

DO CAMINHO PERCORRIDO PELO DANO EXISTENCIAL PARA SER RECONHECIDO COMO ESPÉCIE AUTÔNOMA DO GÊNERO “DANOS IMATERIAIS”

THE WAY FOLLOWED BY THE HEDONIC DAMAGE TO BE RECOGNIZED AS AUTONOMOUS KIND OF THE GENRE “NON-MATERIAL DAMAGES”

Flaviana Rampazzo Soares¹
Mestre em Direito pela PUCRS

RESUMO: O artigo versa sobre a diferença entre danos materiais e imateriais, da importância que deve ser concedida aos danos imateriais, do surgimento, desenvolvimento, conceito e percurso jurisprudencial do dano existencial.

PALAVRAS-CHAVE: Direito civil; responsabilidade civil; danos imateriais; dano existencial.

ABSTRACT: *This paper is about the difference between economic damages and non-economic damages, the importance to be given to the non-economic damages, the creation, development, concept and jurisprudence route of hedonic damages.*

KEYWORDS: *Civil law; civil liability; non-economic damages; hedonic damages.*

SUMÁRIO: 1 A responsabilidade civil e o paradigma dos danos patrimoniais; 2 Do rompimento do paradigma:

reconhecimento da existência dos danos imateriais; 3 Histórico do dano existencial no direito italiano; 4 Do conceito e da autonomia do dano existencial; 5 Diferentes casos de dano existencial; 6 A equivocada qualificação de danos não existenciais; 7 Estágio da jurisprudência italiana mais recente a respeito da matéria; Conclusões; Referências.

SUMMARY: *1 Civil liability and the property damage's paradigm; 2 Paradigm's rupture: recognition of existence of non-property damages; 3 Hedonic damage history in Italian law; 4 Concept and autonomy of hedonic damage; 5 Different cases of hedonic damages; 6 The mistaken qualification of non-hedonic damages; 7 Recently Italian jurisprudence stage about matter; Conclusions; References.*

¹ Advogada, Professora.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL E O PARADIGMA DOS DANOS PATRIMONIAIS

A pesar de ser um antigo instituto do direito, a responsabilidade civil passou por inúmeras transformações no decorrer do tempo.

No tocante aos interesses passíveis de lesão, a responsabilidade civil, por muito tempo, esteve ligada a aspectos essencialmente “palpáveis”, sob o argumento de que somente poderia ser lesado aquilo que pudesse ser visualizado e materializado: o dano patrimonial.

O conceito de dano era definido de acordo com a teoria da diferença, segundo a qual a indenização, a ser pleiteada pela vítima, corresponderia ao resultado da diferença entre o patrimônio no momento anterior e posterior à lesão². Por isso, muitas vezes, verifica-se a vinculação do conceito de dano ao das expressões “bem” e “patrimônio”.

Referido pensamento possui raízes na famosa “regra do sapateiro”³ e teve como referência as deduções aritméticas ligadas ao jusracionalismo, que tanto influenciaram Jean Domat e, conseqüentemente, o Código Civil francês.

Com isso, considerava-se que o ser humano poderia ser lesado em seu patrimônio econômico em sentido estrito, mas não poderia ter atingido negativamente seus atributos ou interesses que não eram propriamente passíveis de avaliação pecuniária concreta e imediata.

O raciocínio era o de que a integridade psicofísica da pessoa tinha, como “razão de ser”, a necessidade do exercício de atividades que tivessem como resultado a formação ou conservação do seu patrimônio econômico e financeiro. Isso, em última análise, nada mais era do que uma manifestação patrimonial da ofensa perpetrada contra o lesado: dano patrimonial, concluía-se.

Assim, os interesses imateriais da pessoa foram sendo relegados aos cuidados do direito penal, que qualificava – como crime ou como contravenção – condutas que atingiam negativamente seus interesses imateriais⁴.

² JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Lisboa: Almedina, 1999. p. 381.

³ Expressão cunhada por Melchiorre Gioia (*regola del calzolaio*), na obra *Dell'ingiuria dei danni, del soddisfacimento e relative basi di stima avanti i Tribunali civili*, em Lugano (1840, p. 167), conforme CARUSI, Donato. *Principio di eguaglianza, responsabilità civile, difesa privata*. *Rivista di Diritto Civile*, Padova: Cedam, a. XLVIII, parte seconda, p. 69.

⁴ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 667, p. 8, maio 1991.

Apenas quando fossem desrespeitadas manifestações humanas de natureza imaterial passíveis de quantificação pecuniária objetiva, como, por exemplo, os direitos de autor, era admitido o dever de indenizar, o qual, ressalte-se, incidia em razão de um “pressuposto” objetivo (novamente a objetividade e a patrimonialidade estavam presentes na responsabilidade civil), qual seja, o de que o autor deixou de ser remunerado ao ter sua obra utilizada indevidamente.

Por isso, por exemplo, quando a pessoa via a sua imagem indevidamente utilizada, poderia pleitear indenização pelo valor equivalente ao preço de mercado da sua imagem, sem que lhe fosse concedida qualquer quantia adicional em face da sua afetação de ânimo (dano moral) decorrente do uso indevido da imagem por terceiro.

Com a evolução da responsabilidade civil, grandemente influenciada pelo passar de duas tortuosas guerras mundiais, de inúmeros regimes ditatoriais – que atingiram diversos países entre as décadas de 1960 e 1980 –, e, sobretudo, pela posterior valorização da pessoa humana, os seus interesses imateriais passaram a ser prestigiados, e isso ocasionou uma revolução na responsabilidade civil.

2 DO ROMPIMENTO DO PARADIGMA: RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DOS DANOS IMATERIAIS

Historicamente, conforme dito, alguns eventos influenciaram nitidamente os ciclos vivenciados pela responsabilidade civil no que concerne à proteção contra danos imateriais.

Ao final da segunda Guerra Mundial, passou a ser mais visível a preocupação tanto com o reconhecimento, quanto com os meios de proteção dos interesses imateriais da pessoa humana.

Eventos como a morte, as lesões corporais, as lesões psíquicas, etc., não são economicamente apreciáveis de imediato, pois prejudicam interesses sem natureza e expressão econômica.

No entanto, pouco a pouco, verificou-se, com mais nitidez, que os mesmos eram mais maléficos ao ser humano do que as perdas puramente materiais.

Enquanto os danos materiais, via de regra, podem ser objeto de recomposição natural ou específica, os danos imateriais causam prejuízos indelévels, que afetam a pessoa no seu ser, nos seus sentimentos, nas suas expectativas, nos seus planos, nos seus pensamentos, no seu cotidiano ou, em última análise, causam desequilíbrio de ordem pessoal de grande relevância.

Conforme visto, os interesses materiais da pessoa são importantes para que se tenha uma vida em melhores condições, com mais plenitude e independência.

No entanto, os interesses imateriais antecedem à pretensão a uma vida com melhores condições ou em sua plenitude. Antes, é preciso assegurar a integridade física e psíquica da pessoa, bem como os seus interesses relacionados aos direitos de personalidade⁵ e aos direitos fundamentais para, em momento subsequente, naturalmente se preocupar com o atendimento dos seus interesses materiais.

Portanto, foi possível constatar que os interesses imateriais da pessoa humana, necessariamente, deveriam ser tutelados pelo direito civil, seja pelo reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais e direitos de personalidade, seja pela aplicação das regras que tratam da responsabilidade civil.

Então, o instituto denominado “dano imaterial” (gênero), cujo expoente mais conhecido é o dano moral (espécie), começou a evoluir.

3 HISTÓRICO DO DANO EXISTENCIAL NO DIREITO ITALIANO

Na Itália, mais nitidamente no período anterior à década de 1970, havia uma dificuldade de identificação e de compensação dos danos imateriais. Isso porque o art. 2.043 do Código Civil italiano⁶ foi vinculado aos casos de danos materiais, ao passo que o art. 2.059 do mesmo Código⁷ era considerado o fundamento legal das ações que tratavam de danos imateriais.

No entanto, o art. 2.059 continha uma espécie de “amarra”, ao vincular a compensação por dano imaterial aos casos previstos em lei. A lei em questão era essencialmente a penal, ou seja, nos casos em que fosse configurada alguma

⁵ Os direitos de personalidade, que proporcionam conteúdo à personalidade e servem à satisfação de necessidades humanas juridicamente relevantes, sendo qualidades particulares que compõem a pessoa. Ou seja, são determinados atributos corpóreos e incorpóreos que constituem o indivíduo, que se manifestam com voz própria e recebem proteção jurídica (MARINHO, Josaphat. Os direitos de personalidade no projeto do novo Código Civil brasileiro. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Col. *Stvdia Ivridica*, Portugal-Brasil, a. 2000, Coimbra, n. 40, 2000, *passim*).

⁶ “Art. 2.043 CC. *Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.*”

⁷ “Art. 2.059 CC. *Danni non patrimoniali. Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge.*”

“Art. 185 CP. *Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili. II. Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui.*”

hipótese penalmente tipificada é que poderia haver a imposição do dever de indenizar.

Então, aqueles casos em que, não obstante houvesse dano imaterial, nexos de causalidade, conduta culposa (ou caso de responsabilidade civil objetiva) e nexos de imputação, mas não havia conduta penalmente tipificada, era grande a dificuldade de se reconhecer o dever de indenizar.

