

A RESPONSABILIDADE CIVIL COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE: CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO “DANO MORAL” NA TRADIÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA E NO DIREITO COMPARADO

RESPONSABILIDAD COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LA PERSONALIDAD:
CONSIDERACIONES ALREDEDOR DEL "DAÑO MORAL" EN LA TRADICIÓN
JURÍDICA BRASILEÑA Y LA LEY COMPARADA

Guilherme Augusto Pinto da Silva¹
Brasil

Recibido: 02/10/19

Aceptado:22/11/19

RESUMO

A responsabilidade civil enfrenta um momento de resignificação nos últimos anos, em virtude da realocação da pessoa humana ao centro da preocupação privatista pela Constituição Cidadã. Disso deriva, inexoravelmente, a criação de mecanismos de proteção à personalidade. A tradição jurídica brasileira estabeleceu, pela via legislativa, uma cláusula geral de danos, através do artigo 186 do Código Civil. Viu-se que a disciplina da responsabilidade civil, que poderia se pautar como instrumento de proteção à personalidade, foi utilizada como fundamento para um aumento exponencial de demandas com pleito de indenização por “dano moral”. A evolução do debate em torno de um conceito de “dano moral”, estabelece a necessidade de confrontar os danos extrapatrimoniais indenizáveis com a disciplina dos direitos da personalidade. A disciplina dos direitos da personalidade enfrenta semelhante problema no que concerne ao modelo de tipicidade, atipicidade ou semi-tipicidade de interesses tuteláveis e, conseqüentemente, de danos extrapatrimoniais indenizáveis. Daí a necessidade de confrontar o modelo jurídico brasileiro, através da disciplina do direito comparado, com o modelo francês, alemão e de common law, buscando aproximações no sentido de identificar claramente interesses dignos de tutela jurídica de forma específica e não genérica e abstrata.

RESUMEN

La responsabilidad civil se enfrenta a un momento de resignificación en los últimos años, en virtud de la reubicación de la persona humana al centro de la preocupación privatista por la Constitución Ciudadana. De ello deriva, inexorablemente, la creación de mecanismos de protección a la personalidad. La tradición jurídica brasileña estableció, por la vía legislativa, una cláusula general de daños, a través del artículo 186 del Código Civil. Se vio que la disciplina de la responsabilidad civil, que podría guiarse como

¹ Graduado, Mestre e Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Professor e Coordenador do Curso de graduação em Direito da Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre-RS. Professor e Coordenador da Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil da Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre-RS. Advogado inscrito na OAB/RS. E-mail: guilherme@fbps.adv.br

instrumento de protección a la personalidad, fue utilizada como fundamento para un aumento exponencial de demandas con pleito de indemnización por "daño moral". La evolución del debate en torno a un concepto de "daño moral", establece la necesidad de confrontar los perjuicios fuera de balance que se rigen con la disciplina de los derechos de la personalidad. La disciplina de los derechos de la personalidad enfrenta semejante problema en lo que concierne al modelo de tipicidad, atipicidad o semi-tipicidad de intereses tutelables y, consecuentemente, de daños personales. De ahí la necesidad de confrontar el modelo jurídico brasileño, a través de la disciplina del derecho comparado, con el modelo francés, alemán y de common law, buscando aproximaciones en el sentido de identificar claramente intereses dignos de tutela jurídica de forma específica y no genérica y abstracta.

INTRODUÇÃO

A disciplina da Responsabilidade Civil, desde os primórdios, sempre se preocupou com a pessoa, suas relações estabelecidas em sociedade e com os demais bem da vida. Em um primeiro momento, a proteção jurídica alcançava a pessoa enquanto titular de um direito patrimonial. O centro da preocupação privatista, por muito gravitou em torno do *ter* – sendo preocupação das codificações disciplinar, com maior ênfase, as relações fundadas na titularidade do direito de propriedade, no trânsito jurídico viabilizado por intermédio dos contratos e na transmissibilidade do patrimônio no direito sucessório. É inegável que as codificações oitocentistas tinham forte vertente patrimonialista.

Há mais de quinhentos anos, a teoria do modelo heliocêntrico de Nicolau Copérnico, em sua obra “*Das Revoluções das Esferas Celestes*” provocou verdadeira mudança de paradigma. O astrônomo polonês contestou a teoria geocêntrica ou antropocêntrica, defendendo que os corpos celestes gravitavam em torno do sol e não da terra. O geocentrismo aristotélico acabou superado por novas descobertas astronômicas, que partiram da teoria heliocêntrica de Copérnico. Pode-se dizer que a disciplina do Direito Civil, experimentou semelhante fenômeno, contaminada pela assim denominada “virada de Copérnico²”.

Em perspectiva global após a segunda grande guerra e no âmbito do Direito Brasileiro mais precisamente após a Constituição de 1988, a pessoa humana permaneceu como objeto de preocupação. Todavia, não mais vista apenas e tão somente como titular de um

² A expressão empresta nome a um Grupo de Estudos da Universidade Federal do Estado do Paraná, coordenado pelo então Professor Doutor Luiz Edson Fachin, ora Ministro do Supremo Tribunal Federal. Esclarece o Prof. Gustavo Tepedino: “*O Ministro Fachin situa-se na liderança de diversas gerações de estudiosos que, por distintos matizes e correntes de pensamento, propõem o deslocamento da centralidade hermenêutica do direito civil (do patrimônio) para a pessoa humana e a promoção de sua dignidade. Designado como personalismo ou despatriomonalização das relações privadas, identifica-se aí movimento teórico que, fiel à solidariedade social e à igualdade substancial, dedica-se a revisitar as categorias tradicionais (patrimoniais e individualistas) do direito civil, enaltecendo a função promocional dos valores existenciais subjacentes à ordem pública constitucionalmente estabelecida. Mostra-se emblemático, nessa mesma trilha, que o Grupo de Pesquisa orientado pelo Professor Luiz Edson Fachin, em sua Universidade Federal do Paraná, seja intitulado Virada de Copérnico*”. Cf. TEPEDINO, Gustavo. O Supremo Tribunal Federal e a Virada de Copérnico. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Vol. 4. Abril/Junho. 2015. p. 6

direito patrimonial. A pessoa humana passou a ser valorada por si só. Ou seja, pelo simples fato de ser pessoa, a ordem jurídica passou a reconhecer atributos e interesses não valoráveis economicamente, o que decorre da ideia de dignidade do homem. A pessoa humana dotada de personalidade singular, peculiar e insubstituível, demandou a proteção jurídica de valores existenciais, mediante a criação de princípios e regras de modo a disciplinar a responsabilidade civil também em perspectiva extrapatrimonial.

Assim como Copérnico constatou que os corpos celestes gravitavam em torno do sol e não da terra, percebeu-se que a ordem jurídica vigente não mas gravitava em torno do *ter*, mas do *ser*. Eis o que se convencionou denominar, dentre os estudiosos do tema, de “virada de Copérnico”.

De modo geral, a ideia de proteção à pessoa humana e à personalidade enfrentou as mais diversas vicissitudes. Na gênese de todas as controvérsias está a conceituação dos direitos da personalidade. *Friedrich Carl von Savigny*, em *System des heutigen Römischen Rechts*³ negou estatuto científico à categoria dos direitos da personalidade, por considerá-la uma *contradictio in terminis*. Não havia do ponto de vista dos pandectistas, a possibilidade do indivíduo ser *sujeito* e *objeto* de direitos. Superada a questão da conceituação e da titularidade, subsiste a problemática da utilidade dos direitos da personalidade sob o regime da atipicidade, tipicidade ou semi-tipicidade. Questiona-se se devem tutelados de forma exaustiva ou exemplificativa. Por fim, indaga-se se é defensável a imprescritibilidade e intransmissibilidade de ditos direitos, dadas as particularidades de casos concretos e não raras exceções à regra posta, acolhidas pelos tribunais.

A temática dos direitos da personalidade traz em si uma expressiva dimensão axiológica, o que denota a crescente preocupação das legislações civis, de modo especial as da União Europeia, em regulamentar, ainda de que forma não exaustiva a temática. A preocupação do legislador brasileiro e de outras tradições jurídicas em regulamentar os direitos da personalidade é legítima, contribuindo no sentido de determinar o âmbito de proteção e conteúdo destes caros direitos, através de prévios, intensos e longos debates⁴.

Para além da atualidade e fecundidade da temática, percebe-se que, hodiernamente, os direitos da personalidade têm sido alvo de profundas modificações. A tímida e não exaustiva disciplina legislativa, no âmbito das tradições jurídicas de *civil law*, sobretudo a brasileira e francesa, têm admitido distorções severas críticas, nutrindo um arcabouço que sustenta o que a práxis jurídica denominou de “indústria do dano moral”⁵.

A técnica legislativa moderna das cláusulas gerais, outrora louvada pelo fato de admitir que a legislação contivesse conceitos vagos, imprecisos e indeterminados, experimentam dura crise de aplicabilidade – que passa pelo casuísmo judiciário e resulta em verdadeira

³ Cf., SAVIGNY, Friedrich Carl von. **System des heutigen römischen Rechts**. Berlin, 1840. *passim*.

⁴ BRÜGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; O'CALLAGHAN, Patrick. (Ed.) **Personality Rights in European Tort Law**. New York: Cambridge University Press. 2010. p.3.

⁵ Um fenômeno relativamente recente e fruto de críticas realizadas sem maior aprofundamento científico em torno do tema, apontam para a banalização dos assim denominados “meros aborrecimentos” ou “meros dissabores do cotidiano” que não caracterizariam danos indenizáveis, como forma de contrapor a problemática da “indústria do dano moral”. Isso por si demonstra a emergência do tema do ponto de vista científico – dado que o casuísmo resulta em indenizações indevidas ou indevidas negativas de indenizações.

deturpação de sua finalidade, qual seja: a de proteção à pessoa humana e suas emanções. A problemática não é inédita nem própria da tradição jurídica brasileira, daí a razão de investigar a disciplina conferida por outras tradições jurídicas à proteção da personalidade humana, no sentido de encontrar critérios racionais e objetivamente controláveis para caracterização de danos de natureza extrapatrimonial.

