonial

Ultrapassada a análise das funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil, há de se perquirir em que consiste, então, o escopo perseguido pela normatização relativa a este campo do direito civil, especialmente pelas regras contempladas no ordenamento nativo.

⁵²² Marcelo Neves, tratando da noção de direito como simbolismo, assevera: “Nesse sentido, ressalta-se que ‘é parte da função do direito reconhecer ideais que representam o oposto exato da conduta estabelecida, desenvolvendo-se, assim, um complicado ‘mundo onírico’. Essa função simbólica do direito seria predominante, sobrepondo-se à sua função instrumental: ‘o observador deve sempre ter presente que a função do direito não reside tanto em guiar a sociedade como em confortá-la’ (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 28).

⁵²³ Bruno Carrá adverte para a necessidade de uma gestão conglobante do dano, atacado por várias frentes: “Nossa posição, assim, vai de encontro às propostas de cisão da Responsabilidade Civil e advoga uma gestão ‘global’ dos riscos por meio de um diálogo interdisciplinar entre os vários ramos do Direito” (CARRÁ, Bruno. *Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistemológicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 104).

⁵²⁴ “Pensamos que a Constituição em seu art. 5º, inciso X garantiu a inviolabilidade da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem. Em caso de inevitabilidade da violação, garantiu a indenização por danos morais e materiais, como via secundária (...). Desta maneira, o melhor sentido interpretativo do texto constitucional como um todo, em nosso modo de ver, é o de garantir, prioritariamente, a inviolabilidade dos direitos de personalidade (e não apenas aqueles descritos no inciso X), podendo haver o uso da tutela preventiva ao ato ilícito para impedir a sua violação e, em não sendo mais isso possível, garantir, aí sim, a tutela reparatória com a indenização por danos” (SILVA, Felipe Ventin da. *A tutela preventiva dos direitos de personalidade e a liberdade de informação jornalística*. 2011. 286 f. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, p. 214).

⁵²⁵ A tutela inibitória, instituto de índole processual, situa-se também fora do âmbito da responsabilidade civil (CARRÁ, op. cit., p. 176-183). Sobre o tema, assim se posicionou Luiz Guilherme Marinoni: “O problema da tutela inibitória é a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, enquanto que o da tutela ressarcitória é saber quem deve suportar o custo do dano, independentemente do fato de o dano ressarcível ter sido produzido ou não com culpa” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 44).

⁵²⁶ “E nem mesmo a caótica intervenção do Estado em áreas sociais críticas – como saúde, transporte, segurança pública – autoriza o superdimensionamento do dever de reparar para a promoção de justiça retributiva entre particulares. Tão grave quanto a ausência de reparação por um dano injusto mostra-se a imputação do dever de reparar sem a configuração de seus elementos essenciais, fazendo-se do agente uma nova vítima” (TEPEDINO, Gustavo. O futuro da responsabilidade civil. *Revista trimestral de direito civil*, v. 24, 2005, editorial).

Inicialmente, não constitui tarefa penosa a constatação de que as terminologias empregadas para designar o ato de cumprimento de dever surgido da violação de um bem da personalidade tem sido alvo de amplo debate, adquirindo, o mais das vezes, caráter meramente acadêmico, sem qualquer repercussão prática, eis que usadas corriqueiramente como sinônimas. Neste sentido, há quem utilize, de forma discricionária, os verbetes “reparação”, “ressarcimento” e “indenização”, como o faz, a título ilustrativo, Acuña Anzorena⁵²⁷. Em sentido semelhante, Lafaille⁵²⁸ engloba todas as formas de reparação sob a alcunha de ressarcimento, enquanto que Fueyo Laneri⁵²⁹, por sua vez, após descartar a possibilidade do uso da expressão “reparação compensatória”, sugere tratar-se simplesmente de indenização satisfativa.

De modo mais preciso, sem recorrer ao generalismo empregado pelos autores apontados, fração significativa da doutrina encontra sentido para o termo ressarcimento na técnica de estimação, por meio de critérios objetivos de mercado, da diminuição de valor sofrida no patrimônio do ofendido e na atribuição a este de determinada soma em dinheiro⁵³⁰ bastante para restituir a riqueza havida antes do evento danoso⁵³¹. Neste ponto, Bonilini⁵³² sustenta aludir o ressarcimento a uma atividade, material ou econômica, apta a restabelecer o patrimônio ao estado em que se encontrava antes da verificação da lesão. Sob essa perspectiva, que aparenta externar a melhor técnica, e é utilizada no curso do presente trabalho⁵³³, o dano moral não é suscetível de ressarcimento, senão de reparação⁵³⁴.

Sob outra perspectiva, no entanto, outros autores entendem que o termo ressarcimento, moldado originalmente para abarcar as hipóteses relativas aos danos patrimoniais, restou

⁵²⁷ ANZORENA, Arturo Acuña. *Estudios de la responsabilidad civil*. La Plata: Platense, 1963, p. 67.

⁵²⁸ LAFAILLE, Héctor. *Derecho civil: tratado de las obligaciones*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1947, p. 216.

⁵²⁹ LANERI, Fernando Fueyo. *De nuevo sobre el daño extrapatrimonial y su resarcibilidad*. Caracas: Mérida, 1972, p. 56.

⁵³⁰ “*In primo luogo ci si è chiesti se sia appropriata la locuzione risarcimento a un danno che mal si presta ad una valutazione pecuniaria sulla base di parametri oggettivi, o se non sia più corretto parlare di riparazione. Sia il codice penale che quello civile usano l'espressione risarcimento. In particolare si osserva che per risarcimento, anche etimologicamente, s'intende reintegrazione del patrimonio nello status quo ante, vale a dire nello stato anteriore alla commissione del fatto illecito dannoso*” (PETRELLI, Patrizia. *Il danno non patrimoniale*. Padova: Cedam, 1997, p. 103).

⁵³¹ “*Para Messineo, el resarcimiento tiene función de reconstitución o restauración del patrimonio del lesionado; éste, y mediante el resarcimiento, debe volver a ser en su valor, ya que no en sus componentes concretos, el mismo que era antes del acto ilícito que lo afectó*” (LÓPEZ, Rafael García. *Responsabilidad civil por daño moral: doctrina y jurisprudencia*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1990, p. 100).

⁵³² BONILINI, Giovanni. *Il danno non patrimoniale*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 160.

⁵³³ Em sentido análogo: “Entendemos, no entanto, diante dos aspectos que podem, na prática, assumir essa problemática, que, com a expressão ‘reparação’, de alcance mais amplo, se compreende todo e qualquer outro efeito satisfativo para o lesado; daí a sua utilização no presente trabalho” (BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 66-67).

⁵³⁴ LÓPEZ, op. cit., p. 101.

conceitualmente alargado, após a emergência da noção de dano moral, estendendo o seu âmbito e significado para abranger também as lesões que não tenham repercussão direta no patrimônio do ofendido. Deste modo, e sob um viés restrito da entrega de pecúnia como exclusivo modo de ressarcir os danos extrapatrimoniais suportados, assevera-se que o pagamento de determinada soma monetária configura outra forma de função ressarcitória, ao lado da equivalência aplicável aos danos patrimoniais⁵³⁵.

Embora muitos autores empreguem a locução “indenização” indistintamente, para referir-se tanto aos danos patrimoniais quanto às lesões imateriais, fração da doutrina advoga não ser possível falar-se tecnicamente em indenização⁵³⁶ do dano moral, visto não ter este valor pecuniário, sendo mensurado apenas segundo regras de estimação⁵³⁷. Não obstante, o termo é largamente empregado no meio doutrinário em ambas as acepções, sendo esta a expressão anotada na Constituição Federal 1988, em seu art. 5º, V, bem assim registrada na sempre lembrada súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça⁵³⁸.

A despeito da controvérsia teórica indicada, fato é que, ao adotar majoritariamente uma concepção subjetiva do dano extrapatrimonial, indissociada das dores e sofrimentos padecidos pelo ofendido, como já se buscou demonstrar, tem a doutrina e jurisprudência agasalhado a tese segundo a qual a indenização da lesão imaterial, comumente atrelada à retribuição de certa quantia em moeda, exerce função eminentemente compensatória⁵³⁹, destinada a abrandar o espírito de aflição da vítima. Indica-se o remédio pecuniário como caminho para aplacar as mágoas experimentadas pelo lesado, proporcionando-lhe meios financeiros para que possa minorar o seu desgaste psicológico, através da aquisição de bens materiais, ou gozo de outros programas de lazer⁵⁴⁰.

⁵³⁵ ROVELLI, Francesco. La risarcibilità dei danni non patrimoniale. *Rivista di diritto privato*, n. 4, p. 266-291, 1933, p. 273-274.

⁵³⁶ “In-denizar, isto é, a ficção jurídica pela qual, mediante a reposição ao estado anterior se torna indene, ‘sem dano’, a parte lesada – é, sem nenhuma dúvida, função precípua da responsabilidade civil” (MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito Brasileiro). *R. CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 17).

⁵³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações*, v. V, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 459. No mesmo sentido: VON THUR, Andreas. *Derecho civil: teoría general del derecho civil alemán*, v. 2. Buenos Aires: Depalma, 1946, p. 57-58.

⁵³⁸ Súmula 37 do STJ. “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

⁵³⁹ “No es dudoso en algunos casos: por ejemplo, el sufrimiento físico suportado puede encontrar una compensación, a veces generosas, en un viaje o mediante distracciones que se procure la víctima con ayuda de la suma que la abona el autor del daño” (BRIZ, Jaime Santos. *La responsabilidad civil*. 3. ed. Madrid: Montecorvo, 1981, p. 439).

⁵⁴⁰ REIS, Clayton. *Dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 80-81.

Parte-se da premissa, de todo equivocada, de que, não sendo possível a recomposição completa do direito da personalidade lesado, resta, como última alternativa, a fim de evitar que a conduta ilícita passe impune, bem assim que a vítima não obtenha qualquer tipo de contrapartida pelo mal sofrido, conferir a esta certa soma em dinheiro, a servir de lenitivo para as aflições vivenciadas. Olvidando-se da possibilidade de reparação do bem jurídico violado, sob a justificativa de se tratar de direito personalíssimo⁵⁴¹, centra-se a doutrina unicamente na necessidade de minoração dos efeitos deletérios da ação danosa sobre o espírito do lesado, sem se atentar, como deveria, para a imperiosa recomposição, ainda que parcial, do interesse existencial transgredido, viável em muitos casos, através da utilização de meios não pecuniários, ainda que acompanhado da atribuição de certa quantia monetária.

É falsa a ideia de que, uma vez ultrajado um direito da personalidade, não subsistem medidas idôneas a reparar o bem jurídico ultrajado. Ainda que em muitos casos o dano extrapatrimonial resulte em sequelas definitivas e irreparáveis, como no caso da perda de um membro do corpo ou mesmo o falecimento de um ente querido, isto não significa que, em tantas outras hipóteses, não se mostre praticável a reparação do dano moral ocasionado. Nestas, impõe-se seja reparado, até os limites do possível, a lesão imaterial sofrida, por intermédio de providências que desbordem da tradicional e conservadora condenação em pecúnia. Não se duvida que a função primordial da responsabilidade civil, mesmo em caso de danos não patrimoniais, consista na reparação do direito violado, partindo o julgador, apenas em caso de impossibilidade constatada, parcial ou total, para o estabelecimento de certa quantia em dinheiro.

A fixação da função reparatória como meta primordial do sistema de responsabilidade por danos extrapatrimoniais não implica, necessariamente, que as coisas sejam repostas com exatidão ao seu estado anterior⁵⁴², mas que o direito da personalidade lesionado suporte, em certa dimensão, medidas de recomposição. Assim, exemplificativamente, não se espera que, em caso de violação à honra de determinada pessoa, retorne o predito direito da personalidade à sua dimensão pretérita, eis que, uma vez divulgados determinados fatos desabonadores, certamente não será o indivíduo visualizado, na vida em comunidade, pelo menos por um certo espaço de tempo, como já o fora em outra oportunidade. Ocorre que o emprego da retratação

⁵⁴¹ “*Perlopiù si conviene sul fatto che il danno morale produce una perdita irreparabile, che non potrà esse colmata dalla corresponsione di una somma di denaro, la quale rappresenta quindi una consolazione per il male subito, mediante la creazione di occasioni di piacere e di svago: si parla anche di compensazione indiretta*” (CRICENTI, Giuseppe. *Il danno non patrimoniale*. Padova: CEDAM, 1999, p. 389).

⁵⁴² SERRA, Adriano Vaz. Obrigação de indenização. *BMJ*, n. 84, p. 5-301, 1959, 132-138.

pública⁵⁴³, a título de exemplo, tem aptidão para, até certo ponto, reparar o bem da personalidade ultrajado, por meio da divulgação das informações transmitidas.

Nos idos de 1897, René Demogue⁵⁴⁴ já assinalava a circunstância de a responsabilidade civil não contar com meios tão variados de reparação quanto os empregados para a consecução de ilícitos, ressaltando que numerosos são os modos de causar danos a outrem, ao passo que as formas de reparar as lesões se apresentam em número extremamente limitado. Indica o autor francês que os artigos 226 e 227 do Código Penal nacional dispunham que, no caso de insultos dirigidos a magistrados ou a outras pessoas revestidas de caráter público, poderia haver a reparação da honra destes personagens, seja em audiência, ou mesmo por escrito. Informa, entretanto, que, em se tratando de uma instituição muito antiga, remontando ao século XIII, e aplicada raramente, apenas nas hipóteses taxativamente explicitadas na legislação, acabou por cair em desuso, tendo sido revogada em 28 de dezembro de 1894. Nota assim o autor que, a par da possibilidade de publicação do julgamento, sobejava unicamente a indenização pecuniária como modo de reparação.

Fato é que a responsabilidade civil pouco avançou no que tange ao alargamento das formas de reparação do dano extrapatrimonial, limitando-se, quase que exclusivamente, a ofertar certa soma monetária como maneira de minorar as angústias experimentadas pela vítima⁵⁴⁵. Parece ainda prevalecer o dogma da completa irreparabilidade da lesão imaterial, conduzindo o intérprete à estreita e uniforme via da pecuniarização do remédio ministrado, em compensação à dor sofrida, desatento à multiplicação de danos que pululam na sociedade moderna, a exigir respostas mais adequadas e particularizadas para cada caso concreto.

No direito materno, em que pese se faça frequente alusão à função reparatória da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais, constata-se que os tribunais têm utilizado a

⁵⁴³ “*En casos de injurias o calumnias, p. ej., la reacción psicológica provocada por la ofensa puede ser irreparable, pero en su aspecto externo las cosas pueden ser retrotraídas a la situación anterior al hecho. Así, en la sentencia que condene al ofensor podrá ordenarse el retiro de un cartel injurioso, la destrucción del libelo infamante o la retractación del ofensor por los mismos medios con que se ocasionara el agravio*” (BREBBIA, Roberto H. *El daño moral: doctrina, legislación y jurisprudencia*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1950, p. 195).

⁵⁴⁴ “*Il s'en faut de beaucoup que la société puisse offrir à ses membres des modes de réparation aussi variés et aussi nombreux que les moyens employés par les délinquants pour leur nuire. Les diverses manières de nuire à autrui sont innombrables, les diverses façons de réparer le mal sont, au contraire, en très petit nombre. En dehors des indemnités pécuniaires, la réparation ne peut revêtir que des formçs peu nombreuses que nous allons indiquer*” (DEMOGUE, René. *Reparación civil de delitos*. Paris: Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1898, 44-47).

⁵⁴⁵ “Assim, mesmo às lesões a interesses não patrimoniais o ordenamento jurídico continua oferecendo, como única resposta, o seu remédio tradicional, de conteúdo estritamente patrimonial, qual seja, a deflagração do dever de indenizar” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 195).

indenização monetária, quase que exclusivamente, como meio de ressarcir o ofendido. Não obstante a função de reparação seja nominalmente aludida, observa-se claramente que não se almeja, em realidade, recompor o direito personalíssimo infringido, não havendo menção a modos alternativos de solução do conflito, ou mesmo a cogitação de formas naturais ou específicas de se reparar a lesão não patrimonial. O escopo reparatório se resume, nos moldes empregados pela jurisprudência pátria, à análise do *quantum* fixado, de modo que a sua concretização depende, em maior ou menor grau, da porção em dinheiro concedida⁵⁴⁶.

Urge superar, nesta perspectiva, o paradigma patrimonialista da responsabilidade civil, ponderando-se que a função primeva desta consiste em reparar adequadamente o dano moral afligido. Para além da resposta meramente pecuniária, que tem se mostrado claramente insuficiente para fins de tutela de interesses não patrimoniais, cumpre descortinar um rol de novas alternativas reparatórias, aptas a atender, de forma mais plena, os anseios da vítima⁵⁴⁷, concretizando, neste sentido, a missão primordial da responsabilidade de buscar a reparação do dano, suplantando-se a compreensão de que a simples retribuição em moeda, como forma de consolo, atende a este desiderato.

Logicamente, nem sempre o direito da personalidade infligido comportará plena ou mesmo parcial reparação, como já se fez notar ao citar-se os exemplos da perda de membro corporal e falecimento de ente querido. Nestas hipóteses, impossibilitada a reparação do dano, e de forma subsidiária, resta a solução monetária como único modo de compensar o ofendido pela lesão sofrida. Nesta perspectiva, não se pode ignorar a função compensatória exercitada pela responsabilidade civil, nos casos em que não se afigure possível reparar, mesmo que limitadamente, o bem personalíssimo transgredido. Desponta a soma em dinheiro, assim, como modo subsidiário ou complementar à reparação da lesão imaterial.

⁵⁴⁶ Veja-se, a propósito, excerto de ementa de julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Pará, em caso no qual se discutia a fixação de determinada quantia como forma de reparação por danos morais, em razão da venda de veículo que já possuía gravame anterior com outra arrendatária: “Outrossim, compreendo que o abalo sofrido pelo apelado ultrapassa a esfera do mero aborrecimento, haja vista que os numerosos transtornos decorrentes da conduta desidiosa do apelante e da revendedora, em clara violação os direitos do consumidor, e principalmente, do princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais, evidenciando a frustração da legítima expectativa do apelado na aquisição do veículo emal questão. Ademais, constata-se que o quantum indenizatório fixado na sentença recorrida mostra-se razoável a proporcional, tanto em seu viés reparatório, pois apresenta-se em valor suficiente a compensar os abalos sofridos, sem ocasionar o enriquecimento sem causa do apelado, quanto em sua função disciplinar, desestimulando a prática reiterada da conduta ilícita pelo apelante e pela revendedora” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. *Apelação cível n. 00097738920088140051*. Relatora: Diracy Nunes Alves, 30 de maio de 2016. Disponível em: <<https://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/343259650/apelacao-apl-97738920088140051-belem?ref=serp>>. Acesso em: 26 jul. 2018).

⁵⁴⁷ SCHREIBER, op. cit., p. 197.

A função compensatória, entretanto, como já afirmado, alinhavada a uma concepção subjetiva de dano não patrimonial, visaria, segundo grande parte dos autores, eliminar ou abrandar as dores e padecimentos do injuriado. Como numa espécie de matemática de sensações⁵⁴⁸, o dinheiro injetado por força da condenação serviria para anular ou cancelar o dano moral suportado, assim entendido como os sentimentos negativos experimentados pela vítima⁵⁴⁹. Por conseguinte, insiste parcela doutrinária na ideia de que o numerário monetário deve proporcionar ao ofendido a eliminação ou atenuação do efeito prejudicial ao bem moral lesionado.

É conveniente pontuar, entretanto, como bem o faz Rafael García López⁵⁵⁰, que não se faz necessário que o prazer ou satisfação proporcionados pelo montante em pecúnia acarretem a supressão do dano extrapatrimonial sofrido, mesmo porque, certamente, em determinadas situações, nas hipóteses de lesões mais graves, o dinheiro não se revela capaz de extirpar ou minorar os efeitos negativos da conduta ilícita. Destarte, resta claro que, nestes eventos, mesmo sendo o montante indenizatório arbitrado em patamar exorbitante, não se logrará o intento de se fazer desaparecer as consequências dolorosas que o ato danoso porventura tenha ocasionado. Esta equivocada compreensão da noção de compensação resultaria na deslegitimação da tese da indenizabilidade do dano moral nas hipóteses em que, dado o grau de sofrimento originado, não se mostre possível atenuar os tormentos vivenciados pelo prejudicado⁵⁵¹.

Não há que se exigir, portanto, uma vez não constituir, neste caso, função da responsabilidade civil, que a soma monetária alcance a mitigação das aflições padecidas pela

⁵⁴⁸ “*Se ha hablado incluso de una balanza de felicidad individual que, con la prestación reparadora, conduciría a un equilibrio*” (LÓPEZ, Rafael García. *Responsabilidad civil por daño moral: doctrina y jurisprudencia*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1990, p. 129).

