

O CONCEITO DE DANO NA DISCIPLINA ITALIANA E FRANCESA DA RESPONSABILIDADE CIVIL¹

THE CONCEPT OF DAMAGE IN THE ITALIAN AND FRENCH TORT LAW

Pietro Sirena²

Professor titular de Direito Privado (Unibocconi, Milano/MI, Itália)

ÁREA(S): Direito civil; responsabilidade civil.

RESUMO: O artigo é motivado pela reforma do Direito francês da responsabilidade civil proposta pelo projeto de reforma de março de 2017. De modo especial, concentra-se na divisão entre dano e prejuízo. A comparação entre o Direito francês e o Direito italiano da responsabilidade civil mostra convergências e divergências entre os dois sistemas legais, acima de tudo no que se refere aos danos puramente econômicos. A visão do autor direciona-se no sentido de que a ocorrência de um dano propiciado à vítima seja

passível de ressarcimento, de per se, independentemente da verificação de um prejuízo que dele possa resultar.

ABSTRACT: *The article is prompted by the reform of French law of civil liability proposed through the Projet de réforme of March 2017; particularly, it focuses on the division of dommage and préjudice. The comparison of the French law with the Italian law of civil liability shows convergences and divergences between the two legal systems, above all with regard to pure economic losses. The author's contention is that the harm caused to the tort's victim is per se recoverable, irrespectively of any loss that may have been resulted from it.*

¹ Tradução: Fábio Siebeneichler de Andrade, Professor Titular de Direito Civil da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Porto Alegre/RS (PUC-RS), Professor do Programa de Pós-Graduação da PUC-RS, Advogado. E-mail: fabiosiebenandrade@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5144874187298158>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5562-349X>; e Lucas Girardello Faccio, Graduado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Advogado, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: lucas.g.faccio@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3589522984074011>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-40>.

² Doutor em Direito Privado. Reitor da Faculdade de Direito (Unibocconi, Milano/MI, Itália). E-mail: pietro.sirena@unibocconi.it. Currículo: http://didattica.unibocconi.it/mypage/upload/189071_20200503_123415_CVPIETROSIRENAITA.PDF. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0730-6670>.

PALAVRAS-CHAVE: Dano; projeto francês de reforma da responsabilidade civil; direito civil italiano.

KEYWORDS: *Damage; french project of tort law; italian law.*

SUMÁRIO: 1 A distinção entre *dommage* e *préjudice* na lei francesa; 2 A distinção entre dano-evento e dano-consequência no Direito italiano; 3 A elaboração italiana de danos biológicos e existenciais; 4 As técnicas para selecionar danos compensáveis; 5 A questão do dano meramente pecuniário e o meramente não pecuniário; 6 A compensação pelo dano-evento não seguido pelo dano-consequência; 7 A utilidade da distinção entre dano-evento e dano-consequência.

SUMMARY: 1 *The distinction between dommage and prejudice in French law; 2 The distinction between damage-event and damage-consequence in Italian law; 3 The Italian elaboration of biological and existential damages; 4 The techniques for selecting compensable damages; 5 The question of merely pecuniary and non-pecuniary damage; 6 Compensation for damage-event not followed by damage-consequence; 7 The usefulness of the distinction between damage-event and damage-consequence.*

1 A DISTINÇÃO ENTRE DOMMAGE E PRÉJUDICE NA LEI FRANCESA

O projeto francês de reforma da responsabilidade civil, de março de 2017, baseia-se na distinção entre dano (*dommage*) e prejuízo (*préjudice*), premissa suscetível de produzir consequências significativas nos desenvolvimentos futuros do Direito francês de responsabilidade civil³.

Atualmente, os referidos termos, dano e prejuízo⁴, que correspondem às expressões romanísticas de *damnum* e *praeiudicium*, parecem ser usados indiferentemente pela jurisprudência e doutrina francesas⁵. A partir da década

³ O precedente debate sobre o tema é amplamente examinado em: BORGHETTI, J. S. *Les intérêts protégés et l'étendu des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle*. Paris: Études offertes à Geneviève Viney, 2008. p. 145.

⁴ Para uma análise no plano do direito comparado, ver: WEIR, T. *La notion de dommage en responsabilité civile*. In: LEGRAND JR., P. (Org.). *Common law d'un siècle l'autre*. Cowansville, 1992. p. 1.

⁵ BACACHE, M. *La recodification des principes classiques - Articles 1235 à 1238; 1241 à 1249; 1253 à 1256*, in Sem. Jur., suppl. nn. 30-35 (25 luglio 2016), p. 20; LEDUC, F. *Faut-il distinguer le dommage et le préjudice?: point de vue privatiste*, in Resp. Civ. Ass., 2010, 3, dossier 3.

de 1950, no entanto, não faltaram orientações, que, ao tratar da matéria da responsabilidade civil, propusessem distinguir claramente os dois conceitos⁶.

Esses esforços foram direcionados não apenas para garantir um maior grau de precisão e adequação da linguagem jurídica, mas também, e acima de tudo, para governar, se não para limitar a expansão incessante, e às vezes caótica, de danos ressarcíveis que tradicionalmente caracterizam o Direito francês⁷. Por outro lado, uma opinião generalizada parecia, se não negar a validade dessa distinção, pelo menos limitar seu escopo, argumentando que seria substancialmente supérflua e, de qualquer forma, não contida no sentido literal do Código Civil francês⁸.

De fato, ao regular a matéria de indenização de danos, o art. 1.240 do Código Civil francês em vigor exige apenas que tenha ocorrido um dano (*dommage*) que, de acordo com uma máxima jurisprudencial consolidada, deve ser certo, pessoal, direto; em vez disso, nenhuma menção é feita a qualquer prejuízo que a parte lesada tenha sofrido em consequência do referido dano (*dommage*). Essa percepção parece contrastar com o pressuposto de que a função de responsabilidade civil consistiria em reparar uma perda (patrimonial ou não patrimonial), de modo que o dano indenizável não deveria, em caso algum, exceder o prejuízo sofrido concretamente pela parte lesada, para que esta não enriqueça injustificadamente⁹.

Por outro lado, segundo o art. 1.235 do Código Civil francês, nos termos do projeto de reforma, será objeto de indenização o prejuízo certo (*préjudice certain*), resultante de dano (*dommage*). Quando uma reforma desse tipo for aprovada, portanto, o dano ainda seria necessário para obter uma indenização (assim como, de acordo com o projetado art. 1.239 do Código Civil, seria exigido o nexo de causalidade entre o dano e a conduta da parte lesada), mas ele não seria mais suficiente, devendo ser seguido de um prejuízo.

⁶ A respeito, ver: VINEY, G.; JOURDAIN, P.; CARVAL, S. *Traité de droit civil*. Les conditions de la responsabilité. 4. ed. Paris, 2013. n. 246-1.

⁷ LE TORNEAU, P. *Le Droit de la responsabilité et des contrats*. 11. ed. Paris: Dalloz Action, 2017. p. 1304 ss.

⁸ VINEY, G.; JOURDAIN, P.; CARVAL, S. *Traité de droit civil*. Les conditions de la responsabilité. 4. ed. Paris, 2013. n. 246-1.

⁹ MALAURIE, P.; AYNÉS, L.; STOFFEL-MUNCK, P. *Droit des obligations*. 10. ed. Paris, 2018. p. 143 ss. O art. 1.258 do Código Civil, concebido pelo projeto de reforma, estabelece explicitamente que: “[l]a réparation a pour objet de remplacer la victime autant qu’il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n’avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit”.

Na ausência de uma definição legislativa, pode-se, então, entender por dano (*dommage*) o evento lesivo causado pelo autor do ato ilícito a outro sujeito; o prejuízo (*préjudice*), por outro lado, é expressamente definido pelo art. 1.235 do Código Civil como a lesão de um interesse lícito – “*lésion d’un intérêt licite*”¹⁰. Dessa forma, o projeto de reforma não pretende introduzir uma mudança meramente terminológica (do ressarcimento do dano e do prejuízo), nem uma transição neutra de um conceito para outro. Em vez disso, propõe estabelecer um requisito adicional de responsabilidade civil *stricto sensu* (isto é, de indenização por danos), que seria acrescentado aos já previstos no Código Civil francês, atualmente em vigor. Com efeito, a noção de dano (*dommage*) viria a contrapor-se conceitualmente a de prejuízo (*préjudice*), que o seguiria logicamente (se não também cronologicamente); em outras palavras, o conceito de dano não seria mais indenizável em si mesmo, mas somente na medida em que, do ponto de vista lógico (se não também cronológico), for seguido por um prejuízo¹¹.

Além disso, a noção do dano (*dommage*) deveria ser considerada, do ponto de vista processual, como uma questão de fato, cujo acerto pelos juízes de mérito provavelmente não seria suscetível de ser aferido na esfera da legitimidade, exceto no caso em que a fundamentação da sentença seja viciada; a fixação do prejuízo (*préjudice*) constituiria, ao contrário, uma questão de direito¹², cujo exame permitiria à Corte de Cassação rever quais danos são devidos (excluindo-se os assuntos da competência da União Europeia, para os quais essa função é desempenhada pela Corte de Justiça¹³, como aconteceu, por exemplo, com relação à indenização por danos não pecuniários causados por férias arruinadas)¹⁴.

¹⁰ Para uma análise comparatística, ver: BAR, C. von. *The Common European Law of Torts*. Oxford, v. 2, 2000. p. 1; KOZIOL, H. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*. Wien, 2015. p. 17 ss.; DAM, C. van. *European Tort Law*. Oxford, 2013. p. 167 ss.

¹¹ O rigor de tal conclusão é, todavia, mitigado se se aceitar que o prejudicado não tem o ônus de provar completamente seja o dano ou o prejuízo. Nesse sentido, ver as notas 17 (p. 150) e 34, que sustentam, no particular, que provada a existência de um evento danoso, a ocorrência de um prejuízo correspondente seria presumida, em BORGHETTI, J. S. *Les intérêts protégés et l’étendu des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle*. Paris: Études offertes à Geneviève Viney, 2008. p. 150 e 154.