A escolha do modelo jurídico alemão se dá pela redação do §828 do BGB, que aponta para um modelo de semi-tipicidade de danos extrapatrimoniais. O modelo francês, mais próximo do sistema brasileiro, aponta para um sistema de atipicidade de danos extrapatrimoniais. Por sua vez na tradição jurídica da *common law*, as origens históricas apontam para um modelo de tipicidade de danos extrapatrimoniais, fruto dos *tort's law*, embora mais modernamente seja possível encontrar uma sistemática de atipicidade na disciplina da *strict liability* do *tort of negligence*, ou ainda, *duty of care*.

A pretensão da pesquisa, portanto, para além da investigação histórica, em caráter não exaustivo, é a de conhecer as interpretações dadas pelo modelo jurídico alemão, francês e da *common law* à temática, buscando, quando possível, aproximações à realidade brasileira.

Do ponto de vista da forma de abordagem, a pesquisa utiliza, com predominância, o método dedutivo, pois parte de teorias, princípios e leis gerais, reconhecidamente verdadeiros e indiscutíveis, para formalizar conclusões – que devem ser verdadeiras - através da lógica. A metodologia procedimental empregada, em primeiro plano, é histórica, eis que investiga categorias jurídicas e institutos desde o seu surgimento até o estado atual. Será utilizado, em algum momento, o método comparativo, a fim de identificar similitudes, divergências e influências entre o ordenamento jurídico brasileiros e outras tradições ou modelos jurídicos.

A trajetória histórica e afirmação legislativa dos direitos da personalidade

As dificuldades que cercam a afirmação dos direitos da personalidade em perspectiva histórica e universal, naturalmente tiveram reflexos no âmbito da tradição jurídica brasileira. O Código Civil de 1916, a despeito de sua índole nutrida de valores oitocentistas, tutelava os direitos da personalidade de uma perspectiva individualista, ou ainda, sob a ótica do direito da propriedade. O artigo 573 do diploma revogado⁶, por exemplo, conferia ao sujeito de direito privado a possibilidade de embargar obra, na qual se abra janela, faça eirado, ou terraço a menos de metro e meio de sua propriedade. É um dos únicos dispositivos do revogado diploma que faz alguma espécie de menção implícita, tímida e indireta aos direitos de personalidade.

É que conforme os valores preponderantes na sociedade, à época, a ingerência legislativa no âmbito do tráfico jurídico privado haveria de ser mínima, por parte do Estado⁷, garantindo-se apenas e tão somente a forma para circulação de riqueza, nos limites da Lei e dos bons costumes. É certo que o Código Civil de 1916 não se preocupou em tutelar e

⁶ Art. 573. O proprietário pode embargar a construção de prédio que invada a área do seu, ou sobre este deite goteiras, bem como a daquele, em que, a menos de metro e meio do seu, se abra janela, ou se faça eirado, terraço, ou varanda.

⁷ GRISON, Leonardo. Repersonalização do Direito Privado e Fenomenologia Hermenêutica. in: **Direitos fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, nº 4, jul/set, 2008. p. 176

disciplinar a personalidade do indivíduo. Logicamente os valores preponderantes, à época, eram outros. Essa não constituiu, porém, uma particularidade específica do ordenamento jurídico brasileiro. Conforme refere Adriano de Cupis:

“Nem sempre, no entanto, tem sido formuladas normas jurídicas expressas a tal respeito. O Código de Napoleão, sendo embora o fruto da Revolução que visava consagrar direitos do homem, não prescreveu expressamente uma disciplina particular para os direitos da personalidade. Neste sistema se inspiraram todos os Códigos Civis que por ele modelaram, incluindo o italiano de 1865. O Código Civil austríaco, pelo contrário, mencionou-os expressamente, e de uma forma que revela influências jusnaturalísticas (§16º.: *angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Recht*). Mais recentemente, o Código Civil alemão (§12.º) regulou o direito ao nome, que faz parte dos direitos da personalidade; o Código Civil suíço ocupa-se igualmente deles (art.ºs 28.º e segs.) Por último, o Código Civil italiano vigente deu-lhes uma parcial disciplina: o seu livro I dedica um título autônomo, o primeiro às “pessoas físicas”, e os artigos 5 a 10, contidos nesse mesmo título, respeitam precisamente aos direitos da personalidade⁸.”

Os direitos da personalidade, portanto, passaram a ser tutelados pela via legislativa nas constituições do período pós-guerra, dada a necessidade de efetiva proteção da pessoa⁹, posta ao centro do ordenamento jurídico através do princípio da dignidade da pessoa humana. A ideia da pessoa como um valor em si mesmo e não simplesmente como um meio para atingir outros fins, impôs um dever jurídico de respeito mútuo nas relações recíprocas havidas entre os particulares. Essa *relação jurídica fundamental*¹⁰ de respeito mútuo constitui base de convivência de toda comunidade jurídica.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição de 1988 foi que trouxe um extenso rol de Direitos e Garantias Fundamentais, surpreendendo pela atualidade e amplitude, visto que recepcionou inúmeros direitos reconhecidos no plano internacional, por intermédio de tratados, mesmo antes da ratificação em definitivo pelo Brasil. Além do amplo rol de direitos fundamentais consagrados no artigo 5º, a Carta Cidadã trouxe expressa previsão de aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais.

O descompasso entre a moderna Carta de 1988 e o já “antigo” Código Civil de 1916 era evidente. O artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal previa expressamente a inviolabilidade da honra, da imagem, da intimidade e da vida privada, além de consagrar a possibilidade de indenização por dano moral decorrente das respectivas violações. Uma tutela enfática e sem reserva: personalidade é direito inviolável! Expressamente e de

⁸ DE CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Livraria Moraes Editora. 1961. p.21

⁹ FACHIN, Luiz Edson. Análise crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro: fundamentos, limites e transmissibilidade. **Revista Jurídica**. nº 362. Dezembro/2007. p.45

¹⁰ Cf. LARENZ, Karl. **Derecho Civil**. Parte General. Trad. Miguel Isquierdo y Macías-Picavea. EDERSA. 1978 p.46

forma exemplificativa, a Constituição Cidadã tratou de direitos fundamentais da personalidade¹¹.

O referido dispositivo criou um arcabouço protetivo à personalidade, estabelecendo viabilidade para que a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da república, pudesse encontrar afirmação. Os direitos fundamentais, vale destacar, não se resumem à honra, imagem, intimidade e vida privada. O rol é meramente exemplificativo, abarcando outros direitos que decorram da manifestação da personalidade – todos igualmente invioláveis.

A índole liberal burguesa do Código Civil de 1916 – que nada previu sobre direitos da personalidade – não viabilizava uma interpretação no sentido de conferir indenização por “dano moral” em virtude da ofensa a direitos da personalidade nas relações havidas entre os particulares. Os direitos fundamentais tinham por finalidade proteger o cidadão frente ao arbítrio do Estado *Leviatã*, dirigindo sua incidência e atuação ao âmbito do Direito Público. Os Tribunais tardaram em firmar jurisprudência no sentido de conceber a possibilidade de indenização por “dano moral”¹².

Não significa dizer, portanto, que pela omissão do legislador de 1916, os direitos da personalidade não existiam. Eles já estavam insculpidos, exemplificadamente, na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso X. De forma enfática, como direitos invioláveis, de eficácia imediata¹³. O direito privado acabou por incorporar valores constitucionais, rompendo a dicotomia que, noutro contexto histórico, foi marcante entre direito público e direito privado. Disso deriva, principalmente, a importante discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais – antes mecanismo de defesa perante o Estado – nas relações havidas entre particulares¹⁴.

¹¹ A particularidade dos assim denominados Direitos Fundamentais da Personalidade é típica do ordenamento jurídico brasileiro e português.

¹² Cita-se como exemplo o Recurso Extraordinário nº 11.974, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 12 de maio de 1953, muitos anos após promulgado o Código Civil de 1916. No julgamento, destaca-se trecho de voto do Ministro Rocha Lagoa, que refere: “*Sabida é a controvérsia entre nós existente na doutrina e na jurisprudência quanto ao princípio de responsabilidade pelos danos não patrimoniais. Enquanto uns admitem a possibilidade de reparação dos danos infligidos aos interesses morais, proclamam outros sua irreparabilidade. Alistei-me a princípio entre os últimos, mas a leitura atenta da brilhante monografia de Alfredo Minozzi - Studio sul danno non patrimoniale impeliu-me a mudar de rumo, posteriormente.*”. Divergiu, relatando o acórdão, o Ministro Hahnemann Guimarães, firmando a seguinte conclusão, que se extrai igualmente de trecho do voto: “Esta Turma já teve o ensêjo de discutir o assunto, e admitiu que o dano moral pode ser reparado, quando haja produzido consequências patrimoniais. Se o dano é somente moral, não há o que ser ressarcido.” Cf. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 11974, Relator(a): Min. ROCHA LAGOA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. HAHNEMANN GUIMARÃES, Segunda Turma, julgado em 12/05/1953, DJ 28-01-1954 PP-01115 EMENT VOL-00162-01 PP-00216 ADJ 02-09-1957 PP-02292.

¹³ Neste sentido é o alerta de Eugênio Facchini Neto: “*Caso a eficácia de um direito fundamental dependesse de uma legislação infraconstitucional que o implementasse, correr-se-ia o risco de a omissão do legislador ordinário ter mais força eficaz do que a ação do legislador constituinte. Isso significaria que a criatura (legislador ordinário) teria mais poder do que seu criador (legislador constituinte).*” (FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 50)

¹⁴ Sobre o tema, por todos: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. Malheiros: São Paulo. 2005; STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo:

Pelo contexto histórico, é possível concluir que os direitos da personalidade e os direitos fundamentais possuem uma relação estreita, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Os direitos fundamentais (alguns também direitos da personalidade) surgiram como mecanismo de defesa do cidadão frente ao arbítrio do Estado. Posteriormente, as constituições acabaram por estampar uma maior proteção ao homem. O Direito Privado, à luz destes influxos, incorporou este anseio, trazendo o homem e a dignidade da pessoa humana ao centro da preocupação privatista, mormente após a promulgação, no Brasil, do Código Civil de 2002.

