

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS EXISTENCIAIS

Luciana Gemelli Eick¹

RESUMO

O presente artigo descreve às espécies de danos materiais, bem como analisa os danos extrapatrimoniais com base em suas três concepções: tradicional, crítica e de direito civil-constitucional. Este artigo trata, ainda, do surgimento e conceito dos danos existenciais no Direito italiano, bem como de sua tímida aplicação no Direito brasileiro. Objetiva-se demonstrar a evolução do referido instituto e a importância de seu estudo para que possamos, por meio dele, melhor classificar os danos extrapatrimoniais no direito brasileiro. Conclui-se possível a aplicação desta nova modalidade de dano como forma de evitar o ajuizamento de demandas frívolas. Adotou-se a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial como importantes instrumentos desta investigação.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Dano extrapatrimonial. Dano existencial.

ABSTRACT

This article describes the types of material damages and analyzes the immaterial damages based on its three concepts: the traditional, the critical and the constitutional-civil concept. This article also explains the emergence and the concept of existential damages, as well as its timid application in Brazilian law. This article aims to demonstrate the development of the above mentioned legal institute and the importance of its study, so that the different types of damages can be better categorized in Brazilian law. It appears that the application of this new form of classifying damages could avoid the filing of frivolous judicial claims. Bibliographical references and legal precedents were used as research tools in this investigation.

Keywords: Torts law. Immaterial damage. Existential damage

¹ Especialista em Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil pela UNISINOS. Mestranda em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado pela PUC/RS. Advogada em Porto Alegre - RS

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Por meio deste estudo buscou-se analisar o tema dos danos existenciais. Essa nova espécie de dano surgiu, com essa nomenclatura, na Itália, na década de 90 (noventa). Trata-se de espécie do gênero danos imateriais ou extrapatrimoniais que, no direito brasileiro, costuma ser chamado unicamente de dano moral.

No Direito brasileiro não vislumbramos expressivo movimento no sentido de classificar os danos extrapatrimoniais. Assim sendo, tudo o que não é dano material acaba, conseqüentemente, sendo simplesmente classificado como dano moral. No Direito italiano, de forma diversa, doutrina e jurisprudência buscam classificar os danos extrapatrimoniais, chegando a três categorias: dano moral subjetivo, dano biológico e dano existencial.

Assim sendo, analisou-se, inicialmente, o conceito e a classificação dos danos no direito brasileiro para, somente da segunda parte do trabalho, abordar a temática dos danos existenciais.

2 CONCEITO DE DANO E SUA CLASSIFICAÇÃO

Dano é a lesão que atinge um bem jurídico, tanto de ordem moral quanto patrimonial.

A ocorrência do dano, seja ele material ou imaterial, é um dos mais importantes pressupostos da responsabilidade civil, é seu pressuposto central (RIZZARDO, 2009, p. 15). Não há se falar em responsabilidade civil sem que antes seja verificada a ocorrência do dano. Sem a constatação do dano, não há o que ser reparado em sede de responsabilidade civil.

O Direito Brasileiro classifica os danos em dois grupos: danos materiais (patrimoniais) e danos morais (imateriais ou extrapatrimoniais). Isso porque “de acordo com o interesse protegido nasce a espécie de dano” (RIZZARDO, 2009, p. 17).

Assim sendo, analisaremos inicialmente as duas formas de dano mais presentes em nossa realidade jurídica, quais sejam: os danos materiais e os danos morais ou extrapatrimoniais.

2.1 Danos materiais

O dano material, também chamando de dano patrimonial, é lesão que atinge o patrimônio da vítima, diminuindo o seu vulto. Via de regra, nessa modalidade de dano, é possível reparar a lesão sofrida pela vítima por meio de equivalente ou indenização pecuniária.

A lesão sofrida pode atingir o patrimônio que o indivíduo é titular no momento da ocorrência do fato ilícito; como, também, os futuros ganhos que a vítima poderia razoavelmente auferir.

Em razão disso, o dano material é subdividido em dano emergente e lucros cessantes.

2.1.1 Dano emergente

O dano emergente (*damnum emergens*), chamado por alguns autores como *dano positivo* (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 97), vem a ser a perda pecuniária que a vítima efetivamente experimentou. Desse modo, a indenização a ser percebida pela vítima deverá ser suficiente para que seja possível a restituição integral do bem atingido pela lesão (*restitutio in integrum*).

Assim sendo, se, por exemplo, o veículo de um taxista for atingido por outro veículo qualquer e, dessa colisão, resultar a perda total do automóvel do taxista, o dano emergente há ser percebido por ele será o valor integral do veículo. Se, por outro lado, do referido abaloamento resultar apenas parciais danos ao veículo, o dano emergente será, nesse cenário, o conserto do automóvel.