⁵⁴⁹ “*La cuestión que ha de plantearse no es la de si es posible una valoración patrimonial del daño moral (que se reconoce, por lo demás, imposible), sino la de si es posible eliminar, cancelar el daño moral, los padecimientos del ánimo mediante una suma en dinero. Para responder basta hacer una simple observación. Es un dato de experiencia común que el dolor o sufrimiento se atenúa o se elimina con un contrapuesto sentimiento de satisfacción moral. Dolor y placer, sufrimiento e satisfacción del ánimo son sentimientos que, en el juicio y en la valoración común, se compensan recíprocamente, se neutralizan, se eliminan el uno al otro: un dolor o padecimiento del ánimo se elimina procurando una contrapuesta y proporcionada satisfacción moral, por lo que si ésta, a su vez, se puede procurar asignando una proporcionada suma de dinero, ello vendría a significar que con una determinada cantidad – la cual opera como medio de satisfacción – se puede eliminar, cancelar un dolor o padecimiento del ánimo*” (ROVELLI, Francesco. *La risarcibilità dei danni non patrimoniale*. *Rivista di diritto privato*, n. 4, p. 266-291, 1933, p. 274).

⁵⁵⁰ LÓPEZ, op. cit., p. 126.

⁵⁵¹ “*Se esto fuera realmente así, se correría el riesgo de destruir la propia admisión indemnizatoria de los daños morales, pues es obvio - como dije - que frecuentemente éstos no sólo no se borran o desaparecen, sino que ni siquiera se atenúan. Está bien que se atienda al aspecto de la atenuación para explicar cómo puede operar el dinero fuera de sus funciones meramente económicas, pero no puede hacerse depender de aquélla todo el sustento de la nova función del resarcimiento pecuniario de los daños morales*” (LÓPEZ, Rafael García. *Responsabilidad civil por daño moral: doctrina y jurisprudencia*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1990, p. 127).

vítima, mas possibilitar, de outro lado, a aquisição de outros bens jurídicos, materiais ou morais, a fim de compensar a perda ou diminuição de um ou alguns direitos personalíssimos, ante a impossibilidade de reparação do dano extrapatrimonial. A faculdade proporcionada ao ofendido de obter outros bens, independentemente de sua natureza, não tem por pretensão, por certo, funcionar como lenitivo aos pesares do atingido, oportunizando, entretanto, a consecução de interesses jurídicos outros, da mesma ou de outra espécie.

A compensação, neste sentido, não se opera por meio da restauração do bem jurídico, ou mesmo pela entrega de soma equivalente à lesão sofrida⁵⁵², à vista de que o dano moral não pode ser quantificado pecuniariamente, mas busca, por estimação, propiciar ao lesado outros bens morais ou patrimoniais, ainda que estes jamais venham a substituir, no todo ou em parte, os direitos personalíssimos violados. À vista disto, se mostra acertada a constatação de que a reparação pecuniária dos danos extrapatrimoniais constitui não um fim em si mesmo, mas um meio⁵⁵³.

À mostra do quanto exposto, há de se concluir que a função normativa desempenhada pela responsabilidade civil, no que toca mais diretamente aos danos não patrimoniais, consiste primordialmente na consecução da reparação da lesão perpetrada, ainda que tal somente se opere de forma parcial, por meio do emprego de medidas que possibilitem a recomposição do bem da personalidade violado, não se exigindo, para tanto, que se alcance a restauração das coisas ao seu estado anterior. Posto que o ato de reparar a lesão acarrete, como consequência inevitável, e em certa medida, a prevenção da prática de novas condutas ilícitas, bem assim a punição do infrator, tais desideratos apresentam-se estranhos à seara da responsabilidade civil, centrada esta na missão de reparar adequadamente o dano fomentado. Tal raciocínio aplica-se, de igual modo, às ofensas manejadas contra bens da personalidade, suscetíveis de, até certa medida, serem recompostos, através da aplicação de medidas não pecuniárias de reparação.

Complementarmente, entretanto, avulta a indenização pecuniária como meio de compensar o lesado pela violação de um ou alguns direitos da personalidade. A compensação aludida, contudo, não deve ser compreendida como a tentativa de mitigação das sensações negativas vivenciadas pela vítima, mas, de outro modo, visa possibilitar que esta, através da atribuição de certa quantia em dinheiro, proceda a aquisição de outros bens jurídicos, materiais

⁵⁵² “Por lo tanto, aquí no se aspira que desempeñe un papel de equivalencia, sino a que, proporcionando al injuriado una satisfacción económica, venga a cumplir una voluntariosa misión equilibradora que compense, en lo posible, el agravio y turbación espiritual de la ofensa” (SOTO NIETO, Francisco. *Indemnización por daños morales*. Madrid: Editorial revista de derecho judicial, 1970, p. 75).

⁵⁵³ PACCHIONI, Giovanni. *Dei delitti e quasi-delitti*. Padova: CEDAM, 1940, p. 96-97.

ou imateriais, diante da constatação da impossibilidade da utilização de outros meios mais adequados de se reparar o dano.

3.1.3.1 *Reparação integral e danos extrapatrimoniais*

Dentre os princípios regentes da responsabilidade civil, ocupa lugar central e proeminente na quase totalidade dos sistemas jurídicos, o da reparação integral ou plena⁵⁵⁴, também conhecido, em sua expressão latina, como “*restitutio in integrum*”. O postulado externa o propósito de se lograr a mais perfeita equivalência entre os danos sofridos e a reparação obtida pelo lesado, de tal forma que este seja colocado, na medida do possível, em situação análoga àquela em que se encontrava antes da ocorrência do fato danoso⁵⁵⁵. Invocado tanto na reparação natural como na indenização pecuniária, consagra o princípio o ideal de que a responsabilidade civil deve buscar sempre a reparação mais completa do dano⁵⁵⁶, restaurando-se, quando possível, o estado de coisas anteriormente existente.

Atribui-se ao direito francês o desenvolvimento do referido princípio, a partir da interpretação do art. 1.149 do *Code Civil*⁵⁵⁷, o qual fixa, em termos gerais, relativamente à responsabilidade contratual, que a indenização devida ao credor consiste na perda sofrida (danos emergentes) e no ganho que se deixou de auferir (lucros cessantes). Em que pese norma semelhante não tenha sido prevista para a responsabilidade extracontratual⁵⁵⁸, certo é que também nesta seara sua incidência não restou contestada pela doutrina e jurisprudência. Ao revés, parece não haver maior discussão acerca da aplicação do postulado em solo francês,

⁵⁵⁴ A utilização indistinta dos termos não é albergada por toda a doutrina: “*En realidad – pensamos - la expresión reparación integral no quiere decir nada. Sólo tiene sentido hablar de reparación plena: se entiende por tal la que condice con la plenitud propia de cada ordenamiento jurídico, la que se obtiene según lo que cada ordenamiento jurídico atribuye al causante del daño. Eso, y nada más*” (ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José; CABANA, Roberto M. López. *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 257).

⁵⁵⁵ ZARRA, Maita María Naveira. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 2006, p. 186.

⁵⁵⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48.

⁵⁵⁷ Art. 1.149. “*Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après*”.

⁵⁵⁸ “*Though not formulated in the tort-related Civil Code provisions, full compensation of the damage is presented as a basic principle of French tort law (principe de la réparation intégrale)*” (MORÉTEAU, Olivier. Basic questions of tort law from a french perspective. In: KOZIOL, Helmut (Ed.). *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2015, p. 86).

restando acolhido, ainda que implicitamente, de forma quase unânime, embora algumas objeções sejam levantadas no que se refere à sua extensão⁵⁵⁹.

Também em outros ordenamentos nacionais⁵⁶⁰, relata-se que o indicado princípio careceria de expressa formulação legal⁵⁶¹, resultando de construção engendrada nos tribunais⁵⁶². Face à disseminação da ideia, o Conselho da Europa, ao editar a Resolução n. 75-7, de 14 de março de 1975, concernente à reparação de danos em casos de lesões corporais e de morte, positivou, em seu princípio primeiro, a concepção do ressarcimento integral, ao registrar que a pessoa que sofreu um prejuízo tem direito à reparação, no sentido de que deve ser reintegrada à uma situação mais semelhante possível àquela em que havia se encontrado, se o dano não houvesse sido produzido⁵⁶³. Os dois princípios subsequentes indicam que a indenização devida deve ser calculada de acordo com o valor dos prejuízos na data do julgamento e que compete ao julgador, sempre que possível, referir com detalhes os diferentes tipos de prejuízos suportados pela vítima e considerados no cálculo da reparação⁵⁶⁴.

A reparação integral, portanto, perfectibiliza-se com a compensação plena de todos os prejuízos e danos sofridos pelo lesado. Assim, de um lado, o ato de reparar deve englobar a totalidade da lesão suportada, e não apenas parte dela, e, de outro, deve ser limitada pela extensão dos danos efetivamente causados, evitando-se o enriquecimento sem causa do sujeito prejudicado. Neste sentido, na França, apenas em casos excepcionais, a compensação é limitada a certos tipos de danos ou restrita a determinado período de tempo, prevalecendo, como regra

⁵⁵⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 49.

⁵⁶⁰ “*Though in its structure, Italian tort law differs from both English and German tort law, its attitude towards the basic principles of law which affect the rules of compensation are similar to those found in the other two systems under comparison. Thus it, too, attributes to compensation the prime (if not exclusive) function in the reparation process, accepts the principle of full compensation (...)*” (MARKESINIS, Basil; COESTER, Michael; ALPA, Guido; ULLSTEIN, Augustus. Hannes. *Compensation for personal injury in English, German and Italian Law: comparative outline*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 24).

⁵⁶¹ CRESPO, Mariano Medina. *La valoración civil del daño corporal: bases para un tratado*, t. I. Madrid: Dykinson, 1999, p. 136.

⁵⁶² “*Y así se observa igualmente en las referencias que a ese principio realizan juristas de las más diversas latitudes, ya lo hagan aludiendo de manera expresa a la reparación integral, como ocurre en España, Italia, Francia, Perú o Argentina; ya lo hagan de forma implícita, con referencia a las consecuencias del citado principio, aunque sin concreta alusión a él, como ocurre en la generalidad de la doctrina portuguesa*” (ZARRA, Maita María Naveira. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 2006, p. 186, nota 8).

⁵⁶³ Textualmente, eis o princípio de abertura da citada resolução: “*Teniendo en consideración las normas referentes a la responsabilidad, la persona que ha sufrido un perjuicio tiene derecho al resarcimiento del mismo, en el sentido de que debe ser reintegrada a una situación lo más semejante posible a aquella en que se habría encontrado, si el hecho dañoso no se hubiese producido*” (MONTERO, Ramón P. Rodríguez (Ed. e Coord.). *Responsabilidad civil de profesionales y empresarios: aspectos nacionales y internacionales*. La Coruña: Netbiblo, 2006, p. 275).

⁵⁶⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 49-50.

geral, a consagração da expressão “*tout le dommage, mais rien que le dommage*”⁵⁶⁵. Em solo nacional, Paulo de Tarso Sanseverino⁵⁶⁶ defende que, além das funções de reparar a totalidade da lesão (função compensatória) e de impedir o enriquecimento injustificado (função indenitária), o aludido postulado tem por missão ainda avaliar concretamente os prejuízos efetivamente sofridos (função concretizadora).

Constitui questão altamente controvertida, no entanto, a possibilidade de aplicação do princípio ora em exame aos danos extrapatrimoniais, em razão de não serem suscetíveis de apreciação econômica.

No direito brasileiro, Clayton Reis⁵⁶⁷, partindo do pressuposto de que constitui cânone da responsabilidade civil a devolução do lesado ao seu estado de espírito anterior à lesão, através da observância de uma correlação de igualdade entre o dever de indenizar e o correspondente direito da vítima de obter a indenização equivalente, advoga a tese de que o postulado da *restitutio in integrum* assume, sob o prisma da reparação dos danos extrapatrimoniais, uma função de compensação integral da vítima. Admitindo o referido autor que a reintegração ao estado anterior se afigura impraticável, em casos de lesões a direitos da personalidade, entende, contudo, que a incidência do indicado princípio compõe modo eficiente de assegurar ao agravado a necessária satisfação em face da perda do bem não patrimonial. Para alcançar tal escopo, afirma mostrar-se imprescindível que o sistema indenizatório seja balizado por parâmetros que logrem definir os multifacetados aspectos a serem mensurados na personalidade do lesado, permitindo-se que o estabelecimento do *quantum* da indenização seja compatível com a extensão do dano⁵⁶⁸.

Por sua vez, Paulo de Tarso Sanseverino⁵⁶⁹, reconhecendo serem relevantes as objeções levantadas contra a incidência do princípio da reparação integral aos danos não patrimoniais,

⁵⁶⁵ “As a result, French courts have constantly stuck to the *réparation intégrale* (full compensation) principle, according to which damages awarded to the plaintiff must compensate the harm he suffered, without his getting any poorer or richer from them. As French lawyers often put it, damages must compensate damage in full, and nothing but the damage (*tout le dommage, mais rien que le dommage*)” (ZIMMERMANN, Reinhard; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A.; WINIGER, Benedict (Eds). *Digest of european tort law: essential cases on damage*, v. 2. Berlin/Boston: De Gruyter, 2011, p. 27).

⁵⁶⁶ “A função concretizadora do princípio da reparação integral atende à exigência de que a indenização corresponda, na medida do possível, aos prejuízos reais e efetivos sofridos pela vítima, o que deve ser objeto de avaliação concreta pelo juiz” (SANSEVERINO, op. cit., p. 76).

⁵⁶⁷ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 151.

⁵⁶⁸ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 28-29.

⁵⁶⁹ Além dos efeitos práticos citados, Paulo de Tarso vislumbra ainda que a incidência da reparação integral aos danos extrapatrimoniais evita o arbitramento da indenização em patamares excessivamente elevados ou demasiadamente baixos, bem como determina que a fixação daquela guarde correspondência com o interesse jurídico efetivamente lesado, impedindo-se que a reparação de bens sem conteúdo patrimonial descambe para o enriquecimento injustificado da vítima ou que a indenização seja definida em nível irrisório (SANSEVERINO,

particularmente em razão da dificuldade de mensuração econômica destes, defende, ainda assim, a aplicação do mencionado postulado de forma mitigada, mormente em se considerando a sua tríplice função (reparatória, indenitória e concretizadora).

Relata, nesta esteira, que da incidência abrandada do princípio do ressarcimento integral derivam uma miríade de efeitos práticos, como a rejeição a formas de arbitramento tarifado do dano moral, assegurando ainda que a casos semelhantes sejam fixados critérios de razoável igualdade. Em suma, a aplicação amainada do postulado sob estudo, segundo o autor, apresenta utilidade na quantificação da indenização pelos prejuízos suportados, impondo a observância da correspondência entre a extensão da ofensa e o montante arbitrado.

Em sede jurisprudencial, constata-se a larga aplicação do princípio no campo das lesões imateriais. Primordialmente, faz-se uso corriqueiro do apontado postulado como forma de aquilatar o *quantum* fixado a título de indenização, servindo aquele como medida ou régua no arbitramento da soma em dinheiro a ser entregue ao vitimado⁵⁷⁰. Desta forma, mesmo que insuscetível de mensuração econômica, confere-se ao dano extrapatrimonial certa estimativa em pecúnia, utilizando-se o critério do ressarcimento pleno como espécie de referência na avaliação do montante a ser estabelecido. Com supedâneo neste entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, embora adote certos parâmetros para a fixação das indenizações por danos morais, estipulando, como regra, faixas razoáveis de ressarcimento, muitas vezes em salários mínimos, tem afirmado que tais balizas não constituem tarifamento judicial rígido, sob pena de colisão com o princípio da reparação integral⁵⁷¹. Do mesmo modo, tem o STJ afastado o óbice

Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*: indenização no código civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 269-270).

⁵⁷⁰ A este propósito, confira-se trecho de julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: "RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRATO DE TRANSPORTE. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ACORDO EXTRAJUDICIAL. VALIDADE PARA FINS DE QUITAÇÃO PARCIAL. INOBSERVÂNCIA DA BOA-FÉ E DO PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO. DANO MORAL. QUANTUM ADEQUADO. Preliminar acerca da existência de transação extrajudicial entre as partes. O art. 840 do Código Civil dispõe que é lícito aos interessados prevenirem o litígio mediante concessões mútuas no que tange a direitos patrimoniais disponíveis. No entanto, é necessária a análise do conteúdo do pacto firmado em razão da inobservância da boa-fé, bem assim ao princípio da reparação integral. In casu, a ré ofereceu à vítima do acidente um valor que não faz jus ao princípio da reparação integral frente aos danos causados. Reconhece-se que o quantum reparatório manifestamente não se mostrou suficiente a reparar o dano (...)" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação cível n. 0012767-48.2008.8.19.0208*. Relator: Roberto de Abreu e Silva. Rio de Janeiro, 22 de janeiro de 2014. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117627125/apelacao-apl-127674820088190208-rj-0012767-4820088190208?ref=serp>>. Acesso em: 01 ago. 2018).

⁵⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo interno no agravo em recurso especial n. 1063319/SP*. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. Brasília, 03 de abril de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700437559&dt_publicacao=05/06/2018>. Acesso em: 02 ago. 2018.

da súmula 7 nas hipóteses em que o importe arbitrado revela-se irrisório ou exagerado, atentando contra o direito à justa reparação⁵⁷².

O princípio da reparação integral já foi empregado ainda, pelo Tribunal Superior do Trabalho, para afastar o caráter punitivo da indenização por lesão não patrimonial. De fato, apelando para o art. 944 do Código Civil, segundo o qual a indenização mede-se pela extensão do dano, o tribunal laboral ressaltou que, não raras vezes, a gravidade da culpa e a capacidade econômica do ofensor são tomadas em consideração na fixação da quantia devida, imprimindo verdadeira natureza sancionadora àquela, desbordando o intérprete dos limites legalmente estabelecidos⁵⁷³.

Mesmo no campo tributário, evoca-se o postulado da reparação plena com o fito de excluir a indenização por dano moral do campo de incidência do imposto de renda. Assim, segundo o Superior Tribunal de Justiça, o valor atribuído ao lesado não constitui fato gerador do mencionado tributo, eis que se limita a recompor o patrimônio imaterial da vítima, não representando nova riqueza ou acréscimo patrimonial. Decorrência do princípio da reparação integral, a vedação da cobrança do imposto de renda, obsta, nestes casos, segundo se tem decidido, que o substrato material daquele reste esvaziado, considerando-se que parte da quantia seria destinada ao Estado, transformando-se este em beneficiário da violação a direitos da personalidade⁵⁷⁴.

Não obstante o alargado emprego do princípio em análise, como visto, não parece correta a sua utilização em relação aos danos imateriais⁵⁷⁵. Com efeito, recaindo as lesões

⁵⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo interno no agravo em recurso especial n. 1238391/SP*. Relatora: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 21 de junho de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201800165054&dt_publicacao=26/06/2018>. Acesso em: 02 ago. 2018.

⁵⁷³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de revista n. 162600-91.2009.5.09.0093*. Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão. Brasília, 27 de agosto de 2014. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/136612201/recurso-de- revista-rr-1626009120095090093?ref=serp>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

⁵⁷⁴ A leitura de trecho da ementa do acórdão proferido pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça auxilia a elucidar o raciocínio: “A vedação de incidência do Imposto de Renda sobre indenização por danos morais é também decorrência do princípio da reparação integral, um dos pilares do Direito brasileiro. A tributação, nessas circunstâncias e, especialmente, na hipótese de ofensa a direitos da personalidade, reduziria a plena eficácia material do princípio, transformando o Erário simultaneamente em sócio do infrator e beneficiário do sofrimento do contribuinte” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n. 963387/RS*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 08 de outubro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701463865&dt_publicacao=05/03/2009>. Acesso em: 02 ago. 2018).

⁵⁷⁵ “Such full compensation, however, is not objectively possible in the case of non-pecuniary damage and the aim here is thus to achieve fair compensation or satisfaction” (MARKESINIS, Basil; COESTER, Michael; ALPA, Guido; ULLSTEIN, Augustus. Hannes. *Compensation for personal injury in English, German and Italian Law: comparative outline*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 47)..

extrapatrimoniais sobre interesses personalíssimos, insuscetíveis de qualquer tipo de avaliação pecuniária, uma vez que não podem ser traduzidos em termos monetários, não há falar em equivalência entre o dano moral e a indenização estabelecida. Do mesmo modo, a reparação específica da lesão extrapatrimonial não conduz à restauração completa e plena das coisas ao seu estado anterior⁵⁷⁶, ainda que o bem ou direito da personalidade afrontado possa ser, até certo ponto, recomposto. Certo é que, uma vez ultrajado o interesse existencial, as medidas empreendidas buscarão, dentro das limitações inerentes à esfera não patrimonial, reparar parcialmente o bem jurídico malferido e, de forma complementar e subsidiária, compensar a vítima.