Essa dificuldade foi, com o tempo, superada pela atividade jurisprudencial, pois os juízes italianos passaram a interpretar os dispositivos legais referidos conforme a Constituição. A interpretação era pronunciada no sentido de que qualquer ofensa à saúde física ou psíquica da pessoa representaria dano injusto (passível de indenização conforme art. 2.043 do Código Civil italiano, independentemente da configuração de ilícito de natureza penal) e, em última análise, caracterizaria uma violação ao art. 32 da Constituição italiana, o qual garante o direito à saúde, considerado como direito fundamental⁸.

Assim, mais especificamente na Itália da década de 1970, foram emitidos diversos pronunciamentos judiciais reconhecendo o dever de indenizar os denominados danos “biológicos”, considerados, grosso modo, como danos à saúde da pessoa – com maior destaque a duas famosas decisões da Corte Constitucional italiana, a nº 88, de 12 de julho de 1979, e a nº 184, de 30 de junho de 1986 –, nas quais os referidos danos biológicos foram diferenciados dos danos morais puros, estes corretamente entendidos como uma afetação negativa do ânimo do lesado.

Disseram os julgadores italianos que o dano biológico e o dano moral eram duas “vozes” de dano com a mesma natureza – imaterial –, mas independentes no que toca à classificação e indenização, pois o dano biológico atingiria a integridade psicofísica da pessoa lesada, enquanto o dano moral representaria uma transitória turbacão no ânimo da pessoa ofendida.

A importância da Sentença nº 184, da Corte Constitucional italiana, reside na interpretação conforme a Constituição, conferida ao art. 2.059 do Código Civil italiano, sob o argumento de que mencionado artigo compreenderia apenas o dano moral puro, devendo ser interpretado em conjunto com as demais regras que dispõem sobre a indenização de danos imateriais.

⁸ Essa trajetória consta em TRAMONTANO, Luigi. *Il danno esistenziale e il suo risarcimento*. Commento organico ai più recenti e innovativi orientamenti giurisprudenziali. Piacenza: Casa Editrice La Tribuna, 2006. p. 23.

Além disso, a mencionada decisão referiu que a indenização por danos biológicos é prioritária e essencial, tendo como fundamento o art. 2.043 do Código Civil italiano, ou seja, para tais casos, a indenização seria devida quando configurados os requisitos da responsabilidade civil, desvinculando-se do requisito “prática de um crime”, amarra esta contida, indiretamente, no referido art. 2.059.

Posteriormente, evoluiu a interpretação jurisprudencial, a ponto de não mais se exigir o requisito “configuração de conduta delituosa” para indenizar os danos imateriais.

Em alguns casos – tal como ocorreu com a sentença proferida pela Corte de Cassação italiana em 11 de novembro de 1986, nº 6.607 –, foi reconhecida a ocorrência de danos à vida de relação ao marido cuja esposa foi submetida a um exame mal conduzido de citoscopia.

O marido sofreu dano por ricochete, pois a sua esposa sofreu uma necrose na vesícula, gerando complicações que a impediam de manter relações sexuais com o marido, além de ter severo comprometimento da sua função renal⁹.

Não obstante ter sido utilizada a terminologia “danos à vida de relação”, é possível visualizar que os julgadores italianos já consideravam as alterações na rotina da pessoa como dano juridicamente relevante e passível de indenização, apesar de ainda não ser conhecida a expressão “dano existencial”.

Durante a década de 1980, na jurisprudência italiana, os danos biológicos tomaram corpo a ponto de todo dano que não era considerado moral era facilmente classificado como dano biológico. A pessoa humana estava sendo valorizada, e, ao que parece, a classificação de danos imateriais, diversos do dano moral, como danos biológicos, era uma forma de tutelar esses direitos, sem precisar voltar à discussão a respeito das “amarras” do art. 2.059.

O descompasso ficou evidente: se o dano biológico corresponde a um desequilíbrio na saúde psicofísica da pessoa, como denominar de dano biológico aqueles casos em que, como consequência, além da seqüela psicofísica, ocorre uma alteração prejudicial e relevante no cotidiano da pessoa?

⁹ Sobre o dano por ricochete, vide PORTO, Mário Moacyr. Dano por ricochete. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 79, v. 661. p. 8, nov. 1990; Viney, 1982, op. cit., p. 389; 393-394 e MAZEAUD, Henry; MAZEAUD, Leon; TUNC, André. *Tratado teórico e práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Trad. Luis Castillo. Buenos Aires: Ejea, v. 2, n. 1.873, p. 812, 1961.

Como classificar aqueles casos em que ocorria uma alteração prejudicial e relevante na rotina da pessoa, se a sua causa não decorria de um dano biológico?

Se são duas vozes distintas de danos, como inseri-las na mesma espécie?

Os Professores Paolo Cendon e Patrizia Ziviz – ambos da Universidade italiana de Trieste –, no início da década de 1990, ao estudarem os danos imateriais, constataram que os casos em que a pessoa sofria uma alteração prejudicial externa, concreta e relevante na sua vida, ou, mais precisamente, sofria um “comprometimento prejudicial em seu cotidiano”, não poderiam ser exatamente enquadrados no conceito de dano moral e tampouco caracterizavam dano biológico¹⁰.

Ao mesmo tempo, constatava-se que, para esse tipo de dano não deixar de ser indenizado, a jurisprudência italiana acabava por classificá-lo como dano biológico.

Convencionou-se doutrinariamente que esse dano era extremamente relevante, atingia profundamente a esfera pessoal humana e merecia proteção, sendo denominado, a partir de então, como “dano existencial”.

O reconhecimento não se limitou ao âmbito acadêmico. A jurisprudência italiana passou a sustentar a necessidade de indenizar pessoas que sofreram dano existencial, com base no art. 2º da Constituição, que tutela os interesses inerentes à pessoa¹¹.

¹⁰ O dano existencial acarreta um sacrifício nas atividades realizadoras da pessoa, ocasionando uma mudança na relação da pessoa com o que a circunda. É uma “renúncia forçada às ocasiões felizes”, como dizem Cendon e Ziviz, ou, pelo menos, à situação de normalidade tida em momento anterior ao dano. Esse entendimento consta em ZIVIZ, Patrizia; CENDON, Paolo. *Il danno esistenziale*. Una nuova categoria della responsabilità civile. Milano: Giuffrè, 2000. p. XXII.

¹¹ Os artigos da Constituição italiana que interessam a este estudo são os seguintes: “Art. 2º *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*. Art. 3º *Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese*. Art. 32. *La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana*”. O texto da Constituição italiana está disponível em: <<http://www.quirinale.it/qrnw/statico/costituzione/costituzione.htm>>. Acesso em: 28 jul. 2009.

A primeira vez que a Suprema Corte italiana reconheceu e se pronunciou, explicitamente, sobre o dano existencial, foi em 7 de junho de 2000, por meio da Decisão nº 7.713, que trata de ação em que um pai foi chamado a responder, judicialmente, pelo fato de não ter provido, intencionalmente, o devido sustento de seu filho na época própria e em quantia menor que a devida¹².

A Suprema Corte italiana reconheceu que o pai ofendeu a condição jurídica de filho e de criança ou adolescente, cujo respeito dos pais é pressuposto fundamental ao seu desenvolvimento sadio, condição para a sua inserção não problemática no contexto social, pois o poder familiar é um poder-dever¹³. Por isso, condenou-o ao pagamento de indenização por dano existencial.

A partir de então, as indenizações por diversos casos de dano existencial se disseminaram.

4 DO CONCEITO E DA AUTONOMIA DO DANO EXISTENCIAL

A qualidade de vida, atualmente, é tão valorizada quanto a própria vida, pois é certo que a existência deve ser permeada por elementos que a tornem válida, vale dizer, que tragam bem-estar ao ser humano, que façam com que ele tenha a sua dignidade preservada¹⁴.

Esse bem-estar é o objeto do dano existencial, como visto, figura cunhada pelo direito italiano, que se aproxima do denominado *préjudice d'agrément*¹⁵ no direito francês e da *loss of amenities of life*¹⁶ (*loss of enjoyment of life* ou *hedonic damages*), no direito inglês e no direito estadunidense – ambos sinteticamente concebidos como a perda dos prazeres da vida, ou danos à vida de relação¹⁷.

¹² A respeito do dano existencial na jurisprudência italiana, vide CASSANO, Giuseppe. *La giurisprudenza del danno esistenziale*. Piacenza: La Tribuna, 2000.

¹³ SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 81.

¹⁴ A existência humana é cada vez mais valorizada, impulsionada pelo estágio atual de evolução da sociedade, também decorrente do aumento da expectativa de vida da população. Mesmo através da análise de aspectos puramente econômicos é possível verificar essa valorização. Exemplo disso é o aumento substancial nos negócios de decoração e de turismo.

¹⁵ JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1998. p. 134; VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil*. La responsabilité: conditions. Paris: LGDJ, 1982. p. 325.

¹⁶ COMANDÉ, Giovanni. *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali*. Torino: Giappichelli, 1999. p. 43; e também em POSER, Susan et al. Measuring damages for lost enjoyment of life: the view from the bench and the jury box. *Law and Human Behavior*, v. 27, n. 1, p. 55, Feb. 2003.

¹⁷ Isso também não é novidade no Brasil. Pontes de Miranda afirmou que o “dano à normalidade da vida de relação” é dano não patrimonial, sendo plenamente admissível a indenização fixada a tal

Na Itália, quando foram sendo intensificadas as decisões judiciais que reconheciam a necessidade de proteção da pessoa, nas suas atividades realizadoras, passou-se a tratar da referida espécie de dano com maior ênfase, tratando-a como “categoria independente” da responsabilidade civil, espécie do gênero dano imaterial.