O Código Civil de 2002 ocupa um espaço de referência na disciplina legislativa pátria dos Direitos da Personalidade. A alocação dos dispositivos, já no início do diploma, traz um indicativo muito claro: a proteção à pessoa mediante a tutela da personalidade deve servir de chave-de-leitura ao restante do diploma privatista. Os valores emanados da Constituição Federal influenciaram sobremaneira as principais modificações impostas ao Código Civil de 2002, todas no sentido de trazer a pessoa humana ao centro da preocupação privatista.

Dentre inúmeras modificações na disciplina do Direito Privado brasileiro, implementadas pela promulgação do Código Civil de 2002, duas chamaram mais atenção: a inovação relativa à disciplina dos direitos da personalidade, dadas pelos artigos 11 a 21, e as profundas modificações no âmbito da responsabilidade civil. O certo é que a mera disciplina pelo “Código Civil não resolve de uma penada os complexos problemas de aplicação e delimitação práticas¹⁵” relativos aos direitos da personalidade.

A natureza abrangente e subjetiva da disciplina de proteção à personalidade, pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, provocou um efeito indesejado: uma verdadeira avalanche de demandas no âmbito do Poder Judiciário pleiteando indenização por “danos morais”. Em um primeiro momento ao fenômeno deu-se o nome de “indústria do dano moral”. Posteriormente, como forma de evitar a banalização de demandas dessa natureza, ganhou força o fenômeno da caracterização de danos não indenizáveis como “meros aborrecimentos do cotidiano”.

Isso por si revela a atualidade e fecundidade da temática, visto que o problema é comum às tradições jurídicas que adotaram o modelo de atipicidade dos danos extrapatrimoniais. Daí a relevância de conhecer outras formas de tutelar a personalidade, oriundas de outras tradições jurídicas, como através dos modelos de tipicidade ou semi-tipicidade dos danos extrapatrimoniais.

Malheiros. 2004; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000. CRUZ, Rafael Naranjo de la. **Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe**. Madrid: Boletín Oficial del Estado – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Paulo Mota Pinto e Ingo Wolfgang Sarlet. Coimbra: Almedina. 2003.

¹⁵ PINTO, Paulo da Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. STVDIA IVRIDICA 40. COLLOQUIA-2. Universidade de Coimbra. 2000. p. 177.

O que é e o que não é “dano moral”: os modelos de atipicidade, semi-tipicidade e tipicidade de danos indenizáveis.

Na evolução do debate em torno do que é e do que não é dano moral, pode-se dizer que os contornos foram traçados, no direito brasileiro, com base três concepções: *a tradicional*, segundo a qual dano moral seria todo dano não patrimonial; *a crítica*, segundo a qual o dano moral pode ser visto como consequência de lesão a um bem não patrimonial, ou como resultado de ofensa a um bem material; e, por fim, a concepção *constitucionalizada*, que vincula os danos morais à violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana e dos seus direitos da personalidade¹⁶. A concepção constitucionalizada de danos morais encontra na categoria dos direitos da personalidade fortíssimo alicerce.

No magistério de Maria Celina Bodin de Moraes:

“Desta forma, considerou-se que o dano moral dizia respeito exclusivamente à reparação de violações causadas a direitos da personalidade. Foram, então, os danos morais conceituados como as lesões sofridas pela pessoa humana em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal o conjunto de tudo que não é suscetível de valoração econômica. [...] Modernamente, no entanto, sustentou-se que cumpre distinguir entre danos morais subjetivos e danos morais objetivos. Estes últimos seriam os que se referiram propriamente, aos direitos da personalidade. Aqueles outros “se correlacionariam com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferíveis”. Dessa maneira, acabaram interligando-se as duas teorias antes referidas: tanto será dano moral reparável o efeito não-patrimonial de lesão a direito subjetivo patrimonial (hipótese de dano moral subjetivo), quanto a afronta a direito da personalidade (dano moral objetivo), sendo ambos os tipos admitidos no ordenamento jurídico brasileiro. [...] Assim, no momento atual, doutrina e jurisprudência dominantes têm como adquirido que o dano moral é aquele que, independentemente de prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais entre outros. O dano é ainda considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, originam angústia, dor sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas”¹⁷.

Em um cenário de gradual objetivação da responsabilidade civil e de flexibilização da prova do nexo de causalidade, a aferição do que é e do que não é dano indenizável se coloca como último recurso para seleção de demandas de responsabilização¹⁸, evitando verdadeira enxurrada de pleitos desta natureza. E de nada adianta socorrer-se da

¹⁶ FACCHINI NETO, Eugenio. WESENDONCK, Tula. Danos existenciais: "precificando" lágrimas?. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória. n.12. jul./dez.2012. p. 232-234.

¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 155-157.

¹⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 3. Ed. São Paulo: Atlas. 2012. p. 193.

legislação no intuito de buscar elementos para fixar um conceito relativamente preciso de dano moral. A previsão é genérica e abstrata¹⁹, seja na perspectiva da Constituição, seja do Código Civil.

Ao se compreender o conceito de “dano moral” como forma de apontar corretamente os interesses jurídicos merecedores de tutela, “a responsabilidade civil assume a posição de um sistema primário, na medida em que passa a determinar o merecimento de tutela ou não dos interesses igualmente tutelados²⁰”. Se a responsabilidade civil assumir claramente o papel de proteger direitos fundamentais da personalidade, pode-se afirmar que contornos brasileiros se aproximarão do sistema de *torts* do modelo anglo-saxão, com uma ampliação da discricionariedade judicial²¹.

Do ponto de vista da estruturação de um modelo de indenizabilidade dos danos morais ou extrapatrimoniais, portanto, o direito brasileiro adota uma sistemática de total atipicidade – fruto da redação do artigo 186 do Código Civil de 2002 e do rol meramente exemplificativo dos direitos fundamentais da personalidade elencados na Constituição Federal de 1988 e nos artigos 11 a 21 do Código Civil vigente. Dessa sistemática de total atipicidade – de danos extrapatrimoniais e de direitos da personalidade – se extrai o crescimento exponencial de demandas onde se postula reparação ou compensação de interesses existenciais violados, em virtude do caráter de discricionariedade e da subjetividade que há em torno da construção do conceito de dano extrapatrimonial indenizável.

O recurso à disciplina dos direitos da personalidade pode oferecer parâmetros objetivos e racionalmente controláveis do que é ou não é dano moral, embora esse não seja um conceito que possa ser *dado*, mas que deve ser *construído*. A contribuição do direito comparado é inegável, justamente em virtude da ampla gama heterogênea de interesses jurídicos, culturais, históricos, doutrinários e legislativos de cada tradição jurídica. No Brasil, viu-se que a sistemática de atipicidade, portanto, serve tanto para proteger amplamente a pessoa humana através da aferição dos mais variados danos indenizáveis (“indústria do dano moral”), como para negar indenização a danos que possam ser merecedores de tutela jurídica, em um casuismo indolor (“meros dissabores do cotidiano”).

O jurista *Vernon Valentine Palmer*, ao término de um estudo comparatista em doze países europeus, apontou três tipos de regimes no que concerne ao dano moral: *i) os regimes liberais; ii) os regimes moderados; iii) os regimes conservadores*²². Da análise das lições do comparatista, percebe-se que as origens históricas da disciplina dos danos extrapatrimoniais encontram inúmeros pontos de contato:

¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**. Ano 3. nº 9. 2014. p. 7075.

²⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 3. Ed. São Paulo: Atlas. 2012. p. 189.

²¹ Idem.

²² PALMER, Vernon Valentine. Danos morais: o despertar francês no século XIX. Tradução e notas por Otavio Luiz Rodrigues Junior, Thalles Ricardo Alciati Valim. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 9. ano 3. São Paulo: Editora RT, out-dez. 2016. p. 226.

"Na verdade, antes do século XIX, não se encontra vestígio, em qualquer parte da Europa, de uma expressão como "dano extrapatrimonial ou imaterial" [dommage non-pécuniaire ou immatériel]. Essa distinção "bipolar" ainda é puro produto de desenvolvimentos que se deram no decorrer do século XIX em diante. A origem da expressão dano moral, entretanto é obscura e raramente estudada. As raízes deste conceito não parecem claras e nunca foram explicadas. De acordo com Le Robert, "moral", no século XVIII, significava: "o conjunto das faculdades morais, mentais (caráter, espírito, alma)". Não tardou a se transformar em "estado psicológico de alguém" (e.g. ter bom ou mau moral, "ele possui moral?", "ele não tem moral algum". De acordo com esses fundamentos linguísticos, a formulação jurídica poderia ser no sentido de que "toda essa ofensa ao espírito, à inteligência, ao equilíbrio mental constituiu um tipo de dano moral". Para René Savatier, por exemplo, o dano moral denota "todo sofrimento humano" que não resulta em uma perda pecuniária. Pode-se constatar que metade da Europa (países como Espanha, Bélgica, Itália, Grécia, Portugal) utiliza da expressão dano moral sem ter uma ideia mais exata²³"

A jurista Maria Celina Bodin de Moraes faz semelhante constatação, relativamente à construção do conceito de danos indenizáveis no direito comparado, constatando divergências em tradições jurídicas da mesma família:

“Assim é que há danos que são passíveis de indenização em determinados países e não o são em outros, embora se trate de sistemas jurídicos da mesma família e muito semelhantes entre si. É o que ocorre, por exemplo, com o chamado “dano morte” ou “dano à perda da vida”, em relação ao qual não há, entre nós, qualquer compensação – ao contrário do que ocorre, por exemplo, em Portugal. Do mesmo modo, embora o sistema francês e o sistema brasileiro da responsabilidade civil adotem, praticamente, os mesmos conceitos-chave, a jurisprudência francesa não hesita em reparar o dano moral no âmbito contratual, enquanto no Brasil isso só acontece excepcionalmente”²⁴.

Em síntese, percebe-se que a controvérsia em torno da delimitação do conceito de dano indenizável não é tarefa simplória. Viu-se que a tradição jurídica brasileira adotou a sistemática da atipicidade, deixando de prever um rol exaustivo de direitos personalíssimos ou danos extrapatrimoniais indenizáveis. O recurso ao direito comparado se dá para estudo da disciplina jurídica onde o mesmo problema – do ponto de vista teórico e prático – recebe de outras tradições jurídicas, onde igualmente percebe-se que não há uniformidade conceitual, justamente em virtude de distinções culturais, históricas e dogmáticas próprias de cada país.