Nesta esteira, Geneviève Viney⁵⁷⁷ sustenta que a pretensão de reparação integral do dano extrapatrimonial, tal como o sofrimento físico ou moral, o prejuízo de lazer e o prejuízo estético, revela insofismável ilusão⁵⁷⁸. De acordo com a autora, se a afirmação de que a lesão imaterial é passível de reparação em dinheiro é inexata, dizer que tal reparação deve ser integral “*est un pur et simple non-sens*”. Assim, as perdas e danos arbitrados teriam caráter de mera consolação (satisfação) e de pena privada (prevenção), não se subordinando, portanto, ao indicado postulado. Contudo, Viney argumenta que a Corte de Cassação (*Cour de Cassation*) consolidou entendimento em sentido diametralmente oposto⁵⁷⁹, orientando-se pela perspectiva de que os danos morais, assim como os agravos econômicos, estão submetidos ao princípio da reparação integral⁵⁸⁰, observando-se que o indicado órgão jurisdicional francês evita precisar os valores

⁵⁷⁶ “*En las más recientes manifestaciones doctrinales se ha abandonado del todo el principio de ‘reparación íntegra’ cuando se trata del daño a la persona en sentido estricto, esto es, al margen de sus consecuencias económicas, fenómeno que sin duda responde a la evidencia de que hablar de ‘completa reparación’ es en este caso una entelequia*” (YAGÜEZ, Ricardo de Ángel. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil: con especial atención a la reparación del daño*. Madrid: Civitas, 1995, p. 59).

⁵⁷⁷ VINEY, Geneviève; MARKESINIS, Basil. *La réparation du dommage corporel: essai de comparaison des droits anglais e français*. Paris: Economica, 1985, p. 139-140.

⁵⁷⁸ Posição semelhante é externada por Crespo (CRESPO, Mariano Medina. *La valoración civil del daño corporal: bases para un tratado*, t. I. Madrid: Dykinson, 1999, p. 135).

⁵⁷⁹ Assim também: “*Pour autant, le principe de la réparation intégrale s’applique à la réparation de tous les préjudices quelle qu’en soit la nature, et notamment aux préjudices personnels extra-patrimoniaux. Ainsi, la Cour de cassation déclare applicable le principe de la réparation intégrale au préjudice moral (Crim. 8 juillet 1975 JCP 1976.II 18369 note Caleb ; Civ. 2ème 8 mai 1964 JCP 1965.II. 15140 note Esmein)*” (BOUHANNA, Philippe. *Le Rôle de la Cour de cassation face a l’évaluation du préjudice extra-patrimonial*. Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_4/2008_2484/intervention_me_bouhanna_11580.html>. Acesso em: 03 ago. 2018).

⁵⁸⁰ O tema é controvertido no âmbito da doutrina francesa. A esse propósito, confira-se: “*On sait que l’indemnisation des préjudices corporels et moraux a longtemps été l’objet de vives discussions en tant qu’elle revient à attribuer une valeur monétaire, sinon marchande, au corps humain ou à des sentiments. Quoique le débat soit le plus généralement considéré aujourd’hui comme dépassé, il n’en suffit pas moins à établir que le principe de la réparation intégrale est totalement étranger au mode d’indemnisation de ces dommages. En effet, nul n’ignore que la fonction des indemnités allouées est, en l’occurrence, non une réparation du dommage, c’est-à-dire un rétablissement de l’état antérieur à celui-ci, mais une compensation pécuniaire à l’atteinte qui a été irrémédiablement portée à cet état. Par conséquent, la seule difficulté est celle du niveau auquel il faut fixer cette*

necessários à reparação de certos danos, como, por exemplo, um membro esmagado ou um rosto desfigurado, uma vez que a fixação da indenização constituiria questão de fato, a ser apreciada pelos juízes e tribunais em cada caso concreto.

Alicerçado nas lições doutrinárias da autora francesa, Sérgio Severo⁵⁸¹, após ressaltar os numerosos empecilhos para a aplicação do princípio aos danos não patrimoniais, anuindo com a ideia de que existe efetivamente uma incompatibilidade lógica na noção de reparação integral da lesão imaterial, acaba por concluir que o ressarcimento pleno não deixa de constituir meta a ser perseguida pelo sistema de responsabilidade civil. Resta-lhe, contudo, um papel secundário, pois que, em não se tratando de postulado absoluto, pode ser adequado à realidade fática, por intermédio da incidência de parâmetros que assegurem segurança jurídica e igualdade aos jurisdicionados.

Como dito, não deve prevalecer o entendimento de que os danos extrapatrimoniais podem ser integralmente reparados. Se é certo que a responsabilidade civil tem por missão fundamental recompor, em certa medida, o bem da personalidade violado, também parece evidente que a aplicação do postulado da reparação plena do dano imaterial tem conduzido o intérprete ao manejo da solução pecuniária como modo único de compensar ou satisfazer a vítima, ante a constatação da impossibilidade de se restaurar integralmente o direito personalíssimo atingido. De outro lado, e tendo como efeito a mesma consequência, a falsa crença de que certo valor em metal possui aptidão para ressarcir integralmente o dano experimentado estorva a possibilidade de que outras formas de reparação sejam manejadas para fins de recuperar o bem jurídico incorpóreo alvejado. Isto posto, a exaltação do princípio da reparação integral, adotado indistintamente nas mais variadas espécies de danos, direciona o aplicador do direito a agasalhar o remédio monetário como panaceia para a aparentemente complexa tarefa de restauração do direito da personalidade contrariado.

Não parece acertada, assim, a solução encontrada por parcela doutrinária no sentido de atribuir ao princípio da reparação integral, mesmo que aplicado de forma mitigada, a função de alcançar, no ato de arbitramento da quantia estipulada pelo julgador, uma satisfação equitativa para o vitimado, relativamente ao dano imaterial sofrido, servindo como vetor de balizamento

compensation pour qu'elle soit reconnue satisfactoire" (HEUZÉ, Vincent. *Une reconsidération du principe de la réparation intégrale*. Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_4/2005_2033/reparation_integrale_8065.html>. Acesso em: 03 ago. 2018).

⁵⁸¹ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 201-202.

do *quantum* fixado⁵⁸². Em realidade, não se discute que a compensação deve levar em consideração todos os aspectos do dano suportado, de modo a melhor aquilatar a indenização a ser estabelecida. Contudo, tal não significa que, ainda que fixada de maneira razoável, por meio de parâmetros proporcionais e equânimes, resultará a indenização em reparação integral do agravo⁵⁸³.

A utilização da reparação específica ou *in natura* do dano não patrimonial não colhe a sua justificação no emprego do princípio da reparação integral, pois, como já asseverado, tal desiderato não se apresenta viável empiricamente. A reparação natural, por mais benéfica que se apresente, não tem por objetivo restaurar absolutamente o bem violado, reintegrando o patrimônio moral do sujeito às condições anteriores à lesão, mas, por intermédio de técnicas outras que não a solução pecuniária, visa recompor o bem jurídico lesado, até onde as circunstâncias concretas o permitam, bem como mitigar os efeitos danosos da prática ilícita sobre o direito da personalidade atingido.

A própria legislação civilista, em certas e específicas hipóteses, excepciona o princípio do ressarcimento integral, indicando não ser absoluta a equivalência entre o dano sofrido e a indenização arbitrada. É o caso, por exemplo, da cláusula geral de redução da indenização por excessiva desproporção entre a culpa e a extensão da lesão, positivada no parágrafo único do art. 944 do Código Civil de 2002, não vislumbrando a doutrina argumentos plausíveis para a sua não aplicação em sede de danos morais⁵⁸⁴. Em igual sentido, o art. 928 do diploma civil registra que a indenização devida pelo incapaz, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário este ou as pessoas que dele dependem.

⁵⁸² Defende esta posição, no direito brasileiro, Sanseverino (SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 271-272)

⁵⁸³ “Another area where full compensation is at best mythical is the compensation of non-pecuniary damage where it loses all significance and generates the worst difficulties. By its essence, such damage cannot be assessed; how then could it be fully or comprehensively compensated? Comprehensive compensation can at most mean that every head of damage will be taken into account. It cannot mean full compensation” (MORÉTEAU, Olivier. Basic questions of tort law from a french perspective. In: KOZIOL, Helmut (Ed.). *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2015, p. 87).

⁵⁸⁴ “Por fim, ressalte-se que a lei não faz distinção quanto à natureza do dano que autoriza a redução do valor da indenização, que poderá ser material ou moral. Isso significa que poderá ocorrer a hipótese em que a mitigação se dará apenas na fixação da indenização na espécie de um dos danos causados. Seria o caso em que, por exemplo, a culpa leve do agente tenha causado danos morais elevados e materiais de pequena monta. Nesta hipótese, como estaria presente a desproporção exigida pela lei apenas em relação aos danos morais, somente estes autorizariam a redução equitativa da indenização” (CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 103). Da mesma opinião comunga Kfourri Neto (KFOURI NETO, Miguel. Graus da culpa e redução equitativa da indenização. *Caderno de doutrina e jurisprudência da escola da magistratura da 15ª região*, Campinas, v. 2, n. 1, p. 15-26, jan./fev. 2006, p. 20).

A tutela dos direitos personalíssimos, no campo da responsabilidade civil, encontra seu direcionamento e norte no princípio da reparação adequada do dano, voltado este a perquirir as medidas mais eficazes a reparar o bem imaterial transgredido, ciente o julgador de que o restabelecimento integral das condições anteriormente existentes não se revela possível. Longe de buscar aniquilar as dores e sofrimentos padecidos pelo agravado, bem assim não aspirando restaurar as coisas ao estado pretérito, tem a responsabilidade civil, no campo específico dos danos não patrimoniais, a nobre missão de, à vista da multiplicidade de lesões perpetradas, oferecer a tutela mais adequada a cada caso concreto, reparando, na medida do possível, o bem da personalidade atingido, nas hipóteses em que tal se revele possível.

3.1.4 Princípio da reparação adequada do dano extrapatrimonial

É notório, conforme já aludido em linhas anteriores, que diversos fatores têm contribuído para a utilização desenfreada da responsabilidade civil como forma de correção de toda sorte de mazelas⁵⁸⁵, bem assim como modo de suprir os insuficientes meios de controle da prestação de serviços essenciais, culminando no uso hiperbólico do instituto, desgarrado de seus tradicionais e clássicos requisitos de aplicação. Múltiplas causas e razões diversas confluem para o emprego cada vez mais dilargado da secular figura jurídica, não mais voltada exclusivamente à reparação da lesão experimentada, mas encarregada, a partir de uma leitura amplificada de sua funcionalidade, de uma miríade de intentos e objetivos.

A maciça adesão da doutrina e da jurisprudência pátrias a uma concepção subjetiva do dano não patrimonial, atrelada à necessária existência de sentimentos negativos e estados subjetivos do ser, tais como dor e sofrimento, fenômeno este que, como visto, não encontra guarida apenas em território nacional, tem conduzido o intérprete à adoção do remédio pecuniário como singular forma de compensação pelas aflições e inquietações espirituais

⁵⁸⁵ “Essa tendência de alargamento dos danos imateriais vem sendo combatida modernamente não só por alguns juristas, mas principalmente por psicanalistas, filósofos, antropólogos, que nela identificam um regresso a tempos arcaicos em que se pretendia encontrar uma causa (e, conseqüentemente, um responsável) para toda e qualquer desgraça” (FACCHINI NETO, Eugênio; WESENDONCK, Tula. Danos existenciais: precificando lágrimas. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 12, p. 229-267, jul./dez. 2012, p. 236). Discorrendo sobre o *tort regime* americano, Gary Schwartz identifica que o atual sistema de responsabilização, em verdade, encoraja a vítima a concentrar-se na sua dor, na medida em que é submetida a uma série de entrevistas e depoimentos e prepara o seu testemunho para o julgamento, aludindo ao fato de que administradores de *pain clinics* recusam-se, muitas vezes, a admitir como pacientes aqueles que ainda tenham demandas judiciais (*tort claims*) pendentes, sob a alegação de que, enquanto a vítima ainda está pensando sobre a perspectiva do ressarcimento, não se encontra em posição para aprender a superar a dor (SCHWARTZ, Gary T. *Proposals for reforming pain and suffering awards*. In: KRAMER, Larry (Ed.). *Reforming the civil justice system*. New York: New York University, 1996, p. 422).

vivenciadas, ante a precipitada conclusão de que o direito da personalidade violado não pode ser de modo algum recomposto⁵⁸⁶. Assim, face à impossibilidade de reparação integral da lesão imaterial, busca-se certo alívio ao lesado, compensando-o com determinada soma em dinheiro, servindo o montante fixado como meio de consolação, verdadeiro lenitivo aos padecimentos suportados⁵⁸⁷. O propósito de reparação do dano, destarte, cede terreno à tentativa de minoração da dor suportada.

De igual modo, a expansão irrefreada das lesões passíveis de reparação⁵⁸⁸, aliada ao deficiente manejo dos meios de fiscalização de serviços tidos por essenciais, assim como a subutilização dos instrumentos de tutela coletiva, a revelar um modelo atomístico de resolução de conflitos, tem resultado no alargamento sem limites das funções da responsabilidade civil. Ao largo do tradicional desígnio reparatório, deslocado do eixo central do instituto, defende-se, não raras vezes, por intermédio da mera importação descontextualizada de institutos alienígenas, a incorporação das funções punitiva e preventiva da indenização.

A missão de reparar a lesão extrapatrimonial acaba por assumir caráter meramente secundário, norteando-se a responsabilidade hodiernamente pela necessidade da administração de riscos sociais e punição do ofensor, funções historicamente exercitadas por outros ramos da ciência jurídica, tais como o direito administrativo⁵⁸⁹ e o direito penal, cujos institutos melhor se adequam, respectivamente, às tarefas de fiscalizar e sancionar. O escopo de reparação do dano não patrimonial, neste viés, encontra-se relegado a segundo plano, promovendo-se uma inaceitável deformação dos conceitos fundamentais da responsabilidade civil, agora espreada por terrenos que lhes eram tradicionalmente estranhos.

Mencione-se ainda o fato de parcela considerável da doutrina, seguida com fervor pela jurisprudência nacional, acolher o postulado da reparação integral como cânone insuperável do

⁵⁸⁶ “*Non si potrà avere una reintegrazione in forma specifica o per equivalente, mas solo una compensazione indiretta, e in casi previsti specificamente (il c.d. risarcimento dei danni morali)*” (NICOLÒ, Rosario. *Instituzioni di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1962, p. 100).

⁵⁸⁷ “A reparação em dinheiro viria neutralizar os sentimentos negativos de mágoa, dor, tristeza, angústia, pela superveniência de sensações positivas, de alegria, satisfação, pois possibilitaria ao ofendido algum prazer, que, em certa medida, poderia atenuar seu sofrimento” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 106).

⁵⁸⁸ “*Le risque est cependant d'aller trop loin, et de vouloir, par la responsabilité civile, réparer des maux qui ne sont pas réparables. Le droit français donne ainsi à voir, depuis quelques années, une augmentation notable des types de préjudices réparables, et en particulier des préjudices extrapatrimoniaux. Le dernier exemple en date est la reconnaissance, dans un arrêt du 11 mai 2010, d'un préjudice spécifique d'anxiété. Paradoxalement, et de façon critiquable, cette inflation nominaliste ne donne pas lieu à une meilleure ou à une plus généreuse indemnisation des victimes*” (FABRE-MAGNAN, Muriel. *Le dommage existentiel. Recueil Dalloz*, Paris, 2010, p. 2.376. Disponível em: <<https://www.dalloz-actualite.fr/revue-de-presse/dommage-existentiel-20101026#.W2jFJujOXIU>>. Acesso em: 06 ago. 2018).

⁵⁸⁹ GHERSI, Carlos Alberto. *Teoría general de la reparación de daños*. Buenos Aires: Astrea, 1997, p. 297.

sistema de responsabilidade civil. Neste sentido, e acatando-se tal premissa, justifica-se o uso indiscriminado da via monetária como forma de ressarcimento pelo dano moral sofrido, à vista da inviabilidade de recomposição plena do bem imaterial lesado, e, por outro lado, ao se agasalhar a ideia de que se apresenta viável a reparação integral da lesão por via do remédio pecuniário, tolhe-se a possibilidade do emprego de medidas outras, mais adequadas e eficazes, aptas a recompor ou recuperar, parcialmente que seja, o bem da personalidade atingido.

O mito do ressarcimento pleno⁵⁹⁰, longe de propiciar uma adequada reparação do dano extrapatrimonial, à luz do caso concreto e avaliadas as especificidades do bem lesado, tem ensejado, ao revés, o aprofundamento da patrimonialização dos meios de compensação do dano.

O descolamento da noção de dano extrapatrimonial de critérios preponderantemente subjetivos, ao adotar-se uma concepção objetiva da lesão imaterial, entendida esta como a violação a determinado bem da personalidade, associado à efetiva concretização da função normativa arquitetada pelo sistema positivo de responsabilidade civil nacional, fulcrado na reparação do dano (art. 944, CC/02), permite se perquirir, dentre a miríade de possibilidades franqueadas ao intérprete, aquela que melhor satisfaça os anseios existenciais do lesado⁵⁹¹. Longe de perseguir intentos punitivos ou preventivos, efeitos colaterais da reparação da lesão, para os quais não deve se orientar primordialmente o aplicador do direito, bem assim evitando-se a ilusória pretensão de ressarcimento integral da lesão, calha ao sistema de responsabilidade a busca pela mais adequada forma de se reparar o dano extrapatrimonial.

Exsurge o postulado da reparação adequada como pedra angular do sistema de reparação de danos não patrimoniais, voltado, ante a copiosa existência de lesões ressarcíveis, a ofertar a tutela mais apropriada⁵⁹² à concretização da proteção do direito da personalidade afrontado no caso concreto⁵⁹³. Descortinam-se, assim, numerosos outros instrumentos e técnicas de tutela

⁵⁹⁰ “*Full compensation is a myth, or at most a convenient, though often misleading, judicial guideline. To infer from this observation that French courts follow a hidden principle that damages must be apportioned based on the seriousness of the damaging activity may be too much of a stretch*” (MORÉTEAU, Olivier. *Basic questions of tort law from a french perspective*. In: KOZIOL, Helmut (Ed.). *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2015, p. 89).

⁵⁹¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 197.

⁵⁹² “Isso quer dizer que o direito à proteção dos direitos fundamentais tem como corolário o direito a pré-ordenação das técnicas adequadas à efetividade da tutela jurisdicional, as quais não são mais do que respostas do Estado ao seu dever de proteção” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/04/PROF-MARINONI-MARINONI-O-DIREITO-%C3%80-TUTELA-JURISDICIONAL-EFETIVA-NA-PERSPECTIVA-DA-TEORIA-DOS-DIREITOS-FUNDAMENTAIS.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2018).

⁵⁹³ “Vê-se, a partir deste e de outros exemplos, um inegável ocaso da antiga convicção segundo a qual a responsabilidade civil resulta sempre, ou principalmente, em uma indenização em dinheiro. Na agenda da tutela

que não apenas o remédio monetário, atendendo-se à imperiosa necessidade de se aferir, em cada situação específica posta, o modo mais conveniente de recomposição, ainda que não integral, do atributo personalíssimo esgarçado. A elevação do aludido princípio ao patamar de cânone superior de aplicação das regras de responsabilidade civil por danos morais escancara a inadequação da solução pecuniária como exclusivo meio de ressarcimento das lesões suportadas pelo ofendido⁵⁹⁴.

O emprego reiterado e contínuo de medidas de cunho exclusivamente patrimonial denota, em realidade, verdadeiro paradoxo no sistema de reparação de danos, pois, se de um lado, vislumbra-se a crescente heterogeneização das lesões passíveis de ressarcimento, de outro, constata-se a uniformização do remédio utilizado, em completa desatenção às peculiaridades que o direito personalíssimo exprime. Assim, desde uma simples negativação indevida, passando pelas mais graves violações a direitos fundamentais, é a soma em dinheiro sempre alçada à condição de instrumento ideal de resolução de conflitos⁵⁹⁵. O remédio monetário, isto posto, é utilizado indistintamente em situações completamente díspares⁵⁹⁶, abarcando as mais diversas espécies de violações a direitos da personalidade.

Como bem adverte Anderson Schreiber⁵⁹⁷, a ausência de meios adequados de reparação, adotada a forma monetária como modelo unitário de responsabilização, conduz ao arremate de que a lesão a bens da personalidade é a todos franqueada, desde que disposto o infrator a arcar com o pagamento de determinada soma em dinheiro, revelando o elevado grau de utilitarismo do sistema de responsabilidade civil. O paradigma patrimonialista de ressarcimento de danos não patrimoniais traduz verdadeiro contrassenso na sistemática compensatória, uma vez que, à

de interesses existenciais, vai ocupando espaço cada vez mais significativo a discussão acerca dos remédios aptos à sua efetiva proteção” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 199).

⁵⁹⁴ Neste sentido o Enunciado nº 589 do CJF, aprovado na VII Jornada de Direito Civil: “A compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação in natura, na forma de retratação pública ou outro meio”.

⁵⁹⁵ Sobre as consequências nefastas do uso exclusivo do remédio pecuniário, adverte Mirna Cianci: “A se admitir sempre e em qualquer caso a indenização em dinheiro, se estará criando a temida e até já constatada indústria da indenização por dano moral, que terá como consequência a completa banalização do instituto” (CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 81).

⁵⁹⁶ Acerca da impropriedade da utilização da solução pecuniária para todos os casos envolvendo direitos da personalidade, destaca Sérgio Cruz Arenhart: “Consciente da defasagem daquela ideologia, vigente na Roma antiga, é necessário superar a tendência de transformar todas as agressões a direitos em reparação pecuniária. Com efeito, os próprios estudiosos do chamado ‘dano moral’ reconhecem a impropriedade desta indenização” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000, p. 24).