Assim, o dano existencial surgiu com autonomia, mais claramente, na Itália da década de 1990¹⁸, como um aperfeiçoamento da teoria da responsabilidade civil, ou, em síntese, como uma categoria da responsabilidade civil por danos imateriais, consistente em toda alteração prejudicial e juridicamente relevante à existência da pessoa lesada.

O dano existencial é, portanto, uma afetação negativa e juridicamente relevante no cotidiano da pessoa, a qual tinha determinada rotina, e, em razão de uma conduta lesiva, sofreu alteração prejudicial, total ou parcial, permanente ou temporária, seja em uma atividade, seja em um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do evento lesivo, precisou suprimir, modificar, delegar a sua realização ou, mesmo, consegue realizá-la em condições adversas.

O dano existencial representa uma renúncia involuntária à situação de normalidade tida em momento anterior ao dano, significando um comprometimento de uma atividade ou um conjunto de atividades, econômicas ou não, incorporadas ao cotidiano da pessoa.

Essas atividades representam a exteriorização do modo de ser da pessoa, pois se presume que uma pessoa, no decorrer da sua vida, proceda de forma a atender às suas necessidades e aos seus anseios, ou seja, realiza atividades básicas de higiene, de alimentação, de educação para ter condições mínimas de existência e, complementarmente, pratica esportes, toca instrumentos musicais, realiza trabalhos voluntários, participa de cursos de capacitação profissional,

título e ainda: “O que se colima é a substituição de ritmo da vida, de prazer, de bem-estar psíquico, que desapareceu, por outro, que a indenização permite”. Tais afirmações podem ser entendidas como a admissão do dano existencial na doutrina brasileira (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. XXVI, 1971. p. 31 e 33).

¹⁸ A doutrina italiana considera a Decisão nº 7713 da Suprema Corte italiana, datada de 7 de junho de 2000, como o marco jurisprudencial de reconhecimento do dano existencial. Atualmente, o dano existencial é amplamente aceito na Itália, com algumas eventuais decisões isoladas da Corte de Cassação italiana enquadrando-o como dano biológico, para fins de evitar a fixação de indenização muito alta.

organiza eventos culturais, etc., a fim de alcançar pretensões de crescimento profissional ou mesmo para satisfação pessoal.

Nesse sentido, o dano existencial apresenta-se de forma muito objetiva, pois é verificado avaliando-se a rotina da pessoa no período anterior e posterior ao dano.

O exemplo típico de dano existencial é o caso da pessoa que é vizinha de uma empresa cuja atividade é ruidosa. Os ruídos contínuos, por um longo tempo, em níveis superiores ao tolerado, ou em horários inapropriados, causam prejuízo à pessoa, tornando a sua existência prejudicada, sem a normalidade que se espera segundo uma expectativa média em situações ordinárias.

O dano existencial também ocorre, de uma forma mais intensa e visível, nos casos de danos à integridade física da pessoa.

Sofre dano existencial a pessoa que perde uma perna, por exemplo, e passa a ter que andar com auxílio de muletas, ou mesmo com prótese. Aqui, o dano estético está ao lado do dano existencial e do dano moral.

O dano existencial também possui um aspecto de “potencialidade”, contemplando atividades que a pessoa, segundo critérios da normalidade e considerando um padrão médio de conduta – “segundo as regras de experiência” –, realizaria caso não tivesse sofrido o dano: assim, a responsabilidade civil por dano existencial também se apresenta na modalidade “perda de uma chance”, ou dano por um projeto de vida, no dizer de Sessarego¹⁹.

Um exemplo prático da responsabilidade civil por dano existencial na modalidade “perda de uma chance” é o caso do estudante de engenharia que é atingido por um tiro, que lhe causa tetraplegia. O dano existencial é objetivamente verificável pela perda da capacidade de realização de atos simples às pessoas com plena capacidade motora (alimentação, higiene, etc.).

No entanto, no referido exemplo, o conceito de dano existencial também alcança a perda de uma chance de exercer uma atividade técnica superior

¹⁹ SESSAREGO, Carlos Fernández. Existe un daño al proyecto de vida? Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona11/11Sessarego.htm>>. Acesso em: 07 ago. 2009. Sessarego exemplifica: “Alguna vez hemos mencionado, a manera de ejemplo, la grave frustración existencial que experimenta un pianista famoso que pierde algunos dedos de la mano, lo que lo imposibilita, por ende, de realizarse como tal. Este daño al ‘proyecto de vida’ carece de significación económica, no obstante lo cual tiene consecuencias muy graves que pueden conducir, con efecto de un vacío existencial, hasta el suicidio. Ello, claro, estará aparte del daño emergente y el lucro cessante simultáneamente causados por el agente de la acción ilícita” (SESSAREGO, Carlos Fernández. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea, 1992. p. 261-262).

específica, a de engenheiro, para a qual o rapaz estava estudando, na ocasião do evento lesivo²⁰.

Ou seja, segundo um critério de normalidade, tudo indica que esse rapaz teria uma atividade técnica específica, cuja oportunidade foi ceifada em face do ato lesivo.

Esses, em síntese, são os elementos científicos hábeis à caracterização do dano existencial.

Porém, é necessário mencionar que, sendo alteração efêmera ou não revestida de relevância jurídica, não se está diante de um dano existencial propriamente dito.

Essa distinção precisa ser feita para evitar que qualquer percalço da vida enseje o ajuizamento de uma ação judicial de natureza indenizatória.

O dano existencial, como espécie do gênero “dano imaterial”, somente será efetivamente reconhecido e valorizado se não for utilizado indiscriminadamente.

Por isso, não é uma alteração prejudicial no cotidiano da pessoa de um ou dois dias que tornará uma pessoa “vítima” de um dano existencial, tampouco

²⁰ O exemplo referido foi objeto de julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, tendo o processo a seguinte ementa: “Processo civil. Agravo contra inadmissão de recurso especial. Provimento parcial. Preclusão dos temas desacolhidos no agravo. Civil. Indenização. Vingança. Disparos de arma de fogo. Paraplegia. Motivo fútil. Dano moral. Valor da indenização. Controle pelo Superior Tribunal de Justiça. Majoração. Pensão mensal. Majoração. Despesas com advogados para acompanhar ação penal contra o autor dos disparos. Indeferimento. Tratamento no exterior. Recurso parcialmente provido. I - O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que o *quantum* contrarie a lei ou o bom-senso, mostrando-se manifestamente exagerado, ou irrisório, distanciando-se das finalidades da lei. Na espécie, levando em consideração a situação econômico-social das partes, a atividade ilícita exercida pelo réu 2º recorrente, de ganho fácil, o abalo físico, psíquico e social sofrido pelo autor, o elevado grau da agressão, a ausência de motivo e a natureza punitiva e inibidora que a indenização, no caso, deve ter, mostrou-se insuficiente o valor fixado pelo Tribunal de origem a título de danos morais, a reclamar majoração. II - Ainda que se admita que o autor tenha desrespeitado a honra do réu, o certo é que a reação deste foi manifestamente desproporcional, passando longe, e muito, do tolerável. E não se pode deixar de considerar que, na espécie, as lesões decorreram de conduta criminoso, de acentuado dolo, como se vivêssemos em um País sem leis e em estado de barbárie. III - A pensão mensal nos termos requeridos não agride o razoável e nem se mostra injusta, considerando as circunstâncias da causa, notadamente o padrão econômico-social das partes. IV - O valor eventualmente pago aos advogados criminalistas, na espécie, não são incluídos, por não ser essa despesa obrigatória, mas opcional, sendo apenas facultativa a contratação de assistência da acusação. V - O provimento em parte do agravo interposto contra a inadmissão do recurso especial restringe o conhecimento da Turma à matéria ainda não decidida, uma vez havida a preclusão quanto aos demais temas” (STJ, REsp 183508/RJ, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, J. 05.02.2002, DJ 10.06.2002, p. 212, publ. RT, v. 814, p. 167).

será uma modificação em um aspecto do cotidiano que não seja juridicamente relevante que ensejará uma indenização por dano existencial.

O dano deve ser qualitativa ou quantitativamente relevante, do ponto de vista jurídico. Aliás, deve-se ter muito cuidado na avaliação da espécie de dano imaterial que atinge a pessoa: muitas vezes, uma pessoa pode sofrer um dano moral propriamente dito, e não um dano existencial.

Por isso, conhecer e saber distinguir as espécies de danos imateriais é muito importante para ser possível indenizar adequadamente aquelas pessoas que realmente experimentam esses tipos de danos.

5 DIFERENTES CASOS DE DANO EXISTENCIAL

Os exemplos mencionados no item anterior, bem como de inúmeros outros casos de danos existenciais, demonstram que, em decorrência de uma conduta lesiva, vários interesses imateriais da pessoa podem ser atingidos.

Há casos, graves, em que a pessoa é atingida na sua saúde e que inúmeros danos são identificados: suponha-se que um programador de computadores, que também é jogador de futebol amador, casado e com filhos, submeta-se a uma cirurgia e, por erro do anestesista, sofra uma paralisia cerebral, passando a viver em estado vegetativo.

Ele, paciente, sofre danos patrimoniais, compostos de danos emergentes e lucros cessantes, em face da impossibilidade permanente de trabalho.

Suporta, também, danos imateriais, que abrangem o dano existencial e o dano à saúde, sem contar o dano moral.