O modelo jurídico de indenizabilidade dos danos extrapatrimoniais no Direito Comparado

²³ Ibidem. p. 227.

²⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p.37

A comparação de direitos é tão antiga quanto à ciência do direito²⁵, muito embora a consagração do direito comparado, como ciência, seja fenômeno recente no mundo²⁶. O tardio desenvolvimento do direito comparado deve-se, em muito, a algumas particularidades de caráter histórico e outras oriundas de um ceticismo crítico. Somente por volta do século XIX, com a gradativa implementação das codificações nacionais, é que a noção de um direito universal foi cedendo espaço à diversidade de leis. O desenvolvimento do direito comparado deu-se, justamente, como uma resposta ao fenômeno de nacionalização do direito produzido à época.

O direito nacional, para os críticos, guardava em si complexidade suficiente que afastava a pertinência de conhecer outros sistemas jurídicos. A definição, o objeto e a natureza do direito comparado, como modo de fixar o seu habitáculo dentre as diferentes ciências com as quais deveria interagir também abrigava algumas controvérsias. Constatou-se - ainda no âmbito da crítica - que conhecer todos os sistemas jurídicos do mundo era tarefa cognitiva impossível de ser desenvolvida. Ademais, a legislação era nacional e nacional devia ser o sistema jurídico que se relacionava com o texto legislativo. O direito comparado seria, como suma das críticas, tema para curiosos ociosos.

Por isso, um estudo comparado reveste-se, *prima facie*, de uma dupla finalidade: por um lado, “convencer os cétricos, as diversas vantagens que apresenta para os juristas o direito comparado; habilitar, por outro, os que lhe atribuem importância a utilizarem, tendo em conta os diversos fins que lhes são próprios, os direitos estrangeiros²⁷”.

Direito comparado é, desta maneira, comparação de direitos (*Rechtsvergleichung*). E, para comparar direitos, não basta buscar, de forma isolada, uma experiência no direito estrangeiro e encontrar alguma aplicação no âmbito do direito nacional. O direito comparado não se confunde com o simples conhecimento de direitos estrangeiros, porque distingue-se dele pela apresentação de uma síntese comparativa²⁸. Noutras palavras, direito comparado e direito estrangeiro não podem ser compreendidos como sinônimos, sob pena de distorção de paradigmas e da utilização retórica de argumentos como experiência de direito comparado, de forma falaciosa a justificar casuísmos decisionistas. De alguma forma, esse profícuo diálogo entre sistemas, a partir do reconhecimento do sucesso da aplicação de um modelo, resulta no aproveitamento do modelo exitoso noutro ordenamento que não aquele originário. É a chamada circulação de modelos²⁹. Sem se distanciar do tema da presente pesquisa, são exemplos - dentre inúmeros outros relativos aos demais sistemas jurídicos - a interpretação conforme a constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (*Drittwirkung der Grundrecht*), ambas oriundas da Alemanha, com considerável

²⁵ “O estudo histórico e comparativo do Direito é muito antigo, pois em ARISTÓTELES já encontramos uma apreciação sobre várias Constituições”. Cf. LEME, Lino de Moraes. **Direito Civil Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1962. p.22.

²⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p.1-2.

²⁷ Ibidem. p. 4.

²⁸ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao Direito Comparado**. 2ª Ed. Coimbra: Almedina. 1998. p.12

²⁹ GALLO, Paolo. **Introduzione al diritto comparato**. vol. 1. 2.ed.Giappichelli editore - Torino. 2001. p.7-12.

aceitação doutrinária no âmbito do direito brasileiro³⁰. O direito comparado possibilita, ainda, e principalmente, a partir da experiência de outros sistemas judiciários, a melhor compreensão do próprio direito pátrio³¹.

Outros tantos poderiam ser os exemplos aptos a demonstrar a vantagem de conhecer e estudar o direito comparado. Limita-se a exposição aos descritos, por serem suficientes à pretensão de um introito preliminar às indagações da presente pesquisa, que pretende alcançar um panorama dos modelos jurídicos de indenizabilidade dos danos expatrimoniais na tradição jurídica francesa, alemã e de common law.

Modelo Francês versus Modelo Alemão

O Código Civil Francês ou Código Napoleônico (*Code Civil ou Code Napoléon*) teve como principal artífice Napoleão Bonaparte. Entrou em vigor em 21 de março de 1804, obtendo inegável êxito e influenciando inúmeras tradições jurídicas que enxergaram na obra de Napoleão um modelo para o mundo.

O Código Civil Francês apresenta, quanto à estrutura, em sua origem, divisão em quatro partes. O título *preliminar*, dispõe sobre regras de publicação e a não retroatividade das leis em geral (articles 1 à 6-1). O *primeiro* livro dispõe sobre as pessoas, aspectos relacionados aos direitos civis, nacionalidade, domicílio, casamento, divórcio, filiação, maioridade, tutela e curatela, diz respeito, assim, ao direito de família (articles 7 à 515). O *segundo* livro regulamenta os bens e os diferentes modos de modificação da propriedade, disciplinando os principais direitos reais (articles 516 à 710), enquanto o livro *terceiro* trata das várias formas de aquisição e transmissão da propriedade (articles 711 à 2287). O livro *quatro*³² trata das garantias obrigacionais e reais, a exemplo da caução e hipoteca (articles 2284 à 2488). O *quinto*³³ livro dedica-se às disposições finais aplicáveis à Ilha Francesa de *Mayotte* (articles 2489 à 2534).

No que concerne ao tratamento alcançado pelo *code civil* à problemática dos danos extrapatrimoniais indenizáveis, pode-se afirmar que o modelo francês se encontra mais próximo do alinhavado pela tradição jurídica brasileira. A reforma promovida pela "*ordonnance n°2016-131*" de fevereiro de 2016, alterou a redação do artigo 1.240 do *Code Civil*, que passou a ter a seguinte redação: "*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.*"³⁴ A redação é bastante próxima daquela conferida pelo legislador brasileiro ao artigo 186

³⁰ Cf., dentre outros: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). **Interpretação Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p.132. Embora com a expressa ressalva de que a interpretação conforme a Constituição reporta-se às leis infraconstitucionais e não em relação à interpretação da Carta Magna conforme ela mesma. Também, FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 13-62.

³¹ FACCHINI NETO, Eugênio. Estrutura e funcionamento da justiça norte-americana. **Revista da Ajuris**. ano XXXVI. Março 2009. p.176-177.

³² Criado pela "Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés".

³³ Criado pela "Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 - art. 1 JORF 24 mars 2006".

³⁴ Em tradução livre: "qualquer fato humano que provoca um dano a outrem obriga aquele que culposamente o causou a repará-lo".

do Código Civil de 2002: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*”

Neste sentido, o modelo francês, tal como o brasileiro, aponta para um sistema de atipicidade de danos indenizáveis, trazendo a culpa (*faute*) como um dos seus pressupostos. No Brasil, a própria inviolabilidade dos direitos fundamentais da personalidade dispensa prova de culpa para configuração do dever de reparar, constituindo-se hipótese de responsabilidade civil objetiva. Porém na França, a construção de uma interpretação em torno da responsabilidade civil objetiva, relativamente aos danos extrapatrimoniais indenizáveis, é fruto da interpretação dos tribunais, que passaram a interpretar sucessivos pedidos de indenização por acidentes.

O primeiro caso paradigmático, julgado pela Corte de Cassação Francesa em 16 de junho de 1896, foi o caso *L’arret Teffaine*³⁵. O caso envolvia a explosão de um rebocador a vapor, por uma falha de projeto, causando a morte de *Teffaine*, o mecânico. Em virtude explosão decorrer de uma falha de projeto, não poderia ser imputada falha ao mecânico ou ao proprietário do rebocador a vapor. A Corte de Cassação Francesa, interpretando o artigo 1.384 do *code civil* (atual artigo 1.240), entendeu que o proprietário do rebocador deveria indenizar a família da vítima independentemente da existência de culpa.

Posteriormente, a mesma interpretação se estendeu aos casos de acidente de trânsito, com o caso “*Arrêt Janhd’Heur*”, julgado pela Corte de Cassação em fevereiro de 1930. O precedente discutia um caso de acidente de trânsito, em que um caminhão pertencente à empresa “*Aux Galeries Belfortaises*” derrubou e feriu um menor de idade. Discutiu-se a existência de um vício inerente ao caminhão como forma de eximir seu condutor e a empresa da indenização. A Corte de Cassação entendeu que não é indispensável estabelecer prova de que a ação proveio ou não de conduta humana, já que o artigo 1.384 do *code civil* vigente à época, atual artigo 1.240, relaciona a responsabilidade à custódia da coisa, não à própria coisa, reafirmando mais uma hipótese de responsabilidade civil objetiva.

Pela redação do *code civil* e interpretação dada pelos tribunais à lei francesa, percebe-se que o direito francês, tal qual o direito brasileiro, está à mercê da total inexistência de parâmetros racionais no que diz respeito à conceituação dos danos extrapatrimoniais indenizáveis. Experimentando fenômeno semelhante ao brasileiro – de verdadeira avalanche de demandas – a França deu início a um estudo no sentido de identificar danos passíveis de indenização a fim de regulamentar um modo de indenização justo e coerente. Neste passo, dois documentos foram primordiais no sentido de identificar danos extrapatrimoniais indenizáveis: o *Rapport Lambert-Faivre*³⁶, elaborado em 2003, pelo conselho de apoio às vítimas presidido por Yvonne Lambert-Faivre e o *Rapport*

³⁵ Disponível em: <<http://www.cours-de-droit.net/arrets-teffaine-et-jand-heur-responsabilite-du-fait-des-choses-a127274598>>. Acesso em 24.06.2019.

³⁶ Disponível em: <<https://prejudicecorporel.files.wordpress.com/2008/10/rapport-lambert-faivre-2003.pdf>>. Acesso em 24.06.2019.

*Dintilhac*³⁷, elaborado em 2005, que teve como artífice o juiz Jean Pierre Dintilhac, presidente da Segunda Câmara Cível da Corte de Cassação Francesa.