2.1.2 Lucros cessantes

Lucro cessante (*lucrum cessans*) representa a perda de futuros ganhos que a vítima poderia, razoavelmente, auferir. Essa lesão pode decorrer

não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 97).

A partir disso, poderíamos citar um simples exemplo; um taxista é atingido por outro veículo sendo que, dessa colisão, resultaram danos parciais no automóvel do taxista. Nesse caso, o lucro cessante será montante que o taxista viria razoavelmente auferir durante os dias em que seu veículo estivesse no conserto.

2.2 Danos imateriais ou extrapatrimoniais

Além dos prejuízos de ordem patrimonial ou econômica, também são indenizados pelo Direito o sofrimento psíquico ou moral, as frustrações, a tristeza o sentimento de desonra, a aflição etc.

Na busca por uma maior compreensão do seja dano moral, passou a doutrina por três estágios diversos. Primeiramente fora adotada uma concepção tradicional (conceito negativo) do que seria dano moral. Posteriormente, adotou-se uma concepção crítica e, recentemente, encontramos doutrinadores que vislumbram o dano moral de forma contemporânea, constitucionalizada (FACCHINI e WESENDONCK, 2012, p. 232).

Assim sendo, analisaremos essas três formas de classificação dos danos imateriais.

2.1.1 Concepção tradicional

A concepção tradicional adota o conceito negativo de dano moral, ou seja, dano moral vem a ser todo o dano não patrimonial.

Atribuir conceito negativo ao dano moral significa dizer que o dano não é patrimonial, é lesão que atinge “o ofendido como ser humano, sem alcançar seus bens materiais” (RIZZARDO, 2009, p. 19). Para ser configurado o dano moral necessário se faz a presença de dois elementos: o dano e a não diminuição do patrimônio (RIZZARDO, 2009, p. 19).

Para essa concepção, mostra-se somente necessária à presença da dor, do sofrimento, da frustração, da tristeza, da humilhação, etc. René Savatier foi o grande inspirador dessa concepção. Pois, para o referido autor dano moral é todo sofrimento humano que não enseja uma perda pecuniária (FACCHINI e WESENDONCK, 2012, p. 232).

Percebe-se que, por meio dessa concepção, não é possível destacar uma ideia positiva do que seja dano moral. Necessário se mostra sua compreensão a partir daquilo que ele não é. Desse modo, tudo aquilo que não esteja inserido no conceito de dano emergente ou de lucro cessante poderia ser classificado com dano moral (FACCHINI e WESENDONCK, 2012, p. 232).

A partir desse conceito percebe-se que quando estamos diante de danos pessoais ou corporais mais graves como, por exemplo, os provocados por homicídio ou a incapacidade permanente ensejada por lesão corporal, a diferença entre os prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais são facilmente percebidos. No entanto, em um cenário de menor gravidade essa conceituação deixa de ser satisfatória. Isso porque, quando, por exemplo, analisamos os problemas ocorridos no transporte aéreo – tais como atrasos de voos – difícil se mostra perceber se presente, ou não, o dano extrapatrimonial (SANSEVERIDO, 2010, p. 261).

Em razão da ausência de um conceito positivo de dano moral, essa concepção revelou-se insuficiente, oportunidade em que surge uma concepção mais crítica de dano moral.

2.2.2 Concepção crítica

Essa concepção estabelece que a distinção entre danos patrimoniais e morais não advêm da natureza do direito violado, mas, sim, dos reflexos que a referida lesão enseja na vida de vítima. Para essa concepção dano moral seria “o efeito não patrimonial da lesão de direito, bem ou interesse; e não a própria lesão, abstratamente considerada” (FACCHINI e WESENDONCK, 2012, p. 233).

Essa concepção revelou-se extremamente relevante para a caracterização e identificação dos danos morais. Isso porque estabeleceu-se como sendo dano moral todos os efeitos negativos não patrimoniais que a lesão enseja na vida de vítima. No entanto, a concepção crítica apresentou a mesma lacuna exibida pela concepção tradicional, qual seja, a ausência de um conceito positivo de dano moral.

Outra crítica apresentada é que, mais uma vez, os pressupostos e requisitos do dano moral não são apresentados, “deixando demasiada margem para arbítrio na sua identificação” (FACCHINI e WESENDONCK, 2012, p. 233).

Diante deste cenário surge a concepção de Direito Civil-Constitucional, vinculando os danos morais ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos de personalidade.