⁵⁹⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 196.

vista de um agravo a bem jurídico imaterial, privilegia-se, sem qualquer razão relevante para tanto, o uso de instrumentos de mercantilização da reparação.

Embora em diversas ocasiões o Superior Tribunal de Justiça tenha rejeitado a ideia de tarifamento da indenização por danos morais, afastando inclusive os critérios fixos estabelecidos na Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67)⁵⁹⁸, na prática tem-se utilizado de parâmetros mais ou menos rígidos de fixação do *quantum* devido, em desconexão com as singularidades apresentadas em cada caso, evidenciando a aplicação mecânica do instituto do ressarcimento⁵⁹⁹. Quantifica-se monetariamente, de forma apriorística, a dimensão de determinado bem existencial, em autêntica subversão de valores, condicionando-se a violação do direito da personalidade ao pagamento de certa monta em dinheiro.

Curiosamente, no campo dos direitos obrigacionais, tem-se desvelado uma tendência para o acolhimento de soluções não pecuniárias, ainda que patrimoniais⁶⁰⁰, favorecendo-se a entrega do próprio bem da vida pretendido ou mesmo a efetivação de resultado prático equivalente. Neste sentido, o vetusto art. 461 do Código de Processo Civil de 1973⁶⁰¹, alterado pela Lei 8.952, de 1994, em seu parágrafo primeiro, já previa que a obrigação somente seria convertida em perdas e danos no caso de requerimento expresso ou quando impossível a tutela específica⁶⁰². A tendência da reparação específica é seguida ainda pelo art. 84 do CDC e pelos arts. 249 e 251 do Código Civil de 2002.

Não parece coerente, nesta perspectiva, acatar-se o manejo iterativo do desfecho pecuniário, por meio de fixação de indenização, nas hipóteses de lesões perpetradas em desfavor de direitos existenciais⁶⁰³, quando, por outro lado, confere-se tutela mais adequada às

⁵⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n. 1196424/RS*. Relatora: Nancy Andrichi. Brasília, 06 de fevereiro de 2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199800877398&dt_publicacao=28/05/2001>. Acesso em: 10 ago. 2018.

⁵⁹⁹ Em 13 de setembro de 2009, a assessoria de imprensa do Superior Tribunal de Justiça, em reportagem especial realizada, divulgou tabela contendo o padrão das decisões tomadas em casos análogos, revelando os valores fixados em cada tipo de dano padecido (STJ define valor de indenização por danos morais. *Revista consultor jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danos-morais>>. Acesso em: 10 ago. 2018).

⁶⁰⁰ SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 169.

⁶⁰¹ Art. 461, §1º. “A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente”.

⁶⁰² O CPC/15 traz, em seu art. 536, §5º, a possibilidade de aplicação da tutela específica no cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e não fazer de natureza não obrigacional.

⁶⁰³ “Condenações em pecúnia amíúde são insuficientes para reconduzir a vítima a patamares próximos da situação vivida antes da lesão (...). Ocorre que a tutela integral e efetiva da pessoa humana já não mais se condiz com rótulos dogmáticos (como bem ilustra a erosão da dicotomia entre direito público e privado), muito menos com o binômio dano/reparação monetária. Agora, exige-se que o arbitramento da indenização inclua instrumentos de efetiva promoção do ser vivente, considerado em qualquer situação jurídica de que participe, contratual ou

hipóteses de violação a bens jurídicos patrimoniais, em genuína inversão axiológica. A valer, ao passo que a conversão da obrigação em perdas e danos, na seara obrigacional, apresenta-se como *ultima ratio*⁶⁰⁴, tem a indenização papel central na reparação de danos extrapatrimoniais, figurando como preeminente, e quiçá exclusivo, modo de compensação da lesão a direito da personalidade. Não se sustenta, portanto, em termos lógicos, a aplicação do postulado da reparação adequada apenas às hipóteses de perdas patrimoniais, excluindo-se de seu alcance os bens e direitos tidos por fundamentais pelo ordenamento.

A forma de reparação não pecuniária do dano imaterial, tal como sói muitas vezes ocorrer com os direitos patrimoniais, deve afigurar-se talhada e apropriada para determinado gênero de lesão a direito personalíssimo, atento ainda as especificidades que o caso concreto apresenta, não se podendo afirmar com segurança, por exemplo, que, em casos de injúria ou difamação, a retratação pública se manifeste como o modo mais efetivo de proteção à honra ou imagem do ofendido. Assim é que a adequação de determinado meio de reparação não há de ser vislumbrada em abstrato, mas à luz de certa situação posta⁶⁰⁵.

Embora não frequentemente referido na seara da responsabilidade civil, em que predomina a reprodução quase que mecânica da utilização do postulado do ressarcimento integral como baluarte hermenêutico, o princípio da reparação adequada é largamente empregado em outros campos da ciência jurídica.

Na esfera do direito ambiental, a solução meramente ressarcitória há muito vem sendo relegada a um segundo plano, predominando, numa escala de hierarquia de soluções reparatórias⁶⁰⁶, o escopo de reconstituição ou recuperação do bem lesado⁶⁰⁷. Do ponto de vista ecológico, a reparação específica prevalece sobre o ressarcimento por equivalente, constituindo este modo subsidiário de compensação, utilizado apenas quando não viável a primeira

extracontratual, de direito público ou de direito privado” (COSTA, Adriano Pessoa da; POMPEU, Gina Vidal Marcílio. Corte Interamericana de Direitos Humanos e desmonetização da responsabilidade civil. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/corte-interamericana-de-direitos-humanos-e-desmonetizacao/>>. Acesso em: 10 ago. 2018).

⁶⁰⁴ Veja-se, a propósito o que dispõe o parágrafo único do art. 395 do CC/02: “Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos”.

⁶⁰⁵ Idêntico posicionamento é albergado por Sérgio Cruz Arenhart, muito embora tratando sobre as espécies de tutelas inibitórias, ainda que a posição exteriorizada na obra indicada seja plenamente aplicável ao raciocínio aqui desenvolvido. Arremata o autor afirmando que “talvez se poderia estabelecer unicamente, *a priori* e em termos abstratos, a total inadequação da pretensão condenatória, para qualquer situação” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 43).

⁶⁰⁶ VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 139.

⁶⁰⁷ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O princípio da reparação natural dos danos ao meio ambiente e sua aplicação prática. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 69, p. 31-56, maio/ago. 2011, p. 40.

hipótese⁶⁰⁸. A incessante busca pela reparação adequada⁶⁰⁹ do dano ambiental desemboca, primordialmente, no acolhimento da solução *in natura*, principal e mais razoável opção ofertada pelo sistema de responsabilidade civil quando se trata de danos ao meio ambiente⁶¹⁰. Por este ângulo, a forma de se reparar a lesão ambiental não pode ser indiferentemente definida, não figurando na esfera de arbítrio do agente ofensor, recaindo a condenação em dinheiro apenas se restar infrutífera a tentativa de recomposição do bem vitimado⁶¹¹.

Em sede jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de que, em não sendo possível a recomposição do ambiente degradado ao seu estado original, avulta o remédio pecuniário como alternativa para a responsabilização do agente causador da lesão. Não descarta o STJ ainda que a recuperação natural do bem degradado seja cumulada com outras formas de reparação, tais como a compensação e a indenização em dinheiro⁶¹², a revelar a multiplicidade de formas reparatórias em sede ambiental, propiciando ao bem jurídico a tutela mais adequada no caso concreto.

Também nos domínios do direito internacional, mais especificamente no campo da violação de direitos humanos, floresce a tentativa de se conferir às vítimas a reparação mais adequada do dano⁶¹³, avaliando-se a aplicação de providências outras, distintas do simples ressarcimento pecuniário, à luz das singularidades do caso concreto.

Neste ponto, destaca-se o papel desempenhado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), reconhecida pelo Brasil em 1992, possuindo competência para apreciar e julgar denúncias de violação à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) por qualquer Estado-parte, atuando, de forma subsidiária e complementar, quando insuficiente no âmbito interno a tutela das liberdades fundamentais por parte do Estado

⁶⁰⁸ SANCHEZ, Antonio Cabanillas. *La reparación de los daños al medio ambiente*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1996, p. 269.

⁶⁰⁹ “Por essa mesma trilha transita Sampaio, para quem o cumprimento adequado dos mandamentos constitucionais relativos à função social da propriedade infraconstitucionais (em especial o § 1º do art. 1228 do Código Civil em vigor) só têm condições de êxito se promovida a adequada reparação civil dos danos ao meio ambiente” (MARCHESAN, op. cit., p. 40-41).

⁶¹⁰ CATALÁ, Lucía Gomis. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Pamplona: Aranzadi, 1998, p. 249.

⁶¹¹ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 29.

⁶¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n. 1198727/MG*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 14 de agosto de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001113499&dt_publicacao=09/05/2013>. Acesso em: 09 ago. 2018.

⁶¹³ Tratando sobre as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pontuam Gina Vidal e Adriano Pessoa: “Outro traço marcante é a superação do vetusto modelo de solução individual e atomística para cada caso, deixado de lado em prol de uma resposta adequada também no plano transindividual” (COSTA, Adriano Pessoa da; POMPEU, Gina Vidal Marcílio. Corte Interamericana de Direitos Humanos e desmonetização da responsabilidade civil. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/corte-interamericana-de-direitos-humanos-e-desmonetizacao/>>. Acesso em: 10 ago. 2018).

signatário. A par das indenizações em dinheiro cominadas, não tem a Corte se limitado a este aspecto da reparação, empreendendo e determinando diversas outras medidas voltadas, precipuamente, à reafirmação existencial das vítimas⁶¹⁴.

Reconhece-se que os avanços da CIDH em matéria de reparação de danos têm sido talvez a sua maior contribuição para o Direito Internacional de Direitos Humanos⁶¹⁵, não se restringindo o órgão a determinar o pagamento de indenizações em dinheiro, mas também incluindo na ordem de reparação obrigações concretas de fazer, como o custeio de bolsas de estudos, o fornecimento de serviços de saúde gratuitos, a publicação de declaração escrita formal de reconhecimento da responsabilidade e pedido de desculpas, a anulação de prévia condenação penal e a retirada do nome da vítima dos registros públicos de antecedentes criminais. Cite-se ainda que, em julgamento que envolveu a mortandade de elevado número de indígenas, na Guatemala, em 1992, a Corte impôs medidas de fortalecimento da cultura maia, por intermédio da implementação de políticas públicas de difusão das tradições do grupo social. Por fim, com o fim de preservar a memória de mortos e desaparecidos, ordenou a atribuição dos nomes das vítimas a equipamentos públicos⁶¹⁶.

A Corte Interamericana, portanto, conta com vasto arsenal de medidas adequadas à reparação do dano⁶¹⁷, entendida esta como toda e qualquer conduta do Estado infrator apta a eliminar as consequências do ato internacionalmente ilícito, tais como a tentativa de recomposição do bem lesionado, a determinação de cessação da conduta antijurídica, a satisfação⁶¹⁸, as garantias de não repetição e o pagamento de montante em pecúnia.

⁶¹⁴ COSTA; POMPEU, loc. cit.

⁶¹⁵ PASQUALUCCI, Jo M. The practice and procedure of the inter-american court of human rights. *The American Journal of International Law*, Washington, ano C, n. 2, p. 503-507, abr. 2006, p. 506.

⁶¹⁶ COSTA, Adriano Pessoa da; POMPEU, Gina Vidal Marcílio. Corte Interamericana de Direitos Humanos e desmonetização da responsabilidade civil. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/corte-interamericana-de-direitos-humanos-e-desmonetizacao/>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

⁶¹⁷ “A Corte Interamericana subscreve ao princípio de Direito Internacional de que toda quebra de obrigação que tenha produzido um dano comporta o dever de repará-lo adequadamente” (PETIOT, Patrick. Responsabilidade internacional do estado por violação aos direitos humanos: o pagamento de reparações. *Revista do instituto brasileiro de direitos humanos*, Fortaleza: IBDH, v. 7, n. 7, p. 129-150, 2006/2007, p. 132).

⁶¹⁸ No plano do direito internacional, a satisfação consiste, nas palavras de André de Carvalho Ramos, num “conjunto de medidas, aferidas historicamente, capazes de fornecer fórmulas extremamente flexíveis de reparação a serem escolhidas, em face dos casos concretos, pelo juiz internacional”. Cita o autor, como modalidades de satisfação, a obrigação de reconhecimento da ilegalidade cometida, a fixação de indenização punitiva e as diversas outras obrigações de fazer, não incluídas nas duas primeiras categorias. Alude ainda que “há uma série de obrigações de fazer que servem para reparar adequadamente as vítimas de violações de direitos humanos, sendo abarcadas pelo elástico conceito de satisfação (...)” (RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional do estado por violação de direitos humanos. *Revista CEJ*, v. 9, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005, p. 58-60).

Há de se mencionar ainda que, relativamente às normas de proteção e defesa do consumidor, dispõe o art. 83 do CDC que, para a defesa dos direitos e interesses consumeristas, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Por todo o exposto, resta plenamente evidenciado que a responsabilidade civil, particularmente no que tange à seara dos danos extrapatrimoniais, deve guiar-se pelo princípio da reparação adequada⁶¹⁹, conferindo ao vitimado uma miríade de soluções, não apenas pecuniárias, com vistas a tutelar, de maneira apropriada, os direitos da personalidade atingidos. Partindo-se do axioma de que a lesão não patrimonial se consubstancia na violação objetiva de determinado bem jurídico imaterial, a reparação deve ser orientada, primacialmente, pela recomposição, nos limites do possível, do atributo da personalidade afrontado, espancando-se ainda qualquer ilusória tentativa de restauração integral.

Face à multiplicidade e variedade de situações danosas, impostas pela tumultuosa convivência moderna, incumbe ao sistema de responsabilização ofertar instrumentos adequados à tutela dos direitos existenciais, escapando da simplista uniformização dos meios de reparação, claramente insuficientes a plenamente atender os anseios das vítimas. A ministração do remédio exclusivamente monetário há muito se revela incapaz de fazer frente às numerosas e diversificadas situações passíveis de ressarcimento.

É por meio do abandono de modelos abstratos de solução de conflitos, que impõem, em transviamento axiológico inconcebível, um paradigma pecuniário unitário de reparação de danos não patrimoniais, que a responsabilidade civil deve rumar para o estudo particularizado de cada caso concreto, à luz das vicissitudes práticas que as circunstâncias do evento danoso revelam. Atento às peculiaridades que o caso comporta, incumbe ao intérprete realizar o cotejo entre os meios disponíveis de reparação e o dano causado, pinçando o instrumento mais adequado à recomposição do bem existencial violado, figurando o expediente monetário como modo subsidiário e complementar de compensação.

Sobressai-se a reparação específica, neste sentido, como modelo preferencial de tutela de direitos personalíssimos, mais adequado e flexível às variadas conformações do dano extrapatrimonial.

⁶¹⁹ “Ora, se o jurisdicionado tem direito constitucional à adequada tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF), e o lesado, de acordo com o direito material, tem direito à reparação do dano, cabe perguntar qual é a tutela adequada do sujeito que sofreu o dano. A tutela adequada, como é evidente, é aquela que proporciona a efetiva reparação do dano” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*: arts. 461, CPC e 84, CDC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 162).

4 REPARAÇÃO NÃO PECUNIÁRIA DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS INDIVIDUAIS

A expansão dos danos ressarcíveis, aliada à insuficiência dos meios tradicionais de reparação, voltados unicamente à entrega de certa soma em dinheiro ao lesado, tem revelado a necessidade de se repensar o dogma da utilização exclusiva do remédio pecuniário no campo da responsabilidade civil, mormente na parte em que trata das lesões imateriais.

De fato, a eclosão de novas e heterogêneas espécies de lesões a interesses existenciais acabou por demonstrar que os métodos clássicos de ressarcimento, por meio do arbitramento de indenização monetária, longe de atender aos anseios das vítimas⁶²⁰, tem promovido, de forma indevida, a uniformização da resposta deflagrada em face do dano extrapatrimonial provocado, à revelia das especificidades que o caso concreto apresenta. Indiferente às peculiaridades apresentadas pelo bem jurídico personalíssimo afetado, é a solução em pecúnia aplicada indiscriminadamente, como forma não apenas de compensar o ofendido, mas também como meio de prevenir a ocorrência de novas condutas ilícitas, bem assim de punir o agente causador da lesão.

A superação do modelo multifuncional de responsabilidade civil, cujas fronteiras não encontram limites aparentes na dogmática tradicional, esgarçados os seus pressupostos de incidência a fim de abarcar uma infinidade de situações da vida cotidiana moderna, impõe o despontar do postulado da reparação adequada como pilar estruturante do sistema reparatório, direcionado precipuamente à efetiva recomposição do bem da personalidade malgrado. Ainda que cômico da impossibilidade de restauração do bem existencial ao estado anterior, volta-se o intérprete à real e concreta reparação deste, mesmo que de forma parcial, por intermédio da aplicação de técnicas adequadas de proteção, figurando a via monetária como vereda subsidiária e complementar, a incidir apenas após esgotadas todas as tentativas de recomposição do interesse moral atingido.

A crença na necessidade de ressarcimento integral do dano não patrimonial cede espaço, neste sentido, ao imperioso ideal de adequação da tutela ofertada. Assim, à margem de visões idílicas, porém ineficazes, de um sistema de responsabilidade orientado ao restabelecimento

⁶²⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 197.

pleno da situação anterior à ocorrência da lesão⁶²¹, ou mesmo de concepções que advogam a inteira impossibilidade de reparação da lesão imaterial, exsurge o princípio da reparação adequada como rota segura à consecução do escopo de tutela do direito existencial. Ainda que, em muitos casos, por sua própria natureza, sejam os prejuízos extrapatrimoniais impassíveis de recomposição⁶²², e nesses casos a via pecuniária se mostra necessária, tem-se, de outro lado, que diversos outros interesses imateriais permitem a utilização de meios não patrimoniais como forma de recomposição parcial⁶²³ do dano infligido, especialmente aqueles atinentes à honra, imagem e reputação do sujeito lesado, dentre outros.

A reparação adequada do dano extrapatrimonial, portanto, exige a investigação do meio mais idôneo à tutela do bem existencial violado. Exsurge, nesta perspectiva, a dita reparação específica ou natural⁶²⁴ como alternativa ao ressarcimento pecuniário da lesão não patrimonial. À vista da impossibilidade de reposição a uma situação de equivalência ao momento anterior ao do dano, bem assim levando-se em consideração a insuficiência da técnica monetária, cumpre a reparação específica o desiderato de ofertar ao vitimado um leque de instrumentos aptos a melhor satisfazer as suas pretensões⁶²⁵, evitando-se ainda a perniciosa mercantilização de situações existenciais.

Conquanto ainda pouco esquadrihadas no direito nacional, as formas não pecuniárias de reparação há muito vêm sendo utilizadas no estrangeiro, não sendo exagero afirmar-se constituírem estas, em muitos países, o modo prioritário de recomposição do bem personalíssimo lesado. A importação do conceito e das ideias que as inspiram não pode ser

⁶²¹ Desmistificando esta ideia, assevera Maita Maria Naveira Zarra: “*En cualquier caso, el resarcimiento en forma específica no aspira a borrar o eliminar el daño, objetivo éste imposible de lograr desde el momento en que el daño se manifiesta en el mundo real, del cual no puede ser suprimido o cancelado*” (ZARRA, Maita María Naveira. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 2006, p. 239).

⁶²² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 276.

⁶²³ LÓPEZ, Rafael Garcia. *Responsabilidad civil por daño moral: doctrina y jurisprudencia*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1990, p. 116.

⁶²⁴ Antônio Menezes Cordeiro classifica as modalidades de indenização, quanto ao conteúdo, em específica e pecuniária. Relativamente à primeira categoria, afirma que implica a entrega, ao vitimado, de um bem igual ao prejudicado. De outro lado, a indenização pecuniária tem lugar quando determinada a restituição de valor correspondente ao da lesão, normalmente através da entrega de certa soma em dinheiro (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil: Direito das obrigações: Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil*, v. 8. Lisboa: Almedina, 2017, p. 724). Por sua vez, Roberto Brebbia sustenta que, quando possível a restauração das coisas ao estado anterior, a reparação é denominada de natural e, em caso contrário, sendo o direito impotente para apagar por completo os efeitos perniciosos do ato ilícito, é designada de reparação por equivalente (BREBBIA, Roberto H. *El daño moral: doctrina, legislación y jurisprudencia*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1950, p. 194).

⁶²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; RONSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*, v. 3, 2. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 317.

realizada senão mediante a análise crítica do instituto, à luz das normas positivas nacionais vigentes e do sistema de responsabilidade civil pátrio, sem se socorrer o intérprete, entretanto, de metáforas interpretativas, tal como a banalizada figura da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido é que se mostra imprescindível, num primeiro momento, uma breve análise histórica da reparação específica ou natural como forma de resolução de conflitos em matéria de danos extrapatrimoniais, a fim de melhor compreender o seu desenvolvimento, assim como desvendar os seus propósitos e finalidades.