Ambos os documentos, o *Rapport Lambert-Faivre* e o *Rapport Dintilhac*, lograram êxito em traçar contornos claros e objetivos no sentido de estabelecer a nomenclatura de alguns danos extrapatrimoniais indenizáveis, embora existam algumas sensíveis divergências em relação a terminologias na redação de ambos os documentos. Chama atenção, ainda, no que concerne à amplitude dos estudos realizados, uma tábua sistemática das matérias analisadas orientada por bibliografia especializada sobre os temas.

Os relatórios reconhecem a existência de múltiplos danos indenizáveis. Em recentíssima monografia sobre o tema, Thais Gazolla Estivalett Stella³⁸ realiza minuciosa análise do *Rapport Lambert-Faivre* e do *Rapport Dintilhac*, identificando os seguintes danos indenizáveis: i) **Prejuízo à vítima direta** - compreendido como aquele que sofreu efetivamente o dano; i.i) **Prejuízo extrapatrimonial temporário** decorrente de incapacidade funcional temporária, total ou parcial. Após a consolidação do dano, na hipótese de remanescerem resquícios do dano temporário, indenizam-se os sofrimentos suportados (*souffrances endurées*); i.ii) **Prejuízo extrapatrimonial permanente** – a exemplo da redução definitiva do potencial físico (*préjudice fonctionnel permanent*), e a perda das amenidades da vida (*préjudice d'agrément*). Como espécie do gênero prejuízos extrapatrimoniais permanentes, ainda, o dano estético e o dano sexual, este último que pode ser a) considerado prejuízo morfológico, ligado à violação aos órgãos sexuais primários e secundários, resultante do dano sofrido; b) o prejuízo relacionado ao próprio ato sexual, abrangendo a perda do prazer ligado ao ato, perda da capacidade de sentir prazer e , c) por fim, o prejuízo relacionado à impossibilidade ou dificuldade para procriação. Por derradeiro, tem-se o denominado dano pela perda da esperança (*Préjudice d'Établissement*), que não se confunde com a simples perda das amenidades da vida.

Na sequência a autora identifica o ii) **Prejuízo à vítima por ricochete** – diz respeito aos danos sofridos por extensão à vítima direta. ii.i) **Prejuízo “d’accompagnement”**, que se assemelha ao dano existencial da tradição jurídica italiana. Decorre da alteração abrupta do modo de vida daqueles que compartilham do sofrimento da vítima, sendo inexigível um vínculo de parentesco ou consanguíneo. ii.ii) **Prejuízo “d’affection”**, que comporta até mesmo a indenização da amante pela morte do companheiro. ii.iii) **Prejuízos excepcionais**, referentes aos demais danos de natureza existenciais experimentados pela vítima por ricochete³⁹.

Os intensos estudos realizados pelos franceses acerca do problema de cunho teórico e prático teve reflexos na via legislativa, através de modificações do *code civil* e de projetos de reforma em andamento. Obviamente dentro dos limites da presente pesquisa, não há espaço para adentrar em minúcias dos projetos de reforma do *code civil*.

³⁷ Disponível em: < <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>>. Acesso em 24.06.2019

³⁸ STELLA, Thais Gazolla Estivalett. **Da aplicabilidade do modelo francês de sistematização do dano extrapatrimonial no ordenamento jurídico brasileiro**. Monografia (Graduação, Trabalho de Conclusão de Curso) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

³⁹ Idem. A autora dedica todo o segundo capítulo de sua monografia à análise das características de cada espécie de dano.

Já o Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*), é produto tardio do movimento das codificações⁴⁰. Em desenvolvimento desde 1881, tornou-se vigente em 1º de janeiro de 1900. O surgimento da codificação alemã se deve a introdução, na França, do Código Civil (*Code Civil*) de Napoleão Bonaparte, em 1804, que criou nos alemães o desejo de sistematizar e unificar a legislação vigente, o que somente se tornou viável com unificação dos estados no império alemão em 1871.

Com relação à estrutura, pode-se dizer que o BGB – Código Civil Alemão - contém cinco partes principais. Uma *primeira* dedicada à parte geral (*Allgemeiner Teil - §1 a §240*), que dispõe acerca da personalidade jurídica, estado civil, pessoas físicas, jurídicas, emancipação do menor, declarações de vontade, prescrição e representação. Uma *segunda* parte dedicada ao direito das obrigações (*Schuldrecht - §241 a §853*), que disciplina a validade e extinção dos contrato, responsabilidade civil, enriquecimento injustificado e títulos de crédito. Uma *terceira* parte que diz respeito ao direito das coisas (*Sachenrecht - §854 a §1296*), que disciplina posse, propriedade e outros direitos reais limitados. A *quarta* parte que disciplina o direito de família (*Familienrecht - §1297 a §1921*) no que se refere ao casamento, divórcio, regime de bens, tutela e curatela, bem assim as demais relações jurídicas entre os membros de uma família. E, por fim, uma *quinta* parte dedicada ao direito das sucessões (*Erbrecht - §1922 a §2385*) que dispõe sobre o regulamento para heranças, incluindo testamento e pactos sucessórios.

Existe forte vertente do direito romano no que se refere à disciplina do BGB⁴¹. Já o direito civil francês, pode-se dizer, "foi o feliz resultado da combinação do *droit écrit* do sul da França, de origem romanista, com o *droit coutumier* no norte francês, baseado nos costumes germânicos⁴²".

No BGB a problemática dos danos indenizáveis é tratada no título 27, seções 823 a 853. Importa-nos a seção 823, que possui redação semelhante ao já analisados artigo 186 do Código Civil brasileiro e artigo 1.240 do *code civil* francês. O dispositivo possui a seguinte redação:

“§ 823 Schadensersatzpflicht- (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

(2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.⁴³”

⁴⁰ ZIMMERMANN, Reinhard. O Código Civil Alemão e o desenvolvimento do Direito Privado na Alemanha. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 12. jul-set/2017. p. 3

⁴¹ ZIMMERMANN, Reinhard. Direito Romano e Cultura Europeia. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 7. abr-jun/2016. p. 4-5

⁴² FACCHINI NETO, Eugenio. Code civil francês. Gênese e difusão de um modelo. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 50. Número 198. abr/jun. 2013. p.60

⁴³ Em tradução livre do autor: “§828 Responsabilidade por danos - (1) Uma pessoa que, intencionalmente ou negligentemente, lesione ilegalmente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou outro direito de outra pessoa deve fazer uma compensação à outra parte pelos danos causados por ela. (2) O mesmo dever incumbe a quem cometer uma violação de uma lei que se destina a proteger outra pessoa. Se, de acordo com o conteúdo da lei, ele também pode

Veja-se que o BGB diferentemente da tradição jurídica francesa e brasileira, não adota uma “cláusula geral” aberta de danos indenizáveis, embora se tenha defendido a certa altura a adoção de uma cláusula que contemplasse a universalidade das situações em que presente a obrigação de indenizar⁴⁴. O legislador alemão adotou um sistema de responsabilidade subjetiva casuísta, de modo a contemplar pela via legal as hipóteses de danos indenizáveis. Não há espaço, ainda, para danos de natureza patrimonial no regime da responsabilidade civil extracontratual.

Há certo consenso de que os "outros direitos" a que o §823 do Código Civil Alemão (BGB) faz menção, referem-se aos artigos 1º e 2º da Constituição Alemã⁴⁵, que tutelam a dignidade do homem e o livre desenvolvimento de sua personalidade. O dispositivo vincula alguns direitos personalíssimos aquilianamente tuteláveis típicos (*a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade - que em sentido amplo, pode ser compreendida como propriedade intelectual*), mas confere ao intérprete a proteção jurídica da personalidade (*Persönlichkeitsrecht*) de modo amplo e irrestrito, conferindo, igualmente, proteção a direitos personalíssimos que ainda não encontraram correspondência legislativa.

Com isso, tem-se que o BGB pretendeu delimitar claramente situações ensejadoras de danos indenizáveis, evitando uma solução legislativa demasiadamente aberta tal como o *code civil* francês e o código civil brasileiro. A segunda parte do §823 do BGB estabelece obrigação de indenizar danos decorrentes da violação de deveres de proteção, que podem ser públicas ou privadas, alcançando normas penais relativas a determinadas categorias de pessoas⁴⁶.

Por fim, o §826 do BGB⁴⁷ estabelece hipótese de responsabilidade civil por danos causados em virtude da violação dos bons costumes. O fato das hipóteses ensejadoras de responsabilidade civil estar estampadas na legislação alemã, ao mesmo tempo em que possibilitou alguma limitação ao número de casos de responsabilidade civil, estabeleceu

ser violado sem culpa, então a responsabilidade pela compensação existe apenas no caso de culpa.”

⁴⁴ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 110.

⁴⁵ Artikel 1- (1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. (2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt. (3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.

Artikel 2- (1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. (2) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.