2.2.3 Concepção de Direito Civil-Constitucional

Essa concepção objetiva interpretar o sistema jurídico privado tendo por base os princípios e valores contidos na Constituição Federal, atrelando os danos morais à violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana e dos seus direitos de personalidade (FACCHINI e WESENDONCK, 2012, p. 234).

Desse modo, o dano extrapatrimonial estaria presente sempre que o ser humano fosse ofendido e seus direitos de personalidade, bem como fosse ofendida sua dignidade humana (FACCHINI e WESENDONCK, 2012, p. 234). Os defensores dessa concepção no Brasil são Maria Celina Bodin de Moraes e Paulo Netto Lôbo.

Para essa concepção, dano moral seria

o dano que, independentemente do prejuízo material, fere direitos da personalidade, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza a pessoa, tal como a liberdade, a honra, a reputação, o nome, a imagem etc (danos morais objetivos) (FACCHINI e WESENDONCK, 2012, p. 234).

O dano extrapatrimonial poderá ser analisando, ainda, com base nos efeitos da ação danosa, ou seja, naqueles que ensejam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas (MORAES, 2009, p. 157).

A principal crítica apresentada a esse concepção do direito extrapatrimonial é que ela seria reducionista. Pois, as lesões aos “direitos de personalidade ensejariam apenas um dos tipos de ofensa à interesses não econômicos” (SEVERO, 1996, p. 122). Poderíamos citar como exemplo os danos morais resultantes da morte de parente próximo.

Analisando a crítica apresentada, há quem entenda que tal objeção mostra-se exagerada, pois denota uma visão restrita do conceito de direitos de personalidade. Nessa perspectiva, o conceito de direitos de personalidade deve ser ampliado para, também, abarcar a tutela da vida humana (SANSEVERINO, 2010, p. 262).

Em que pese a crítica apresentada, necessário se faz enaltecer está última concepção. Isso porque, dentre os três posicionamentos apresentados pela doutrina, este é o único que limitou o alcance das indenizações que envolvem dano extrapatrimonial. Assim sendo, a utilização da concepção de Direito Civil-Constitucional mostra-se extremamente importante no direito brasileiro, para que, assim, possamos reservar a utilização do instituto do dano moral quando, realmente, estivermos diante ofensa efetiva a um direito de personalidade.

3 DANO EXISTENCIAL

3.1. Surgimento do Dano Existencial

Na Itália, da mesma forma que no Brasil, o Direito reconhecia apenas duas espécies de dano, quais sejam: os danos patrimoniais² e os danos extrapatrimoniais.

No que tange aos danos morais, ressalte-se que no Direito Italiano somente era possível falar nessa modalidade de reparação nos poucos casos que a lei

² Art. 2.043 *Codice Civile*: “*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagione ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che há commesso il fatto a risarcire il danno.*” [Qualquer fato doloso ou culposo, que cause a outrem um dano injusto, obriga aquele que cometeu o fato a ressarcir o dano].

expressamente fizesse tal previsão³. Assim, também, quando originados de um crime, de uma conduta típica penal⁴. Diante desse cenário mostrava-se deveras complexo pleitear reparações por danos imateriais oriundas de ilícito civis.

Na década de 60, em razão dessa limitação, o direito italiano passou a discutir a possibilidade de ampliação do rol de danos não patrimoniais, surgindo, a partir disso, uma classificação chamada “dano à vida de relações”. Para tanto, levou-se em consideração que o ser humano é um ser social, que não vive sozinho

precisa se relacionar e, quando sofre alguma lesão que impede ou diminui a possibilidade de realizar atividades recreativas, sociais, tem uma alteração no seu ânimo, o que pode impedir ou diminuir a capacidade laborativa e, por consequência, os seus rendimentos (WESENDONCK, 2011, p. 331-2).

O “dano à vida de relações” estava fortemente vinculado à redução da capacidade laborativa, exigindo-se, para sua configuração, que a lesão ensejasse uma dificuldade de relação e, em decorrência disso, um decréscimo ou uma impossibilidade no desenvolvimento da atividade laboral (WESENDONCK, 2011, p. 332).

No entanto, o grande problema se assentava no fato de que, no caso concreto, mostrava-se extremamente complexo apurar se a dificuldade de relação culminava com reflexos na atividade laboral. Essa teoria deu início às discussões sobre o dano existencial, que ampliou o alcance do dano à vida de relações, deixando de exigir o reflexo no exercício da atividade laboral (WESENDONCK, 2011, p. 332).

Posteriormente, Monetti e Pellegrino, dois magistrados genoveses, iniciaram, na década de 70, uma reinterpretação do sistema de responsabilidade civil italiana,

³ Art. 2.059 Codice Civile: “Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge.” [O dano não patrimonial deve ser ressarcido apenas nos casos determinados pela lei].