¹² *Ibidem*, p. 153.

¹³ LECZYKIEWICZ, D. Compensatory remedies in EU law: the relationship between EU law and national law. In: GLIKER, P. (Org.). *Research Handbook on EU Tort Law*. Cheltenham, 2017. p. 63.

¹⁴ Corte giust., 12 marzo 2002, c. 168/00, Simone Leitner c. TUI Deutschland GmbH & Co KG, in Resp. Civ. Prev., 2002, p. 363. Sobre o ponto, ver: JOHNSTON, A. “Spillovers” from EU Law into

2 A DISTINÇÃO ENTRE DANO-EVENTO E DANO-CONSEQUÊNCIA NO DIREITO ITALIANO

Relativamente ao tema, o art. 2.043 do Código Civil italiano baseia-se no conceito de dano injusto¹⁵, o qual é considerado tanto como exigência do ato ilícito quanto como objeto da obrigação indenizatória que aquele produz¹⁶. Desde os anos 60 do século passado, contudo, a doutrina italiana identificou e distinguiu claramente duas noções de dano, diversificando-as também do ponto de vista terminológico: de um lado, o evento lesivo decorrente do fato atribuído à parte lesada (dano-evento); por outro lado, a perda (patrimonial ou não patrimonial) sofrida pela vítima desse fato, ou por outros sujeitos próximos a ela, como seus familiares (dano-consequência)¹⁷.

Com base nessa abordagem conceitual, o dano-evento (dano injusto) constitui um requisito do ato ilícito como tal, sendo que o dano-consequência (a perda sofrida pela parte lesada) constitui um outro requisito de responsabilidade civil *strictu sensu*, qual seja, a obrigação de ressarcimento. Para que o réu seja condenado a pagar uma indenização, é necessário, portanto, que dois requisitos distintos sejam atendidos: primeiro, o fato que lhe é imputado (geralmente a título de dolo ou culpa) deve ter causado a outros danos injustos (dano-evento), nos termos do art. 2.043 do Código Civil italiano; além disso, como consequência desse evento, o autor deve ter sofrido uma perda (patrimonial ou não patrimonial), conforme o disposto no art. 1.223 do Código Civil de 1942¹⁸.

National Law: (Un)intended Consequences for Private Law Relationships. In: LECZYKIEWICZ, D.; WEATHERILL, S. (Org.). *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*. Oxford, 2015. p. 362.

¹⁵ Ver: CASTRONOVO, C. *Responsabilità civile*. Milano, 2018. p. 129 ss. Para um abrangente e acurado panorama do debate doutrinário sobre o tema, ver: BUONANNO, L. *Rilievi civilistici in tema di responsabilità del legislatore da atto normativo*. Juscivile.it, 2016. p. 369.

¹⁶ Ver: PATTI, S. *Danno patrimoniale*. In: BUSNELLI, F. D.; PATTI, S. (Org.). *Danno e responsabilità civile*. Torino, 1997. p. 3.

¹⁷ Para algumas referências, ver BIANCA, C. M. *Diritto civile*. 2. ed. Milano, v. 5, 2012. p. 584 ss.

¹⁸ O art. 1.223 do Código italiano, mesmo com algumas distinções mínimas, constitui a tradução literal do conteúdo originário do art. 1.151, atual art. 1.231-4, do Código Civil francês. Refere-se, diretamente, ao inadimplemento da obrigação, como resultado, seja do seu texto, como da sua colocação topográfica. O art. 2.056, 1, do Código italiano estende a aplicação dessa regra também à responsabilidade extracontratual, estabelecendo, assim, uma disciplina para o ressarcimento do dano, que, abstraindo algumas diferenças que não serão examinadas aqui, configura-se como unitária (em sentido claramente crítico frente a esta opção legislativa, cf. CASTRONOVO, C. *Il risarcimento del danno*. Riv. Dir. Civ., 2006, p. 81).

Configurando-se, porém, apenas o dano injusto (dano-evento), outros recursos civis (autoproteção, precaução, etc.) poderão ser exercidos, mas não subsistirá nenhuma obrigação de ressarcimento. A base dessa abordagem conceitual é, mais uma vez, estabelecida na função de responsabilidade civil, que, de acordo com a opinião mais difundida, não poderia consistir em punir o infrator ou impedir o ato ilícito, mas exclusivamente na reparação da perda sofrida pela vítima ou por outras pessoas próximas a ela, como seus parentes.

Além disso, a distinção entre dano-evento e dano-consequência induziu o Direito italiano a elaborar conceitualmente dois tipos de vínculo causal¹⁹, como ocorre no Direito alemão²⁰. Para que o fato atribuído à parte lesada seja reputado ilícito, deve, sobretudo, ter causado um dano injusto. Esse primeiro nexos de causalidade, que se considera regido pelo art. 2.043 do Código Civil italiano, é, portanto, definido como “de fato” (ou “natural”)²¹. Quando ele não for provado pelo autor, o juiz entenderá que não se configurou nenhum fato ilícito e rejeitará a demanda ressarcitória. Quando essa circunstância, porém, for provada, o autor terá também o ônus de provar que o dano-consequência que alega ter sofrido foi uma consequência do dano-evento alegado²². Esse segundo nexos causal, que se considera disciplinado no art. 1.223 do Código Civil, é definido como “jurídico”²³.

3 A ELABORAÇÃO ITALIANA DE DANOS BIOLÓGICOS E EXISTENCIAIS

Com base no art. 2.059 do Código Civil italiano, substancialmente modelado pelo § 253, 1, do BGB, o dano não patrimonial deve ser ressarcido apenas nos casos determinados legislativamente²⁴.

¹⁹ O estudo fundamental a respeito do tema se deve a GORLA, G. *Sulla cosiddetta causalità giuridica: “fatto dannoso e consequenze”*, in Riv. Dir. Comm., 1951, I, p. 405 ss. Para uma análise recente, cf. BELFIORE, A. *Il binomio “causalità giuridica-causalità materiale” e i criteri di determinazione del danno da risarcire (artt. 1223 e 2056 c.c.)*, in Eur. Dir. Priv., 2017, p. 117 ss.

²⁰ Ver, por todos, LARENZ, K.; CANARIS, C. W. *Lehrbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil: München*, II/213, 1994. § 75, I, p. 2 s.

²¹ A denominada “*haftungsbegründende Kausalität*” do Direito alemão, ou seja, a causalidade que baseia a responsabilidade civil.

²² Para uma discussão comparativa, cf. STEEL, S. *Proof of Causation*. Oxford: Tort Law, 2015, p. 15 e ss.

²³ Trata-se da “*haftungsausfüllende Kausalität*”, do Direito alemão, ou seja, da causalidade que integra a responsabilidade civil.

²⁴ Por todos, BIANCA, C. M. *Diritto civile*. 2. ed. Milano, v. 5, 2012. p. 189 ss.

A lei prevê que o dano não patrimonial deve ser ressarcido, primeiramente, quando esse tenha sido ocasionado de um crime (art. 185 do Código Penal), e, posteriormente, em decorrência de uma série de casos esparsos, previstos na legislação especial²⁵. O esforço de superar tal limitação e de admitir, conseqüentemente, uma reparabilidade mais ampla do dano não patrimonial induziu a doutrina e a jurisprudência a elaborarem alguns dos mais interessantes desenvolvimentos do direito italiano no âmbito da responsabilidade civil, como, primeiramente, a elaboração da teoria do dano biológico²⁶, e, posteriormente, a do dano existencial²⁷.

A partir dos anos 80 do século passado, a jurisprudência italiana, fazendo também uso das precedentes indicações doutrinárias²⁸, passou a afirmar que as lesões psicofísicas, provocadas por um fato ilícito, eram reparáveis além dos casos que, nos termos do art. 2.059 do Código Civil italiano, eram determinados pela lei²⁹.

Essa exigência se colocou, sobretudo, diante dos acidentes automotivos, a respeito dos quais é constante a dificuldade de provar a culpa concreta dos condutores envolvidos, de modo que comumente sanções penais não são

²⁵ Entre outros, ver, nesse sentido, os seguintes dispositivos: art. 2, l., de 13.04.1988, n. 117 (“*Risarcimento dei danni cagionati nell’esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati*”); art. 46, d.lg. 23.05.2011, n. 79 (“*Codice del turismo*”), como também modificato dal d.lg. 21 maggio 2018, n. 62, in attuazione della dir. (UE) 2015/2302; art. 82, reg. (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016 (“*Regolamento generale sulla protezione dei dati personali*”); art. 1 bis, comma 2, l. 24 marzo 2001, n. 89 (“*Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo*”); art. 28, comma 5, d.lg. 1º settembre 2011, n. 150 (“*Semplificazione dei riti*”); art. 709 ter, comma 2, nn. 2 e 3, c.p.c. (“*Soluzioni delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni*”).

²⁶ Por todos, cf. CASTRONOVO, C. *Responsabilità civile*. Milano, 2018. p. 157 ss.; BUSNELLI, F. D. La parabola della responsabilità civile. In: BUSNELLI, F. F.; PATTI, S. (Org.). *Danno e responsabilità civile*. Torino, 1997. p. 119.

²⁷ Por todos, cf. ZIVIS, P. *Il danno non patrimoniale: evoluzione del sistema risarcitorio*. Giuffrè: Milano, 2011.

²⁸ Tratam-se das contribuições de SCONAMIGLIO, R. *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*. Riv. Dir. Civ., 1957, I, p. 227; SCONAMIGLIO, R. *Appunti sulla nozione di danno*. Riv. Trim., 1969, p. 464.