4.1 ESCORÇO HISTÓRICO

Nos períodos remotos da civilização, época em que o desenvolvimento comercial se mostrava escasso, e a moeda não se apresentava ainda amplamente difundida, bem assim eram também precárias as circunstâncias para a avaliação pecuniária e a compensação, encontrava ampla aplicação a regra da reparação na forma específica. O ressarcimento apenas se afirma em tempos de maior evolução, quando possível a materialização dos fatores acima aludidos⁶²⁶, variando a sua incidência, entretanto, no tempo e no espaço.

O Direito Romano antigo, ordenado em prol dos benefícios da certeza jurídica e facilidade de aplicação, característicos do sistema de indenizações pecuniárias, excluiu, em princípio, qualquer forma de reparação natural⁶²⁷. De fato, a estrutura peculiar do processo formular⁶²⁸ não permitia a distinção entre a indenização em dinheiro e o cumprimento da obrigação, culminando, necessariamente, numa *pecunia condemnatio*⁶²⁹.

⁶²⁶ DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1946, p. 367.

⁶²⁷ “Since, as we know, restitution in kind could never be sued for in classical Roman law, condemnation always led to the award of a specific sum of money” (ZIMMERMAN, Reinhard. *The law of obligation: roman foundations of the civilian traditions*. Cape Town: Juta & Co., 1992, p. 919).

⁶²⁸ “Já no sistema *per formulas*, a demanda era apresentada ao pretor por escrito, diferentemente do que ocorria no período anterior, em que a técnica da oralidade se fazia predominante. No processo formular, o pretor redigia a instrução da causa (fórmula) e a submetia ao *iudex* para que desse a sentença, restando subordinada à celebração da *litis contestatio*. (...) O viés privatístico do processo tornara-se tão evidente em tal contextualização que o conceito de *jurisdictio* sequer abarcava os atos de *imperium*. Era inaceitável que o magistrado expedisse qualquer ordem de cumprimento da decisão para as partes, e, sendo assim, a atuação jurisdicional desempenhada pelo Estado restava limitada à emissão de uma declaração alusiva à situação litigiosa de acordo com as regras do direito vigente” (VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. *Convenções processuais no paradigma do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 25-26).

⁶²⁹ FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Tradução de Antônio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938, p. 141-142.

Em Roma, portanto, somente se conhecia uma única forma de ressarcimento⁶³⁰, concretizada na entrega de certa soma em dinheiro ao lesado, mantendo-se a coerência com o conceito de dano ressarcível contemplado pela *Lex Aquilia*, de caráter eminentemente patrimonial⁶³¹. Ainda que os romanos tenham conhecido um dever de reparação natural que pressupunha a existência de um *damnum*, não lhe eram aplicáveis as normas específicas do direito de indenização, motivo pelo qual se pode concluir que o Direito Romano se manteve sempre fiel ao postulado do ressarcimento pecuniário⁶³².

Parece prevalecer a tese de que o princípio da reparação natural se originou da teoria escolástica da restituição⁶³³ e encontrou seu caminho na jurisprudência secular dos séculos XVII e XVIII, tanto pela teologia como pela jurisprudência eclesiástica. Enquanto na lei romana a figura da *restituere* consistia em instituto de direito adaptado ao processo, a doutrina da restituição representa uma concepção abrangente de dano, que é desenvolvida em conexão com o sacramento da penitência dos primeiros escolásticos, especialmente por Tomás de Aquino, absorvendo cada vez mais elementos legais e, como resultado, vai muito além do campo puramente teológico, moldando decisivamente a jurisprudência eclesiástica⁶³⁴.

De crucial importância para a teoria da restituição foi a passagem de uma carta redigida por Santo Agostinho para o bispo da Macedônia, de acordo com a qual a restauração constituiria pré-requisito necessário à verdadeira penitência: “*non remittetur peccatum, nisi restituatur ablatum*”⁶³⁵. Esta última formulação de Agostinho tornou-se o corpo autorizado a partir do qual a teoria da restituição se desenvolveu, tendo sido sistematicamente aperfeiçoada na literatura teológica desde o século XII. Esta conexão com o sacramento da penitência foi reforçada pela literatura confessional, revivida já desde o começo do século XIII⁶³⁶.

⁶³⁰ ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José; CABANA, Roberto M. López. *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 262.

⁶³¹ ZARRA, Maita María Naveira. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 2006, p. 231.

⁶³² “Tal acontecia principalmente com os interditos restitutorios dos magistrados. Era a inobservância da prescrição contida no interdito o que originava a consequência do dever de indenizar, danos, sem que o próprio cumprimento dessa prescrição constituísse uma indemnização” (FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Tradução de Antônio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938, p. 142-143).

⁶³³ BRÜGGEMEIER, Gert. *Haftungsrecht: struktur, prinzipien, schutzbereich*. Berlin: Springer, 2006, p. 564.

⁶³⁴ “*Ich glaube, es läßt sich nachweisen, daß dieser Grundsatz der scholastischen Restitutionlehre entstammt und sowohl über die Theologie als auch die kirchliche Rechtswissenschaft Eingang in die weltliche Rechtswissenschaft des 17. und 18. Jahrhunderts gefunden hat*” (WOLTER, Udo. *Das Prinzip der Naturalrestitution in §249 BGB: herkunft, historische Entwicklung und Bedeutung*. Berlin: Duncker&Humblot, 1985, p. 19).

⁶³⁵ ZIMMERMAN, Reinhard. *The law of obligation: roman foundations of the civilian traditions*. Cape Town: Juta & Co., 1992, p. 824.

⁶³⁶ WOLTER, op. cit., p. 23.

Aspecto interessante deste desenvolvimento inicial da doutrina consiste no fato de que a restituição não era de forma alguma limitada, como sugere a palavra de Agostinho, ao caso de roubo. Gradualmente, o círculo de casos de restituição é expandido. Não se trata apenas da compensação pela remoção, destruição ou dano a objetos estranhos, se estendendo ainda a negócios usurários de qualquer espécie e, finalmente, à compensação de danos não materiais, especialmente nos casos de deterioração da boa reputação⁶³⁷.

A sedimentação da teoria da restituição é realizada por Tomás de Aquino⁶³⁸. A doutrina é aqui baseada em fundamentos sobre os quais a teologia moral ainda hoje se apoia, e é tão bem estruturada que foi capaz de dar um forte apoio à jurisprudência, pois Aquino, ancorado também no conhecimento da lei romana e canônica, conseguiu dar uma justificativa interna para a obrigação de restituir, elaborando um sistema utilizável. Mesmo o lugar onde o religioso cuida da restituição é indicativo da maneira completamente nova de ver as coisas. Esta é discutida entre as questões 57 a 79 da *Summa Theologica*, que tratam do problema do direito e da justiça. A teoria da restituição é, portanto, completamente apartada do sacramento da penitência, enfrentada esta apenas no final do terceiro livro. A razão é plausível: a restituição é um problema puramente legal⁶³⁹.

Após o desenvolvimento das bases dogmáticas da reparação natural, como visto, por São Tomás de Aquino, a ideia recebeu finalmente sanção legislativa, por iniciativa do Papa Bonifácio VIII, em 1298, ao reconhecer a produção eclesiástica em um *Liber Sextus*, incorporado aos cinco livros do *Liber Extra* (1234)⁶⁴⁰. Através dos últimos escritores escolásticos espanhóis⁶⁴¹ e seus seguidores, podendo-se citar, como o mais notável, o jesuíta Leonardos Lessius, a doutrina influenciou fortemente os corifeus do direito natural, particularmente Hugo Grócio⁶⁴².

⁶³⁷ WOLTER, Udo. *Das Prinzip der Naturalrestitution in §249 BGB: herkunft, historische Entwicklung und Bedeutung*. Berlin: Duncker&Humblot, 1985, p. 24.

⁶³⁸ ZIMMERMAN, Reinhard. *The law of obligation: roman foundations of the civilian traditions*. Cape Town: Juta & Co., 1992, p. 824.

⁶³⁹ WOLTER, op. cit., p. 26-27.

⁶⁴⁰ BETANCOURT-SENA, Fernando. *La recepción del derecho romano en Colombia*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2007, p. 602.

⁶⁴¹ Os escolásticos espanhóis tardios contribuíram fortemente para a inserção das ideias aristotélica-tomísticas na análise da lei de danos. Embora muitas das investigações realizadas tenham sido ancoradas na lei canônica, de modo que as considerações morais informaram significativamente o trabalho desenvolvido, certo é que os autores espanhóis foram confrontados com problemas legais concretos, os quais restaram examinados em detalhes. Representativos desta linha de pensamento são os estudos protagonizados por Franciscus de Vitoria e Dominicus Soto (GIGLIO, Francesco. *The foundations of restitution for wrongs*. Oregon: Hart, 2007, p. 157).

⁶⁴² ZIMMERMAN, loc. cit.

Grócio dedica todo o capítulo dezessete do segundo livro do *De iure belli ac pacis* ao dano injustamente causado e à obrigação que é desencadeada por ele. A ausência de qualquer referência à restituição, para a qual a expressão "reparação" é preferida, constitui um elemento marcante deste capítulo. No entanto, esta diferença é principalmente terminológica. Deveras, Grócio e a escolástica tardia referem-se à mesma concepção, segundo a qual, uma vez praticado um ilícito que provoca dano à vítima, devem as consequências deste ser corrigidas o máximo possível. Os escolásticos tardios afirmam que a retificação deve ser alcançada por meio de "restituição". De outro lado, Hugo Grócio privilegia o uso do vocábulo "reparação". Ambos, entretanto, se referem ao conceito aristotélico-tomista de restituição, baseado na perda da vítima⁶⁴³. O fato é que, para os jurisnaturalistas⁶⁴⁴, a obrigação de reparar na forma específica aparece como uma derivação óbvia da violação do dever de não lesar a outrem⁶⁴⁵.

No século XIX, o desenvolvimento do tema sofre forte variação. Na seara da proteção da honra, uma mudança significativa ocorre por volta dos séculos XVIII e XIX: seus aspectos essenciais são classificados como direito penal. A.D. Weber (1753-1817) contribui decisivamente para isso com seu trabalho "*Über Injurien und Schmähchriften*", no qual afirma que a desculpa e a revogação são espécies de punições privadas, aceitando um caráter civil apenas em casos especiais. Na segunda metade do século XIX, no entanto, a tese da reparação natural se torna mais aceita, destacando-se as contribuições de Friedrich. Mommsen, Windscheid e Dernburg⁶⁴⁶.

Diferentemente, contudo, do quando esboçado por Mommsen⁶⁴⁷, que de modo algum atribuiu ao princípio a importância central que adquiriu nas tradições teológico-canônicas e na lei natural, no plano legislativo a tradição do direito natural na Baviera, na Prússia e na Áustria é totalmente seguida, de modo que à reparação natural é conferida prioridade⁶⁴⁸. Esta preferência pela reparação na forma específica é reconhecida já expressamente no *Codex*

⁶⁴³ GIGLIO, Francesco. *The foundations of restitution for wrongs*. Oregon: Hart, 2007, p. 161.

⁶⁴⁴ Segundo Udo Wolter, Samuel Pufendorf não traz inovações substantivas acerca da teoria do dano, relativamente à Grócio. Assim, embora Grócio e Pufendorf não expressem da mesma forma o papel primordial desempenhado pelo princípio da restituição natural em canonistas e teólogos, parece certo que ambos, em muitas de suas declarações, demonstram acolher este postulado (WOLTER, Udo. *Das Prinzip der Naturalrestitution in §249 BGB: herkunft, historische Entwicklung und Bedeutung*. Berlin: Duncker&Humblot, 1985, p. 61-63).

⁶⁴⁵ ZIMMERMAN, Reinhard. *The law of obligation: roman foundations of the civilian traditions*. Cape Town: Juta & Co., 1992, p. 824.

⁶⁴⁶ WOLTER, op. cit., p. 76.

⁶⁴⁷ GEBAUER, Martin. *Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 280.

⁶⁴⁸ WOLTER, loc. cit.

*Maximilianeus Bavaricus*⁶⁴⁹, de 1756, na codificação prussiana⁶⁵⁰, de 1794, tendo sido também agasalhado no §687 do código saxão, datado de 1863/1865, e no §1323 da legislação civil austríaca⁶⁵¹. A Comissão que elaborou o projeto de Dresden de 1866 também propôs no artigo 222 a reparação natural⁶⁵².

No curso da vigência do direito imediatamente anterior à hodierna codificação alemã, dividiam-se os juristas, entretanto, entre a adoção da reparação natural e a utilização do sistema de indenização pecuniária. A doutrina então prevalecente, seguida de perto pela jurisprudência do Supremo Tribunal, albergava a tese de que o direito de indenização recaía, primacialmente, sobre uma dada soma em dinheiro. Ocorre que, como nesta matéria a equidade encontra importante assento, tomando-se em consideração as peculiaridades subjetivas do prejudicado, e como os interesses deste podem exigir a restituição das coisas ao estado anterior ao dano, admitia-se a possibilidade do credor reclamar a reparação natural da lesão⁶⁵³.

No primeiro esboço (*Entwurf*) de um código civil para o *Reich* alemão de 1888, o §219⁶⁵⁴ assumiu papel central na normatização de danos, prevalecendo o sistema de reparação natural, alegando-se em sua defesa que a regra baseava-se nas mesmas disposições das leis modernas sobre indenização. A regulamentação correspondia, ainda que não em pormenores, mas pelo menos nas suas características básicas, à previsão do já transcrito §249 do BGB, válido ainda hoje⁶⁵⁵. Respeitadas vozes, contudo, levantaram-se contra a solução almejada pelo codificador. Neste ponto, destacam-se as objeções formuladas por Degenkolb, à época professor em Tübingen, para quem a ideia de que a primazia da reparação natural corresponderia à legislação

⁶⁴⁹ ZARRA, Maita María Naveira. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 2006, p. 232.

⁶⁵⁰ Disponha o código geral prussiano (I, 6, 79): “Tôdas as vezes que se produza um dano, deverá, dentro do possível, restaurar-se o estado de coisas existente antes da verificação dêle” (FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Tradução de Antônio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938, p. 144).

⁶⁵¹ O ABGB (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*), finalizado em 1811, mas cuja vigência remonta a 1812, regula expressamente a matéria no §1323: “*Um den Ersatz eines verursachten Schadens zu leisten, muß Alles in den vorigen Stand zurückversetzt, oder, wenn dieses nicht thunlich ist, der Schätzungswerth vergütet werden. Betrifft der Ersatz nur den erlittenen Schaden, so wird er eigentlich eine Schadloshaltung; wofern er sich aber auch auf den entgangenen Gewinn und die Tilgung der verursachten Beleidigung erstreckt, volle Genugthuung genannt*”.

⁶⁵² WOLTER, Udo. *Das Prinzip der Natural restitution in §249 BGB: herkunft, historische Entwicklung und Bedeutung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985, p. 77.

⁶⁵³ Tal conclusão é exaltada por Hans Albrecht Fischer, para quem “esta doutrina não encontra apoio nas fontes romanas, especialmente na I. 9, pr. D 19, 2; mas dá uma solução tão satisfatória ao problema da indemnização que é lamentável não a ter o código vigente consagrado num dos seus preceitos” (FISCHER, op. cit., p. 145-146).

⁶⁵⁴ §219. “*Der Schuldner hat den Schadensersatz dadurch zu leisten, daß er denjenigen Zustand herstellt, welcher vorhanden sein würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, und daß er, soweit diese Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, den Gläubiger in Geld entschädigt*”.

⁶⁵⁵ WOLTER, op. cit., p. 15.

moderna não encontraria eco na realidade. Apontou, em adendo ao seu raciocínio, o exemplo da lei francesa, a privilegiar a solução monetária, bem assim o Código Suíço das Obrigações, de 1883, que, em seu art. 51⁶⁵⁶, deixava a critério judicial a forma de se reparar o dano sofrido⁶⁵⁷. Os protestos, não obstante, acabaram por não preponderar, e o segundo projeto, e com ele o texto definitivo do código, consagraram o postulado da reparação natural⁶⁵⁸.

Na Espanha, onde as influências jusnaturalistas não se fizeram sentir com tanta intensidade, a concepção patrimonialista de dano ressarcível reinou por longo período, e por consequência, predominou a forma de ressarcimento pecuniário. Ademais, estas ideias encontravam amparo no art. 1.902 do Código Civil que, tal como o art. 1.382 da codificação francesa, contém simplesmente uma referência à obrigação do responsável de ressarcir o prejuízo causado, sem especificar as formas e os meios pelos quais se concretiza a reparação.

Somente com o florescimento de interesses extrapatrimoniais merecedores de efetiva tutela jurídica surge a necessidade de buscar-se meios alternativos de se reparar a lesão imaterial, circunstância esta que levou os autores espanhóis, à semelhança do que ocorreu na França, a centrar atenção na reparação *in natura*, limitando-se a amparar a possibilidade de seu reconhecimento na ausência de declaração positiva expressa⁶⁵⁹. Sem embargo, o parágrafo segundo do art. 456 do revogado Código Penal de 1944 já estabelecia a necessidade de publicação da sentença, em periódicos oficiais, reconhecida a prática de calúnia, se assim o requeresse a vítima⁶⁶⁰.

⁶⁵⁶ Art. 51 do Código Suíço de Obrigações de 1883: “*Art und Größe des Schadensersatzes wird durch richterliches Ermessen bestimmt in Würdigung sowohl der Umstände, als der Größe der Verschuldung*“. A mencionada norma é praticamente repetida no atual art. 43 do Código de 1911.

⁶⁵⁷ WOLTER, Udo. *Das Prinzip der Naturalrestitution in §249 BGB: herkunft, historische Entwicklung und Bedeutung*. Berlin: Duncker&Humblot, 1985, p. 17-18.

⁶⁵⁸ “Na segunda comissão foram apresentadas sete propostas de emenda ao §219 do 1º projecto. A primeira propunha a reparação natural como sistema primário; as seis restantes davam primazia à indemnização pecuniária, mas em tôdas as setes se permitiam concessões ao princípio oposto. Só a primeira deixou de ser rejeitada” (FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Tradução de Antônio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938, p. 146).

⁶⁵⁹ “*En nuestro país, el camino seguido hacia el reconocimiento de la reparación en forma específica fue similar al recorrido en Francia, aunque algo más tardío, porque en este último país la influencia de las ideas iusnaturalistas fue, tanto por razones de proximidad geográfica con los países germánicos como por motivos histórico-políticos, mayor y más temprana, lo que llevó a los autores franceses a interpretar pronto el art. 1382 de su CC de forma amplia, comprendiendo en él no sólo la reparación por equivalente sino también la reparación en forma específica. En España, la cuestión de la admisibilidad de la reparación in natura se resolvió adoptando la interpretación francesa, es decir, afirmando la amplitud del art. 1902 del CC para comprender en su seno ese modo de resarcimiento del daño*” (ZARRA, Maita María Naveira. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 2006, p. 233, nota 42).

⁶⁶⁰ Previsões semelhantes podiam ser encontradas no art. 368, §2º, do Código Penal de 1848, no art. 470, §2º, da codificação penal de 1870 e no art. 450, §2º, do Código Penal de 1932. Dispunha o aludido art. 456: “*La sentencia en que declare calumnia se publicará en los periódicos oficiales si el calumniado lo pidiere*” (CORA, Enrique

A possibilidade de reparação específica foi alvo de discussão na Itália, em razão da ausência de regra geral expressa no Código Civil de 1865⁶⁶¹. Não se pode afirmar, entretanto, a inexistência de disposições particulares que poderiam representar casos de reparação natural. Entre elas, cabe ressaltar o art. 1.222 do corpo civil revogado⁶⁶², correspondente ao art. 2.933, parágrafo primeiro, da atual codificação. Ocorre que, além de a doutrina não estar completamente convencida de sua aplicação para além da esfera das obrigações, acreditava-se que se tratava, em verdade, de forma de execução, e não de reparação específica. Considerando-se o silêncio do legislador, derivou desta falta de regulamentação a inadmissibilidade da reparação natural do dano⁶⁶³.

Em âmbito nacional, já se defendia, na vigência do Código Civil de 1916, a prevalência da reparação *in natura* sobre a solução exclusivamente monetária, por força do quando disposto no art. 1.534⁶⁶⁴ da legislação revogada⁶⁶⁵. Mesmo em matéria de danos extrapatrimoniais, alardeava-se a possibilidade da reparação natural, em restritas hipóteses. De fato, em atenção ao previsto no art. 1.548⁶⁶⁶ da arcaica codificação, o agravo à honra da mulher deflorada, violentada, ameaçada, seduzida ou raptada poderia ser reparado por meio do casamento, como alternativa ao dote, que corresponderia ao desfecho pecuniário. Ainda que se trate de norma criticável do ponto de vista axiológico e substantivo, fato é que não se pode negar se tratar de hipótese de reparação não pecuniária de lesão extrapatrimonial⁶⁶⁷.

Exemplos outros de formas não pecuniárias de reparação do dano podem ser encontrados na antiga Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/1967) que, relativamente à lesão patrimonial, estabelecia, em seu art. 54, ter a indenização finalidade restitutória⁶⁶⁸. Em sentido semelhante,

Álvarez. La teoría de la injuria en Castilla (siglos XVI-XX). In: CORA, Enrique Álvarez (Ed.). *Liber amicorum: estudios histórico-jurídicos en homenaje a Enrique Gacto Fernández*. Madrid: Dykinson, 2015, p. 134).