São três espécies diferentes de danos imateriais para um único caso, sendo esse típico caso de danos anexos, ou seja, de diferentes espécies de danos imateriais que se acumulam em face de um único evento lesivo, gerando consequências na fixação do montante da indenização.

A ocorrência do dano existencial pode dar-se de forma anexa, conforme visto, ou reflexa.

A forma reflexa dos danos é visível no caso de dano por ricochete. No exemplo antes referido, a esposa do paciente sofre dano existencial reflexo, pois, em face do dano que atingiu seu cônjuge, sofreu alteração severa, prejudicial e permanente na sua vida.

Não bastassem os cuidados ordinários com os filhos, casa e, eventualmente, seu próprio trabalho, terá que deixar de realizar inúmeras atividades que anteriormente faziam parte do seu cotidiano, bem como terá que modificar a sua rotina para atender aos novos compromissos de fisioterapia, consultas, etc., em acompanhamento ao esposo doente, sem contar as atividades que deixará de fazer na companhia do esposo.

Como visto, os casos mais comuns de danos existenciais, ou, ao menos, os mais graves, são aqueles que tratam de lesões que atingem negativamente a integridade física e/ou psíquica da pessoa.

No entanto, não se limitam a esses.

Ocorre dano existencial de forma direta, por exemplo, quando uma pessoa é proprietária de uma famosa clínica médica instalada em um local valorizado de determinada cidade, e, em face de um erro ocorrido na condução de uma obra de engenharia civil na vizinhança, o prédio em que funcionava a clínica rui. A reconstrução do prédio demora mais de um ano, e o empresário perde o fundo de comércio (estabelecimento comercial) formado durante o período de funcionamento da clínica.

O empresário que perde o seu negócio, o seu sustento, o seu trabalho, da “noite para o dia”, sem conseguir reconstruir a sua vida em curto espaço de tempo, experimenta dano existencial, pois altera, durante considerável período, de forma prejudicial e relevantemente, a sua rotina em face do evento lesivo.

Trata-se de caso típico de dano existencial.

Caso esse empresário desenvolva depressão em face do drama experimentado, também deverá ser indenizado por danos à sua saúde psíquica.

Concomitantemente, o empresário referido também sofre danos materiais, consistentes na perda do prédio que abrigava a sede da clínica, perda do estabelecimento comercial e deixa de receber os lucros que teria caso a clínica estivesse em funcionamento.

Isso, mais uma vez, demonstra que um evento lesivo pode gerar danos de diferentes gêneros (patrimoniais e imateriais) e espécies (no caso do exemplo, dano existencial e dano psíquico -, ou seja, danos anexos, que ocorrem quando várias espécies de danos atingem a pessoa lesada).

O dano existencial também está presente no caso do jovem paciente que passa a se medicar com um remédio indicado para tratamento da depressão e que, com o uso contínuo, se torna dependente dele²¹.

O fato de não ter sido avisado da potencialidade de geração de dependência do medicamento, previamente conhecida do seu fabricante – pois não constava na bula do medicamento a informação expressa alertando sobre o risco de dependência e aumento da dose por parte do paciente, na hipótese de tratamento prolongado –, gerou a responsabilidade do laboratório farmacêutico fabricante do produto.

No caso referido, o usuário do medicamento foi internado diversas vezes em clínicas psiquiátricas para tratar da dependência do medicamento, tendo perdido seu emprego e arruinado seu casamento em face disso. Conforme informou o julgador do caso, “ainda que a tendência depressiva seja anterior, não há como negar que a dependência ao fármaco causou uma desestruturação em sua vida”.

Essa “desestruturação” da vida do paciente dependente é o dano existencial, apesar de ter sido rotulado indevidamente como “dano moral”, no texto da decisão judicial.

O Tribunal reconheceu a responsabilidade civil objetiva do laboratório farmacêutico, estabelecida no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro²², tendo sido destacado que o produto é considerado defeituoso por não oferecer a segurança que dele legitimamente se espera, ou seja, o defeito decorre da comercialização de medicamento depressivo com grande potencial

²¹ Trata-se de caso verídico (Processo nº 70028742997), julgado recentemente pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Brasil, em processo envolvendo a fabricante do medicamento Survector (cuja substância ativa é o cloridrato de amineptina). A decisão está disponível no site www.tjrs.jus.br.

²² “Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. § 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – sua apresentação; II – o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi colocado em circulação. § 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado. § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.” (grifos nossos)

de dependência, sem a prestação de informações suficientes, claras e adequadas a respeito do risco referido.

O dano existencial não se limita apenas aos danos que atinjam diretamente a integridade psicofísica da pessoa.

O meio ambiente equilibrado proporciona recursos naturais essenciais à existência humana. Nesse sentido, a ocorrência de eventos que atinjam esse equilíbrio causa danos ecológicos, os quais atingem diretamente o meio ambiente e indiretamente o ser humano.

Esse universo foi retratado até mesmo em famoso filme, que conta a história de uma mulher (Erin Brockovich) que investigou uma empresa de eletricidade que, no exercício da sua atividade, produziu dejetos não tratados e deixados no meio ambiente, os quais contaminaram, com substâncias tóxicas, a água de uma pequena cidade da Califórnia, EUA, o que ocasionou não apenas um dano ao meio ambiente, mas, sobretudo, aos moradores do local, que desenvolveram doenças decorrentes da contaminação e, em alguns casos, desenvolveram câncer em face do contato direto com os resíduos tóxicos.

Esse episódio retrata a dimensão dos danos existenciais, pois o meio ambiente foi atingido, alterando toda a rotina da comunidade. A partir do momento em que é descoberta uma contaminação de lençol freático, por exemplo, as pessoas devem imediatamente suspender a ingestão da água, e a sua utilização para outros fins (tais como tomar banho ou lavar a louça) depende do nível de contaminação apurado, tudo isso até medidas tendentes à eliminação ou redução da contaminação surtam efeitos. Essas alterações prejudiciais, severas e por um considerável período de tempo, no cotidiano da pessoa, representam manifestação inequívoca de dano existencial, passível de ser indenizado.

Do direito do trabalho também é possível extrair-se exemplos de dano existencial.

No Brasil, é famoso o “caso do mestre cervejeiro”, no qual um homem, funcionário de uma grande fabricante de cervejas, ingeria, aproximadamente, oito litros de cerveja por dia.

Com isso, ele passou a sofrer de alcoolismo, com todas as prejudiciais e severas consequências da doença: dificuldades de coordenação motora e reflexos alterados, danos em órgãos internos do corpo (principalmente no fígado), impossibilidade de dirigir, alterações comportamentais, desagregação familiar, perturbação da sua via orgânica e familiar.

No referido caso, é possível visualizar a ocorrência de dano existencial, em face da prejudicial e relevante alteração na rotina do trabalhador; de dano à saúde, pois o alcoolismo afeta o equilíbrio do organismo humano, e de dano moral, porquanto é presumível a afetação negativa de ânimo do lesado²³.

Os exemplos abordados neste item demonstram que o dano existencial pode estar presente em diferentes áreas do direito, e que é um dano relevante do ponto de vista jurídico, pois atinge a pessoa na sua dignidade, prejudicando a sua integridade.

Esses interesses imateriais da pessoa são importantes para o desenvolvimento da sua personalidade e para a manutenção de uma vida sadia e

²³ Trata-se de caso verídico julgado pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro (REsp 242598, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, J. 16.03.2000, DJ 27.11.2000, p. 168, *JBCC*, v. 186, p. 402; *LEXSTJ*, v. 139, p. 185), disponível em: www.stj.jus.br. Ementa: “Acidente no trabalho. Alcoolismo. Mestre cervejeiro (Brahma). [...] A definição do alcoolismo do autor como decorrência da sua obrigação de ingerir diariamente considerável quantidade de álcool decorreu do exame da prova dos autos, por testemunhas e perícias. Para isso, independia de previsão na tabela da Previdência Social. A estipulação do valor da indenização por dano moral, que pode ser revista neste Tribunal quando contrariar a lei ou o bom-senso, não está restrita aos critérios do Código Brasileiro de Telecomunicações ou da Lei de Imprensa. Porém, no caso, o valor deve ser reduzido de cinquenta para doze vezes a remuneração do autor. Vencido, nessa parte, o relator. Para a definição da culpa como elemento da responsabilidade prevista no art. 159 do Código Civil, deve o juiz definir previamente qual a regra de cuidado que deveria ter sido obedecida pelo agente naquelas circunstâncias, pois assim o exige a técnica apropriada à aplicação da cláusula geral, classificação a que pertence o referido art. 159. Assim procedendo, a eg. Câmara fez exemplar aplicação da técnica judicial e não violou a lei, muito especialmente não causou ofensa ao disposto nos arts. 126 e 127 do CPC, sequer empregou juízo de equidade, como alegou a empresa recorrente. Culpa da empresa de cervejas, que submeteu o seu mestre-cervejeiro a condições de trabalho que o levaram ao alcoolismo, sem adotar qualquer providência recomendável para evitar o dano à pessoa e a incapacidade funcional do empregado. Desnecessidade de formação de capital, bastando a inclusão em folha de pagamento, considerando-se o porte da devedora. O pensionamento deve iniciar com a data do evento, este definido como sendo o dia a partir do qual teve reduzida a sua remuneração, passando a receber auxílio-doença; da mesma data devem ser contados os juros, tratando-se de ilícito absoluto. O valor da pensão corresponde ao da perda decorrente da incapacidade para o exercício da profissão que desempenhou até aquela data. A possibilidade de desempenhar outro serviço, além de ser remota – considerando-se as condições pessoais do autor e da economia, com aumento da taxa de desemprego – não deve servir para diminuir a responsabilidade da empresa que causou o dano. Os honorários, sendo caso de responsabilidade extracontratual, por ilícito absoluto, devem ser calculados na forma do § 5º do art. 20 do CPC. Vencido, nessa parte, o Ministro Barros Monteiro. A verba honorária sobre o valor da condenação já leva em conta a sucumbência parcial. Recurso da empresa conhecido em parte e provido. Recurso do autor conhecido em parte e nessa parte provido”. Na ementa do acórdão de origem (TJRJ), constou: “Cumpra à empresa resguardar seus empregados dos riscos inerentes à atividade específica por ela exercida. Assim, se deixa ela de fazer, ao lado dos rotineiros exames médicos adequados à função de cervejeiro – psiquiátricos, psicológicos – de prestar ao empregado assistência social e de afastá-lo periodicamente da atividade específica, não há como deixar de reconhecer a sua culpa”.

significativa, pois a responsabilidade civil busca, inclusive considerando o significado do antigo brocardo *neminem laedere*, assegurar a integridade e a segurança da pessoa humana.