⁴ Art. 185 Codice Penale: “Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili (2.043 c.c.). 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.” [Todo crime obriga à restituição, de acordo com as leis civis (2.043 CC). Todo crime que tenha causado um dano patrimonial ou não patrimonial, obriga ao ressarcimento o culpado e as pessoas que, segundo as leis civis, devem responder pelos atos daquele].

de maneira a também permitir indenização para os casos de danos biológicos. Isso se deve ao fato de que a Constituição Italiana garante o Direito à Saúde como um dos direitos fundamentais do cidadão.⁵ A partir dessa reinterpretação, o direito subjetivo constitucional à saúde estaria sendo atingido sempre que lesada a integridade física de alguém. Esse novo raciocínio garantiria que a vítima fosse indenizada, em que pese ausente um crime (FACCHINI e WESENDONCK, 2012, p. 237-8). Isso porque a violação da integridade física de alguém configuraria, a partir disso, *dano injusto*, a teor do que preceitua o artigo 2.043 do Código Civil Italiano.

E foi nesse cenário que o dano biológico passou a ser aceito pelo direito italiano, passando a compensar pecuniariamente qualquer lesão que atingisse a integridade física e psíquica de alguém. O dano biológico ganhou destaque, pois dispensa a exigência de concomitante dano material e/ ou moral.

A partir do *leading cause* no caso *Rocca c. Ferrarese* (proferida em 25 de maio de 1974), o conceito dano biológico foi sendo modificado. Pois, por meio do referido precedente, o dano biológico passou incluir, não apenas as lesões que atingissem a integridade física, mas, também, lesões psíquicas e distúrbios de qualquer natureza, inclusive danos à vida de relações, dano estético, danos à esfera sexual, bem como somatizações diversas. Assim sendo, “adotou-se uma concepção difusa e poliforma de saúde” (FACCHINI e WESENDONCK, 2012, p. 238).

Essa nova modalidade de dano foi rapidamente acolhida pela jurisprudência italiana, inclusive da Corte de Cassação (ao julgar o caso *Ferrante c. Lisi*, em 1981) e da Corte Constitucional (com os casos *Repetto c. AMT di Genova* e *Saporito c. Manzo*, julgados em 1986) (FACCHINI e WESENDONCK, 2012, p. 238). E foi, justamente, por meio do julgamento desses dois últimos casos que a jurisprudência italiana passou a admitir três espécies de danos: os patrimoniais, os morais e os biológicos.

⁵ Art. 32 da CF: “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della coletività, 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”.

Outro importante avanço realizado pelo Direito italiano foi o estabelecimento da orientação de que uma única lesão pode dar causa a mais de um dano e, por isso, todos esses danos devem ser reparados (WESENDONCK, 2011, p. 333).

No entanto, foi somente em 2003 que a Corte de Cassação⁶ e a Corte Constitucional⁷ consolidaram importante evolução jurisprudencial no que tange aos danos biológicos. Essa evolução consistiu em não mais fundamentar os danos biológicos com base do art. 2.043, ou seja, como danos matérias, e, sim, com base no art. 2.059, ou seja, como danos não patrimoniais (FACCHINI e WESENDONCK, 2012, p. 238).

Essa evolução jurisprudencial foi criada como uma tentativa de delimitar a aplicação do dano biológico. Isso porque, a título de danos biológicos, estavam sendo indenizados diversos tipos de danos imateriais, que nenhuma relação tinham com o conceito de dano biológico. O referido dano sofreu tamanha ampliação em seu conceito que quase todas as ofensas aos direitos de personalidade passaram a ser considerados danos biológicos.

O estudo dos danos existenciais teve origem na Escola Triestina (da Universidade de Trieste/Itália), na década de 90. Os professores Paolo Cendon e Patrizia Ziviz, ao analisarem os precedentes jurisprudenciais atinentes aos danos biológicos, constataram a existência de casos que, em verdade, não poderiam ser enquadrados como danos biológicos. A partir disso, os referidos professores publicaram artigos doutrinários na *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, nos anos 1993 e 1994, cunharam a expressão *danno esistenziale* (FACCHINI e WESENDONCK, 2012, p. 239).

A jurisprudência italiana, na metade da década de 90, acolheu essa nova modalidade de dano, abandonando a classificação tripartida de danos indenizáveis (danos patrimoniais, morais e biológicos). A partir desse momento passou-se a

⁶ Decisões n. 8.827 e 8.828, de 31 de maio de 2003.