⁴⁶ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 110

⁴⁷ “§ 826 Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung - Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.” Em tradução livre do autor: §828 Danos intencionais à ordem pública - aquele que, de maneira contrária à ordem pública causa dolosamente dano a outra pessoa deve reparar o dano causado.

um avanço significativo no estudo de outras situações não descritas especificadamente na norma, ou em negócios jurídicos, que se resultassem no dever de indenizar. Em estudo sobre o tema, refere Mafalda Miranda Barbosa:

“O direito delitual alemão baseia-se no chamado Enumerationprinzip, nos termos do qual apenas determinados bens indicados pela lei (§823 I BGB) são objeto de tutela. A par desta previsão, o §823 II BGB estabelece que a indemnização pode resultar da violação de disposições legais de proteção de interesses alheios, e o §826 considera que a violação dolosa dos bons costumes pode constituir fonte de responsabilidade civil. Quer isto dizer que, embora a culpa seja exigida – em regra – como requisito para o ressarcimento, sendo ainda hoje excepcionais as hipóteses de responsabilidade objetiva, não é bastante para alicerçar uma pretensão indemnizatória procedente. Pelo contrário, exige-se o preenchimento de um filtro objetivo de seleção dessas mesmas pretensões – a ilicitude, confrontando-nos com três pequenas cláusulas que permitem desvela-la. As consequências da modelação assim perfunctoriamente descrita são, contudo, mais vastas. Em primeiro lugar, a partir do momento em que a responsabilidade aquiliana passa a ter este figurino bem delimitado, separa-se claramente da responsabilidade contratual, abrindo-se, não obstante, as portas a um possível concurso entre ambas. Em segundo lugar, em termos dogmáticos, assiste-se a uma limitação do ressarcimento, passando o jurista a confrontar-se com problemas como aqueles que vão identificados pela categoria dos danos puramente patrimoniais - reine Vermögensschaden. Os danos que se traduzam na perda económica que não decorra da lesão de um bem que figure entre aqueles que a lei expressamente tutela não são, em princípio, ressarcidos, exceto se existir uma disposição legal de proteção de interesses alheios que proteja aqueles interesses ou que se verifique uma dolosa afronta dos bons costumes, embora a doutrina tenha vindo a procurar remédios de variada ordem que garantam o ressarcimento, quando um sentimento de justiça dominante parece clamar por ele.⁴⁸”

Nesse sentido a doutrina alemã apresenta importantes estudos acerca do desenvolvimento da teoria da boa-fé objetiva no uso dos atos negociais, bem assim a identificação precisa dos denominados deveres anexos ou colaterais de uma relação jurídica⁴⁹, cuja violação pode ensejar o dever de indenizar. Neste sentido e já em uma síntese comparativa, pode-

⁴⁸ BARBOSA, Mafalda Miranda. A reforma francesa da responsabilidade civil - breves considerações em sede extracontratual. **Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto**. Nº 11. Nova Série. 2018. p. 3

⁴⁹ Por todos, reconhecendo o meritório avanço da doutrina alemã sobre o tema, sobretudo o contributo de STAUB na sua obra Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen (STAUB, Hermann. Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen. In: Festschrift für den XXVI. Deutschen Juristentag. Berlin: J. Guttentag. 1902. passim); CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2011; MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons Editora do Brasil Ltda, 2015; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar Ltda, 2002.

se afirmar que o sistema francês adotou claramente uma sistemática de atipicidade de danos indenizáveis, através da cláusula geral do artigo 1.240 do *code civil*, enquanto o código civil alemão – BGB, limitou as hipóteses ensejadoras do dever de indenizar na redação do §823, elencando alguns direitos tomados como importantes, mas oportunizando a proteção de “outros direitos” pela via da responsabilidade civil, em uma sistemática de aparente semi-tipicidade de danos indenizáveis. Incumbe confrontar o modelo francês e alemão com o modelo de *common law*.

Modelo de Common Law

No *common law* – direito norte-americano e inglês – não há um sistema legal geral como nas tradições jurídicas romano-germânicas, o que dificulta sobremaneira a compreensão da sistematicidade da responsabilidade civil. Em sua maioria, os Estados-membro dispõem de legislação própria e regional. A construção de um sistema geral de responsabilidade civil, para além das dificuldades referidas, deriva das inúmeras pretensões que os tribunais julgaram a partir de casos concretos e acabaram, historicamente, formando precedentes. Cada espécie de dano indenizável é distinguível pela lesão, que varia em cada caso, bem como pelos pressupostos que não são gerais, mas específicos.

A sistemática do *tort law* se torna inteligível a partir do estudo do denominado "*American Restatement of Torts*" um tratado publicado pelo *American Law Institute*⁵⁰, que resume os princípios gerais do direito norte-americano. O tratado inclui quatro volumes, com dois primeiros publicados em 1965, o terceiro em 1977 e o último em 1979. Modernamente, o jurista norte-americano dispõe de ferramentas tecnológicas, a exemplo dos aplicativos "*Nexis Lexis*⁵¹" e "*West Law*⁵²", que realizam verdadeiras compilações de precedentes julgados pelos tribunais – de fundamental importância - e da doutrina oriunda da análise desses casos históricos, com comentários de juristas acerca da aceitação dos precedentes pelos tribunais.

De modo geral e comum à tradição jurídica inglesa e norte-americana, haverá responsabilidade civil sempre que vítima experimentar alguma espécie de dano decorrente de uma má conduta ("*misconduct*") de outrem. O ato ilícito decorrente da má conduta pode ser um ato doloso, negligente ou um ato que cria responsabilidade mesmo na ausência de culpa ("*strict liability torts*"). Os *strict liability torts* são usuais nos casos envolvendo direitos do consumidor. Para configuração do "*strict liability*" a vítima deve

⁵⁰ "*The American Law Institute is the leading independent organization in the United States producing scholarly work to clarify, modernize, and otherwise improve the law.*" Disponível em: <<http://www.ali.org/about-ali>>. Acesso em 25.06.2019. Em tradução livre do autor: O Instituto de Direito Americano é a principal organização independente dos Estados Unidos da América, que produz trabalho acadêmico para esclarecer e modernizar o direito.

⁵¹ O serviço obviamente não é gratuito, embora seja acessível uma versão de experimento. Disponível em: <<http://www.lexisnexis.com>>. Acesso em 25.06.2019.

⁵² A Westlaw é um serviço de pesquisa jurídica on-line para advogados e profissionais jurídicos nos Estados Unidos e no Reino Unido e é um produto da Thomson Reuters. Igualmente pago, também é oferecida versão para experimento. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. Acesso em 25.06.2019.

encontrar quatro elementos: primeiro, que o dano resultou de uma condição de determinado produto; segundo, que a condição do produto era excessivamente perigosa; terceiro, que essa condição só se apresentava após a venda; quarto, que a condição perigosa tenha sido causa imediata da lesão⁵³.

De modo geral, o objetivo da reparação consiste em reembolsar perdas pecuniárias, indenizar lucros cessantes, o sofrimento físico ou mental. Além dos danos tipicamente compensatórios, existem outras duas grandes categorias de danos: i) os "*nominal damages*"⁵⁴ que podem ser reconhecidos sempre que um erro foi cometido, mas nenhuma perda ou lesão real foi suficientemente provada, seriam quantias simbólicas pagas pelo autor do dano para reconhecer a violação de um direito reconhecido; e ii) os "*punitive damages*"⁵⁵, também denominados danos punitivos, que são indenizáveis sempre que o autor do dano age de forma maliciosa, descontrolada ou excessivamente imprudente. Resumidamente, "*damage*", "*damages*", "*injury*", "*loss*", são expressões intercambiáveis e podem dizer respeito à compensação por um prejuízo sofrido⁵⁶. Embora as expressões não possam ser consideradas sinônimos, os tribunais não realizam distinções acerca de seus respectivos significados.

A disciplina da responsabilidade civil na tradição jurídica da *common law*, em suas origens, esteve muito próxima de um modelo de tipicidade de danos – a partir da compreensão dos denominados *tort law*, ou seja, espécies de danos indenizáveis previstas em lei. A partir do fenômeno da industrialização e do aumento do número de acidentes, os Tribunais passaram a aceitar flexibilizar os *torts*. Consoante refere Mafalda Miranda Barbosa:

“Nos sistemas de Common Law, a disciplina da responsabilidade civil funda-se nos *torts*, aos quais corresponde uma ação homologada pelo legislador. Não existe a figura do ilícito como categoria jurídica autónoma. O jurista inglês enquadra a situação concreta numa ou noutra factualidade típica e procura um meio processual que é individualizado como ponto inicial de referência da responsabilidade civil. Esta é reconhecida desconsiderando-se se o dano foi causado dolosa ou culposamente. Só com os problemas suscitados pela Revolução Industrial se passa a considerar a existência de uma cláusula geral de responsabilidade, baseada na negligência, bastando que sobre o lesante impendesse um dever de diligência que não foi em concreto cumprido. Mas a responsabilidade por negligência fica restrita aos casos em que se verifica uma lesão material – um dano físico infligido à integridade física ou à pessoa (tutela da personal property ou da real property). O *tort of negligence*, como vai conhecido, configura um *tort* independente, com inúmeros elementos, não se confundindo com a ideia de *negligence*, a traduzir um determinado grau de culpa. Elementos essenciais do *tort* em questão são o *breach of duty*, *damage* e

⁵³ *Bilski v. Scientific Atlanta*, 964 F.2d 697, 1992 U.S. App. LEXIS 11282, CCH Prod. Liab. Rep. P13,177

⁵⁴ *Zanakis-Pico v. Cutter Dodge, Inc.*, 98 Haw. 309, 47 P.3d 1222, 2002 Haw. LEXIS 375

⁵⁵ Por todos, o sempre lembrado caso célebre: *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, 119 Cal. App. 3d 757, 174 Cal. Rptr. 348, 1981 Cal. App. LEXIS 1859, CCH Prod. Liab. Rep. P8999.

⁵⁶ *A. F. Johnson & Son v. Atlantic C. L. R. Co.*, 140 N.C. 574, 53 S.E. 362, 1906 N.C. LEXIS 47

causation. Cada um dos requisitos encerra em si problemas mais ou menos complexos, aos quais se vão dando soluções que, em termos prático-normativos, não nos afastam de modo absoluto e intransponível daquelas a que chegamos nos sistemas continentais. O que, não obstante, não invalida que se vinque a diferença entre uns e outros⁵⁷.”

Essa denominada cláusula geral de responsabilidade, baseada na negligência, mitigou a sistemática de tipicidade que era característica do modelo jurídico da *common law*, passando a admitir a indenização de danos que não estivessem chancelados pelo legislador, nos *torts*. Inobstante a já mencionada dificuldade de sistematização da responsabilidade civil na tradição jurídica da *common law*, o estudo dos precedentes permite identificar uma infinidade de espécies de danos indenizáveis, aos quais podem ser catalogados sem um aprofundamento de seus significados em virtude dos limites estreitos da presente pesquisa.

Em uma **primeira categoria** de danos podemos encontrar os **danos intencionais** (*intentional torts*), tais como: *assault and battery*⁵⁸, *false imprisonment*⁵⁹, *intentional infliction of emotional distress*⁶⁰, *trespass to land*⁶¹, *trespass to chattels*⁶², *conversion*⁶³.