6 A EQUIVOCADA QUALIFICAÇÃO DE DANOS NÃO EXISTENCIAIS

É certo que toda modalidade de dano cuja utilização é excessivamente ampliada, ou mesmo aplicada indistintamente para outros casos, acaba por perder credibilidade.

Com os danos imateriais foi possível visualizar esse fenômeno.

Na jurisprudência e na doutrina italiana, verificou-se que, no início das investigações e do uso da terminologia “dano biológico”, quando tudo ainda era uma “novidade”, o conceito do dano biológico foi sendo moldado por meio da expressão “esfera psicofísica da pessoa”. Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência constataram que certos danos não eram um “evento em si”, mas uma “consequência de um evento lesivo”.

Então, passou-se a utilizar as expressões “dano-evento” e “dano-consequência”, como se fosse possível classificar um dano a partir do momento em que ocorre, e não por suas características e incidência, independentemente de manifestar-se de forma instantânea ao evento lesivo ou de se constituir posteriormente, em decorrência do evento lesivo.

A partir dessas acepções “dano-evento” e “dano-consequência”, a ideia de que o dano biológico que se manifestava como uma modificação prejudicial no cotidiano da pessoa era “dano-consequência”, um “dano existencial biológico”²⁴ começou a ser disseminada.

Essa amplitude também não respondia a diversas perguntas que se poderia fazer em torno do assunto como, por exemplo: um dano é classificado a partir do momento em que ocorre ou por suas características? O dano existencial caracteriza-se essencialmente em função de um dano biológico? Por que diferenciar o dano biológico do dano existencial se o último seria uma manifestação do primeiro?

À primeira pergunta, pode-se dizer que o dano é classificado conforme as suas características, certamente, mas é identificável a partir do momento em que se manifesta. A distinção entre dano-evento e dano-consequência faz sentido

²⁴ CASSANO, Giuseppe. *La giurisprudenza del danno esistenziale*. Piacenza: La Tribuna, 2000. p. 13.

para definição do termo inicial do prazo prescricional, e não propriamente para definição de uma espécie de dano.

À segunda pergunta é possível sustentar que o dano existencial não está sob as asas do dano biológico. O dano existencial pode ser visto a partir da ocorrência de um dano de natureza biológica, mas não está vinculado necessariamente à ocorrência de um dano biológico (vide exemplo, anteriormente referido, de uma pessoa que perde o seu negócio).

À última pergunta, é necessário diferenciar o dano biológico do dano existencial, porque são diferentes espécies de danos imateriais. O dano existencial não é puramente uma manifestação da ocorrência de um dano biológico, pois, apesar de muitas vezes advir de um evento lesivo que atinge a integridade psicofísica da pessoa, não decorre impreterivelmente de um dano biológico.

Mas, obviamente, diversas pessoas falando de forma diferente sobre um mesmo tema somente poderia gerar uma descrença no instituto, e também confusão na classificação das diferentes espécies de danos imateriais.

Com essas confusões, o dano biológico precisou ser declarado, definitivamente, como uma alteração na esfera psicofísica da pessoa, ou seja, uma alteração prejudicial e juridicamente relevante no equilíbrio físico da pessoa – dano à saúde, à sua simetria corporal – dano estético ou ao seu equilíbrio psicológico – dano psíquico.

Com o dano existencial ocorreu processo semelhante.

Inicialmente, o conceito do dano existencial era coerente e fazia sentido juridicamente, mesmo porque essa espécie de dano imaterial não é nenhuma “novidade”, se analisada a fundo: à semelhança do dano existencial, a França já previa e indenizava o denominado *préjudice d'agrément*, e os Estados Unidos, a Inglaterra e a Austrália, por exemplo, contemplavam a *Loss of amenities of life* (*loss of enjoyment of life* ou *hedonic damages*), que são muito próximos ao dano existencial italiano.

No entanto, o dano existencial foi se alargando, a ponto de começarem a ser indenizados como casos de dano existencial hipóteses que, tecnicamente, não seriam danos existenciais ou mesmo hipóteses em que havia uma modificação prejudicial na rotina da pessoa, mas que não era juridicamente relevante a ponto de ensejar uma intervenção judicial.

Assim, a Corte de Cassação italiana, na famosa Decisão nº 26.972/2008, considerou inoportuna a concessão de indenização por dano existencial de forma

autônoma, e, especialmente, considerou inadequada a concessão da indenização por dano existencial nos seguintes casos: a ruptura do salto do sapato de uma noiva; uma estressante espera por um voo no aeroporto; a impossibilidade de assistir a uma partida de futebol na televisão em face de um *blackout* ou o corte errado de cabelos²⁵.

Os dois últimos casos referidos, ao menos no Brasil, sequer chegam a ser considerados como interesses juridicamente relevantes, a ponto de ensejar uma demanda judicial.

Os demais casos mencionados, ao que parece, dependendo das suas circunstâncias de fato, podem caracterizar dano moral, e não dano existencial, pois pode ocorrer uma afetação de ânimo na pessoa lesada, mas não há uma alteração prejudicial, suficientemente duradoura e juridicamente relevante, nos hábitos da pessoa.

Por conta de exageros ou erros de caracterização quanto ao real entendimento do que seja o dano existencial, a Itália vivencia um momento de crise em torno do assunto, visível por meio das diversas decisões judiciais recentemente proferidas, seguidas de comentários doutrinários a respeito delas.

7 ESTÁGIO DA JURISPRUDÊNCIA ITALIANA MAIS RECENTE A RESPEITO DA MATÉRIA

Em 2003, a Corte de Cassação italiana proferiu as Decisões nºs 8.827 e 8.828, ambas julgadas em 31 de maio de 2003, conhecidas como as “sentenças gêmeas”²⁶.

A Sentença nº 8.827, de 2003, trata de ação visando à indenização dos pais em consequência de uma grave doença (atrofia cerebral neonatal) sofrida pelo filho em face de um erro médico no parto.

²⁵ Há, ainda, outros casos cuja configuração de dano existencial pode ser questionada: mal-estar causado por contaminação pela *salmonella*, dano existencial decorrente da venda de um aparelho defeituoso, etc.

²⁶ Para melhor compreensão do sistema judiciário italiano: *Tribunale* significa juízo de primeira instância (órgão colegiado ou monocrático que exercita a jurisdição civil e penal); *Corte d'Appello* é o órgão colegiado que julga recursos contra sentenças dos *Tribunali* em matéria civil ou penal. A *Corte di Cassazione* é o juízo de última instância do sistema jurisdicional ordinário penal e civil italiano. É composta por seções, e, nos casos mais importantes ou naqueles em que exista divergência entre as próprias seções, a Corte reúne-se na composição chamada *Sezione Unite*. A Corte atua visando a assegurar a exata observância e a uniformidade de interpretação da lei, a unidade do direito objetivo nacional, o respeito dos limites das diversas jurisdições, e outras atribuições conferidas pela lei (conforme dispõe o art. 65 do ordenamento judiciário italiano – RD 30 gennaio 1941, n. 12).

A Sentença nº 8.828, de 2003, analisa o pedido de indenização de uma mulher em face do falecimento do seu cônjuge, em acidente automobilístico.

No mesmo ano, a Corte Constitucional pronunciou-se sobre a matéria por meio da Decisão nº 233, de 11 de julho de 2003.

Nas referidas decisões, consta uma reinterpretação do texto do art. 2.059 do Código Civil italiano. A indenização por dano biológico volta a ser fundamentada no mencionado artigo de lei, que trata dos danos imateriais, mas sem a obrigatoriedade de comprovação de que a conduta lesiva era considerada criminosa, em uma interpretação do dispositivo legal referido conforme a Constituição.

Aliás, na Decisão nº 8.828, de 31 de maio de 2003, a Corte de Cassação afirma que o reconhecimento constitucional dos direitos invioláveis inerentes à pessoa exige uma tutela efetiva, e que esse caso é determinado pela lei, em sua máxima expressão, atingindo o objetivo e os requisitos do mencionado art. 2.059.