⁷ Decisão n. 233, de 11 de julho de 2003.

admitir uma classificação quádrupla de danos, ou seja, “ao lado dos danos patrimoniais, havia um gênero de danos não patrimoniais, que abrangiam as espécies de danos morais subjetivos, danos biológicos e danos existenciais” (FACCHINI e WESENDONCK, 2012, p. 239).

As decisões n. 8.827 e 8.828 (julgadas em 2003 pela Corte de Cassação Italiana) e a Decisão n. 233 (julgada em 2003 pela Corte Constitucional Italiana) também foram significativas no que tange aos danos existenciais. Isso porque, nessas decisões, reconheceram-se os danos existenciais, dano esse que já vinha sendo identificado pela doutrina nas décadas anteriores (FACCHINI e WESENDONCK, 2012, p. 239).

Na Decisão n. 233, de 2003, a Corte Constitucional italiana identificou e diferenciou três danos não patrimoniais:

(...) **dano moral subjetivo** seria a transitória perturbação do estado de ânimo da vítima; **dano biológico em sentido estrito** seria a lesão do interesse, constitucionalmente garantido, à integridade psíquica e física da pessoa, medicamente comprovada”; ao passo que o **dano existencial** seria o “(...) dano derivado da lesão a outros interesses de natureza constitucional inerente à pessoa (FACCHINI e WESENDONCK, 2012, p. 240).

A doutrina e jurisprudência italiana perceberam que não só à lesão ao direito à saúde deveria ser objeto de indenização, mas, também, todos os danos que atingissem os demais direitos fundamentais. Concluíram, então, que esses danos que atingem os direitos de personalidade configuram um “dano à existência da pessoa” (ALMEIDA NETO, 2005, p. 24).

3.2. Conceito

Por questões didáticas, para uma melhor compreensão do que seja dano existencial (*danno esistenziale*), passaremos, inicialmente, por uma breve análise de um caso, julgado pela Corte de Cassação Italiana (n. 8.827), em 31 de maio de 2003, que mais representatividade adquiriu em matéria de danos existenciais.

Em apertada síntese, trata-se de caso que envolveu uma parturiente que, por erro médico, deu à luz a uma criança tetraplégica e com atrofia cerebral. As

conseqüências advindas do referido erro médico foi o nascimento de uma criança em estado vegetativo irreversível, sem qualquer chance de um dia poder se movimentar, interagir com terceiros e compreender a realidade.

Do que fora até agora exposto, facilmente identifica-se a presença de danos materiais sofridos pelos genitores, isso porque, a partir do evento danoso, os pais passaram a custear uma série de cuidados especiais e permanentes àquela criança. Constata-se, também, a presença de danos biológicos. Isso porque o erro médico ensejou lesões graves e irreversíveis no corpo da parturiente.

Assim, também, vislumbra-se o dano moral subjetivo que atingiu os pais da criança. Dano esse que ensejou dor, sofrimento, frustração das expectativas de uma gestação, desalento relacionado ao fato de que um ser tão amado ser destinado, por erro médico, a viver “completamente paralisado, mentalmente prejudicado e sem possibilidade de interação afetiva” (FACCHINI e WESENDONCK, 2012, p. 241).

Reconheceu-se, ainda, a presença de danos existenciais para o casal. Isso porque, além da dor, sofrimento e frustração experimentados pelos pais no momento em que tomaram conhecimento do fato lesivo, o casal teve sua rotina de vida completamente alterada em razão dos cuidados especiais, permanentes e diuturnos para com um filho que jamais alcançará uma vida autônoma. O referido evento danoso alterou a rotina do casal de modo a terem de renunciar às atividades culturais e de lazer, atreladas ao fato de que jamais seriam brindados pela troca afetiva que envolve às relações entre pais e filhos (FACCHINI e WESENDONCK, 2012, p. 241).

Percebe-se, a partir do caso acima relatado, que elaborar um conceito do que sejam danos existências é tarefa deveras complicada. No entanto, necessário se mostra estabelecer esse conceito, bem como balizas para a sua aplicação. Com isso evitaremos a aplicação exagerada do instituto jurídico dos danos existenciais.

Dano existencial, por tanto, é espécie de dano imaterial que acarreta verdadeira alteração no projeto de vida anteriormente traçado pelo lesado, bem

como nas atividades por ele normalmente desenvolvidas. É lesão que se perpetua no tempo, no cotidiano, representando um não mais poder fazer ou um ter de fazer de forma diferente.

Trata-se de dano que atinge à existência da pessoa, consistindo na violação de qualquer dos direitos fundamentais da pessoa assegurados pela Constituição Federal. Representa uma modificação danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele anteriormente executadas, “prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer” (ALMEIDA NETO, 2005, p. 25).