²⁹ Fundamentais a respeito foram algumas sentenças de cortes genovesas e pisanas, como, por exemplo: Trib. Genova, 25.05.1974, Giur. It., 1975, II, c. 54; Trib. Genova, 30.05.1974, Resp. Civ. Prev., 1975, p. 416; Trib. Pisa, 10.03.1979, Resp. Civ. Prev., 1979, p. 356; e Trib. Pisa 4/04/1981, Resp. Civ. Prev., 1982, p. 783. A jurisprudência genovesa e pisana foi sucessivamente confirmada pela Corte de Cassação: cf. Cass., 06.06.1981, n. 3675, Foro It., 1981, I, c. 1884; Cass., 06.04.1983, n. 2396, Resp. Civ. Prev., 1983, p. 760; Cass., 14.04.1984, n. 2422, Resp. Civ. Prev., 1984, p. 333; Cass., 11 febbraio 1985, n. 1130, Giur. It., 1986, I, c. 786.

aplicadas. Mesmo que a culpa do condutor de um veículo (ferroviário) seja presumida nos termos do art. 2.054 Código Civil (e ainda que seja obrigatória a cobertura por seguro de responsabilidade civil no Direito italiano), afirmava-se até então que, na ausência de uma prova de culpa concreta, ninguém seria obrigado a reparar os danos psicofísicos suportados pela vítima do sinistro, dado o disposto no art. 2.059, igualmente do Código Civil. Considerando, todavia, que fosse comprometida a tutela do direito à saúde, garantida pelo art. 32 da Constituição, a jurisprudência italiana suscitava a questão da legitimidade constitucional do art. 2.059 do Código Civil; muito embora tenha sido afastado o argumento de ilegitimidade, a Corte constitucional teve desse modo a oportunidade de ditar alguns importantes princípios na esfera da responsabilidade civil, que tiveram o efeito de reescrever radicalmente o Direito italiano³⁰.

Primeiramente, a Corte Constitucional qualificou o dano não patrimonial decorrente do art. 2.059 do Código Civil, não como um tipo de evento lesivo (*dano-evento*), mas como uma espécie de perda do ofendido (*dano-consequência*), consistente em qualquer espécie de dor, sofrimento, angústia que ele houvesse sofrido em consequência do fato ilícito [dano moral – subjetivo]. Em contrapartida, a mesma Corte qualificou as lesões psicofísicas não como um tipo de perda do ofendido (*dano-consequência*), mas como um tipo de evento lesivo (*dano-evento*), reconduzindo-as, assim, à noção de dano injusto, de que trata o art. 2.043 do Código Civil.

Essa posição conceitual, adotada para reconduzir a reparabilidade do dano biológico à norma geral do art. 2.043 do Código Civil e para estendê-la além dos limites do art. 2.059 do Código Civil, foi sucessivamente abandonada pela mesma Corte Constitucional (e também pela Corte de Cassação), a qual, entre 1994 e 2003, requalificou o dano biológico como uma espécie de *dano-consequência*³¹.

³⁰ Cf. Corte cost., 14.07.1986, n. 184, Nuova Giur. Civ. Comm., 1986, I, p. 534, nota de ALPA, G. Danno biologico – Questione di legittimità costituzione dell’art. 2059 cod. civ. Foro It., 1986, I, c. 2976. Nota de MONATERI, P. G. La Costituzione ed il diritto privato: il caso dell’art. 32 Cost. e del danno biologico (“Staatsrecht Vergeht, Privatrecht besteht”). Resp. Civ. Prev., 1986, p. 533, con nota de SCALPI, G. *Reminiscenze dogmatiche per il c.d. danno alla salute: un ripensamento della Corte Costituzionale*. Para uma visão de conjunto, cf. LAURO, Antonio Procida Mirabelli di. *La riparazione dei danni alla persona*. Napoli: Camerino, 1993.

³¹ Cf. Corte cost., 27.10.1994, n. 372, in Nuova Giur. Civ. Comm., 1995, I, p. 406. Nota de ZIVIZ, P. *Danno biologico e morte della vittima: equivoci vecchi e nuovi*. in Giur. It., 1995, I, c. 406. Nota de JANNARELLI,

Essa reviravolta jurisprudencial foi determinada pela consciência adquirida de que o precedente posicionamento jurisprudencial, o qual qualificava o dano biológico como um tipo de dano-evento, era suscetível de comprometer a função reparatória da responsabilidade civil, acentuando a dimensão punitiva e estabelecendo o ressarcimento do dano ainda que faltasse uma consequência concretamente determinável por conta do autor. Desse modo, a responsabilidade civil teria perseguido, antes de tudo, o objetivo de punir o autor pelo cometimento do fato ilícito, ao invés de colocar o lesado na mesma situação em que se encontraria se aquele fato não tivesse acontecido.

Empenhada em preservar a função reparatória da responsabilidade civil e impedir a admissibilidade de um ressarcimento do dano orientado pela punição do ofensor³², a jurisprudência italiana se viu compelida a reformular o dano biológico como *dano-consequência*, especificando, todavia, que o art. 32 da Constituição italiana impunha a sua reparabilidade também aos casos não determinados em lei, a que se refere o art. 2.059 do Código Civil³³. Em outros termos, considera-se que o art. 2.059 do Código Civil deveria receber uma interpretação em sentido conforme à Constituição italiana, e, notavelmente, em sentido conforme ao referido art. 32³⁴, propiciando, assim, um exemplo

A. Il “sistema” della responsabilità civile proposto dalla Corte costituzionale ed i “problemi” che ne derivano. in Foro It., 1995, I, c. 3297. Nota de PONZANELLI, G. *La Corte costituzionale e il danno da morte*. in Giust. Civ., 1995, p. 887. Nota de COCO, G.S. *La risarcibilità del danno biologico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*.

³² A respeito, ver as contribuições presentes em SIRENA, P. (Org.). *La funzione deterrente della responsabilità civile*. Alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law. Milano, 2012. ZOPPINI A.; MAUGERI, M. *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*. Bologna, 2010. Mais recentemente, entre outros, ver BUSNELLI, F. D. *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*. Eur. Dir. Priv., 2009, p. 909; QUARTA, F. *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*. Napoli, 2013. MALOMO, A. *Responsabilità civile e funzione punitiva*. Napoli, 2017; GRONDONA, M. *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale*. Napoli, 2017.

³³ BUSNELLI, F.D. Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona. In: BUSNELLI, F. F.; S. Patti (Org.). *Danno e responsabilità civile*. Torino, 1997. p. 119.

³⁴ Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, in Nuova Giur. Civ. Comm., 2004, I, p. 13. Nota de THIENE, A. *L'inesorabile declino della regola restrittiva in tema di danni non patrimoniali*. in Danno Resp., 2003, p. 939 ss. Nota de PONZANELLI, G. *La Corte costituzionale si allinea con la Cassazione*; LAURO, Antonio Procida Mirabelli di. *Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 233/03*; TROIANO, O. *L'irresistibile ascesa del danno non patrimoniale*. in Corr. Giur., 2003, p. 1017. Nota de FRANZONI, M. *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*. in Giur. It., 2003, c. 1777. Nota de CENDON, P.; ZIVIZ, P. *Vincitori e vinti ([...] dopo la sentenza 233/2003 della Corte costituzionale)*. in Rass. Dir. Civ., 2003, p. 775 ss. Nota de PERLINGIERI, P. *L'art. 2059 c.c. uno e bino: una interpretazione che non convince*.

de concretização da chamada doutrina de *mittelbare drittwirkung* das normas constitucionais (que tutelam os direitos da personalidade)³⁵.

À luz desse desenvolvimento, atualmente o dano biológico, passível de ressarcimento no Direito italiano, corresponde à noção de prejuízo/déficit funcional (*préjudice/déficit fonctionnel*), o chamado prejuízo fisiológico (*préjudice physiologique*), reparado no Direito francês; a quantificação de ambos contempla os mesmos problemas, os quais são hoje disciplinados pelo art. 1.270 do Código Civil francês e na Itália pelos arts. 138 e 139 da Lei n° 209, de 7 de setembro de 2005³⁶.

Nos anos 90 do século XX, uma análoga evolução se verificou com referência aos danos que, mesmo não comprometendo a saúde da vítima, limitavam a sua capacidade esportiva, artística ou recreativa. Foi, portanto, reconhecido como reparável o dano existencial, o qual parece corresponder ao chamado prejuízo de apazibilidade (*préjudice d'agrément*) do Direito francês, assim como definido pela Corte de Cassação, na assembleia plenária, de 19 de dezembro de 2003³⁷.

A fim de garantir a reparabilidade dessa espécie de dano, os juízes o qualificaram inicialmente como injusto, sob o fundamento de configurar-se a violação de um suposto direito à felicidade individual³⁸; essa qualificação induziu, todavia, a jurisprudência a acolher requerimentos de caráter pouco relevante (como os relativos ao ressarcimento do dano não patrimonial por um

³⁵ Na doutrina italiana ver, recentemente, FEMIA, P. (Org.). *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati: un percorso nella dottrina tedesca*, Napoli, 2018. NAVARRETA, E. (Org.). *Effettività e Drittwirkung*. Torino, v. I e II, 2018. Primeiramente, ver, sobretudo, PERLINGIERI, P. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Napoli: Camerino, s.a. (ma 1972).

³⁶ De modo geral, cf. NAVARRETA, E. (Org.). *Il danno non patrimoniale: principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010. Para uma série de referências do ponto de vista da medicina legal, cf. DAVIDE FERRARA, S.; BERTO, R. Boscolo; VIEL, G. (Org.). *Personal Injury and Damage Ascertainment under Civil Law: State-of-the-Art International Guidelines*. Basel, 2016.

³⁷ Ver Cour de Cassation, Ass plén, 19.12.2003, in Sem. Jur., 2003, II, p. 1008. Nota de JOURDAIN, P.; Sem. Jur., 2003, I, p. 163, n. 32 ss. Nota de VINEY, G.; in Rec. Sirey, 2004, p. 161. Nota de LAMBERT-FAIBRE, Y.; in Resp. Civ. Ass., 2004, p. 9. Nota de GROUDEL, H.; in Petite Affiches, 2004, nn. 73-74 (12-13/04), p. 14. Nota FUERBACH-STEINLE, M.; in Rev. Trim. Dr. Civ., 2004, p. 300, com nota de JOURDAIN, P.