A Corte de Cassação afirmou que a avaliação equitativa de todos os danos imateriais pode ser global, sem distinção – oportuna, mas nem sempre indispensável –, entre o valor devido por dano moral propriamente dito e pelo ressarcimento por prejuízos diversos do mero sofrimento. Destacou, outrossim, que uma quantia em dinheiro pode ser destinada ao ressarcimento dos danos imateriais experimentados pela pessoa, independentemente de uma classificação específica dos danos imateriais incidentes em determinado caso, e da concessão de indenizações distintas para cada um dos danos imateriais.

Declarou que a jurisprudência dilatou os conceitos originais dos danos à saúde e do dano moral subjetivo, incluindo no primeiro todos os reflexos negativos que a lesão à integridade psicofísica normalmente comportam no plano da existência da pessoa, induzindo uma piora na sua qualidade e no seu modo de vida e, no segundo, todas as renúncias relacionadas ao sofrimento provocado pelo fato lesivo, sendo que estes aspectos devem ser considerados na liquidação do dano.

Ademais, do conteúdo do texto, verifica-se que a Corte expressou entendimento no sentido de que o dano à saúde é liquidado considerando o quanto a pessoa não poderá mais fazer. Nesse sentido, quando a pessoa propõe uma ação pedindo indenização por dano à saúde e por dano moral subjetivo, e é atendida na sua pretensão, tendo sido definido o valor da indenização, não

pode pedir indenização adicional por danos que já estariam, implicitamente, incluídos na condenação.

Da análise das decisões mencionadas, é visível a tentativa de ressystematização do tema “danos imateriais”, pois o conjunto de decisões judiciais italianas anteriores, a respeito do assunto, não era homogêneo, ou, mesmo, concedia indenizações a um amplo número de casos que não tinham relevância jurídica.

Da mesma forma, vislumbra-se o interesse da Corte no sentido de que todos os danos decorrentes de uma conduta lesiva sejam expostos, avaliados, liquidados e indenizados de uma única vez, evitando-se sobreposições de indenizações ou mesmo demandas posteriores ou tramitando separadamente, tratando de diferentes tipos de danos imateriais sofridos por uma pessoa em face de um evento lesivo.

Também é possível identificar uma preocupação em reforçar que os valores da pessoa humana são constitucionalmente garantidos e que, quando uma lesão incide sobre um interesse constitucionalmente protegido, a reparação, mediante indenização, constitui a forma mínima de tutela, a qual não se sujeita a limitação (especialmente quanto aos seus requisitos de configuração).

Em outra decisão, de nº 6.572, de 24 de março de 2006, a Corte de Cassação italiana referiu que o dano existencial compreende qualquer prejuízo que a prática de um ato ilícito provoca sobre atividades da pessoa, alterando os seus hábitos de vida, sua maneira de viver, perturbando seriamente a sua rotina e eliminando ou prejudicando a possibilidade da pessoa exprimir e realizar sua personalidade no mundo externo²⁷.

Mas as reviravoltas jurisprudenciais italianas em torno dos danos imateriais não se encerraram nas decisões anteriormente referidas.

Na Sentença nº 26.972, de 11 de novembro de 2008, a *Sezioni Unite Civili* da Corte de Cassação julgou um caso de responsabilidade civil por erro médico, no qual um paciente foi operado de hérnia inguinal, sofrendo a progressiva atrofia do testículo esquerdo, mantendo, no entanto, sua capacidade reprodutiva. O Tribunal de Vicenza reconheceu o dano biológico. A Corte de Apelação de Veneza reconheceu um dano permanente e parcial à integridade física do lesado. A referida Corte, porém, rejeitou o pedido de liquidação do dano existencial, sob

²⁷ O acórdão está parcialmente reproduzido na obra de CHRISTANDL, Gregor. *La risarcibilità del danno esistenziale*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 326.

argumento de que o dano existencial não havia sido pedido pelo autor na sua demanda, não sendo admissível a inovação recursal.

O tema passou à apreciação da *Sezioni Unite Civili* da Corte de Cassação, a qual afirmou, em síntese e ao que interessa a este estudo, que:

- a) na época da edição do Código Civil italiano, a única previsão expressa de ressarcimento do dano imaterial era a do art. 185 do Código Penal de 1930, e que a jurisprudência havia consolidado entendimento no sentido de que o dano imaterial seria indenizado se a conduta lesiva fosse considerada criminosa;
- b) essa leitura restritiva ensejou um pronunciamento da própria Corte, emitido por meio das Decisões n^{os} 8.827 e 8.828/2003, nas quais se afirmou que o art. 2^o da Constituição italiana reconhece e garante os direitos invioláveis da pessoa humana e, consequentemente, os danos imateriais devem ser entendidos em sua acepção ampla, protegendo a pessoa contra lesões aos seus interesses imateriais;
- c) deve ser assegurado o ressarcimento do dano não patrimonial – ou a lesão a interesses constitucionalmente protegidos –, ainda que o ato praticado pelo ofensor não seja considerado como crime, desde que estejam presentes os pressupostos da responsabilidade civil, conforme regra do art. 2.043 do Código Civil italiano, quais sejam, a conduta, o dano, o nexo causal entre a conduta e o dano e a qualificação do dano como injusto, com a caracterização de uma lesão não justificada incidente sobre interesses mercedores de tutela, ou de outras regras que tratam da responsabilidade objetiva;
- d) se a conduta for penalmente tipificada, incide o art. 185 do Código Penal italiano para qualificar o art. 2.059 do Código Civil, sendo que outros casos de reconhecimento da indenização por danos imateriais estão previstos na legislação ordinária, como os danos derivados da privação da liberdade pessoal causada pelo exercício de funções judiciárias, emprego de modalidades ilícitas no trato de dados pessoais, discriminação por motivos raciais, étnicos ou religiosos ou outros casos que sejam enquadrados no conceito de tutela mínima ressarcitória constitucionalmente reconhecida;
- e) o ressarcimento contra danos biológicos também estava assegurado em face do enquadramento da proteção prevista no art. 32 da Constituição

italiana; ao texto do art. 2.059 do Código Civil e ao conteúdo dos arts. 138 e 139 do DL 209/2005 – nos quais consta que o dano biológico é a lesão temporária ou permanente à integridade psicofísica da pessoa, suscetível de constatação médico-legal, que afeta negativamente as suas atividades quotidianas e da sua vida em seus aspectos dinâmico-relacionais – e que igual raciocínio foi aplicado aos direitos invioláveis da família, da proteção à reputação, à imagem, ao nome e identidade pessoal, à intimidade e à vida privada, sob fundamento de asseguuração com base nos arts. 2º e 3º da Constituição italiana²⁸;

f) é constitucionalmente aceita a dualidade prevista no Código Civil, o qual especifica o dano patrimonial em seu art. 2.043, e o dano não patrimonial, no art. 2.059, sendo que a indenização do dano patrimonial decorrente de fato ilícito é atípica, e decorre da lesão de qualquer interesse juridicamente relevante, enquanto o dano imaterial somente pode ser ressarcido nos casos definidos em lei, ou quando for causado em face da lesão de direitos invioláveis específicos da pessoa, cuja seleção é definida pela lei ou pela atividade judicial; a primeira, ao representar uma escolha legislativa; e a segunda, ao decorrer de uma escolha do julgador quanto ao direito inviolável específico, constitucionalmente protegido, que deve ser tutelado;

g) não seria frutífero dividir em espécies o gênero dano imaterial;

h) o prejuízo do tipo existencial pode ser ressarcido quando houver ofensa grave, “injustiça constitucionalmente qualificada”, lesão a “direitos constitucionalmente invioláveis da pessoa”, não sendo casos merecedores de tutela a título de dano existencial as situações que configuram mero aborrecimento ou questões comuns, toleráveis ou admissíveis considerando o contexto social vigente²⁹.

²⁸ Esse conceito único, convém destacar, cabe para mostrar que os danos imateriais se manifestam sob diversas espécies, mas é equivocado, ao misturar os danos, principalmente o dano biológico e o dano existencial. Convém repetir que o dano biológico corresponde a uma afetação prejudicial no equilíbrio psicofísico da pessoa, enquanto que o dano existencial equivale a uma alteração juridicamente relevante, temporária ou permanente, total ou parcial, nas atividades realizadoras da pessoa.

²⁹ Da decisão, é importante transcrever o seguinte trecho: “*In conclusione, deve ribadirsi che il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate. In particolare, non può farsi riferimento ad una generica sottocategoria denominata ‘danno esistenziale’, perché attraverso questa si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nell’atipicità, sia pure attraverso l’individuazione della apparente tipica figura categoriale del danno esistenziale, in cui tuttavia confluiscono fattispecie non necessariamente previste dalla norma ai fini della risarcibilità di tale tipo di danno, mentre tale*”

Essa decisão, ao que parece, teve dois objetivos:

Primeiro: tencionou barrar o alargamento desmedido dos pedidos de indenização por dano existencial, evitando que questões superficiais, que não fossem juridicamente relevantes ou que não tratassem de interesses imateriais da pessoa humana, realmente dignos de proteção, chegassem ao Poder Judiciário.

Segundo: visou a eliminar divergências jurisprudenciais quanto ao sentido e alcance dos danos imateriais. Isso é possível constatar, por exemplo, na afirmação no sentido de que pode ser reconhecida a existência de dano moral pela afetação de ânimo, a qual poderá ser indenizada independentemente da sua duração no tempo, pois este aspecto é relevante na etapa subsequente ao reconhecimento da ocorrência do dano, qual seja, o da quantificação da indenização.