Represente uma

afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina (SOARES, 2009, p. 44).

Ao contrário do dano moral, o dano existencial “não se reduz a um sofrimento, a uma angústia, mas uma renúncia a uma atividade concreta” (ALMEIDA NETO, 2005, p. 31). Ou seja, enquanto o dano moral está essencialmente vinculado a uma aflição de ordem emocional, o dano existencial interfere e modifica o cotidiano o lesado, alterando os seus projetos de vida. Representa verdadeira sequência de alterações prejudiciais no cotidiano do atingido.

Nesse sentido, fale destacar interessante diferenciação feita pelo Professor Eugênio Facchini Neto no que toca aos danos morais subjetivos, danos existenciais e danos biológicos, senão vejamos:

dano moral subjetivo (caracterizado pela presença da dor e sofrimentos internos, sem reflexos externos na vida da pessoa) o **dano existencial** (caracterizado sempre pelas consequências externas, na vida da vítima, em razão da alteração – introdução de um *non facere*, ou de um *facere* – de seus hábitos de vida e forma de ser relacionar com os outros, prejudicando sua realização pessoal e comprometendo sua capacidade de gozar plenamente sua própria vida em todas as suas potencialidades), passou-se a restringir os **danos biológicos** à presença de uma lesão física ou psíquica ou de um comprometimento da saúde, pericialmente identificados (FACCHINI, 2012, p. 173).

O conceito mais completo de danos existenciais foi elaborado pela Corte de Cassação, na Decisão n. 6.575, proferida em 24 de março de 2006, pelo seu órgão máximo na jurisdição civil (Sezione Unite), em que se afirmou que

(...) por dano existencial entende-se qualquer prejuízo que o ilícito (...) provoca sobre atividades não econômicas do sujeito, alterando os seus hábitos de vida e sua maneira de viver socialmente, perturbando seriamente sua rotina diária e privando-o da possibilidade de exprimir e realizar sua personalidade no mundo externo. Por outro lado, o dano existencial funda-se sobre a natureza não meramente emotiva e interiorizada (própria do dano moral), mas objetivamente constatável do dano, através da prova de escolhas de vida diversas daquelas que seriam feitas, caso não tivesse ocorrido o evento danoso.⁸

Poderíamos citar como exemplo de danos existenciais o da pessoa que fica privada da possibilidade de manter relações sexuais com seu cônjuge/companheiro, em decorrência de danos físicos sofridos pelo parceiro (paraplegia ou tetraplegia, por exemplo), danos esses imputáveis a terceiros. Não resta dúvida de que o cônjuge que fora vitimado pela lesão sofreu danos biológicos, morais e existenciais. No entanto, seu parceiro, que não sofreu qualquer lesão física, suportou uma alteração, para pior, de uma importante dimensão de sua vida, qual seja, a sua sexualidade. Assim sendo, sofreu danos existenciais também. Ressalte-se que essa modalidade de danos é também chamado de danos à esfera da sexualidade (FACCHINI, 2012, p. 173).

3.3 Danos existências na jurisprudência italiana

Na medida que o dano existencial passou a ser aplicado pela jurisprudência italiana, alguns abusos começaram a ser detectados. Constatou-se uma série de demandas que pleiteavam a aplicação do dano existencial que, no entanto, tratavam-se de meras demandas frívolas. Por essa razão, a Corte de Cassação italiana, na decisão n. 26.972 (de 11 de novembro de 2008), restringiu o conceito de danos existenciais. Nessa famosa decisão estabeleceu-se que dano existencial não configura dano autônomo, mas, sim, espécie de dano moral, aplicável sempre que

⁸ Tradução livre elaborado pelo Professor Eugênio Facchini Neto (FACCHINI e WESENDONCK, 2012, p. 240) a partir da reprodução parcial do acórdão, colacionada por Gregor Christandl, em sua obra *La risarcibilità del danno esistenziale*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 326.

violar um direito fundamental da pessoa (FACCHINI e WESENDONCK, 2012, p. 243).

Tratou-se de ação indenizatória ajuizada em razão de erro médico cometido em paciente que, operado em decorrência de uma hérnia inguinal, sofreu atrofia no testículo esquerdo. Ressalte-se que a lesão não atingiu a capacidade reprodutiva do paciente e, por essa razão, o Tribunal de Veneza reconheceu o dano biológico e afastou a aplicação do dano existencial (WESENDONCK, 2011, p. 339).