³⁸ Para algumas referências sobre o tema, cf. CENDON, P.; ZIVIZ, P. (Org.). *Il danno esistenziale: una nuova categoria della responsabilità civile*. Milano, 2000; CENDON, P. (Org.). *Trattato breve dei nuovi danni*. Il risarcimento del danno esistenziale: aspetti civili, penali, medico-legali, processuali. Padova, 2001.

corte de cabelo mal feito ou por uma perda de tempo livre)³⁹. Isso levou a Corte de Cassação a “normalizar” o ressarcimento do dano existencial, no sentido que, seguindo a orientação de uma parte da doutrina⁴⁰, começou-se a se admitir o seu ressarcimento apenas nos casos de violação de um direito constitucionalmente relevante da pessoa⁴¹.

Segundo o que estabelece o art. 2.697, 1, do Código Civil, o ônus de provar o dano reparável incide sobre o lesado, não sendo reconhecidos danos normativos, ou *in re ipsa*, que sejam reparáveis independentemente da prova da sua existência ou do seu montante⁴². Todavia, provada a lesão de um direito constitucionalmente garantido da pessoa, a jurisprudência presume, até que se prove o contrário, que o autor tenha sofrido um correspondente dano não patrimonial (sem prejuízo de um recurso a uma avaliação médico-legal, se se tratar de lesão psicofísica).

Pela sua natureza, tal dano não patrimonial não é quantificável de modo objetivo e por isso é objeto de liquidação pelo juiz de modo equitativo, nos termos do já referido art. 1.226 Código Civil⁴³.

³⁹ A respeito, ver, PONZANELLI, G. *Le “pericolose” frontiere della responsabilità civile: il caso dei danni da black-out elettrico*. in *Danno Resp.*, 2006, p. 54.

⁴⁰ Ver, por todos, NAVARRETTA, E. *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*. Torino, 1996.

⁴¹ Cass., Sez. un., 11.11.2008, nn. 26972, 26973 e 26975, in *Giust. Civ.*, 2009, I, p. 913, nota de ROSSETTI, M. *Post nubila phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza delle sezioni unite n. 26972 del 2008 in tema di danno non patrimoniale*. in *Foro It.*, 2009, I, c. 120 ss., nota de PALMIERI, A. *La rifondazione del danno non patrimoniale, all’insegna della tipicità dell’interesse leso (con qualche attenuazione) e dell’unitarietà*; de PARDOLESI, R.; SIMONE, R. *Danno esistenziale (e sistema fragile): “die hard”*; de PONZANELLI, G. *Sezioni unite: il “nuovo statuto” del danno non patrimoniale*; de NAVARRETTA, E. *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*; in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2009, I, p. 102, nota de BARGELLI, E. *Danno non patrimoniale: la messa a punto delle Sezioni unite*; e MARZIO, M. *Di. Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente*; in *Dir. Giur.*, 2008, p. 526, nota de LAURO, Antonio *Procidia Mirabelli di. Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale: luci ed ombre*. Para uma análise mais ampla, cf. SCONAMIGLIO, C. *Il sistema del danno patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni Unite*. *Resp. Civ. Prev.*, 2015, p. 261; para uma análise de direito comparado, ver CHRISTANDL, G. *Das italienische Nichtvermögensschadensrecht nach 2008 – eine Lektion für Europa?*. in *Zeitschr. Eur. Priv.*, 2011, p. 392.

⁴² Ver, por último, Cass., 8/01/ 2019, n. 207, in *Guida Dir.*, 2019, 6, p. 60.

⁴³ NAVARRETTA, E. (Org.). *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2010.; Ead. (Org.). *I danni non patrimoniali: lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*. Milano, 2004; PONZANELLI, G. *Il quantum del risarcimento del danno non patrimoniale*. in *Danno Resp.*, 2005, p. 126; RICCIUTO, V.; ZENO-ZENCOVICH, V. *Il danno da mass-media: elementi per la valutazione e criteri di liquidazione*. Padova, 1990.

4 AS TÉCNICAS PARA SELECIONAR DANOS COMPENSÁVEIS

A doutrina italiana tende a ressaltar a novidade e originalidade do conceito de dano injusto sobre o qual se fundamenta o art. 2.043 do Código Civil⁴⁴, percebendo nele uma espécie de terceira via entre a definição francesa de fato ilícito, fundada sob uma cláusula geral, e aquela alemã de “ação indevida” (*unerlaubte handlung*), baseada, ao revés, na lesão dos direitos elencados pelo legislador, uma disciplina estruturada a partir de um *numerus clausus*⁴⁵.

Até o fim dos anos 80 do século XX, a jurisprudência italiana reconduzia a ideia de injustiça do dano à lesão de um direito patrimonial absoluto, isto é, da propriedade e dos direitos reais de gozo de coisa alheia. Já, a partir dos anos 60, porém, uma parte da doutrina tinha sustentado a necessidade de ampliar o conceito de dano injusto além desses limites⁴⁶.

Em 1971, uma célebre sentença da Corte de Cassação afirmou que a morte de um jogador de futebol, por conta de um acidente de automóvel, constituía uma situação de dano injusto para o clube no qual o jogador atuava: assim, a associação esportiva poderia obter o ressarcimento do dano pela perda da prestação futura do jogador falecido (Caso Meroni)⁴⁷. Isso significava que também a violação de um direito relativo (nesse caso, de um direito de crédito do time de futebol com relação ao jogador falecido) poderia constituir um dano injusto⁴⁸, sempre que esse último fosse provocado por um comportamento doloso ou culposo do ofensor⁴⁹.

Até os anos 90, um caso paradigmático em que não se considerava satisfeito o requisito de injustiça do dano foi constituído pelo exercício ilegítimo

⁴⁴ RICCIUTO, V.; ZENO-ZENCOVICH, V. *Il danno da mass-media: elementi per la valutazione e criteri di liquidazione*. Padova, 1990. § 3.

⁴⁵ Cf. SACCO, R.; ROSSI, P. *Introduzione al diritto comparato*. 6. ed. Torino, 2015. p. 93 ss.

⁴⁶ Ver a respeito, SCHLESINGER, P. *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in Jus, 1960, p. 344 ss.; SACCO, R. *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.*, in Foro Pad., 1960, I, c. 1420 ss.; RODOTÀ, S. *Il problema della responsabilità civile*. Milano, 1964.

⁴⁷ Cass., Sez. un., 26 gennaio 1971, n. 174, in Giur. It., 1971, I, c. 680, nota de VISINTINI, G. *Ancora sul “caso Meroni”*; in Foro It., 1971, I, c. 342, nota de JEMOLO, A. C. *Allargamento di responsabilità per colpa aquiliana*; e, ivi, c. 1284, nota de BUSNELLI, F. D. *Un clamoroso “revirement” della cassazione: dalla “questione di Superga” al “caso Meroni”*.

⁴⁸ Cf. BUSNELLI, F. D. *La lesione del diritto di credito da parte di terzi*. Milano, 1964.

⁴⁹ Para a tese segundo a qual a responsabilidade nesta hipótese deveria ser limitada aos casos de homicídio do dependente, dos trabalhadores e do sócio, bem como a eventuais ilícitos intencionais, ver BIANCA, C. M. *Diritto civile*. 2. ed. Milano, v. 5, 2012. p. 608 ss.

do poder da Administração Pública de emitir autorizações, permissões ou outros provimentos habilitadores (como, por exemplo, na matéria de construções públicas, habilitação para direção de veículos automotores, em matéria urbanística e edificações).

Em tais situações, considerava-se que as eventuais consequências danosas sofridas pelo cidadão (por exemplo, pela ilegítima recusa a um direito de construir) não eram reparáveis, tendo em vista que o particular não seria um titular de um direito subjetivo a obter o provimento administrativo em questão, mas apenas de um interesse legítimo na regularidade do procedimento administrativo e na correção da Administração Pública no exercício de um poder discricionário.

A diretiva europeia de 1989, em matéria de obras públicas, de contratos de fornecimento e de trabalho “forçou” o Direito italiano a admitir a reparabilidade de tais danos⁵⁰, mesmo que seja pelo seu específico âmbito objetivo de aplicação; tal inovação legislativa induziu de fato a Suprema Corte a afirmar a reparabilidade geral de todo dano causado dolosamente ou culposamente pela Administração Pública mediante um provimento ilegítimo.

A mudança jurisprudencial ocorreu mediante a Sentença n° 500, de 1999⁵¹, a qual afirmou que é injusto um dano que seja determinado mediante a lesão de um interesse merecedor de tutela pelo ordenamento jurídico, seja qual for a sua qualificação formal (em particular, independentemente do fato de se tratar de um direito subjetivo ou de um interesse legítimo)⁵². Tal princípio

⁵⁰ Cf. Dir. 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentárias e administrativas relativas à aplicação dos procedimentos de recurso em matéria de adjudicação das empreitadas públicas de fornecimento e de trabalho.

⁵¹ Ver Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in Giust. Civ., 1999, p. 2261, nota de MORELLI, M. R. *Le fortune di un obiter: crolla il muro virtuale della irrisarcibilità degli interessi legittimi*; in Corr. Giur., 2006, p. 1041, notas de MAJO, A. Di; TRAVI, A.; CONSOLO, C. *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*; in Nuova Giur. Civ. Comm., 2000, p. 423, nota de BARCA, A. *La risarcibilità del danno per la lesione di interessi legittimi: orientamenti dottrinali e revirement delle sezioni unite*.