⁵⁷ BARBOSA, Mafalda Miranda. Modelos de Responsabilidade Civil Extracontratual. **Revista dos Tribunais**. Vol.977. mar/2017. p.17

⁵⁸ "Under a charge of assault and battery, it is incumbent upon the prosecution to prove beyond a reasonable doubt: (1) that during the time and at the place alleged, the accused did bodily harm to the victim; (2) that the accused did so in the manner alleged; and (3) that the bodily harm was done with unlawful force and violence." *United States v. Rath*, 27 M.J. 600, 1988 CMR LEXIS 756. Em tradução livre do autor: Sob a acusação de violência física ou ameaça, cabe à acusação provar, além de qualquer dúvida razoável: 1) que durante o tempo e no local alegados, o acusado causou danos corporais à vítima; 2) que o acusado o fez da forma alegada e 3) que o dano corporal foi feito com força e violência.

⁵⁹ "to prove a claim for false imprisonment, plaintiffs must prove that (1) the victim was detained and (2) his detention was unlawful" *Rice v. ReliaStar Life Ins. Co.*, 770 F.3d 1122, 2014 U.S. App. LEXIS 20581, 59 *Employee Benefits Cas. (BNA)* 2369. Em tradução livre do autor: para provar que uma prisão foi indevida a vítima deve provar: 1) que ela foi presa; 2) que a prisão foi ilegal.

⁶⁰ "A claim of intentional infliction of emotional distress requires that: (1) the wrongdoer's conduct was ""intentional or reckless""; (2) the conduct was ""outrageous and intolerable""; (3) there was a causal connection between the wrongdoer's conduct and the emotional distress; and (4) the resulting distress was severe." *Weidman v. Exxon Mobil Corp.*, 776 F.3d 214, 2015 U.S. App. LEXIS 276, 165 *Lab. Cas. (CCH)* P61,553, 39 *I.E.R. Cas. (BNA)* 954, 2015 WL 103954. Em tradução livre do autor: A alegação dano à integridade emocional requer: 1) que a conduta do agente seja intencional ou imprudente; 2) que a conduta era exorbitante e intolerável; 3) que haja nexos causal entre a conduta do agente e o sofrimento emocional da vítima; 4) que o sofrimento tenha sido severo.

⁶¹ Diz respeito à invasão de propriedade imóvel, ainda que não tenha havido esbulho possessório ou qualquer espécie de dano, a simples invasão gera o dever de indenizar. Na Austrália, admite-se a invasão não dolosa, ou negligente. No caso *Jacque v. Steenberg Homes (Jacque v. Steenberg Homes)*, 209 *Wis. 2d* 605, 563 *N.W.2d* 154, 1997 *Wisc. LEXIS* 53) o valor dos punitive damages foram fixados em cem mil dólares.

⁶² Semelhante ao *trespass to land*, mas referente a propriedade de bem móvel.

⁶³ "The elements of a conversion cause of action are: (1) plaintiffs' ownership or right to possession of the property at the time of the conversion; (2) defendants' conversion by a wrongful act or disposition of the plaintiffs' property rights; and (3) damages." *Graham-Sult v. Clainos*, 756 F.3d 724, 2014 U.S. App. LEXIS 2297, 2014 WL 444153. Em tradução livre do autor: os elementos para a conversão são 1) posse ou direito das vítimas à posse da propriedade no momento da conversão; 2) conversão dos réus por um ato ou disposição ilícita nos direitos de propriedade dos autores; e 3) danos.

Em uma **segunda categoria** os **danos a interesses econômicos ou que atentem à dignidade**, tais como: *defamation*⁶⁴, *invasion of privacy*⁶⁵ (que abrange a proteção da imagem, o uso indevido do nome, invasão a assuntos privados, as publicações maliciosas e falsas sobre interesses privados (false lights)). Ainda, as várias espécies de fraudes decorrentes de ocultação de fatos relevantes ou deturpação descuidada⁶⁶ ou intencional⁶⁷ de fatos durante negociações ou em cláusulas de negócios jurídicos (*misrepresentation*). Há, ainda, uma americanizada função social dos contratos, ou "*interference with business relations*⁶⁸", uma interferência negocial indevida que possa resultar em extinção do

⁶⁴ "To establish defamation, a plaintiff must show (1) that a false statement of fact was made, (2) that the statement was defamatory, (3) that the statement was published, (4) that the plaintiff suffered injury as a proximate result of the publication, and (5) that the defendant acted with the requisite degree of fault in publishing the statement." *List v. Driehaus*, 779 F.3d 628, 2015 U.S. App. LEXIS 3596, 2015 FED App. 0039P (6th Cir.), 43 *Media L. Rep.* 1381. Em tradução livre do autor: Para se caracterizar uma difamação o autor deve demonstrar: 1) que uma declaração de fato falsa foi feita; 2) que a declaração foi difamatória; 3) que a declaração foi publicada; 4) que o autor sofreu danos com o resultado da publicação; 5) que o réu agiu com o grau necessário de culpa na publicação da declaração.

⁶⁵ *The elements of an invasion of privacy claim are: 1) there was publicity about the individual the disclosure must be of a public nature, not private; 2) the facts disclosed concerned an individual's private life, not her public life; 3) the matter publicized would be highly offensive and objectionable to a reasonable person of ordinary sensibilities; 4) the publication was made intentionally, not negligently; and 5) the matter publicized was not of legitimate concern to the public.* *Wells v. Cincinnati Children's Hosp. Med. Ctr.*, 860 F. Supp. 2d 469, 2012 U.S. Dist. LEXIS 19227, 18 *Wage & Hour Cas. 2d (BNA)* 1342, 25 *Am. Disabilities Cas. (BNA)* 1498. Em tradução livre do autor: Os elementos que configuram a invasão de privacidade são: 1) publicidade sobre o indivíduo, com a divulgação de natureza pública e não privada; 2) os fatos revelados diziam respeito à vida privada e não à vida pública; 3) o assunto divulgado seria altamente ofensivo e censurável para uma pessoa "razoável" e de sensibilidade comum; 4) a publicação foi feita dolosamente e não de forma culposa; 5) o assunto divulgado era de interesse do público.

⁶⁶ "The elements of the tort of negligent misrepresentation are: (1) the defendant made a material misrepresentation; (2) the representation was false; (3) the defendant was negligent in making the misrepresentation, i.e., the defendant breached a business or professional duty of care to provide accurate information to those who employ him; and (4) the plaintiff suffered damages as a result." *Cleveland Indians Baseball Co., L.P. v. N.H. Ins. Co.*, 727 F.3d 633, 2013 U.S. App. LEXIS 17629, 2013 FED App. 0246P (6th Cir.), 2013 WL 4483519. Em tradução livre do autor: Os elementos do delito de falsas declarações culposas são: (1) o réu fez uma deturpação material; (2) a representação era falsa; (3) o réu foi negligente ao fazer a deturpação, ou seja, o réu violou um dever de negócio ou profissional de fornecer informações precisas para aqueles que o empregam; e (4) o demandante sofreu danos.

⁶⁷ "Intentional misrepresentation -The elements of intentional misrepresentation are (1) an intentional falsity (2) that is material (3) that the defendant intends to cause (4) and that does cause detrimental reliance." *CNH Am. LLC v. Int'l Union, United Auto., Aero. & Agric. Implement Workers of Am.*, 645 F.3d 785, 2011 U.S. App. LEXIS 9913, 2011 FED App. 0127P (6th Cir.), 190 *L.R.R.M.* 3034, 51 *Employee Benefits Cas. (BNA)* 1813, 79 *Fed. R. Serv. 3d (Callaghan)* 913. Em tradução livre do autor: Os elementos de falsa declaração dolosa são: (1) uma falsidade intencional (2) que é material (3) que o réu pretendeu dar causa (4) e que causa prejuízo.

⁶⁸ "The elements of the tort of interference with business relations are: (1) the existence of a business relationship or expectancy (an existing contract is not required); (2) knowledge by the interferer of the relationship or expectancy; (3) an intentional act of interference; (4) proof that the interference caused the harm sustained; and (5) damage to the plaintiff." *Town & Country Equip., Inc. v. Deere & Co.*, 133 F. Supp. 2d 665, 2000 U.S. Dist. LEXIS 20224, 2000-2 *Trade Cas. (CCH)* P73,099. Em tradução livre do autor: Os elementos do ato ilícito de interferência nas relações comerciais são: (1) a existência de uma relação comercial ou expectativa (um contrato existente não é necessário); (2) conhecimento pelo interferente da relação ou expectativa; (3) um ato intencional de interferência; (4) prova de que a interferência causou o dano sofrido; e (5) dano ao demandante.

contrato. Por fim, a "*malicious prosecution*"⁶⁹, que equivaleria a uma denúncia caluniosa. Uma **terceira categoria** de danos decorre da denominada "**negligence**", que diz respeito à violação de um dever de cuidado (*duty of care*), que incumbe a alguém que ocupe a posição de garante, em relação a pessoas ou coisas, seja ou não em razão de sua profissão. Uma **quarta categoria** de danos refere ao "**strict liability**" já referido anteriormente. Uma **quinta categoria de danos** diz respeito às **ações incômodas** (*nuisances actions*), que tem por base uma ação intencional (*intent*) uma ação culposa (*negligence*) ou, ainda, uma simples violação de um direito (*strict liability*), que pode se dar em âmbito público⁷⁰ ou privado⁷¹.

Para além dos danos catalogados, Eugenio Facchini Neto identifica espécies de danos extrapatrimoniais indenizáveis na *common law*, que se enquadram no conceito de *pain and suffering* entre nós conhecidos genericamente por danos morais, dos quais são espécies: "*wrongful interference with the person*, ou também *damages for physical harm, personal injury ou physical impairment*", *nervous shock* ou *psychiatric injury*. Há também os danos à saúde mental (*infliction of mental distress*) e os danos decorrentes de um estado de ansiedade (*interference with mental health*), quando o estado de ansiedade exacerba o razoável e se torna um dano indenizável. *Prenatal injuries*, que diz respeito às indenizações pagas aos nascituros e os *loss amenities of life*, que são semelhantes ao *prejudice d'agrément* do direito francês e dizem respeito aos danos decorrentes da impossibilidade de desfrutar de pequenos prazeres da vida⁷².