A Corte de Cassação também destacou que era inaplicável a indenização por dano existencial nos casos de atrasos de voos, quebra do salto do sapato da noiva no dia de cerimônia, impossibilidade de transmissão de jogo de futebol, erro no corte de cabelo, o mal-estar pela contaminação de salmonela e o dano pela venda de um produto defeituoso.

Em razão dessas decisões, vários pleitos foram ajuizados objetivando a indenização por dano existencial, sem, no entanto, utilizar tal denominação, sem “etiquetar o dano”. Passou-se a usar a denominação “danos extrapatrimoniais” como o objetivo de demonstrar que não era possível estabelecer uma classificação para o dano extrapatrimonial (WESENDONCK, 2011, p. 340).

O mesmo ocorreu na decisão do Tribunal de Trieste (de 15 de dezembro de 2008) que, ao julgar caso de esposa que ajuizou ação por ter ficado viúva em razão de acidente de trabalho sofrido pelo marido, reconheceu a indenização sem, no entanto, “etiquetar o dano”.

O Tribunal de Milão, em 23 de dezembro de 2008, concedeu indenização a uma mulher que teve seu jovem filho ferido em acidente de trânsito e, em decorrência do acidente, obrigou-se a alterar sua vida para cuidar de seu filho. Nesse caso, o Tribunal concedeu indenização “sob a etiqueta ‘dano à vida de relações’, embora se trate claramente de dano existencial” (WESENDONCK, 2011, p. 340-1).

Em 30 de janeiro de 2009, o Tribunal de Milão julgou o caso de um jogador de futebol que restou lesionado por um vidro deixado, negligentemente, muito próximo ao campo de futebol. Em razão do acidente, o jogador ficou afastado dos jogos de futebol por longo período. Embora trata-se de caso que configure dano existencial, o tribunal concedeu indenização por danos biológicos e danos materiais diversos (WESENDONCK, 2011, p. 340).

A Corte de Apelação de Perugia, em 24 de novembro de 2008, concedeu indenização por danos extrapatrimoniais a uma menina de 4 anos que fora atacada por um cachorro. Por sua vez, o Tribunal de Nola, em 22 de janeiro de 2009, reconheceu a indenização por danos existenciais em decorrência de sequelas restante por ataque de cão (WESENDONCK, 2011, p. 341).

Assim sendo, percebe-se que a jurisprudência italiana, em matéria de danos extrapatrimoniais, encontra-se, ainda, em constante evolução.

3.4 Dano existencial no direito brasileiro

No Direito brasileiro vislumbramos uma aplicação ainda muito tímida do conceito de danos existenciais. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, apenas alguns julgados⁹ provenientes da Nona Câmara Cível tratam da matéria de forma expressa.

O termo “dano existencial” foi utilizada no julgamento do caso das “pílulas de farinha”, reconhecendo-se a configuração do referido dano à mulher que sofreu os efeitos de uma gravidez indesejada.¹⁰

⁹ Apelação Cível Nº 70040239352, Apelação Cível Nº 70040984460 e Apelação Cível Nº 70044580918.

¹⁰ Caso conhecido como das "pílulas de farinha", sendo de se anotar que o fato de o STJ admitir a indenização em ação civil pública promovida pelos danos decorrentes da ingestão do anticoncepcional Microvlar, da Schering [Resp. 866.636 SP], referendando-a em ação individual [Resp. 1.096.325 SP], constrói modalidade de sentença de efeito erga omnes quanto ao tema jurídico, desautorizando decisões diversas quando as situações fáticas se assemelham - Hipótese em que a autora, com a juntada de carteira e duas drágeas restantes que não possuíam os princípios ativos a que se destinavam, prova ter engravidado pela falha da indústria em não destruir os produtos manufaturados para testes [placebos] da máquina empacotadora recém

Em que pese os casos acima apresentados, constata-se a existência de inúmeros julgados que estão diretamente atrelados às situações fáticas que envolvem lesões de caráter existencial, sendo, no entanto, apreciados como se danos morais fossem.

Verifica-se em nossa jurisprudência interessante Acórdão do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 351.779-SP)¹¹ que condenou o Estado de São Paulo a indenizar denúncia infundada de abuso sexual contra crianças que frequentavam uma pré-escola.

Trata-se de acusação por abuso sexual, feita publicamente pelo Delegado de Polícia, contra os sócios e o motorista de uma pré-escola de São Paulo. Após a veiculação da referida notícia, que também foi divulgada pela Rede Globo de Televisão, a pré-escola foi depredada pela população local sendo, por óbvio, forçada a encerrar suas atividades.