⁵² Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, cit.: “[u]na volta stabilito che la normativa sulla responsabilità aquiliana ha funzione di riparazione del ‘danno ingiusto’, e che è ingiusto il danno che l’ordinamento non può tollerare che rimanga a carico della vittima, ma che va trasferito sull’autore del fatto, in quanto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti, quale che sia la loro qualificazione formale, ed in particolare senza che assuma rilievo determinante la loro qualificazione in termini di diritto soggettivo, risulta superata in radice, per il venir meno del suo presupposto formale, la tesi che nega la risarcibilità degli interessi legittimi quale corollario della tradizionale lettura dell’art. 2043 c.c.” (§ 9). A respeito, BUSNELLI, F. D. *Lesione di interessi legittimi: dal “muro di sbarramento” alla “rete di contenimento”*. In: BUSNELLI, F. D.; PATTI, S. (Org.). *Danno e responsabilità civile*. Torino, 1997. p. 85.

de direito demonstrou-se suficientemente flexível, a ponto de consentir não apenas a formalização conceitual das hipóteses ressarcitórias já admitidas pela jurisprudência italiana (como as relativas à morte de um convivente de fato)⁵³, mas também de propiciar uma progressiva ampliação do grupo de danos reparáveis, adaptando, assim, a responsabilidade civil aos interesses conforme o tempo em que se encontra a sociedade. Por conta dessas mudanças, os juízes italianos foram induzidos a ordenar e a classificar racionalmente os desenvolvimentos da responsabilidade civil, evitando, assim, elaborar decisões improvisadas e assistemáticas.

Uma análoga definição de dano se extrai da disposição geral em matéria de responsabilidade civil expressa pelo art. VI-1:101 (1) do *Draft Common Frame of Reference* (DCFR): “[a] person who suffers legally relevant damage has a right to reparation from a person who caused the damage intentionally or negligently or is otherwise accountable for the causation of the damage”⁵⁴. Em termos similares, dispõe o art. 2:101 dos Princípios Europeus de Responsabilidade Civil (PETL, na sigla em inglês): “[d]amages require material or immaterial harm to a legally protected interest”⁵⁵.

O Direito francês da responsabilidade civil, por sua vez, tradicionalmente evitou estabelecer limitações ou restrições à tipologia dos danos reparáveis, de modo que os juízes franceses tradicionalmente afirmaram que qualquer dano é passível de ressarcimento⁵⁶. Uma das poucas hipóteses em que essa orientação jurisprudencial foi afastada ocorreu entre os anos 30 e 60 do século passado

⁵³ Cass., 28 marzo 1994, n. 2988, in *Dir. Fam. Pers.*, 1996, p. 873, con nota di A. Lepre, *Convivenza more uxorio e risarcimento del danno*.

⁵⁴ Para um comentário ver BAR, C. von; CLIVE, E. (Org.). *Principles, Definitions and Model Rules of European Contract Law*. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition, IV, Munich, 2009. p. 3083 ss.; BAR, C. von. *The Notion of Damage*, in Hartkamp. HESSELINK, A. S.; HONDIUS, M. W.; MAK, E. H.; PERRON, C. E. du (Org.). *Towards a European Civil Code*. 4. ed. Alphen aan den Rijn, 2011. p. 387 ss. Para um exame crítico dessas disposições do ponto de vista conceitual e terminológico, ver WHITTAKER, S. *The “Draft Common Frame of Reference”*. Assessment commissioned by the Ministry of Justice, U.K., 2008. p. 112 ss., o qual sublinha que o DCFR utiliza os termos de “loss”, “damage” e “injury” em acepções diferentes, nem sempre bem definidas; as relações entre estes conceitos são, portanto, destinadas a permanecer pouco claras e, provavelmente, pouco coerentes.

⁵⁵ Sobre o tema, ver KOZIOL, H. In: European Group on Tort Law (Org.). *Principles of European Tort Law*. Text and Commentary, Wien-New York, 2005. p. 27 ss.

⁵⁶ BORGHETTI, J. S. *Les intérêts protégés et l’étendu des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle*. Paris: Études offertes à Geneviève Viney, 2008. p. 145 e ss.; VINEY, G.; JOURDAIN, P.; CARVAL, S. *Traité de droit civil*. Les conditions de la responsabilité. 4. ed. Paris, 2013. n. 250 e ss.

relativamente aos casos em que a “concubina” (como se chamava na época) sobrevivente demandava o ressarcimento do dano pela morte do companheiro de fato⁵⁷: essa demanda era improvida⁵⁸, porque se considerava que, não sendo casada com a vítima, a concubina não seria portadora de um interesse legítimo, juridicamente protegido (*intérêt legitime juridiquement protégé*)⁵⁹.

Com exceção desses peculiares precedentes jurisprudenciais (tendencialmente superados a partir do início dos anos 70, mas ainda esporadicamente presentes até 1999)⁶⁰, a posição do direito francês no tema de reparabilidade de danos sempre foi bastante liberal⁶¹.

O projeto de reforma da responsabilidade civil francesa parece, todavia, pretender introduzir alguma correção nessa tendência jurisprudencial⁶², em particular no que concerne ao ressarcimento do dano à pessoa (*dommage corporel*). Para esse fim, os projetados arts. 1.269 e 1.271 do Código Civil francês preveem que as hipóteses de dano reparável sejam individualizadas taxativamente pelo Conselho de Estado. Isso parece previsto, também, para o fim de uniformizar a valoração das lesões psicofísicas (ou, melhor dizendo, do consequente prejuízo funcional, disciplinado pelo projetado art. 1.270 do Código Civil).

Por conseguinte, pode-se afirmar que também o Direito francês se encontra diante do problema de conter a responsabilidade civil, mas que os instrumentos técnicos empregados para esse fim são diversos daqueles do Direito italiano. Esse último se propõe a selecionar os danos reparáveis ao nível primário do evento danoso (poder-se-ia dizer que restringe o grupo de categoria dos danos),

⁵⁷ A respeito dessa jurisprudência, ver VINEY, G.; JOURDAIN, P.; CARVAL, S. *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*. 4. ed. Paris, 2013. n. 272. A orientação extraída do precedente relatado no texto é abandonada, definitivamente, após o regulamento de 15 de novembro de 1999, que legitimou o denominado “pacto civil de solidariedade entre pessoas não casadas, ainda que do mesmo sexo” (arts. 515-1 e 515-8 do Código Civil francês).

⁵⁸ VINEY, G.; JOURDAIN, P.; CARVAL, S. *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*. 4. ed. Paris, 2013. n. 248.

⁵⁹ Sobre o tema, ver a nota 26 em WEIR, T. La notion de dommage en responsabilité civile. In: LEGRAND JR., P. (Org.). *Common law d'un siècle l'autre*. Cowansville, 1992. p. 10.

⁶⁰ Cf. Cour de Cassation, Chambre mixte, 27 febbraio 1970, in Rec. Sirey, 1970, p. 201, nota de COMBALDIEU, D. in Sem. Jur., 1970, II, p. 16305, nota de LINDON, R./PARLANGE, P.

⁶¹ Cf. MORÉTEAU, O. Basic questions of Tort Law from a french perspective. In: KOZIOL, H. *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective*. Wien, 2015. p. 3.

⁶² Sobre o tema, ver, em particular, GILKER, P. *Codifying Tort Law: Lessons from the Proposal for Reform of the French Civil Code*. in Int. Comp. L. Q., 2008, p. 561.

enquanto o Direito francês procede selecionando as consequências danosas passíveis de ressarcimento ao nível secundário da responsabilidade civil *stricto sensu* (poder-se-ia dizer que restringe o grupo das categorias de prejuízos).

Essa diferença permite individualizar alguns pontos de convergência e de divergência entre os dois ordenamentos jurídicos: os pontos de convergência se encontram na disciplina legislativa (ou paralegislativa) do dano biológico/prejuízo funcional, já referido anteriormente; os pontos de divergência concernem ao alcance no confronto da reparabilidade do dano meramente patrimonial e daquele meramente não patrimonial, de que se tratará a seguir.

5 A QUESTÃO DO DANO MERAMENTE PECUNIÁRIO E O MERAMENTE NÃO PECUNIÁRIO

Mesmo na hipótese em que o projeto de reforma seja aprovado, parece que o Direito francês não exclui ou limita o ressarcimento dos danos puramente econômicos, enquanto, no Direito italiano, essa noção, não se enquadrando como dano injusto no sentido do art. 2.043 do Código Civil, não se considera como reparável⁶³.

Trata-se de uma característica do Direito francês, que é peculiar e provavelmente única ao nível europeu, se se considerar que a reparabilidade do dano puramente econômico é, sem dúvida, excluída do Direito alemão e, ainda que em menor medida, também do Direito inglês⁶⁴. As mesmas considerações podem valer para o ressarcimento do dano essencialmente não patrimonial, o qual se apresenta, primordialmente, nas hipóteses de nascimento indesejado e do dano pela morte (também denominado de tanatológico).

A despeito de a Corte de Cassação já ter se manifestado sobre o tema em duas sentenças em 1996⁶⁵, foi com o conhecido “caso Perruche”, de 2000, que a Corte teve a ocasião de se posicionar a respeito do dano decorrente do nascimento indesejado⁶⁶.

⁶³ Cf. CASTRONOVO, C. *Responsabilità civile*. Milano, 2018. p. 299 ss.

⁶⁴ BUSSANI, M.; PALMER, V. V. Palmer (Org.). *Pure Economic Losses in Europe*. Cambridge, 2003.

⁶⁵ Ver, a respeito, VINEY, G.; JOURDAIN, P.; CARVAL, S. *Traité de droit civil*. Les conditions de la responsabilité. 4. ed. Paris, 2013. n. 249-6.

⁶⁶ Cour de cassation, Ass. plén., 17 November 2000, in Rec. Sirey, 2001, p. 332, con commento di MAZEAUD, D.; JOURDAIN, P.; in Sem. Jur., 2001, II, p. 10438, con commento di SAINT-ROSE, J.; CHABAS, F.