⁶⁶¹ “*Il codice civile del 1865, infatti, sul modello del codice civile francese, non conteneva una disposizione espressa che facesse riferimento alla cd. reintegrazione specifica o riparazione in natura*” (CECCHERINI, Grazia. *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*. Milano: Giuffrè, 1989, p. 4).

⁶⁶² Art. 1.222. “*Il creditore può domandare che sia distrutto ciò che si è fatto in contravvenzione alla obbligazione di non fare, e può essere autorizzato a distruggerlo a spese del debitore, salvo il risarcimento dei danni*”.

⁶⁶³ DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1946, p. 368.

⁶⁶⁴ Art. 1.534. “Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente, no lugar onde se execute a obrigação”.

⁶⁶⁵ Pontes de Miranda menciona ainda o art. 1.543 do CC/16, ao se referir à prioridade conferida à restituição, em detrimento da indenização pecuniária, bem assim o art. 35 do Decreto n. 24.776, de 14 de julho de 1934 (MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, t. XXVI, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 27).

⁶⁶⁶ Art. 1.548. “A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à condição e estado da ofendida: I. Se, virgem e menor, for deflorada; II. Se, mulher honesta, for violentada, ou aterrada por ameaças; III. Se for seduzida com promessas de casamento; IV. Se for raptada”.

⁶⁶⁷ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 192-193.

⁶⁶⁸ Art. 54. “A indenização do dano material tem por finalidade restituir o prejudicado ao estado anterior”.

mas já no campo dos danos imateriais, dentre outros dispositivos da mencionada legislação, o art. 75 previa a possibilidade de publicação da sentença cível ou criminal, a pedido da parte prejudicada, às expensas do ofensor⁶⁶⁹.

4.2 APLICAÇÃO E ALCANCE

Realizada incursão histórica a respeito da forma de reparação não pecuniária de danos ao longo dos tempos, e evidenciado que a sua maior ou menor utilização oscilou substancialmente, a depender do contexto jurídico e cultural de determinada nação ou povo, mister se faz, neste momento, aprofundar a análise da incidência do referido método de reparação nos dias atuais, especialmente no que concerne às singularidades da realidade brasileira, sem se descurar, entretanto, do imprescindível estudo do direito comparado. Efetivamente, diversas são as questões controversas que circundam o tema, aparentando não haver consonância em aspectos centrais de sua aplicação.

Longe de se propugnar a importação descontextualizada do instituto, sem qualquer tipo de análise crítica deste à luz das normas e princípios que inspiram o sistema de responsabilidade civil pátrio, reafirma-se o relevo do cotejo entre a normatização forasteira e o ordenamento nacional, sempre em busca da concretização do postulado da reparação adequada do dano extrapatrimonial.

Cumprido examinar, neste ponto, desde a definição e contornos jurídicos da aludida figura, passando pelos fundamentos que a inspiram, e mesmo as principais objeções levantadas pela doutrina, além dos seus pressupostos de aplicação. Imprescindível ainda a análise do atual estágio da jurisprudência no que toca às formas de reparação do dano não patrimonial, particularmente acórdãos proferidos pelos Tribunais de Justiça estaduais e pelo Superior Tribunal de Justiça, bem assim o relevante julgamento levado a cabo pelo Supremo Tribunal Federal em sede do Recurso Extraordinário n. 580.252/MS, particularmente o voto-vista da lavra do Ministro Luís Roberto Barroso.

Avançando no debate, parece relevante ainda levantar a discussão acerca da prevalência dos meios não pecuniários de reparação, em detrimento da uniformização do remédio monetário, e, caminhando além, perscrutar sobre os limites de sua aplicação, bem assim analisar

⁶⁶⁹ Art. 75. “A publicação da sentença cível ou criminal, transitada em julgado, na íntegra, será decretada pela autoridade competente, a pedido da parte prejudicada, em jornal, periódico ou através de órgão de radiodifusão de real circulação, ou expressão, às expensas da parte vencida ou condenada”.

a viabilidade da utilização de ambas as formas de se reparar o dano extrapatrimonial, indagando, ao cabo, acerca da influência e a repercussão do uso do modo específico de recomposição do bem jurídico lesado sobre o *quantum* arbitrado a título de indenização.

5 CONCLUSÃO

Intentou-se enfrentar, nesta pesquisa, o delicado tema da reparação não pecuniária de danos extrapatrimoniais, constituindo objeto do presente estudo as múltiplas causas que desencadearam o movimento de monetarização dos instrumentos ressarcitórios, bem assim a compatibilidade do acolhimento de distintas formas específicas de se reparar a lesão imaterial no direito brasileiro.

Preambularmente, evidenciou-se a inelutável marcha histórica da admissão da reparação do dano extrapatrimonial, constatando-se, em suas origens mais remotas, a reação aos atos ilícitos convergia para uma reprimenda comum, ausentes limites expressos entre a propriedade individual e coletiva, objetivando-se a retaliação do transgressor e de seu grupo. Ao perpassar do tempo, transitam as instituições entre a busca de desideratos não apenas punitivos, mas também já ressarcitórios, a depender do grau de gravidade da conduta perpetrada.

O Direito Romano, em seus primórdios, não divisa clara distinção entre a responsabilidade civil e penal, embora o progresso da categoria da ilicitude tenha propiciado, mais à frente, o estabelecimento da diferenciação entre o delito (*delictum*) público e privado, apartando-se os ilícitos civis (*maleficia* ou *delicta*) dos ilícitos penais (*crimina*). A maior parte dos juristas modernos que se debruçou sobre o tema, entretanto, alberga o entendimento de que os romanos desconheciam a ideia de reparação das lesões imateriais, embora parcela doutrinária defenda que a *actio injuriarum aestimatoria* consistia em forma geral de acautelamento de interesses morais.

Na modernidade, por força do Código francês de 1804, adquire o dano feições mais gerais e abstratas, dissociado da descrição minuciosa de cada ilicitude, esculpida, no art. 1.382, verdadeiro cláusula geral. O *Code Civil*, não obstante, silenciou acerca da possibilidade da reparação de danos morais, admitida esta, de forma embrionária, em sede jurisprudencial, apontando-se a decisão datada de 15 de junho de 1833 como marco inicial de seu reconhecimento. Em solo alemão, mesmo antes da edição do BGB, nos sistemas particulares existentes à época, bem como no direito comum, já se encontrava ampla adesão à doutrina da reparação da lesão imaterial, centrada na noção de sofrimento (*Schmerzensgeld*). Também os sistemas italiano e português, cada qual com suas particularidades, e em menor ou maior latitude, albergaram a noção de dano não patrimonial.

No direito brasileiro, por sua vez, já se pode vislumbrar, no Esboço de Teixeira de Freitas, os primeiros germes de uma teoria acerca da reparação do dano moral. No campo jurisprudencial, os votos favoráveis de Pedro Lessa já evidenciavam a conexão entre o instituto da responsabilidade civil e o caráter punitivo da indenização. Ainda após a edição do CC/16, permanecem os tribunais reticentes quanto à possibilidade da reparação, situação que é revertida apenas em 1966, no RE 59940, de relatoria do Ministro Aliomar Baleeiro. A emergência da CF/88 pacifica a questão em solo nacional, embora o remédio pecuniário e a noção de indenização como sanção, mesmo após a feitura do CC/02, permaneçam ainda fortemente gravados no imaginário da doutrina pátria.

Passa-se, então, à detida análise da caracterização conceitual do dano extrapatrimonial e suas consequências nas formas de reparação adotadas pela jurisprudência nacional. Em seguida ao exame das concepções negativas do dano moral, que pouco contribuem para o debate, constatou-se a predileção doutrinária por uma noção de lesão imaterial atrelada a estados subjetivos do ser, tais como a dor e sofrimento, de modo que a configuração daquela dependeria da demonstração da modificação do *status* psicológico ou espiritual da vítima. Esta corrente de pensamento encontra-se amalgamada à ideia de compensação exclusivamente pecuniária do dano não patrimonial, considerando-se que, à vista da impossibilidade de completa reintegração do bem lesado, visto que, uma vez experimentado, carrega o sofrimento perenes consequências no estado anímico do indivíduo, acode a indenização monetária como forma de consolação à vítima, funcionando como verdadeiro lenitivo aos males causados.

Verificou-se ainda que também a concepção de lesão existencial atada à violação da dignidade da pessoa humana incide, em certa medida, em equívocos semelhantes ao da tese subjetivista, ao permitir que a mera alusão à porosa noção de dignidade seja guindada ao pedestal de parâmetro de seleção de interesses merecedores de tutela. Sustentou-se que a concepção de dano extrapatrimonial como lesão a direitos da personalidade fixa parâmetros mais objetivos de aferição, conferindo balizas mais seguras à aplicação do instituto. Refutam-se as críticas relativas a um suposto caráter restritivo da teoria, por partirem da desacertada premissa de que os interesses existenciais sejam restritos aos tipos taxativamente previstos na codificação civil, quando, em realidade, derivam de princípios implícita ou explicitamente consagrados nas normas estampadas no CC/02, bem assim na legislação esparsa e na Constituição Federal. Ao se conceber o dano extrapatrimonial como ofensa a direito personalíssimo, afasta-se a proposição de que a dor e o sofrimento devem necessariamente ser

compensados pela estreita via da indenização pecuniária, descortinando-se um arsenal de outras técnicas reparatórias, mais adequadas à efetiva proteção destes direitos.

Em capítulo subsequente, averiguou-se que fração da doutrina tem sustentado o alargamento funcional da responsabilidade civil, centrada esta não mais na reparação do dano, mas voltada à administração de riscos sociais e punição do infrator, funções historicamente desenvolvidas por instrumentos próprios das esferas administrativa e penal. Idealiza-se, em razão da insuficiência dos meios de controle tradicionais, uma missão abrangente do sistema de responsabilidade, incumbido de solucionar diversificada gama de infortúnios sociais, atuando, neste viés, no escopo de amenizar desigualdades e servir de mote à justiça distributiva.

Em sentido contrário, defendeu-se, no presente trabalho, a incompatibilidade da indenização punitiva com o sistema jurídico brasileiro. A princípio, identifica-se que, em se tratando de pena aplicada, exige-se, à luz do quanto estatuído no art. 5º, XXXIX, da CF/88, a prévia cominação legal, não encontrando a figura jurídica, entretanto, expreso agasalho no ordenamento nacional. Atenta-se ainda para as incongruências da aplicação do instituto em solo pátrio, revelando a análise dos julgados sobre o tema que, diversamente do que ocorre no *common law*, a indenização punitiva cinge-se às hipóteses de reparação por danos não patrimoniais, deixando ainda de ser destacada do montante atribuído a título compensatório, o que impossibilita o exercício do contraditório. Conclui-se que a proeminência da função punitiva tem resultado na larga predominância da resposta pecuniária, nos casos de infringência a direitos da personalidade, funcionando a soma monetária como desestímulo à prática de novos atos ilícitos.

Buscou-se demonstrar, em seguida, ser inadequado o uso da indenização como meio de gestão preventiva de riscos, pois, ainda que a prevenção constitua repercussão reflexa da reparação, não consiste no objetivo principal (*Hauptzweck*) do sistema de responsabilidade civil pátrio, fundado na regra estampada no art. 944 do CC/02, segundo a qual a indenização mede-se pela extensão do dano. O robustecimento de um ideal de funcionalidade preventiva, baseado em deveres de diligência e prudência, faz ressurgir ainda o então aparentemente superado modelo subjetivo de responsabilidade, fundado na culpa. A prevenção e a precaução, longe de pertencerem aos domínios da responsabilidade civil, devem ficar a cargo das instâncias talhadas a este desiderato, mediante o fortalecimento dos sistemas de controle administrativo e a utilização de técnicas processuais inibitórias e coletivas adequadas.

Esclareceu-se que a função reparatória avulta como meta primacial do sistema de responsabilidade, não significando, com isto, que as coisas devam ser necessariamente repostas, com exatidão, ao seu estado anterior, mas que o interesse existencial lesionado suporte, em certa dimensão, medidas de recomposição. Nestas hipóteses, adquirem relevo as formas não pecuniárias de reparação, de modo que a solução monetária figura em posição subalterna, revelando seu caráter subsidiário e complementar. Impossibilitada a reparação específica da lesão, não obstante, restará o remédio pecuniário como único modo de compensar o ofendido, não se buscando a mitigação das sensações negativas experimentadas pela vítima, mas visando possibilitar que esta, munida de determinada quantia em dinheiro, proceda a aquisição de outros bens jurídicos, materiais ou imateriais.

Ainda no terreno das funções exercidas pela responsabilidade civil, elucidou-se que o princípio da reparação integral não colhe aplicação no campo dos danos imateriais, porquanto estes, insuscetíveis de qualquer tipo de avaliação pecuniária, não podem ser traduzidos em termos monetários, nem tampouco reparados, por completo, através da utilização de medidas específicas não pecuniárias. O emprego do postulado da reparação plena, na esfera dos interesses existenciais, tem conduzido o intérprete ao manuseio do remédio monetário como única forma de compensar o lesado, ante a constatação da impossibilidade de se restaurar integralmente o direito personalíssimo atingido. A infundada convicção, de outro lado, de que a quantia em metal constitui modo idôneo de ressarcir inteiramente o bem atingido repele a possibilidade de que outras formas de reparação sejam manejadas.

Restou patenteado o entendimento de que a responsabilidade civil, especialmente no que concerne aos domínios do dano extrapatrimonial, deve guiar-se pelo princípio da reparação adequada, ofertando ao vitimado uma miríade de soluções, não apenas pecuniárias, com vistas a tutelar, de forma apropriada, os direitos da personalidade atingidos. À vista da profusão de situações danosas, impostas pelas tumultuosas relações sociais modernas, cumpre ao sistema de responsabilização oferecer mecanismos adequados à tutela de interesses existenciais, esquivando-se da simplista uniformização dos meios reparatórios comumente empregados, insuficientes a plenamente atender aos anseios da vítima. Mostra-se necessário o abandono de modelos abstratos de solução de conflitos, mormente nas contendas envolvendo direitos tidos por fundamentais, devendo a responsabilidade civil rumar para a análise particularizada de cada caso, cotejando-se a lesão experimentada e os meios disponíveis de reparação, em busca do instrumento mais adequado à recomposição, ainda que parcial, do bem existencial violado.

No derradeiro capítulo, após realização de breve síntese histórica sobre a matéria, centrou-se o estudo na aplicação e alcance da reparação não pecuniária de danos extrapatrimoniais, principiando-se pelo estabelecimento de contornos preliminares e definição do instituto. Constatou-se, mediante investigação da legislação estrangeira, que diversos ordenamentos consagram a proeminência da reparação específica sobre o desfecho pecuniário. Em que pese a problemática seja pouco explorada em solo nacional, pôde-se verificar que em distintos países a solução natural é ao menos debatida, prevalecendo, em não poucos casos, a regra da reparação específica, especialmente no que toca às violações perpetradas contra a honra e a imagem.

Atestou-se, logo após, a posição prioritária da reparação específica no ordenamento brasileiro, ante a necessária aplicação do postulado da reparação adequada. A ausência de determinação explícita quanto ao método a ser utilizado na recomposição do bem jurídico violado, à luz do disposto no art. 927 do CC/02, longe de desembocar no afunilamento dos meios reparatórios, mediante o uso exclusivo da via monetária, impõe ao intérprete perscrutar, dentre o catálogo de opções ofertadas pelo sistema, aquela que se apresente mais adequada à reparação do direito da personalidade transgredido. Rematou-se afirmando que a utilização de meios não pecuniários de reparação não afasta integralmente a possibilidade de ser ministrado o remédio monetário, cabendo ao magistrado, no caso concreto posto à apreciação, avaliar em que medida a tutela específica logrou efetivamente recompor o bem existencial lesado, circunstância esta que influirá diretamente no montante a ser arbitrado.

No aspecto processual, asseverou-se que, na hipótese de ter a pretensão autoral se limitado a requerer a indenização em pecúnia, pode o magistrado, à luz das especificidades do bem tutelado, acrescer, de ofício, desde que respeitado o prévio contraditório e o princípio da não surpresa, medida não pecuniária de reparação, ou ainda modificar o meio escolhido pelo demandante, possuindo discricionariedade controlada de combinar o remédio monetário com outros que, não tendo expressão em pecúnia, permitam o atendimento do direito material vindicado. Acentuou-se que o juiz deve realizar a verificação da disponibilidade do atributo da personalidade atingido, a fim de constatar se o direito em debate admite restrição voluntária, hipótese em que poderá o lesado demandar exclusivamente a compensação monetária, ficando o magistrado adstrito ao pedido formulado.

Ressaltou-se ainda que, no caso de malferição a direitos da personalidade, a melhor solução aparenta consistir na avaliação, caso a caso, da proporcionalidade da medida empregada em cotejo com o interesse existencial vitimado, não se devendo firmar a premissa de que a

reparação específica de danos extrapatrimoniais não encontra obstáculo, em qualquer hipótese, na vedação à aplicação de medidas excessivamente onerosas.

Em conclusão, sem a pretensão de esgotar ou exaurir a temática, procedeu-se a análise específica de formas de reparação não pecuniárias. A retratação, a publicação de sentença, o direito de resposta e a imposição de obrigações de fazer no âmbito do direito de família restaram dissecadas, tendo sido seus pressupostos de aplicação e limites devidamente esquadrihados. Por fim, assentou-se a percepção de que é possível cogitar-se a imposição de numerosos outros deveres ao ofensor, como forma de se reparar o dano não patrimonial, ante a amplitude do art. 927 do CC/02, balizado o julgador pelas amarras do princípio da proporcionalidade, revelador da medida mais adequada à reparação do interesse existencial ultrajado.

REFERÊNCIAS

- ACCIARRI, Hugo A., Funciones del derecho de daños y de prevención. *La Ley*, n. 23, p. 1-9, fev. 2003.
- ÁGUILA, Ramón Domínguez. Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral. *Revista Chilena de Derecho*, v. 31, n. 3. p. 493-514, 2004.
- ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 21-53, out./dez., 2005.
- ALPA, Guido. *La responsabilità civile: parte generale*. Turim: UTET Giuridica, 2010.
- _____. *Obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali*. Torino: G. Giappichelli, 2001.
- ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 2001.
- ALVES, Jones Figueiredo. Filhos que abandonam: dignidade do idoso é pauta de urgência. *Revista Consultor Jurídico*, 11 jul. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-11/jones-figueiredo-alves-dignidade-idoso-pauta-urgencia#author>>. Acesso em: 02 out. 2018.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1949.
- ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoria general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1997.
- ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José; CABANA, Roberto M. López. *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.
- ÁLVAREZ, Carlos Lasarte. *Principios de derecho civil: parte general y derecho de la persona*. 6. ed. Madrid: Trivium, 1998.
- AMIGO, Manuel García. *Lecciones de derecho civil II: teoría general de las obligaciones y contratos*. Madrid: McGraw-Hill, 1995.
- ANDRADE, André Gustavo Côrrea de. A evolução do conceito de dano moral. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 24, p. 143-175, 2003.
- _____. *Dano moral e indenização*. 2003. 281 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2003.

ANDRÉS, Blanca Casado. El concepto del daño moral. *Revista de Derecho UNED*, n. 18, p. 399-424, 2016.

ANZORENA, Arturo Acuña. *Estudios de la responsabilidad civil*. La Plata: Platense, 1963.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE IMPRENSA. *Ação direta de inconstitucionalidade com medida cautelar*. ADI 5418, 22 nov. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4890857>>. Acesso em: 28 set. 2018.

ATIYAH, Patrick. *The Damages Lottery*. Oxford: Hart, 1997.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Cadastros de restrição ao crédito: dano moral. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 36, p. 45-53, out./dez. 2000.

_____. O direito como sistema complexo e de segunda ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-como-sistema-complexo-e-de-segunda-ordem/>>. Acesso em: 10 de ago. 2018.

_____. *Por uma nova categoria de danos na responsabilidade civil: o dano social*. Novos estudos e pareceres de direito privado. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BALDWIN, Francis Scott. *Punitive damages revisited*. Disponível em: <https://www.iatl.net/files/public/93_punitive_i4a.pdf>. Acesso em: 28 outubro 2018.

BASSI, Augusta Lagostena; RUBINI, Lucio. *La liquidazione del danno. Tomo primo: Il danno in generale e il danno non patrimoniale*. Milano: Giuffrè Editore, 1974.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.) *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BELMONTE, Alexandre Agra. *Danos morais no direito do trabalho: identificação e composição dos danos morais trabalhistas*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BERDEJO, José Luis Lacruz. *Elementos de Derecho Civil II: derecho de obligaciones*, v. II. Madrid: Dykinson, 1999.

BETANCOURT-SENA, Fernando. *La recepción del derecho romano en Colombia*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2007.

BEVERLEY- SMITH, Huw; OHLY, Ansgar; LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Privacy, property and personality: civil law perspectives on commercial appropriation*. Cambridge University Press, 2005.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v. I, 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1930.

_____. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.

BLAKEY, G. Robert. Of characterization and other matters: thoughts about multiple damages. *Law and contemporary problems*, v. 60, n. 3., p. 97-125, 1997.

BINENBJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, p. 360-380, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BONILINI, Giovanni. *Il danno non patrimoniale*. Milano: Giuffrè, 1983.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BORGHETTI, Jean-Sébastien. Punitive damages in France. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Ed.). *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009.

BOUHANNA, Philippe. *Le Rôle de la Cour de cassation face a l'évaluation du préjudice extra-patrimonial*. Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_4/2008_2484/intervention_me_bouhanna_11580.html>. Acesso em: 03 ago. 2018.

BOUZON, Emanuel. *O código de hammurabi*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

BRAGA, Armando. *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*. Coimbra: Almedina, 2005.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. *ADI 5.436/DF*. Parecer n. 181257/2017-AsJConst/SAJ/PGR. Documento assinado via Token digitalmente por Rodrigo Janot, Brasília, 31 de julho de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/janot-defende-direito-resposta-lei.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. Quarta Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso inominado n. 71006253462. Relatora: Gisele Anne Vieira de Azambuja. Porto Alegre, 14 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/397133163/recurso-civel-71006253462-rs>>. Acesso em: 21 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 130/DF*. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 30 de abril de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 07 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 580252/MS*. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>>. Acesso em: 07 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário n. 631.240/MG*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7168938>>. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 631.240/DF*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi5415.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 59940/SP. Relator: Ministro Aliomar Baleeiro. Brasília, 26 de abril de 1966. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=157636>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no Aresp n. 931538/MS*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 19 de setembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601262244&dt_publicacao=28/09/2017>. Acesso em: 03 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial. n. 1.159.242/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012>. Acesso em: 01 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n. 1198727/MG*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 14 de agosto de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001113499&dt_publicacao=09/05/2013>. Acesso em: 09 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de divergência em recurso especial. n. 1127913/RS*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 04 de junho de 2014. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300763250&dt_publicacao=05/08/2014>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no recurso especial n.º 1.688.394/MS*. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, 24 de abril de 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/577556665/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1688394-ms-2017-0199156-2?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso ordinário em mandado de segurança n. 14577/DF*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 11 de novembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200356421&dt_publicacao=28/11/2014>. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n. 1662847*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, 10 de outubro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201603087944&dt_publicacao=16/10/2017>. Acesso em: 25 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n. 1196424/RS*. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 06 de fevereiro de 2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199800877398&dt_publicacao=28/05/2001>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial. n. 1705317/RJ*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 12 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701389121&dt_publicacao=18/12/2017>. Acesso em: 17 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1464868/SP*. Relator: Herman Benjamin. Brasília, 22 de novembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401474534&dt_publicacao=30/11/2016>. Acesso em: 05 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1440721/GO*. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 11 de outubro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400501100&dt_publicacao=11/11/2016>. Acesso em: 21 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n. 957.343*. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior, Brasília, 18 de março de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701259484&dt_publicacao=28/04/2008>. Acesso em: 25 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n. 885248/MG*. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 15 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200601847978&dt_publicacao=21/05/2010>. Acesso em: 06 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em recurso especial. n. 1.260.458/SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 25 de novembro de 2018. Disponível: <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoaes/?num_registro=201800548680&dt_publicacao=25/04/2018>. Acesso em: 01 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial. n. 1573859/SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 07 de novembro de 2017. Disponível: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502961545&dt_publicacao=13/11/2017>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo interno no recurso especial. n. 1656501/SE*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 17 de agosto de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700418362&dt_publicacao=31/08/2017>. Acesso em: 17 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo interno no recurso especial. n. 1385638/RS*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 28 de novembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201301653465&dt_publicacao=05/12/2017>. Acesso em: 17 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1652567/PA*. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 22 de agosto de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201603140968&dt_publicacao=29/08/2017>. Acesso em: 05 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial. n. 757.411/MG*. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 29 de novembro de 2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 01 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 709877/RS*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 20 de setembro de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200401756670&dt_publicacao=10/10/2005>. Acesso em: 05 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo interno no agravo em recurso especial n. 1063319/SP*. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. Brasília, 03 de abril de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700437559&dt_publicacao=05/06/2018>. Acesso em: 02 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1650725/MG*. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 18 de maio de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700189009&dt_publicacao=26/05/2017>. Acesso em: 11 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n. 1644405/RS*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 09 de novembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201603274185&dt_publicacao=17/11/2017>. Acesso em: 17 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial. n. 1639016/RJ*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 28 de março de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602884375&dt_publicacao=04/04/2017>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n. 1.579.021/RS*. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 29 de novembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017>. Acesso em: 01 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no recurso especial n. ° 1.693.245/MS*. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Brasília, 22 de maio de 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595918131/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1693245-ms-2017-0219725-1>>. Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n. 963387/RS*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 08 de outubro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701463865&dt_publicacao=05/03/2009>. Acesso em: 02 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo interno no agravo em recurso especial n. 1238391/SP*. Relatora: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 21 de junho de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201800165054&dt_publicacao=26/06/2018>. Acesso em: 02 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. *Apelação cível n. 05362312920158050001*. Relator: Marcos Adriano Silva Ledo. Bahia, 28 de março de 2018. Disponível em: <<https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/561352496/apelacao-apl-5362312920158050001?ref=related>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível 20110111124210APC*. Relator: Flávio Rostirola, Brasília, 12 de março de 2014. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116601098/apelacao-civel-apc-20110111124210-df-0031025-7620118070001?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação n. 0041074-56.2014.8.07.0007*. Relator: Hector Valverde, Brasília, 15 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/614585300/20140710420159-segredo-de-justica-0041074-5620148070007>>. Acesso em: 01 out. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. *Apelação cível n. 00097738920088140051*. Relatora: Diracy Nunes Alves, 30 de maio de 2016. Disponível em: <<https://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/343259650/apelacao-apl-97738920088140051-belem?ref=serp>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível n. 1.653.103-6*. Relator: Luciano Carrasco Falavinha Souza. Paraná, 23 de agosto de 2017. Disponível em:

<<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12449735/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1653103-6>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 05035877720148190001*. Relatora: Maria Luiza De Freitas Carvalho. Rio de Janeiro, 19 de julho de 2017. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/480260541/apelacao-apl-5035877720148190001-rio-de-janeiro-capital-1-vara-civel>>. Acesso em: 01 maio 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação cível n. 0012767-48.2008.8.19.0208*. Relator: Roberto de Abreu e Silva. Rio de Janeiro, 22 de janeiro de 2014. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117627125/apelacao-apl-127674820088190208-rj-0012767-4820088190208?ref=serp>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 1.496/00*. Relatora: Mariana Pereira Nunes. Rio de Janeiro, 20 de junho de 2000. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/425735565/apelacao-apl-23505920008190000-rio-de-janeiro-capital-20-vara-civel?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 06 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação cível n. 22.993/2009*. Relator: José Carlos Maldonado de Carvalho, Rio de Janeiro, 19 de junho de 2009. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/395007062/apelacao-apl-9615920068190087-rio-de-janeiro-alcantara-regional-sao-goncalo-3-vara-civel>>. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação cível n. 8.323/2004*. Relator: Gilberto Dutra Moreira, Rio de Janeiro, 18 de maio de 2004. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/417050979/apelacao-apl-476353620048190000-rio-de-janeiro-araruama-1-vara-civel?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação cível n. 70073106478*. Relatora: Marta Borges Ortiz. Rio Grande do Sul, 27 de julho de 2017. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/485054311/apelacao-civel-ac-70073106478-rs>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação cível n. 0156999-78.2017.8.21.7000*. Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Porto Alegre, 13 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/499284707/apelacao-civel-ac-70073928848-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Apelação Cível n. 2012.083703-3*. Relator: Luiz César Medeiros. Santa Catarina, 16 de setembro de 2013. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24205878/apelacao-civel-ac-20120837033-sc-2012083703-3-acordao-tjsc?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 07 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Apelação Cível n. 4070752006.040707-5*. Relator: Monteiro Rocha. Santa Catarina, 19 de abril de 2007. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5647012/apelacao-civel-ac-407075-sc-2006040707-5?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 14 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação nº 0007852-15.2010.8.26.0038*. Relator: Fábio Podestá. São Paulo, 13 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118832671/apelacao-apl-78521520108260038-sp-0007852-1520108260038/inteiro-teor-118832681>>. Acesso em: 01 maio 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação nº 1002898-04.2016.8.26.0100*. Relatora: Viviani Nicolau. São Paulo, 21 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/436556430/apelacao-apl-10028980420168260100-sp-1002898-0420168260100?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 06 set. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. *Recurso ordinário n. 0063900-76.2010.5.17.0011*. Relator: Jailson Pereira da Silva. Vitória, 15 de maio de 2012. Disponível em: <<https://trt-17.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/418877831/recurso-ordinario-ro-639007620105170011?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 21 set. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. *Recurso ordinário n. 0001911-91.2015.5.17.0141*. Relator: José Carlos Rizk. Vitória, 29 de maio de 2018. Disponível em: <<https://trt-17.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/621699072/recurso-ordinario-trabalhista-ro-19119120155170141?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 21 set. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de revista n. 13924220145120028*. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília, 16 de março de 2016. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322091595/recurso-de-revista-rr-13924220145120028?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 01 maio 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de revista n. 162600-91.2009.5.09.0093*. Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão. Brasília, 27 de agosto de 2014. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/136612201/recurso-de-revista-rr-1626009120095090093?ref=serp>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Qo-AC n. 142085*. Relator: Ministro Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. Brasília, 22 de junho de 2010. Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16794936/questao-de-ordem-em-acao-cautelar-qo-ac-142085-rj?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. Segunda Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul. *Recurso inominado n. 71006449672*. Relatora: Elaine Maria Canto da Fonseca. Porto Alegre, 23 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/493869952/recurso-civel-71006449672-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 21 set. 2018.

BRAGA, Júlio Cesar de Oliveira. *Indenização por abandono afetivo: do direito à psicanálise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BREBBIA, Roberto H. *El daño moral: doctrina, legislación y jurisprudencia*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1950.

BRIZ, Jaime Santos. *Derecho de daños*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.

_____. *La responsabilidad civil*. 3 ed. Madrid: Montecorvo, 1981.

BRÜGGEMEIER, Gert. *Haftungsrecht: struktur, prinzipien, schutzbereich*. Berlin: Springer, 2006.

BUERES, Alberto J., Culpa y riesgo: sus ámbitos, *Revista de Derecho de Daños*, Creación de riesgo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CALABRESI, Guido. *The costs of accidents: a legal and economic analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970.

CAPDEVILA, Arturo. *El oriente jurídico*. Buenos Aires: La Ley, 1942.

CARPENTER, Luis Frederico. *Deve ser assegurada a indenização dos danos puramente morais?* *Revista de Direito*, v. 22.

CARRÁ, Bruno Leonardo. *Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistemológicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Todo dano é dano indenizável?* In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.) *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco, 2017.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Doutrina e prática das obrigações*. Curitiba: Imp. Paranaense, 1908.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

CASSETARI, Christiano. A responsabilidade de quem não registra filhos. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.) *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco, 2017.

CATALÁ, Lucía Gomis. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Pamplona: Aranzadi, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CECCHERINI, Grazia. *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*. Milano: Giuffrè, 1989.

CENDON, Paolo. Non di sola salute vive l'uomo. *Rivista Critica del diritto privato*, n. 4, p. 567-581, 1998.

CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil*, v. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CHAVES, Antônio. *Direito à própria imagem*. Conferência proferida no dia 28 de abril de 1972, no Salão Nobre da Biblioteca Municipal de Araras, a convite da Associação dos Advogados local. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66643/69253/>>. Acesso em: 20 de set. 2018.

CHIANALE, Angelo. *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica*. Milano: Giuffrè, 1993.

CHIRONI, Gian Pietro. *La colpa nel diritto civile odierno: colpa extra-contrattuale*, t. II, 2. ed. Torino: Fratelli Boca Editori, 1906.

CHRISTANDL, Gregor. *La risarcibilità del danno esistenziale*. Milano: Giuffrè, 2007.

CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CNJ. *Justiça Pesquisa: Políticas públicas do Poder Judiciário*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/bd8f715ca9ae1f539cd2d15421e843e7.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

CODERCH, Pablo Salvador; PALOU, María Teresa Castiñeira. *Prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

COOLEY, Thomas M. *A treatise on the constitutional limitations*. 5. ed. New Jersey: The Lawbook Exchange, 1998.

CORA, Enrique Álvarez. La teoría de la injuria en Castilla (siglos XVI-XX). In: CORA, Enrique Álvarez (Ed.). *Liber amicorum: estudios histórico-jurídicos en homenaje a Enrique Gacto Fernández*. Madrid: Dykinson, 2015.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil*, v. 8.: *Direito das obrigações: Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil*. Lisboa: Almedina, 2017.

CORRÊA, André Rodrigues. A genealogia da reparação dos danos extrapatrimoniais na jurisprudência dos tribunais superiores: do tratamento restritivo ao reconhecimento da indenizabilidade irrestringível. In: PÜSCHEL, Flávia Portella (Coord). *Projeto Pensando o Direito*. Pesquisa: Dano Moral. Brasília: Fundação Getúlio Vargas e Ministério da Justiça. Convocação 01/2010. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/vol-37_dano_moral_fgv.pdf/view>. Acesso em: 22 mar. 2018.

COSTA, Adriano Pessoa da; POMPEU, Gina Vidal Marcílio. Corte Interamericana de Direitos Humanos e desmonetização da responsabilidade civil. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, ano 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/corte-interamericana-de-direitos-humanos-e-desmonetizacao/>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

- COSTA, Mário Júlio Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2004.
- CRESPO, Mariano Medina. *La valoración civil del daño corporal: bases para un tratado*, t. I. Madrid: Dykinson, 1999.
- CRETELLA NETO, José. *Direito processual na organização mundial do comércio – OMC*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CRICENTI, Giuseppe. *Il danno non patrimoniale*. Padova: CEDAM, 1999.
- DAM, Cees Van. *European tort law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1946.
- DEMOGUE, René. *Reparación civil des délits*. Paris: Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1898.
- DI LAURO, Antonino Procida Mirabelli. *La riparazione dei danni alla persona*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1993.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 7. ed., v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 6. ed., v. 4. Salvador: JusPodivm, 2011.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*. 7. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.
- DÍEZ-PICAZO, Luís. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DOMINGO, Elena Vicente. El daño. In: CAMPOS, Luis Fernando Reglero; LAGO, José Manuel Busto (Coords.). *Lecciones de responsabilidad civil*. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2013.
- DOMÍNGUEZ, Carmen Hidalgo. *El daño moral*, t. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- DONATI, Alberto. *Danno non patrimoniale e solidarietà. I limiti della ammissibilità della riparazione del danno non patrimoniale nella giurisprudenza dei supremi collegi*. Padova: Cedam, 2004.
- DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- DUGGER, Cyrus. *Why you should be able to sue McdDonald's if you spill coffee on yourself*. Disponível em:

<http://www.tortdeform.com/archives/2006/09/why_you_should_be_able_to_sue.html>. Acesso em: 28 outubro 2018.

EINSENBURG, Theodore et al. The decision to award punitive damages: an empirical study. *Cornell Law Faculty Publications*, Paper 185, 2010. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/185/>>. Acesso em: 28 outubro 2018.

EMHART, Alberto Pino. *No sólo quieren dinero: la función expresiva de la responsabilidad extracontractual*. Disponível em: <https://www.academia.edu/34696000/No_s%C3%B3lo_quieren_dinero_La_funcion%C3%B3n_expresiva_de_la_responsabilidad_extracontractual>. Acesso em: 16 maio 2018.

EHRHARDT JR., Marcos. Em busca de uma teoria geral da responsabilidade civil. In: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). *Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*. Wien/Austria: Springer, 2005. Disponível em: <<https://link.springer.com/book/10.1007/3-211-27751-X>>. Acesso em: 08 out. 2018.

ESMEIN, Paul. La faute et sa place dans la responsabilité civile. *Revue trimestrielle de droit civil*, v. 48, p. 481-490, jan./dec. 1949.

FABRE-MAGNAN, Muriel. Le dommage existentiel. *Recueil Dalloz*, Paris, 2010, p. 2.376. Disponível em: <<https://www.dalloz-actualite.fr/revue-de-presse/dommage-existentiel-20101026#.W2jFJujOXIU>>. Acesso em: 06 ago. 2018.

FACCHINI NETO, Eugênio; WESENDONCK, Tula. Danos existenciais: precificando lágrimas. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 12, p. 229-267, jul./dez. 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; RONSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*, v. 3, 2. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; RONSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 9. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

FERRI, Giuseppe. Danno extracontrattuale e valori di mercato. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, v. 90, p. 757-827, 1992.

FIANDACA, Lucrezia. *Il danno non patrimoniale: percorsi giurisprudenziali*. Milano: Giuffrè, 2009.

FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Tradução de Antônio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938.

FLORINDO, Valdir. *Dano Moral e o Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1996.

FLUMIGAN, Silvano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*. 2009. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

FLUMIGAN, Silvano José Gomes; COSTA FILHO, Venceslau Tavares. STJ exige comprovação do dano como pressuposto do dever de indenizar. *Revista Consultor Jurídico*, 26 de março de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-26/direito-civil-atual-stj-exige-comprovacao-dano-indenizacao>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIUZA; Ricardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Org.). *Novo código civil comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRANÇA, Rubens Limongi. Responsabilidade civil - código do Japão comparado com o do Brasil. *Revista dos Tribunais*, v. 610, 1986, p. 23-37, ago., 1986.

FRANZONI, Massimo. *Il danno alla persona*. Milano: Giuffrè, 1995.

GABBA, Carlo Francesco. *Questioni di diritto civile*, v. II. Torino: Fratelli Bocca Editore, 1911.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil - responsabilidade civil*, v. 3, 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade civil decorrente do noivado. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; VITAL DA ROCHA, Maria. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 7. ed. St. Paul, Minnesota: West Group, 2009.

GEBAUER, Martin. *Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

GHERSI, Carlos Alberto. *Teoría general de la reparación de daños*. Buenos Aires: Astrea, 1997.

GHERSI, Carlos Alberto. *Valor de la vida humana*. Buenos Aires: Astrea, 2002.

GIACOBBE, Claudio. *Le persone. I diritti della personalità*. Torino: UTET, 2000.

GIGLIO, Francesco. *The foundations of restitution for wrongs*. Oregon: Hart, 2007.

GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, v. V, n. 161, 7. ed. Firenze: Casa Editrice Libreria Fratelli Cammelli, 1909.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

GRAZIANO, Thomas Kadner; OERTEL, Christoph. EC Tort Law and the German Legal Family. In: KOZIOL, Helmut; SCHULZE, Reiner (Eds.). *Tort law of the european community*. Wien: SpringerWienNewYork, 2008.

GRIVOT, Débora Cristina Holenbach. Limites ao valor da indenização: o problema da função punitiva da responsabilidade civil. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; VITAL DA ROCHA, Maria. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

HEUZÉ, Vincent. *Une reconsidération du principe de la réparation intégrale*. Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_4/2005_2033/reparation_integrale_8065.html>. Acesso em: 03 ago. 2018.

HERRERA, Edgardo López. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Lexis-Nexis, 2006.

HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito ao pai: dano decorrente de abandono afetivo na relação paterno-filial. *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM*. Belo Horizonte, n. 33, p.3-4, jul./ago., 2005.

HORBACH, Carlos Bastide. *Memória jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

IHERING, Rudolf von. *Del interés de los contratos y de la supuesta necesidad del valor patrimonial de las pretaciones obligatorias*. 3 Estudios Jurídicos. Buenos Aires: Atalaya, 1943.

INGLATERRA, House of Lords. *Broome v. Cassel & Co. Ltd. [1972] A.C. 1027*. Julgado em 23 de fevereiro de 1972. Disponível em: <<http://uniset.ca/other/rossminster/broome.html>>. Acesso em: 28 outubro 2018.

ITÁLIA. Cassazione Civile, III Sezione, 29/2/2008, n. 5514, cit. in *Giurisprudenza Italiana*, agosto/setembro 2008, p. 1912.

ITÁLIA. Cassazione Penale, Sez. U, 21 aprile 1989, LPO, 1990, 906.

ITURRASPE, Jorge Mosset. Prevención versus reparación. Daño a la persona. Derecho a la no discriminación. Daño por discriminación. *Revista de Derecho de Daños: prevención del daño*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, p. 7-25, 2008.

ITURRASPE; Jorge Mosset; PIEDECASAS, Miguel A. *Código civil comentado: Doctrina. Jurisprudencia. Bibliografía. Responsabilidad civil: artículos 1066 a 1136*. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003.

JANSEN, Nils; RADEMACHER, Lukas. Punitive damages in Germany. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Ed.). *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009.

JAUERNIG, Othmar. *Bürgerliches Gesetzbuch: mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*. München: Beck, 1994.

JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Tradução de Raul Lima. *Revista Forense*, p. 52-63, jul., 1941.

KENNY, Courtney Stanhope. *A selection of cases illustrative of the english law of tort*. 5. ed. Cambridge: University Press, 1928.

KERN, Bernd-Rüdiger. A função de satisfação na indenização do dano pessoal: um elemento penal na satisfação do dano? Tradução de Lélío Candiota de Campos. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 17, p. 25-46, 1999.