Os acusados foram vítimas de preconceito, sofreram tentativas de linchamento, perderam os rendimentos do estabelecimento de ensino onde trabalhavam e, alguns deles, receberam anônimas ameaças de morte.

adquirida e pela culpa quanto à guarda desse material que, infelizmente, foi inserido no comércio como produto regular - Dever de compensar a mulher pela concepção indesejada ou inesperada, como espécie de **dano existencial**, conforme já admitido pelo Tribunal Superior, inclusive em lide ajuizada por defeito de outro anticoncepcional produzido pela Schering [Resp. 918.257 SP] e de pagar pensão à filha, aceita essa fórmula de indenizar como reparação pela perda de chance de cumprir o princípio do cuidado previsto na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Agravo retido não provido e provimento em parte dos recursos [apenas para consignar que a correção monetária do dano moral tem início a partir da sentença que arbitrou o quantum e para elevar a verba honorária para 10% do valor atualizado das condenações. (grifou-se) (TJSP, Apelação Cível nº 4820374000, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Enio Zuliani, j. 29.01.2009).

¹¹ RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL. ATO PRATICADO POR DELEGADO DE POLÍCIA. DIVULGAÇÃO TEMERÁRIA DA PRÁTICA DE ABUSO SEXUAL CONTRA ALUNOS DA ESCOLA DE BASE. NOTÍCIA POSTERIORMENTE DESMENTIDA. AUMENTO DO VALOR FIXADO PELA CORTE DE ORIGEM. POSSIBILIDADE DE REVISÃO POR ESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial n. 351.779/SP. Relatora Ministra Eliana Calmon. Relator (para o Acórdão) Ministro Franciulli Netto. J. em 19.11.2002. DJ 09.02.2004).

Ocorre que o Inquérito Policial que fora instaurado contra os acusados foi arquivado por falta de provas e, em razão disso, os ante acusados por abuso sexual moveram ações indenizatórias contra o Estado de São Paulo e, também, contra diversos jornais e revistas que veicularam a notícia.

Ao proferir seu voto a Ministra Eliana Calmon ressaltou a irregularidade com que fora conduzido o inquérito policial pois, de forma irresponsável, e antes mesmo de encerradas as investigações, o Delegado e Polícia divulgou o resultado parcial de seu trabalho.

Assim sendo, resta claro que às vítimas deste evento danoso tiveram suas honras violadas, suas identidades expostas, perderam a tranquilidade de viver e, também, lhes foram suprimidos os proventos e alegrias que aquela instituição de ensino os proporcionava.

No acordão analisado consta que os autores sofreram dano moral. No entanto, é possível constatar a presença, também, de danos existenciais (SOARES, 2009, p. 88). Isso porque o acordão refere que o evento lesivo em comento alterou a rotina da vítimas. Ou seja, às vítima foram obrigadas a alterar suas atividades cotidianas, seus momentos de lazer, sua segurança, bem como sua forma de auferir renda.

Assim sendo, não obstante no Brasil o dano existencial não seja matéria amplamente aplicada pelos tribunais, vislumbra-se a possibilidade de utilização do referido instituto.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio deste singelo trabalho constatou-se ser de extrema importância o estudo dos danos existências pois, por meio dele, poderemos melhor limitar o alcance do que hoje vem sendo definido no Direito brasileiro unicamente como dano moral. Assim sendo, na medida em que melhor definirmos e melhor classificarmos os danos extrapatrimoniais, diminuiremos as chances de nos depararmos com

demandas fúteis; sendo essa, por certo, um dos grandes desafios do estudo da responsabilidade civil: melhor classificar os danos imateriais, para, por consequência, afastar o ajuizamentos de pleitos que banalizam do dano moral.

Mostrou-se relevante a compreensão do conceito de danos existenciais para que, ao contrário do que ocorreu na Itália em dado período, não passemos a utilizá-lo para ver reparado qualquer espécie de dano imaterial e, sim, apenas nas situações e que, de fato, tenhamos uma lesão de caráter existencial. Assim, também, com base na jurisprudência italiana, mostrou-se possível a cumulação do dano existencial com outros danos materiais ou imateriais ensejados pelos mesmo evento lesivo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano Existencial – A tutela da dignidade da pessoa humana. Disponível em: http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/DANO%20EXISTENCIAL.doc. Acesso em: 05 abr. 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade Civil no Novo Código Civil. In.: Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 157 -196, set. 2012.

_____; WESENDONCK, Tula. Danos existenciais: “Precificando” lágrimas? Disponível em: <http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/408/156> Acesso em: 05 abr. 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.6, p. 79-97, abr./jun. 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Viera. **Princípio da reparação integral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

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

WESENDONCK, Tula. O dano existencial na jurisprudência italiana e brasileira: um estudo de direito comparado. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 124, p.327-356, dez. 2011.