A decisão é recente e ainda não é possível traçar, com segurança, um cenário do futuro do dano existencial na Itália, mas é certo que ele existe, que merece ser protegido e que deve ser indenizado.

É possível que essa decisão traga de volta um velho fantasma ao direito italiano: ao não poder falar explicitamente sobre o dano existencial, ou ao ter que considerar referido dano como incluído dentro do gênero danos imateriais, outros meios serão encontrados pelos julgadores para que este dano seja indenizado, o que pode gerar o surgimento de outros equívocos terminológicos e novas confusões, no que toca ao tratamento científico que deve ser dado à matéria.

Quando um instituto jurídico é identificável, convém que seja reconhecido e definido como tal, com autonomia. Ao serem utilizados subterfúgios para evitar outros problemas que não são estritamente técnico-jurídicos, ou seja, ao tentar barrar a proliferação das demandas indenizatórias por danos imateriais, a Corte de Cassação corre o risco de criar mais incertezas e imprecisões terminológicas a respeito do assunto, gerando mais polêmicas do que resignações quanto ao conteúdo do seu pronunciamento, por mais bem intencionado que tenha sido.

Isso é extremamente grave, considerando também o fato de que referida decisão surgiu de um caso em que, ao que tudo indica, não houve prova da

situazione non è voluta dal legislatore ordinario né è necessitata dall'interpretazione costituzionale dell'art. 2059 c.c., che rimane soddisfatta dalla tutela risarcitoria di specifici valori della persona presidiati da diritti inviolabili secondo Costituzione (principi enunciati dalle sentenze n. 15022/2005, n. 11761/2006, n. 23918/2006, che queste Sezioni unite fanno propri)". A decisão está disponível em: <http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/files/012227_resource1_orig.doc>. Acesso em: 07 ago. 2009.

ocorrência de dano existencial (não houve perda da capacidade reprodutiva do lesado e também, segundo o que indica a decisão, não foi comprovada alguma alteração relevante nas atividades realizadoras na vida da pessoa que sofreu o erro medido).

Ademais, não se pode esquecer que não é a negação da existência do dano existencial que fará com que um julgador diga ou não que determinado caso é passível de indenização. O problema, conforme dito, é mais cultural do que propriamente técnico-jurídico. A jurisprudência italiana, como será visto, é criativa e capaz de superar essa orientação facilmente. Em última análise: não é a Corte de Cassação que dirá qual é o conceito de dano existencial, e se ele existe ou não – pois tecnicamente o dano existencial existe –, mas ela tem a possibilidade de fazer o filtro dos casos que, concretamente, são ou não relevantes a ponto de serem considerados como dano existencial.

Depois da polêmica Decisão nº 26.972, de 11 de novembro de 2008, da *Sezioni Unite Civili (S.U.)* da Corte de Cassação, outras foram proferidas em matéria de danos existenciais. O que se percebe do conteúdo destas, segundo Cendon, é que a maioria não afronta diretamente a decisão da Corte de Cassação, e parte delas declara a intenção de seguir as diretrizes traçadas pela S.U. No entanto, referidas decisões acabam por conceder indenização por danos decorrentes de prejuízos à qualidade de vida da pessoa lesada, ou da alteração do seu cotidiano, ou seja, em última análise, seguem indenizando danos existenciais³⁰.

Isso ocorreu, por exemplo, com a decisão do Tribunal de Trieste, de 15 de dezembro de 2008, o qual acolheu o pedido indenizatório promovido pela esposa de um técnico de manutenção de estradas, falecido após um acidente de trabalho.

A indenização considerou o sofrimento da viúva, entre outros motivos, pela impossibilidade de viver com o seu esposo, bem como de concretizar e compartilhar um projeto global de vida com ele. A indenização foi determinada independentemente da “etiqueta” que se possa dar aos diversos componentes do dano à pessoa, pois o relevante é que, na quantificação dos danos imateriais, sejam considerados todos esses danos, ainda que a indenização seja unitária.

³⁰ CENDON, Paolo. La giurisprudenza “esistenzialista” post 26972/08 (aggiorn. 28 luglio 2009). Disponível em: <<http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/014264.aspx>>. Acesso em: 28 jul. 2009.

Em 6 de julho de 2009, o Tribunal de Veneza, desconsiderando claramente a diretriz da S.U., acolheu o pedido indenizatório relacionado ao caso de uma menina nascida com graves malformações cerebrais, após um erro médico na condução do parto. O ressarcimento compreendeu, separadamente, o dano biológico e o dano moral sofridos pela menina, e dano moral e existencial dos seus pais.

Na decisão de 30 de janeiro de 2009, o Tribunal de Milão julgou o caso de um jovem jogador de basquete, ferido ao chocar-se contra um vidro deixado muito próximo ao campo de jogo, por negligência de uma sociedade esportiva. A indenização foi concedida a título de dano biológico, considerando também os denominados “danos não materiais diversos do biológico”, o sofrimento experimentado pelo esportista e as repercussões negativas de ordem esportiva e relacional, decorrentes do dano, pois, inesperadamente, ficou afastado durante meses tanto da prática desportiva – com a previsível perda de rendimento e da condição de titularidade no time – quanto dos seus estudos, convivendo com a ansiedade e com a prostração ao vivenciar, injustamente, essa situação prejudicial.

Essa alteração prejudicial, juridicamente relevante e por considerável tempo, na rotina do jovem esportista é manifestação de dano existencial, referida na decisão como “outro prejuízo conexo” ao dano moral.

O Tribunal de Milão, na decisão de 23 de dezembro de 2008, já havia determinado a indenização, por dano existencial, da mãe de um jovem gravemente ferido em decorrência de um acidente rodoviário. O Tribunal considerou, para concluir a respeito da ocorrência e classificação do dano sofrido pela mãe do jovem rapaz, todas as modificações que teve que empreender na sua vida para atender ao filho doente (antes sadio), as quais caracterizam “dano à vida de relação” e por ter comprometido o desenvolvimento normal do equilíbrio familiar e da relação com o filho adulto, anteriormente independente.

Na decisão da Corte de Apelação de Perugia, de 24 de novembro de 2008, foi concedido ressarcimento pelos danos imateriais sofridos por uma menina de quatro anos, atacada por um cão de guarda. A menina sofreu lesões físicas graves, danos à vida de relação (comprometimento das suas atividades realizadoras) e dano moral. Na decisão, afirmou-se que, não obstante a “degradação” das subvozes de dano imaterial contida na Decisão nº 26.972, isso ocorre unicamente no plano nominal, pois o ressarcimento integral pressupõe a liquidação de todos os prejuízos sofridos pela pessoa, ou seja, os danos à integridade psicofísica

da pessoa, seja na sua esfera dinâmica (isto é, para a referida decisão, dano existencial) quanto estática (dano biológico propriamente dito), pois a decisão da S.U., segundo a Corte de Perugia, não acarretou uma redução da tutela jurídica à pessoa humana, mas uma diversa perspectiva a respeito do assunto³¹.

Com argumentos interessantes, o Tribunal de Nola, em 22 de janeiro de 2009, ao tratar de um caso de outra menina cujo ataque por um cão deixou graves sequelas (inclusive com a desfiguração da face), indenizou a lesada com base na ocorrência de dano “moral, existencial/estético”. Na fundamentação, constou a necessidade de indenizar a menina pela angústia e frustração que sentirá em decorrência das lesões sofridas, pela impossibilidade de realizar (ainda que parcialmente) algum ou alguns de seus interesses de satisfação pessoal.

Esse “sofrimento futuro”, em última análise, para o Tribunal de Nola, “nada mais é do que o ‘velho’ dano existencial”, e a pretensão indenizatória está sustentada nos arts. 2º e 3º da Constituição italiana, os quais protegem a pessoa contra obstáculos que impeçam ou dificultem o pleno desenvolvimento da sua personalidade.

Para o Tribunal de Nola, a *Sezioni Unite Civili* (S.U.) da Corte de Cassação, longe de ter eliminado a figura do dano existencial, parece ter dado pleno espaço de atuação aos que tratam dos danos imateriais³².

³¹ Paolo Cendon (ob. e loc. cit.) explica: “*App. Perugia, 24 novembre 2008, pres. est. Matteini Chiari, che ha stabilito un risarcimento di 55.000 euro per l’insieme dei danni non patrimoniali subiti da una bambina di quattro anni la quale, mentre si trovava presso l’abitazione del padre all’interno del cortile di una villa appartenente ad altro proprietario, era stata improvvisamente aggredita da un cane pastore maremmano, con conseguenti lesioni fisiche gravi ed un ‘danno alla vita di relazione e danno morale di rilevante incidenza’.* (Rimarcano i giudici di merito, a proposito dei fatti di causa, essere ‘fuori di ogni dubbio che [...] sia derivata significativa compromissione delle attività realizzatrici di Y., essendo stato seriamente ‘inciso’ il sereno svolgimento della sua vita, allora e tuttora in divenire: con riguardo alla ‘degradazione’ delle sub-voci del danno non patrimoniale operata dalle S.U. nella 26972 e pronunce collegate, sottolineano come essa ‘rilevi unicamente sul piano nominale’, posto che ‘costituisce dato certo ed inoppugnabile che ai fini liquidatori tutti i pregiudizi debbano venire in rilievo, al fine di garantire il risarcimento integrale’; evidenziano poi che le citate pronunce ‘non determinano, dunque, in tale interpretazione, una deminutio di tutela, bensì una visione prospettica di questa diversa’; insistono che ‘allorché l’evento lesivo produca conseguenze pregiudizievoli sia sull’integrità psico-fisica, sia ancora sulla sfera dinamica della persona, la voce di danno da liquidarsi sarà, pur sempre, quella biologica ma con una personalizzazione doverosa, tale da coprire entrambe le fraglie sofferenziali (quella biologica statica e quella biologica dinamica, ovvero esistenziale)”.