Constitui espécie de dano indenizável, ainda, "*o wrongful conception or pregnancy*", que decorre da concepção indevida ou indesejada decorrente de falha médica

⁶⁹ "The elements of malicious prosecution are that (1) a criminal prosecution was commenced against the plaintiff; (2) the defendant initiated or procured that prosecution; (3) the prosecution terminated in the plaintiff's favor; (4) he was innocent of the charges; (5) the defendant lacked probable cause to initiate the prosecution; (6) the defendant acted with malice; and (7) the plaintiff suffered damages." *Cuba v. Pylant*, 814 F.3d 701, 2016 U.S. App. LEXIS 3157. Em tradução livre do autor: Os elementos da acusação maliciosa são que (1) um processo criminal foi iniciado contra o demandante; (2) o réu iniciou ou obteve a acusação; (3) a acusação terminou em favor do autor; (4) ele era inocente das acusações; (5) o réu omitiu causa provável para iniciar a acusação; (6) o réu agiu com malícia; e (7) o demandante sofreu danos.

⁷⁰ "In order to succeed on a public nuisance claim, a plaintiff must allege and prove four elements: (1) the condition complained of had a natural tendency to create danger and inflict injury upon person or property; (2) the danger created was a continuing one; (3) the use of the land was unreasonable or unlawful; and (4) the existence of the nuisance was the proximate cause of the plaintiff's injuries and damages." *Collins v. Olin Corp.*, 418 F. Supp. 2d 34, 2006 U.S. Dist. LEXIS 8627

Em tradução livre do autor: para obtenção de êxito em uma demanda que diga respeito à perturbações no âmbito público, o requerente deve alegar e provar quatro elementos: 1) a condição reclamada tinha uma tendência natural para criar perigo e causar dano a pessoa ou propriedade. 2) o perigo criado era contínuo; 3) o uso da terra não era razoável ou ilegal; 4) a existência do incômodo foi a causa imediata das lesões e danos do autor.

⁷¹ The elements of a claim for private nuisance are: (1) an interference substantial in nature, (2) intentional in origin, (3) unreasonable in character, (4) with a person's property right to use and enjoy land, (5) caused by another's conduct in acting or failure to act. *Hogan v. County of Lewis*, 929 F. Supp. 2d 130, 2013 U.S. Dist. LEXIS 32501, 2013 WL 936513. Em tradução livre do autor: Os elementos de um pedido de perturbação privada são: 1) uma interferência substancial na natureza; 2) origem intencional; 3) caráter não razoável; 4) com direito de propriedade de uma pessoa para usar e desfrutar da terra; 5) causada pela conduta de outra pessoa em agir ou por deixar agir.

⁷² FACCHINI NETO, Eugenio. A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. **Revista da Ajuris**. v. 39. n. 127. 2012. passim.

ou laboratorial. Noutra perspectiva há o "*wrongful birth*", que diz respeito à gravidez planejada, mas com nascimento indevido ou indesejado decorrente de falha no acompanhamento da gravidez. Por fim, há o "*wrongful life*" que diz respeito à criança que experimenta sequelas ou incapacidade em razão de erro médico-hospitalar⁷³.

Já reconhecidos na tradição jurídica brasileira, mas oriundos do sistema de common law, tem-se o *mobbing*, *bullying*, *stalking*. Por conseguinte tem-se os "*rescue cases*", ou seja, casos em que determinada pessoa criou uma situação de perigo e outra, ao tentar resgatá-la, sofreu danos indenizáveis. Por fim, o direito ao esquecimento, fruto do desenvolvimento da cláusula geral de proteção à privacidade "*the right to privacy, the right to be let alone, the right to forgotten*"⁷⁴.

Conforme se depreende da catalogação dos danos a partir de inúmeros *cases* o modelo de responsabilidade civil do *common law* é significativamente amplo e a tarefa de sistematizá-lo não é simplória. Isso não impede que a identificação de novas espécies de danos indenizáveis possa prestar contributo no sentido da construção dogmática do significado de novos direitos da personalidade, conseqüentemente, novas espécies de danos indenizáveis. O modelo de *common law*, em perspectiva comparada, é quase um sistema híbrido, pois se nutre de valores heterogêneos dos Estados-membro refletidos nos precedentes. Não há como defender a manutenção do modelo de responsabilidade civil na *common law* como um sistema de tipicidade, pois há hipótese de responsabilidade para além dos clássicos *torts*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar das vicissitudes que acometeram a disciplina dos direitos da personalidade, é inegável que o desenvolvimento dogmático tem contribuído significativamente para construção de um sistema protetivo da pessoa humana e suas emanções. Dentre as inúmeras formas que o ordenamento jurídico alcança para proteção da personalidade humana, por seus variados ramos, a que demanda maior estudo é a disciplina da responsabilidade civil.

Na gênese do modelo de responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais indenizáveis, está a opção legislativa por uma sistemática de atipicidade de danos, de semi-tipicidade de danos ou de tipicidade de danos. Vistas as particularidades da tradição francesa, alemã, norte-americana e inglesa, percebe-se que a disciplina do direito comparado, embora não possa alcançar subsídios para o uso indiscriminado de um modelo de responsabilidade civil em outra tradição jurídica, contribui no sentido de racionalmente identificar atributos personalíssimos violados, reconhecendo hipóteses responsabilidade civil de modo racional e controlável.

A problemática diagnosticada no direito brasileiro referente a criação de uma "indústria do dano moral" contraposta pelo reconhecimento exacerbado de "meros dissabores do cotidiano", demonstra a ausência de parâmetros claros e objetivamente aferíveis de fixação de indenizações por danos de natureza extrapatrimoniais, que quase sempre

⁷³ Idem.

⁷⁴ Idem.

acabam sendo induzidos por uma solução casuísta. A experiência francesa chama a atenção para a proposta de debate para criação de parâmetros racionais e de catalogação de danos indenizáveis, estabelecendo contornos dos interesses personalíssimos dignos de tutela jurídica, o que inegavelmente contribui para a promoção do princípio da dignidade da pessoa humana e revigora o papel da disciplina da responsabilidade civil.

A presente pesquisa se presta a contribuir para o debate no âmbito da tradição jurídica brasileira, que ainda se revela incipiente, apesar da relevância do tema em perspectiva teórica e prática, sobretudo de política judiciária. Somente com a identificação adequada dos interesses dignos de tutela jurídica, a partir do desenvolvimento da disciplina dos direitos da personalidade, é que se poderá abandonar o recurso ao genérico “dano moral”, dando cabo à assim denominada “indústria do dano moral”, para diagnosticar precisamente as várias espécies de danos extrapatrimoniais indenizáveis.

REFERÊNCIAS

- Almeida, C.(1998). *Introdução ao Direito Comparado*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina.
- Barbosa, M.(2018). A reforma francesa da responsabilidade civil - breves considerações em sede extracontratual. *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*. (11)
- Barbosa, M.(2017) Modelos de Responsabilidade Civil Extracontratual. *Revista dos Tribunais*. 977.
- Brügge-meier, G. ,Ciacchi, A., Colombi; O’callaghan, P.(2010). *Personality Rights in European Tort Law*. New York: Cambridge University Press.
- Canaris, Claus W.(2003) Direitos Fundamentais e Direito Privado. Trad. Paulo Mota Pinto e Ingo Wolfgang Sarlet. Coimbra: Almedina.
- Cordeiro, A. e Menezes (2011). Da boa fé no Direito Civil. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina.
- Cruz, R. N.(2000). Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe. Madrid: Boletín Oficial del Estado.Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- David, René.(2002). Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª Ed. São Paulo: Martins Fontes.
- De cupis, Adriano de. Os Direitos da Personalidade. Trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Livraria Morais Editora. 1961.
- Facchini neto, E.(2012). A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. *Revista da Ajuris*. 39(127).
- Code civil francês(2013).Gênese e difusão de um modelo. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 50. Número 198.
- Estrutura e funcionamento da justiça norte-americana. *Revista da Ajuris*. ano XXXVI. Março 2009.
- Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado
- Wesendonck, Tula. Danos existenciais: "precificando" lágrimas?. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória. 12.
- Fachin, L.(2007). Análise crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro: fundamentos, limites e transmissibilidade. *Revista Jurídica*. 362.
- Gallo, P.(2001). *Introduzione al diritto comparato* 2.ed.Giapechelli editore – Torino.
- Grison, L.(2008) Repersonalização do Direito Privado e Fenomenologia Hermenêutica. in: *Direitos fundamentais & Justiça*, Porto Alegre.
- Larenz, K.(1978).Derecho Civil. Parte General. Trad. Miguel Isquierdo y Macías-Picavea. EDERSA.
- Leme, L(1962). *Direito Civil Comparado*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*.
- Martins-costa, J. (2015) A boa-fé no direito prviado: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons Editora do Brasil Ltda.

- Martins-costa, J. (2014). Dano moral à brasileira. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*. 3. (9).
- Miragem, B. (2015). Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva.
- Moraes, M. (2003). Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar.
- Palmer, V. (2016). Danos morais: o despertar francês no século XIX. Tradução e notas por Otavio Luiz Rodrigues Junior, Thalles Ricardo Alciati Valim. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. 9. (3). São Paulo: Editora RT, out-dez.
- Pinto, Paulo da Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: Boletim da Faculdade de Direito. *STVDIA IVRIDICA* 40. COLLOQUIA-2. Universidade de Coimbra. 2000.
- Sarlet, I. W. (2000). Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Savigny, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin, 1840.
- Schreiber, A. (2012). Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3. Ed. São Paulo: Atlas.
- Silva, J. (2002). *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar Ltda.
- Silva, V. (2005) *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. Malheiros: São Paulo.
- Silva, V. (2010) *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). *Interpretação Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Malheiros.
- Staub, H. (1992). *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*. In: *Festschrift für den XXVI. Deutschen Juristentag*. Berlin: J. Guttentag.
- Steinmetz, W. (2004) *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros.
- Stella, Thais Gazolla Estivallet. (2018). *Da aplicabilidade do modelo francês de sistematização do dano extrapatrimonial no ordenamento jurídico brasileiro*. Monografia (Graduação, Trabalho de Conclusão de Curso) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.
- Tepedino, G. (2015). O Supremo Tribunal Federal e a Virada de Copérnico. *Revista Brasileira de Direito Civil*. (4).
- Zimmermann, R. (2016). Direito Romano e Cultura Europeia. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*.
- Zimmermann, R. (2017). O Código Civil Alemão e o desenvolvimento do Direito Privado na Alemanha. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. 12.