Nesse precedente, alguns médicos foram condenados ao ressarcimento do dano não patrimonial sofrido pelo neonato, porque durante a gestação os genitores não tinham sido informados das suas más formações congênitas. Esse posicionamento da Corte de Cassação, confirmado por duas sentenças em 2001, aparenta ser coerente com os princípios gerais do Direito francês da responsabilidade civil, o qual não exige que o dano seja injusto. Apesar disso, em 2002 o legislador francês promulgou uma lei específica para estabelecer que “ninguém pode se prevalecer de um dano pela simples circunstância do nascimento” (“[n]ul ne peut se prévaloir d’un préjudice du seul fait de la naissance”)⁶⁷, excluindo, assim, a reparabilidade do dano pelo nascimento indesejado. É, todavia, significativo que, para afirmar essa solução, tenha sido necessário estabelecer uma específica disciplina legislativa, restando, assim, implicitamente estabelecido que, aplicando-se o Código Civil francês em vigor, dever-se-ia chegar à solução oposta.

Em contrapartida, no Direito italiano, muito embora as decisões relativas ao tema tenham sido controvertidas, a Corte de Cassação italiana pode rejeitar as demandas de ressarcimento do dano pelo nascimento indesejado, simplesmente aplicando o Código Civil em vigor⁶⁸. Nesse sentido, as Seções Unidas afirmaram, em 2015, que não é reconhecido pelo Direito italiano qualquer direito ao nascimento saudável e que, como consequência, o dano pelo nascimento indesejado não pode ser qualificado como injusto, nos termos do art. 2.043 do Código Civil italiano⁶⁹. Além disso, as Seções Unidas afirmaram que não é possível identificar um nexo causal entre a malformação do recém-nascido e a violação do dever dos médicos de informar preventivamente os genitores da sua malformação genética⁷⁰.

⁶⁷ Lei n° 2002-303, de 04.03.2002, em matéria de direitos dos pacientes, art. 1er-I, alinéa 1er, transformado posteriormente no art. L 114-5 del Code de l’action sociale et des familles.

⁶⁸ Nesse sentido, cf. BUSNELLI, F. D. *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina*. Considerazioni in margine al revirement della Cassazione sul danno da c.d. nascita malformata. Riv. Dir. Civ., 2013, p. 1519.

⁶⁹ 7 Cass., Sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in Resp. Civ. Prev., 2016, p. 152, nota de GORGONI, M. *Una sobria decisione “di sistema” sul danno da nascita indesiderata*; in Foro It., 2016, I, c. 494, nota de BONA, C. *Sul diritto a non nascere e sulla sua lesione*. Precedentemente, porém, um pleito similar de ressarcimento foi acolhido pela Corte de Cassação. Ver decisão de 2 de outubro de 2012, n. 16754, in Resp. Civ. Prev., 2013, p. 124, nota de GORGONI, M. *Dalla sacralità della vita alla rilevanza della qualità della vita*. Para um entendimento mais amplo, ver: PATTI, F. P. *Danno da nascita e danno da morte: due sentenze a confronto*. Resp. Civ. Prev., 2014, p. 764.

⁷⁰ Para uma discussão sob o prisma do direito comparado, WEIR, T. *La notion de dommage en responsabilité civile*. In: LEGRAND JR., P. (Org.). *Common law d’un siècle l’autre*. Cowansville, 1992. p. 27.

Questões análogas ao debate exposto *supra* se colocaram acerca do dano pela morte – ou tanatológico).

Segundo o Direito italiano⁷¹, a morte decorrente do fato ilícito de um terceiro não constitui um dano extrapatrimonial da vítima passível de reparação⁷². Assim, os seus herdeiros não adquirem, pelo direito hereditário, qualquer direito ao ressarcimento desse dano (*pretium mortis*), nos termos do art. 2.059 do Código Civil italiano, segundo o qual os familiares sobreviventes têm direito ao ressarcimento dos seus danos morais (*pretium doloris*), a menos que não seja provado que, no momento da morte, os seus relacionamentos pessoais com a vítima eram inexistentes ou pouco significativos⁷³. Além disso, os mesmos familiares possuem direito ao ressarcimento do dano patrimonial que sofreram por força da morte da vítima, sempre que, obviamente, comprovarem a sua existência (*an debeat*) e a sua quantificação (*quantum debeat*).

A partir de uma conhecida sentença da Corte Constitucional de 1994, de relatoria de Luigi Mengoni⁷⁴, o Direito italiano reconhece, por fim, a

⁷¹ Para uma discussão comparatística do tema, cf. PATTI, F. P. *Danno da morte, coscienza sociale e risarcimento per i congiunti*: verso una riforma del BGB? Riv. Crit. Dir. Priv., 2017, p. 39.

⁷² Essa orientação tradicional foi posta em discussão em 2014, quando uma sentença da 3ª Seção da Corte de Cassação afirmou o ressarcimento do dano tanatológico. Cass., 23 gennaio 2014, n. 1361, in Resp. Civ. Prev., 2014, p. 492, nota de BIANCA, C. M. *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della Cassazione attesa da tempo*. Foro it., 2014, I, c. 719. Nota de PALMIERI, A.; PARDOLEI, R. *In tema di risarcibilità del danno da morte*. Para uma referência mais ampla, cf. GALASSO, A. *Il danno tanatologico*, in Nuova Giur. Civ. Comm., 2014, II, p. 257; PATTI, F.P. *Danno da nascita e danno da morte: due sentenze a confronto*. Resp. Civ. Prev., 2014, p. 764; LAURO, Antonio Procida Mirabelli di. *Il danno da perdita della vita e il “nuovo statuto” dei danni risarcibili*, in Danno Resp., 2014, p. 686 ss. O contraste jurisprudencial foi resolvido pelas Seções Unidas da Corte de Cassação, que reafirmaram a não ressarcibilidade do dano: Cass., Sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, in Resp. Civ. Prev., 2015, p. 1530, nota de BONA, M. *Sezioni Unite 2015: no alla “loss of life”, ma la saga sul danno non patrimoniale continua*; in Foro It., 2015, I c. 2682, nota de PALMIERI, A.; PARDOLESI, R. *Danno da morte: l’arrocco delle sezioni unite e le regole (civilistiche) del delitto perfetto*; cf. também BUSNELLI, F. D. *Tanto tuonò, che... non piove* – Le sezioni unite sigillano il “sistema”, in Corr. Giur., 2015, p. 1208; NAVARRETTA, E. *La “vera” giustizia e il “giusto” responso delle S.U. sul danno tanatologico iure hereditario*, in Resp. Civ. Prev., 2015, p. 1416; SCOGNAMIGLIO, C. *Il danno tanatologico e le funzioni della responsabilità civile*, *ivi*, p. 1430. Essa solução foi confirmada pela Cassação recentemente: Cass., 13 febbraio 2019, n. 4146, in Guida Dir., 2019, 15, p. 27; observa-se que a jurisprudência de mérito se demonstra, até o momento, se bem que em casos esporádicos, ainda inclinada a admitir a indenização do dano tanatológico.

⁷³ Cf. Cass., Sez. lav., 19 novembre 2018, n. 29784, in Dejure online 72.

⁷⁴ Cf. Corte cost., 27 outubro de 1994, n. 372, cit.

reparabilidade do chamado dano biológico terminal⁷⁵, o qual se concretiza na redução das expectativas de vida do lesado por conta das lesões sofridas⁷⁶.

No que concerne ao Direito francês, a doutrina opta geralmente pela não reparação do dano tanatológico, motivando essa decisão a partir do fato de que esse ressarcimento não seria em benefício da vítima, mas dos seus herdeiros⁷⁷: trata-se, todavia, de uma argumentação pouco incisiva e, em qualquer caso, relevante mais sob o plano da moral, ou, melhor, do senso de oportunidade, do que a respeito do plano jurídico.

6 A COMPENSAÇÃO PELO DANO-EVENTO NÃO SEGUIDO PELO DANO-CONSEQUÊNCIA

Não se pode negar que, em algumas situações da responsabilidade civil, os juízes acolhem as demandas reparatórias, ainda quando faltam provas de um *dano consequência*.

Paradigmática nesse sentido se mostra a jurisprudência francesa sobre violação de um dever de informação, em particular a respeito da responsabilidade médica e dos atos de concorrência desleal, em que é frequentemente afirmado que a perturbação (*trouble*) causada pelo comportamento do causador do dano é, por si mesmo, reparável⁷⁸.

Para esse fim, os juízes franceses utilizam seguidamente uma presunção de prejuízo, mas é evidente que se trata de um expediente artificial, que oculta uma diversa *ratio decidendi*. Essa estratégia argumentativa é especialmente motivada pela preocupação de manter a responsabilidade civil nos limites da função reparatória, a que se atribui sua característica peculiar, ocultando-se, assim, qualquer finalidade dissuasiva. Em realidade, as sentenças relativas aos casos supracitados seriam mais facilmente explicáveis se admitissem claramente que o dano a ser reparado é o próprio dano-evento, considerado em si mesmo, e não o dano-consequência, presumido de modo automático, se não fictício.

⁷⁵ Ver, recentemente, Cass., 23 ottobre 2018, n. 26727, in Foro It., 2019, I, c. 114.

⁷⁶ Para referência a outros ordenamentos (inclusive o Direito francês), ver: WEIR, T. La notion de dommage en responsabilité civile. In: LEGRAND JR., P. (Org.). *Common law d'un siècle l'autre*. Cowansville, 1992. p. 16 ss.

⁷⁷ Cf. VINEY, G.; JOURDAIN, P.; CARVAL, S. *Traité de droit civil*. Les conditions de la responsabilité. 4. ed. Paris, 2013. n. 265-5.

⁷⁸ Sobre a noção de *trouble*, presente no art. 809 (1) CPC, ver. GUILLEMAIN, C. *Le trouble en droit privé*. Aix-en-Provence, 2000.