³² Na decisão, segundo Cendon (ob. e loc. cit.), foram mencionadas as dificuldades enfrentadas pela menina lesada: “*Mentre, a causa dello sfregio permanente che le è rimasto sul viso, la danneggiata: gestirà con maggiore difficoltà i suoi rapporti di amicizia, non potendo che derivarle un generale senso di insicurezza e timidezza dal fatto di portare con sé un segno deturpante immediatamente visibile ai suoi interlocutori (cfr. perizie di ufficio e foto); avrà difficoltà superiori alle sue coetanee per costruirsi e vivere serenamente una vita*

A análise das decisões acima referidas indica que o dano existencial segue doutrinária e jurisprudencialmente vivo, ainda que seja indenizado dentro do gênero dano imaterial.

E, sob um enfoque essencialmente pragmático, ao julgador, é impossível deixar de considerar, na liquidação da compensação a ser deferida a quem sofreu um dano existencial, a ocorrência e a extensão das modificações prejudiciais ao cotidiano da pessoa vítima de uma conduta ofensiva, principalmente em face da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, nas quais deve constar a causa da imposição da condenação ou da sua exclusão.

CONCLUSÕES

A responsabilidade civil experimentou uma revolução nos últimos dois séculos, com uma evolução muito maior do que se via até então. Esse movimento ocorreu acentuadamente na elevação, à categoria de interesse juridicamente relevante, dos interesses imateriais da pessoa.

A partir desse momento, o trabalho da doutrina passou a ser o de investigar o conteúdo e a extensão dos interesses imateriais protegidos, pois a figura do dano moral não se equipara ao dano imaterial, apesar de dele fazer parte. Ou seja, a análise de casos concretos demonstra que a pessoa pode ser afetada em sua honra, em seu moral, em sua vida privada, em relação aos produtos da sua criação (proteção à propriedade industrial e à imagem, por exemplo), etc., em diversos aspectos imateriais independentes, em maior ou menor grau.

Da mesma forma, esses danos podem incidir de forma anexa (uma pessoa sofrendo vários danos em face de uma conduta lesiva) ou reflexa (típico caso do dano por ricochete), e isso demonstra que os danos imateriais podem ser distintos em suas espécies e na forma de incidência.

A possibilidade de ocorrência concomitante ou superveniente de duas ou mais espécies de danos imateriais enseja a necessidade de avaliação cuidadosa para evitar uma indenização inadequada ao dano experimentado.

O dano, aliás, é classificado conforme as suas características, mas é identificável a partir do momento em que se manifesta. Assim, a distinção entre

affettiva con l'altro sesso, essendo la componente estetica di ogni giovane ragazza il primo momento di attrattiva per un uomo potenzialmente interessato ad una relazione; tenderà a fuggire da ogni occasione di incontro in cui l'esposizione della proprie fattezze fisiche possa avere uno spazio significativo. Insomma, M. M. avverterà in forme, modalità e tempi variegati una costante sensazione di 'diversità', che non potrà non inficiare il suo inserimento in ogni contesto collettivo".

dano-evento e dano-consequência faz sentido para definição do termo inicial do prazo prescricional, e não propriamente para definição de uma espécie de dano.

O dano existencial existe como espécie de dano imaterial, independente das outras espécies de danos imateriais, tais como o dano biológico e o dano moral. O dano existencial possui características próprias e incide nas mais diversas áreas do direito, conforme demonstraram os exemplos tratados no decorrer deste texto. Pode ser um dano individual ou coletivo; pode decorrer de conduta relativa à responsabilidade objetiva ou subjetiva, de fonte contratual ou extracontratual.

Tanto a demonstração quanto a comprovação e a fixação da indenização por dano existencial possuem características peculiares, diferentes dos demais danos imateriais, que reforçam a sua autonomia.

Independentemente da nomenclatura utilizada (*préjudice d'agrément*, *Loss of amenities of life*, *loss of enjoyment of life*, *hedonic damages* ou *danos à vida de relação*), essa espécie de dano é reconhecida e tutelada em diversos países.

O dano existencial deve receber a devida atenção e respeito, e isso passa pela correta avaliação da hipótese concreta, evitando-se que sejam indenizados casos em que a alteração na rotina da pessoa seja efêmera ou sem relevância jurídica (pois o próprio conceito de dano determina que a ofensa sofrida pelo lesado deve atingir um interesse qualitativa e quantitativamente relevante, sob o ponto de vista jurídico).

Esse raciocínio evidencia a necessidade de se conhecer e saber distinguir as espécies de danos imateriais, pois só assim será possível indenizar adequadamente aquelas pessoas que realmente experimentam esses tipos de danos, “separando o joio do trigo”.

Por conta de exageros ou erros de caracterização quanto ao real entendimento do que seja o dano existencial, a Itália vivencia um momento de crise em torno do assunto, visível por meio das diversas decisões judiciais recentemente proferidas, em sentidos diversos: algumas rejeitando o dano existencial, outras acolhendo-o no gênero dano imaterial, outras acolhendo explicitamente o pedido de indenização por dano existencial.

Em alguns casos, verifica-se nitidamente a ocorrência de dano existencial; em outros, questiona-se o critério de verificação da relevância do dano, a ponto de ensejar uma indenização. Essa crise, porém, também se verifica em outras espécies de danos imateriais, principalmente no dano moral.

É conveniente que o julgador, ao se deparar com um caso de indenização por danos imateriais, identifique qual ou quais os tipos de danos imateriais ocorreram e foram provados, para, a partir daí, passar a fixar a indenização.

Caso o julgador opte por indenizar de forma global a pessoa lesada, genericamente, “por todos os danos imateriais” experimentados em face de um determinado evento lesivo, o julgador não se exime de realizar a mesma atividade de fundamentação dos motivos que o levaram a chegar a essa conclusão e, por isso, ele acaba por apresentar quais são os fatos qualificados como danos imateriais, ou, em última análise, como dano biológico, dano moral, dano à imagem, dano à honra, etc.

A atividade do julgador será desenvolvida em etapas, nas quais analisará, com base nos elementos dos autos e, conforme o caso, com a ajuda de peritos, a ocorrência e o grau da culpa; estabelecerá quais espécies de indenizações serão devidas; se a culpa for leve, ou até mesmo inexistente, fundamentando a sua decisão.

Da escolha de tratar do enquadramento do dano ou da determinação da indenização, de forma global ou discriminada, advirão reflexos processuais, principalmente ligados aos institutos da coisa julgada e da prescrição, que certamente merecem um estudo aprofundado, que não cabe dentro do propósito deste trabalho.

Não se pode negar ao julgador essa possibilidade, tal como sugerido pela Corte de Cassação italiana na Decisão nº 26.972. Porém, ficou demonstrado que o julgador não conseguirá abstrair a avaliação do caso concreto e suas repercussões negativas aos interesses juridicamente relevantes da pessoa, tanto na identificação dos danos quanto na fixação da indenização.

REFERÊNCIAS

CARUSI, Donato. Principio di eguaglianza, responsabilità civile, difesa privata. *Rivista di Diritto Civile*, Padova: Cedam, a. XLVIII, parte seconda.

CASSANO, Giuseppe. *La giurisprudenza del danno esistenziale*. Piacenza: La Tribuna, 2000.

CENDON, Paolo. La giurisprudenza ‘esistenzialista’ post 26972/08 (aggiorn. 28 luglio 2009). Disponível em: <<http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/014264.aspx>>. Acesso em: 28 jul. 2009.

CHRISTANDL, Gregor. *La risarcibilità del danno esistenziale*. Milano: Giuffrè, 2007.

COMANDÉ, Giovanni. *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali*. Torino: Giappichelli, 1999.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 667, p. 8, maio 1991.

JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Lisboa: Almedina, 1999.

JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1998.

MARINHO, Josaphat. Os direitos de personalidade no projeto do novo Código Civil brasileiro. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Col. Studia Iuridica, Portugal-Brasil, a. 2000, Coimbra, n. 40, 2000.

MAZEAUD, Henry; MAZEAUD, Leon; TUNC, André. *Tratado teórico e práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Trad. Luis Castillo, v. 2, n. 1.873, Buenos Aires: Ejea, 1961.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. XXVI, 1971.

PORTO, Mário Moacyr. Dano por ricochete. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 79, v. 661. p. 8, nov. 1990.

POSER, Susan et. al. Measuring damages for lost enjoyment of life: the view from the bench and the jury box. *Law and Human Behavior*, v. 27, n. 1, Feb. 2003.

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

_____. Existe un daño al proyecto de vida? Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona11/11Sessarego.htm>>. Acesso em: 07 ago. 2009.

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

TRAMONTANO, Luigi. *Il danno esistenziale e il suo risarcimento*. Commento organico ai più recenti e innovativi orientamenti giurisprudenziali. Piacenza: Casa Editrice La Tribuna, 2006.

VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil*. La responsabilité: conditions. Paris: LGDJ, 1982.

ZIVIZ, Patrizia; CENDON, Paolo. *Il Danno esistenziale*. Una nuova categoria della responsabilità civile. Milano: Giuffrè, 2000.