KFOURI NETO, Miguel. Graus da culpa e redução equitativa da indenização. *Caderno de doutrina e jurisprudência da escola da magistratura da 15ª região*, Campinas, v. 2, n. 1, p. 15-26, jan./fev. 2006.

KOCH, Bernhard A. Punitive damages in european law. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Ed.). *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009.

KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 60, n. 1, p. 193-213, jan./abr. 2015.

KOZIOL, Helmut. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2009.

KOZIOL, Helmut; KRIS, Irmgard; KATHREIN, Georg. *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*. Wien: SpringerWienNewYork, 2006.

LAFAILLE, Héctor. *Derecho civil: tratado de las obligaciones*, t. I. Buenos Aires: Ediar, 1947.

LANERI, Fernando Fueyo. *De nuevo sobre el daño extrapatrimonial y su resarcibilidad*. Caracas: Mérida, 1972.

LARA PEINADO, Federico; LARA PEINADO, González. *Los primeiros códigos de la humanidad*. 1. ed., reimp. Madrid: Tecnos, 2001.

LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts: Allgemeiner Teil*. Vol. I. München: Beck, 1987.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Lei 13.188/2015 dá direito de resposta a quem não tem o que responder? *Revista Consultor Jurídico*, 16 nov. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-16/direito-civil-atual-lei-131882015-direito-resposta-quem-nao-responder#_ftnref2>. Acesso em: 28 set. 2018.

LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil: obligaciones*, t. IV-A, n. 2319. Buenos Aires: Perrot, 1978.

LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos punitive damages. *Revista de Direito Privado*, v. 45/2011, p. 165 – 216, jan./mar., 2011.

LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

LLAMAS POMBO, Eugénio. Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños. In: MORENO MARTINEZ, Juan Antonio; ALMAGRO NOSETE, José (Coord.) *Manual de derecho civil: obligaciones*. Madrid: Dykinson, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. *Revista trimestral de direito civil*, n. 6, p. 79-97, abr./jun., 2001.

LOBREGAT, Marcus Vinícius. *Dano Moral nas Relações Individuais do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

LÓPEZ, Rafael Garcia. *Responsabilidad civil por daño moral: doctrina y jurisprudencia*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1990.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MADALENO, Rafael. A responsabilidade civil pela ausência ou negligência nas visitas. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coords). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015.

MAGALHÃES, Fabiano Pinto de. Responsabilidade civil do estado por danos morais causados a presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas por superlotação prisional e condições desumanas ou degradantes de encarceramento e a imposição de medida reparatória não pecuniária, por meio da remição de parte do tempo de pena, em analogia ao art. 126 da lei de execução penal. *Revista brasileira de direito civil*, v. 4, p. 138-150, abr./jun. 2015.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O princípio da reparação natural dos danos ao meio ambiente e sua aplicação prática. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 69, p. 31-56, maio/ago 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/04/PROF-MARINONI-MARINONI-O-DIREITO-%C3%80-TUTELA-JURISDICCIONAL-EFETIVA-NA-PERSPECTIVA-DA-TEORIA-DOS-DIREITOS-FUNDAMENTAIS.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

_____. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

_____. *Tutela específica: arts. 461, CPC e 84, CDC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva*. Disponível em:
<[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g.%20marinoni\(3\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g.%20marinoni(3)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em: 13 set. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, v. 2, 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARKESINIS, Basil S.; COESTER, Michael; ALPA, Guido; ULLSTEIN, Augustus. Hannes. *Compensation for personal injury in English, German and Italian Law: comparative outline*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

MARKESINIS, Basil S.; UNBERATH, Hannes. *The german law of torts: a comparative treatise*. Oregon: Hart, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 3, n. 9, p. 7073-7122, 2014.

_____. Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 19, p. 181-207, mar. 2001.

_____. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações*, v. V, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito Brasileiro). *R. CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

MASSEY, Calvin. R. The excessive fines clause and punitive damages: some lessons from History. *Vanderbilt Law Review*, v. 40, n. 6, p. 1.233-1.276, 1987.

MAVEETY, Nancy. *Justice Sandra Day O'Connor: strategist on the Supreme Court*. London: Rowman & Littlefield publishers, 1996.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, t. I, v. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1961.

MELO, Thiago Dellazari. *A “captura” das agências reguladoras: uma análise do risco de ineficiência do Estado Regulador*. 2010. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2010.

MENYHÁRD, Attila. Punitive Damages in Hungary. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa. (Ed.). *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009.

MINOZZI, Alfredo. *Studio sul danno non patrimoniale*. 3. ed. rimaneggiata. Milano: Società Editrice Libreria, 1917.

MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, t. XXII, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. *Tratado de Direito Privado*, t. XXVI. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

_____. *Tratado de Direito Privado*, t. LIII. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

_____. *Tratado de Direito Privado*, t. LIV, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

MOLLER, Erik K.; PACE, Nicholas M.; CARROL, Stephen J. *The Journal of Legal Studies*, v. 28, n. 2, p. 283-339, jun. 1999.

MONTERO, Ramón P. Rodríguez (Ed. e Coord.). *Responsabilidad civil de profesionales y empresarios: aspectos nacionales y internacionales*. La Coruña: Netbiblo, 2006.

MONTEIRO, Antônio Pinto. A indenização por danos não patrimoniais em debate: também na responsabilidade contratual? Também a favor das pessoas jurídicas? *Revista brasileira de direito civil*, v. 5, n. 03, p. 102-120, jul./set., 2015.

_____. *Cláusula penal e indenização*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 652, nota 1525.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. O conceito de dano moral nas relações de trabalho. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, ano 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-conceito-de-dano-moral-nas-relacoes-de-trabalho/>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MONTESANO, Luigi. *La tutela civile dei diritti*. Torino: Utet, 1985.

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

_____. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul/dez., 2006.

_____. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista trimestral de direito civil*, v. 5, n. 18, p. 45-78, abr./jun., 2004.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*, v. II, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Correlação entre o pedido e a sentença. *Revista de Processo*, n. 83, p. 207-215, jul./set. 1996.

MOREIRA, Guilherme. Estudos sobre a Responsabilidade civil. *BFDUC*, v. LIII, p. 391-554, 1977.

MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na comunicação social*. Coimbra: Coimbra, 1994.

MORENO, Valeria. La prevención en el derecho de daños. *Revista el derecho*, Buenos Aires, n. 14.156, ano LV, p. 1-6, abr. 2017.

MORÉTEAU, Olivier. Basic questions of tort law from a french perspective. In: KOZIOL, Helmut (Ed.). *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2015.

MOSSET ITURRASPE, Jorge (Dir.); KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Coord); GHERSI, Carlos; STIGLITZ, Gabriel – PARELLADA, Carlos (Coautores); ETCHEVESTI, Carlos (Colaborador), *Responsabilidad civil*. Buenos Aires: Hammurabi, 1997.

MOUSOURAKIS, George. *Fundamentals of roman private law*. Berlin/Heidelberg: Springer, 2012.

NASCIMENTO, Bárbara. *Eficiência das agências reguladoras está em xeque*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/eficiencia-das-agencias-reguladoras-esta-em-xeque-17477333>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

NICOLÒ, Rosario. *Instituzioni di diritto privato*. Mialno: Giuffrè, 1962.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*, v. 1. São Paulo: Saraiva: 2003.

OLIVEIRA, Irineu de Souza. *Programa de direito romano*. 2. ed. Canoas: Ulbra, 2000.

ORGAZ, Alfredo. *El daño resarcible*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1952.

OWEN, David G. A punitive damages overview: functions, problems and reform. *Villanova Law Review*, v. 39, p. 363-413, 1994.

_____. Punitive damages in products liability litigation. *Michigan Law Review*, v. 74, n. 7, p. 1257-1371, jun. 1976.

PACCHIONI, Giovanni. *Dei delitti e quasi-delitti*. Padova: CEDAM, 1940.

PALMER, Vernon Valentine. Tradução e notas por: Otávio Luiz Rodrigues Júnior e Thalles Ricardo Alciati Valim. Danos morais: o despertar francês no século XIX. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 9, ano 3, p. 225-241. São Paulo: RT, out.-dez. 2016.

PANTALÉON PRIETO, Angel Fernando. Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas). *AFDUAM*, n. 4, p. 167-192, 2000.

PAPAYANNIS, Diego Martín. *Fundamentos económicos de la responsabilidad extracontractual*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

PASQUALUCCI, Jo M. The practice and procedure of the inter-american court of human rights. *The American Journal of International Law*, Washington, ano C, n. 2, p. 503-507, abr. 2006.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *O imoral nas indenizações por dano moral*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-imoral-nas-indeniza%C3%A7%C3%B5es-por-dano-moral>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

PENA LÓPEZ, José María. *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*. Barcelona: Cálamo, 2004.

PERERA, Angel Carrasco. Reparación del daño en forma específica. *Revista Aranzadi Civil*, n. 2, p. 51-68, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade civil por abandono afetivo. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, Rui Soares. *A responsabilidade por danos não patrimoniais: do incumprimento das obrigações no direito civil português*. Coimbra: Coimbra, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar: 2002.

PETRELLI, Patrizia. *Il danno non patrimoniale*. Padova: Cedam, 1997.

PICASSO, Sebastián. Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, año 17, n. 4, p. 5-23, 2015.

PIPE, Gregory S. Exemplary damages after Camelford. *The modern law review*, v. 57, issue 1, p. 91-101, jan. 1994.

PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*. Reimp. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

PIZARRO, Ramón Daniel; VALLESPINOS, Carlos Gustavo. *Instituciones de derecho privado: obligaciones*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, t. 2.

POLLOCK, Frederick; MAITLAND, Frederic William. *The history of english law before the time of Edward I*. 2. ed., v. II. Cambridge: Cambridge University Press, 1898.

POMBO, Eugenio Llamas. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos*. Madrid: Trivium, 1988.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 7952/09.3TBVNG.P1.S1. Relator: Olindo Geraldes, 24 de maio de 2018. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/31b13a146355378180258298004976bb?OpenDocument>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 741/03.0TBMMN.E1S1. Relator: Helder Roque, 31 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/83B9707B3E889C0B80257FC40049C1DF>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 17/04.4TBCBR.C1.S1. Relator: Garcia Calejo, 21 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b21f3cbc83b2d3738025771f002d8199?OpenDocument>>. Acesso em: 30 ago. 2018

RADZIK, Linda. *Making amends: atonement in morality, law and politics*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional do estado por violação de direitos humanos. *Revista CEJ*, v. 9, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005.

REALE, Miguel. O dano moral no direito brasileiro. In: *Temas de direito positivo*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1992.

_____. *Visão geral do projeto de código civil*, v. 13, n. 13/14, p. 139–150, jan./dez., 1998.

REIS, Clayton. *Dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RESEDÁ, Salomão. *A aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro*. 2008. 321 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008.

ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. *Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 12, ano 4, p. 211-252. São Paulo: RT, jul./set. 2017.

RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*, Milano: Giuffrè, 1967.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Responsabilidade civil no direito romano. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; VITAL DA ROCHA, Maria. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX*. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/RODRIGUESJR-A-influencia-do-BGB-e-da-doutrina-no-Direito-Civil-brasileiro-do-seculo-XX-O-Direito.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2018.

_____. Argentina promulga seu novo código civil e comercial (parte 1). *Revista Consultor Jurídico*, 15 out. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-out-15/direito-comparado-argentina-promulga-codigo-civil-parte>>. Acesso em: 05 set. 2018.

_____. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de civil law. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010.

_____. *Revista Consultor Jurídico*, 27 jul. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-27/direito-comparadoencontro-cambridge-discute-rumos-responsabilidade-civil>>. Acesso em: 01 maio 2018.

RODRÍGUEZ, Arturo Solarte. La reparación in natura del daño. *Revista Vniversitas*, v. 54, n. 109, p. 187-238, abr. 2005.

RODRIGUES, Silvio. A projetada reforma do código civil. *Revista de Direito da USP*, v. 59, p. 206-216, 1964.

_____. *Direito civil: responsabilidade civil*. 7. ed., v. 4, São Paulo: Saraiva, 1983.

ROSA, Alexandre Morais da. Cuidado e abandono afetivo: a equivocada tradução jurídica da dor. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coords). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas: 2001.

ROSEVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. A responsabilidade civil por omissão de cuidado inverso. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coords). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015.

ROSSETTO, Ricardo. Reclamações sobre cadastros financeiros crescem 1.344% entre 2015 e 2017. *O Estado de São Paulo*. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,reclamacoes-sobre-cadastros-financeiros-de-consumidores-crescem-1344-entre-2015-e-2017,70002229041>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

ROTONDI, Mario. *Instituciones de derecho privado*. Madrid: Editorial Labor, 1953.

RUSTAD, Michael L.; KOENIG, Thomas H. *In defense of tort law*. New York: New York University Press, 2001.

RUSTAD, Michael L. The Closing of Punitive Damages' Iron Cage. *L.A. L. Rev.*, v. 38, n. 1297, p. 1297-1420, 2005.

ROVELLI, Francesco. La risarcibilità dei danni non patrimoniale. *Rivista di diritto privato*, n. 4, p. 266-291, 1933.

RYAN, Patrick S. Mc Do, Café Brûlant, et un animal domestique dans le four a micro-ondes: une reconsideration de la notion americaine des dommages exemplaires. *Global Jurist Advances*, v. 3, issue 1, article 3, 2003.

SALAZAR, Alcino de Paula. *Reparação do dano moral*. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

SALVI, Cesare. *Il danno extracontrattuale: modelli e funzioni*. Napoli: Jovene, 1985.

SANCHEZ, Antonio Cabanillas. *La reparación de los daños al medio ambiente*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1996.

SÁNCHEZ, Manuel Bejarano. *Obligaciones civiles*, 3. ed. Mexico: Harla, 1984.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOLIM, Cesar. Nexo de causalidade e prevenção na responsabilidade civil. *Revista Ajuris*, v. 41, n. 136, p. 70-100, dez. 2014.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 5. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2015.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 113-148.

SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional comparado. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; VITAL DA ROCHA, Maria. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. A responsabilidade civil e direito de família: a proposta de reparação não pecuniária. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coords). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista trimestral de direito civil*, v. 6, n. 22, p. 45-69, abr./jun., 2005.

_____. O futuro da responsabilidade civil: um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; VITAL DA ROCHA, Maria. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHWARTZ, Gary T. Proposals for reforming pain and suffering awards. In: KRAMER, Larry (Ed.). *Reforming the civil justice system*. New York: New York University, 1996.

SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. *Dano moral imoral: o abuso à luz da doutrina e jurisprudência*. Florianópolis: Conceito editorial, 2012.

SCOGNAMIGLIO, Renato. *Responsabilità civile e danno*. Turim: Giappichelli, 2010.

_____. Il danno morale (contributto alla teoria del danno extracontrattuale). *RDC*, p. 277-336, anno III (1957), I.

SEBOK, Anthony J. Punitive damages in the United States. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa. (Ed.). *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009.

SERAFINI, Fillipo. *Instituzioni di diritto romano*, v. II, 10. ed. Roma: La libreria dello statto, 1954.

SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. 2011. 386 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

SERRA, Adriano Vaz. Reparação do dano não patrimonial. *BMJ*, n. 83, p. 69-111, fev. 1959.

_____. Obrigação de indenização. *BMJ*, n. 84, p. 5-301, 1959.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e sua reparação*. 4. ed., rev., atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406/2002). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 2, p. 333-348, jan./mar. 2015.

SILVA, Felipe Ventin da. *A tutela preventiva dos direitos de personalidade e a liberdade de informação jornalística*. 2011. 286 f. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

SINTEZ, Cyril. *La sanction préventive en droit de la responsabilité: contribution à la theorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*. Paris: Dalloz, 2011.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade Civil por Dano Existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOTO NIETO, Francisco. *Indemnización por daños morales*. Madrid: Editorial revista de derecho judicial, 1970.

STEELE, Jenny. *Tort law: text, cases, and materials*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

STEVENS, Robert. *Torts and rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUEIRO, Maria E. Rovira. *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. Barcelona: Cedecs, 1999.

SUNSTEIN, Cass; KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David. Assessing punitive damages. *Yale Law Journal*, v. 107, n. 07, p. 2071-2152, may 1998.

SUNSTEIN, Cass R. et. al. *Punitive damages: how juries decide*. Chicago: The University of Chicago Press, 2002.

SUNSTEIN, Cass. *Laws of fear: beyond the precautionary principle*. Cambridge: Cambridge Press, 2005.

TALIADOROS, Jason. The roots of punitive damages at common law: a longer history. *The Cleveland State Law Review*, v. 64, n. 2, p. 251-302, 2016.

TALCIANI, Hernán Corral. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. 2. ed. Santiago: Legal Publishing, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da Personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 23-58.

_____. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. O futuro da responsabilidade civil. *Revista trimestral de direito civil*, v. 24, 2005.

THE LAW ON DAMAGES. *Department for Constitutional Affairs*. Consultation Paper, CP 9/07, 04/05/2007, p. 78. Disponível em: <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/consult/damages/cp0907.pdf>>. Acesso em: 28 outubro 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

THIBIERGE, Catherine. Libre propos sur l'évolution du droit de la responsabilité vers un élargissement de la fonction de la responsabilité. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 3, p. 561-584, jul./set. 1999.

UBIRÍA, Fernando A., *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2015.

UMANSKY, Sandra Natalia. Funciones de la responsabilidad civil: cambio de paradigmas em el sistema de derecho. *Revista de la facultad de ciencias economicas*. Resistencia (Chaco), n. 17, p. 107-128, primavera 2016.

USTÁRROZ, Daniel. Responsabilidade civil: questões atuais. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.) *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco, 2017.

VALENTIM, Veit. *História universal*. Tradução de Eduardo de Lima Castro, t. I, 6. ed. São Paulo: Livraria Martins, 1964.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. I, 9. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. *Direito das obrigações: conceito, estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, modalidades das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

VARGAS, Victor Pérez. Nuevos horizontes de la responsabilidad civil. *Revista Judicial*, Costa Rica, n. 106, p. 169-186, dez. 2012.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2004.

VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. *Convenções processuais no paradigma do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Gramma, 2017.

VIGARAY, Rafael Álvarez. La responsabilidad por daño moral. *Anuario de derecho civil*, v. 19, n. 1, p. 81-116, 1996.

VILLELA, João Baptista. *Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana*. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional//index.php/dout20anos/article/view/3445/3569>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

VILLEY, Michel. *Direito romano*. Tradução de Maria Helena Nogueira. Lisboa: Arcádia, 1973.

VINEY, Geneviève. *Traité de Droit Civil: la responsabilité: les effets*. Paris: L.G.D.J., 1988.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les conditions de la resposanbilité*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998.

VINEY, Geneviève; MARKESINIS, Basil. *La reparation du dommage corporel: essai de comparaison des droits anglais et français*. Paris: Economica, 1985.

VOCI, Pasquale. *Risarcimento e pena privata nem diritti romano classico*. Milano: Giuffrè, 1939.

VON BAR, Christian; DROBNIG, Ulrich. *The interaction of contract law and tort and property law in europe: a comparative study*. München: Sellier, 2004.

VON THUR, Andreas. *Derecho civil: teoria general del derecho civil aleman*, v. 2. Buenos Aires: Depalma, 1946.

_____. *Tratado de las Obligaciones*. Tradução espanhola por W. Roces, t. I. Madrid: Reus, 1934.

WALD, Arnold. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e no brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 26, p. 94-114, 2004.

WALKER, Mark Pickersgill; SILVA, Rafael Peteffi da. *Punitive damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. *Revista Sequência* (Florianópolis), n. 74, p. 295-326, dez. 2016.

WALSTON-DUNHAN, Beth. 5. ed. *Introduction to law*. New York: Delmar, 2009.

WESTERMANN, Harm Peter. *Código civil alemão: direito das obrigações: parte geral*. Tradução de Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1983.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 5. ed. Tradução de A.M Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

WILCOX, Vanessa. Punitive damages in England. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa. (Ed.). *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009.

WOJTAS, Malgorzata. *Die Haftung of culpa in contrahendo in Polen und Deutschland*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

WOLTER, Udo. *Das Prinzip der Naturalrestitution in §249 BGB: herkunft, historische Entwicklung und Bedeutung*. Berlin: Duncker&Humblot, 1985.

YAGÜEZ, Ricardo de Ángel. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil: con especial atención a la reparación del daño*. Madrid: Civitas, 1995.

_____. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Madrid: Civitas, 1993.

YOUNGS, Raimond. *English, French & German comparative law*. 3. ed. New York: Routledge, 2014.

ZAMORANO, Marcelo Barrientos. Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris. *Revista Chilena de Derecho*, v. 35, n. 1, p. 85-106, 2008.

ZANNONI, Eduardo Antonio. *El daño en la responsabilidad civil*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2005.

ZARRA, Maita María Naveira. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 2006.

ZENUM, Augusto. *Dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ZIMMERMAN, Reinhard. *The law of obligation: roman foundations of the civilian traditions*. Cape Town: Juta & Co., 1992.

ZIMMERMANN, Reinhard; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A.; WINIGER, Benedict (Eds). *Digest of european tort law: essential cases on damage*, v. 2. Berlin/Boston: De Gruyter, 2011.