A violação dos deveres informativos constituiu o objeto de uma série de precedentes jurisprudenciais franceses no campo da responsabilidade médica⁷⁹. A partir de uma sentença relevante, em 2010⁸⁰, a Corte de Cassação aplicou o seguinte princípio jurídico: “O descumprimento por um médico do dever de informação que ele possui relativamente a seu paciente acarreta a este, cuja informação era legalmente devida, um prejuízo, que em virtude do texto indicado – atual art. 1.240 do Código Civil, anterior, art. 1.382 –, o juiz não pode deixar sem reparação”⁸¹.

É certo que, mais recentemente, a Corte de Cassação se mostrou inclinada a restringir essa forma de aplicação da responsabilidade civil, passando a sustentar que a violação de um dever de informação obriga o ressarcimento do dano somente no caso em que o risco desconhecido do paciente tenha sido efetivamente concretizado, causando-lhe um prejuízo; mesmo assim, é significativo que o referido ressarcimento seja reconhecido não apenas no caso em que o paciente, se corretamente informado, teria evitado o risco, mas também no caso em que, não podendo evitá-lo, ele teria ao menos tido a condição de se preparar para afrontá-lo (como, por exemplo, organizando diversamente a própria vida, dedicando mais tempo ao repouso, etc.)⁸². Se é verdade, portanto, que a Corte de Cassação exigiu que o dano-evento fosse causado pela conduta do médico, é também verdade que ela anuiu com a possibilidade de ressarcimento do dano, mesmo diante da falta de prova de um dano-consequência.

Relativamente aos atos de concorrência desleal aludidos antes, é frequentemente afirmado pela Corte de Cassação⁸³ que “as condutas de concorrência desleal geradoras de uma perturbação comercial implicam necessariamente a existência de um prejuízo”⁸⁴. Um princípio similar foi igualmente seguido nos casos em que foi violada uma obrigação de não fazer. Nesse âmbito,

⁷⁹ A propósito da finalidade de tais deveres, ver MALAURIE, P.; AYNÉS, L.; STOFFEL-MUNCK, P. *Droit des Obligations*, op. cit., p. 324.

⁸⁰ Ainda mais recente, ver: Cass., 12 luglio 2012, n. 11-18.327, in Rev. Dr. Sanitaire Soc., 2012, p. 757.

⁸¹ [NT] no original, em francês: “*Le non-respect par un médecin du devoir d’information dont il est tenu envers son patient cause à celui auquel cette information était légalement due un préjudice qu’en vertu du texte susvisé, le juge ne peut laisser sans réparation*”.

⁸² Cf. Cour de cassation, 14 de novembro de 2018; n. 17-27980 e 17-285229; disponíveis em courdecassation.fr.

⁸³ Cf. Cour de cassation, Chambre Commerciale, 9 gennaio 2019, n. 17-18.350, in courdecassation.fr.

⁸⁴ [NT] Em francês no original: “*Les faits de concurrence déloyale générateurs d’un trouble commercial impliquent nécessairement l’existence d’un préjudice*”.

o art. 1.145 do *Code Civil*, anteriormente vigente⁸⁵, dispunha⁸⁶ que, se se tratasse de uma obrigação de não fazer, aquele que a violasse responderia por perdas e danos somente por essa circunstância; no entanto, era interpretado no sentido de que, efetivamente, previa que “aquele que violasse uma obrigação de não fazer responderia por perdas e danos somente pelo fato da lesão, sem que seu credor devesse justificar a necessidade de prosseguir na sua atividade”⁸⁷.

Muito embora a responsabilidade civil não tenha tradicionalmente tido um grande desenvolvimento no direito *antitruste* (relativo a práticas anticoncorrenciais), é significativo que, nos termos do art. 17, § 2º, da Diretiva Europeia sobre *Private Enforcement*⁸⁸, seja legalmente presumido que os atos ilícitos consistentes nas práticas de cartel causem um dano, ainda que o autor do ilícito tenha o direito de fazer prova contrária a essa presunção⁸⁹.

Observações similares podem se aplicar também ao dano biológico (*dammage corporel*)⁹⁰, ou ao dano relacional, os quais, ainda que normalmente descritos como situações caracterizadoras de dano-consequência, são ressarcíveis por si só⁹¹, sendo que o mesmo pode-se dizer do dano decorrente da discriminação

⁸⁵ Art. 1.145. “[s]i l’obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages-intérêts par le seul fait de la contrevention”.

⁸⁶ [NT] em francês no original: “Qui contrevient à une obligation de ne pas faire doit des dommages intérêts par le seul fait de la contrevention, sans que son créancier soit tenu de justifier qu’il l’a empêché de poursuivre son activité”.

⁸⁷ Cour de cassation, Chambre Commerciale, 9 gennaio 2019, n. 17-20.526, in courdecassation.fr. Na realidade, a disposição parece definir que, para o fim de ressarcimento do dano, não se faz necessário que o devedor seja posto em mora.

⁸⁸ Cf. Diretiva 2014/104/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014 relativamente a determinadas normas que regulam as ações pelo ressarcimento do dano referente ao direito nacional pela violação das disposições do direito da concorrência dos Estados-membros e da União Europeia. Para o Direito europeu anterior, cf. MILUTINOVIC, V. *The Right to Damages under Eu Competition Law: From Courage vs. Creham to the White Paper and Beyond*. Alphen aan den Rijn, 2010.

⁸⁹ Na literatura italiana, cf. CAMILLERI, E. *Il risarcimento del danno per violazione del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2018, p. 143; MEZZANOTTE, F. *Sul private enforcement del diritto antitrust (in vista del recepimento della Dir. 2014/104/UE)*, in *Contratti*, 2015, p. 1077; MEZZANOTTE, F. *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2018, p. 215 ss. 86.

⁹⁰ KNETSCH, J. *Le traitement préférentiel du dommage corporel*, in *Sem. Jur.*, suppl. nn. 30-35 (25 luglio 2016), p. 9.

⁹¹ Ver, a respeito, o item n. 3, supra.

indevida na relação de trabalho⁹². Além disso, a Corte de Cassação é unânime em decidir que, “segundo o art. 9º do Código Civil, a simples circunstância de violação da privacidade configura o direito à indenização”⁹³.

Ao contrário, o dano moral (subjetivo), *dommages moraux*, para o Direito francês, *schmerzensgeld*, para o Direito alemão, é certamente considerado como uma consequência das lesões físicas ou psicológicas, de modo que, contrariamente à perplexidade demonstrada pela jurisprudência italiana⁹⁴, deveria ser, sem dúvida, admitido o seu ressarcimento, conjuntamente ao dano biológico ou do dano existencial, não se tratando, absolutamente, de uma forma de duplicação⁹⁵.

7 A UTILIDADE DA DISTINÇÃO ENTRE DANO-EVENTO E DANO-CONSEQUÊNCIA

A análise comparativa do Direito italiano e do Direito francês indica que a distinção entre dano e dano-evento (*dommage/danno-evento*) e prejuízo/dano consequência (*préjudice/danno-consequenza*) é, sem dúvida, útil, e, sobretudo, talvez indispensável para reger a responsabilidade civil. Isso não significa, porém, que somente o eventual dano-consequência (*préjudice*) deva ser ressarcido, e não também o puro e simples *dano-evento* (*dommage*).

Uma conclusão do gênero não seria de fato coerente com o estado atual da responsabilidade civil, seja sob o plano legislativo, seja sob o jurisprudencial, e comprometeria a capacidade do ordenamento jurídico de tutelar, eficazmente, alguns dos mais significativos direitos fundamentais do homem.

Em realidade, o problema da reparabilidade do *dano-consequência* colocou-se, historicamente, com o propósito de ampliar o ressarcimento às consequências do fato ilícito que não eram previstas, nem previsíveis da parte do seu autor.

⁹² Cass., 17 gennaio 2018, n. 901, in Resp. Civ. Prev., 2018, p. 863, nota ZIVIZ, P. *Di che cosa parliamo quando parliamo di danno non patrimoniale?*; in Danno Resp., 2018, p. 463, nota de PONZANELLI, G. *Danno non patrimoniale: l'abbandono delle Sezioni Unite di San Martino, e de BIANCHI, A. Il danno alla persona secondo le sentenze Travaglino e Rossetti*, no qual se afirma, se bem que em um obter *dictum*, que um dano existencial pode ser reconhecido nas hipóteses de *stalking*, mesmo que a vítima não tenha sofrido lesões físicas, mas exclusivamente uma alteração dos hábitos de vida e de suas relações, como consequência do comportamento do causador do dano.

⁹³ Cf. Cour de cassation, 5 novembre 1996, in Sem. Jur., 1997, II, p. 22805, nota de RAVANAS, J.; Sem. Jur., I, p. 4205, nota de VINEY, G.; in Rev. Trim. Dr. Civ., 1997, p. 632, nota de HAUSER, J.

⁹⁴ Ver Cass., Sez. un., 11 de novembro de 2008, nn. 26972, 26973 e 26975, cit.; Cass., 23 de janeiro de 2014, n. 1361, cit. 91.

⁹⁵ Nesse sentido, cf. Cass., 28 de fevereiro de 2019, n. 5809, in Guida Dir., 2019, 18, p. 54.

Em particular, a origem histórica do atual art. 1.231-4 do Código Civil francês, o qual constitui o arquétipo do art. 1.223 do Código Civil italiano⁹⁶, pode ser rastreada em alguns parágrafos do Tratado das Obrigações de Pothier⁹⁷, no qual se suscitou a dúvida acerca da reparabilidade de “outros danos sofridos, que fossem um prolongamento, mais distante e mais indireto, do dolo do seu devedor”⁹⁸.

A intenção de Pothier era, assim, a de estender o ressarcimento aos danos que não eram previsíveis pelo causador do dano, como no caso em que o vendedor, consciente de que uma das reses do rebanho estivesse doente, mesmo assim a entregasse ao comprador, com a consequência de que o restante do rebanho do adquirente resultasse contagiado e a sua fazenda fosse à ruína. Frente à pergunta se o vendedor, seguramente responsável pelas perdas causadas ao rebanho do comprador⁹⁹, deveria também arcar pelos danos decorrentes da ruína econômica da atividade rural do adquirente, Pothier respondia do seguinte modo¹⁰⁰: “Não se deveria compreender, no âmbito das perdas e danos imputáveis ao devedor por força de seu dolo, aqueles que não somente constituem uma consequência distante da conduta do causador do dano, como também não são uma decorrência necessária, e que podem advir de outras causas”¹⁰¹.

O princípio se demonstrou um instrumento eficaz para afrontar os problemas da responsabilidade civil ligados à existência de um risco e para resolvê-los mediante um balanceamento com os requisitos da culpa e do nexa causal¹⁰², os quais têm também a função de proteger o causador do dano de

⁹⁶ Cf. VISINTINI, G. *Trattato breve della responsabilità civile*. 3. ed. Padova, p. 680 ss.

⁹⁷ POTHIER, R. J. *Traité des obligations*. Paris, 2011. n. 167.

⁹⁸ [NT]: em francês, no original: “Autre dommages que l’ai soufferts, qui sont une suite plus éloignée et plus indirecte du dol de mon débiteur”.

⁹⁹ POTHIER, R. J. *Traité des obligations*. Paris, 2011. n. 166. Trata-se do problema disciplinado pelo art. 1.494, inciso 2, do Código Civil italiano.

¹⁰⁰ *Ibidem*, n. 167.

¹⁰¹ [NT]: em francês, no original: “On ne doit pas comprendre dans les dommages et intérêts dont un débiteur est tenu pour raison de son dol, ceux qui non seulement n’en sont qu’une suite éloignée, mais qui n’en sont pas une suite nécessaire, et qui peuvent avoir d’autres causes”.

¹⁰² Para uma discussão do tema, cf. DYSON, M. (Org.). *Regulating Risk through Private Law*. Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, em particular os capítulos de WESTER-OUISSÉ, V.; TAYLOR, S.; FAIRGRIVE, D. Risk and French Private Law (ivi, p. 55 ss.) e di COGGIOLA, N.; GARDELLA-TEDESCHI, B. Risk and Italian Private Law (ivi, p. 113 ss.). Cfr. Também INFANTINO, M. I.; ZERVOGIANNI, E. The European Way to Causation. in INFANTINO, M.; ZERVOGIANNI, E. (Org.). *Causation in European Tort Law*. Cambridge, 2017. p. 85 ss. Sobre o tema específico dos danos decorrentes de vacinação,

uma responsabilidade ressarcitória potencialmente ilimitada, ou, ainda, excessivamente gravosa.

Isso não significa, todavia, que, segundo Pothier, o dano-evento não fosse reparável enquanto tal, mas, isso sim, que o seria apenas na medida em que previsível pelo causador do dano, por seu dolo ou sua culpa: é então que, abrindo o caminho para a compensação do dano-consequência, que não era previsível, por definição, pelo causador do dano, Pothier entendeu subordiná-lo à verificação que este constitui uma consequência direta do ato ilícito – um requisito que não era exigido para o dano-evento, já que este era imputável em função da negligência de quem o tinha causado.

O art. 1.235 do Código Civil francês, constante do projeto de reforma da responsabilidade civil, pelo qual é reparável todo prejuízo certo, resultante de um dano¹⁰³, deveria ser lido no sentido de que o ressarcimento do aludido dano-consequência se assemelha àquele do dano-evento, causado pela conduta culposa do ofensor (e disciplinado pelo art. 1.241 do Código Civil francês, segundo o projeto de reforma).

Em outras palavras, a razão justificadora do proposto art. 1.235 do Código francês deve residir na extensão do ressarcimento ao dano-consequência (mesmo que com requisitos mais rigorosos) e não pela exclusão do dano-evento enquanto tal.

O desenvolvimento, em alguns ordenamentos, de uma figura de ilícito qualificável como “intromissão na esfera de intimidade” mostra como o dano-evento, ou a violação da privacidade, independentemente da divulgação ou exploração de informações pessoais¹⁰⁴, é reparável em si mesmo, ainda quando não resulta em danos pecuniários (como a exploração econômica de informações confidenciais) ou extrapatrimoniais (como a divulgação de informações confidenciais relacionadas à vida pessoal e familiar)¹⁰⁵. Considerações do mesmo

ver BORGHETTI, J. S. Litigation on hepatitis B vaccination and demyelinating diseases in France: breaking through scientific uncertainty? In: MARTÍN-CASALS, M.; PAPAYANNIS, D. M. (Org.). *Uncertain Causation in Tort Law*. Cambridge, 2016. p. 11 ss.

¹⁰³ [NT]: “Art. 1.235. [*e*]st réparable tout préjudice certain résultant d’un dommage”.

¹⁰⁴ Para um exame da jurisprudência mais recente nos ordenamentos da *common law*, ver: VARUHAS, J. N. E.; MOREHAM, N. A. M. (Org.). *Remedies for Breach of Privacy*. Oxford, 2018.

¹⁰⁵ Ver, a respeito, CHAMBERLAIN, E. Snooping: How Should Damages be Assessed for Harmless Breaches of Privacy? In: BARKER, K.; FAIRWEATHER, K.; GRANTHAM, R. (Org.). *Private Law in the 21st Century*. Oxford, 2017. p. 389 ss.; VARUHAS, J. N. E. Varieties of Damages for Breach of Privacy.

tipo valem para as condutas discriminatórias, particularmente aquelas proibidas pelo Direito europeu¹⁰⁶.

O acolhimento de ações de ressarcimento, nesta área, levou a doutrina a conceber a categoria de “indenização reivindicatória” (*vindictory damages*)¹⁰⁷, a qual, permanecendo desprovidos de qualquer função punitiva ou dissuasiva, teria o objetivo peculiar de proteger os direitos humanos fundamentais¹⁰⁸.

No que diz respeito ao Direito italiano, justificam-se, assim, os mais recentes posicionamentos da Terceira Seção da Corte de Cassação, segundo os quais a reparabilidade do dano à pessoa (seja esse causado pela violação do direito à saúde¹⁰⁹ ou, ainda, de outro direito constitucionalmente garantido)¹¹⁰, não exclui o ulterior ressarcimento do dano moral subjetivo que seja dele decorrente¹¹¹.

In: VARUHAS, J. N. E.; MOREHAM, N. A. (Org.). Op. cit., p. 55; STEVENS, R. *Damages for Wrongdoing in the Absence of Loss*, ivi, p. 97; MOREHAM, N. A. *Compensating for Loss of Dignity and Autonomy*, op. cit., p. 125; DESCHEEMAER, E. *Claimant-Focused Damages in the Law of privacy*, ivi, p. 143.

¹⁰⁶ Para um quadro geral, cf. BELAVUSAU, U.; HENRAD, K. (Org.). *Eu Anti-Discrimination Law Beyond Gender*. Oxford, 2019; MULDER, J. *Eu Non-Discrimination Law in the Courts*. Approaches to Sex and Sexualities Discrimination in EU Law. Oxford, 2017.

¹⁰⁷ Sobre o tema, cf. EDELMAN, J. *Vindictory Damages*. In: BARKER, K.; FAIRWEATHER, K.; GRANTHAM, R. (Org.). *Private Law in the 21st Century*. Oxford, 2017. p. 343 ss.; VARUHAS, J. N. E. *Varieties of Damages*, cit., p. 36 ss.

¹⁰⁸ No caso *Rees c. Darlington Memorial Hospital NHS Trust*, in publications.parliament.uk, a *House of Lords* teve de decidir sobre o caso de uma mulher, incapacitada, que se submeteu a uma intervenção de esterilização, porque temia não ter condições de enfrentar as dificuldades da gravidez; a esterilização, porém, não é bem-sucedida e ela engravida, dando à luz a um menino (sadio). A *House of Lords* acolhe seu pedido de ressarcimento de danos relativamente aos médicos que realizaram o procedimento, sob o fundamento seguinte: “[the] award would not be, and would not intended to be, compensatory. It would not be the product of calculation. But it would not be a nominal, let alone a derisory, award. It would afford some measure of recognition of the wrong done”.

¹⁰⁹ Cass., ord., 27 marzo 2018, n. 7513, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2018, p. 836, nota de PONZANELLI, G. *Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale e la pace all'interno della terza sezione*; in *Resp. Civ. Prev.*, 2018, p. 863, nota de ZIVIZ, P. *Di che cosa parliamo quando parliamo di danno non patrimoniale?*, in *Danno Resp.*, 2018, p. 456, notas de PONZANELLI, G. *Danno non patrimoniale*, cit.; e BIANCHI, A. *Il danno alla persona secondo le sentenze Travaiglino e Rossetti*.

¹¹⁰ Cass., 17 gennaio 2018, n. 901, cit.

¹¹¹ Permanece, porém, problemática a relação dos danos denominados biológicos com aqueles qualificados como dinâmico-relacionais (ou existenciais): cf. Cass., ord., 27 março de 2018, n. 7513, cit., de um lado; e, de outro, Cass., 17 janeiro de 2018, n. 901, cit.; nonché Cass., 31 maggio 2018, n. 13770, in *Danno Resp.*, 2018, p. 453, con note di G. Ponzanelli, o.u.c.

O grau constitucional dos interesses em jogo poderia ser suficiente para justificar tais soluções como excepcionais, ou em qualquer caso especiais, na medida em que exercem a função de proteção dos direitos fundamentais do homem¹¹². É oportuno, todavia, que os novos desenvolvimentos da responsabilidade civil não fiquem restritos a compartimentos estreitos; mas, ao contrário, sejam integrados no sistema geral da responsabilidade civil, contribuindo para modernizá-lo e melhorá-lo.

Submissão em: 05.12.2020

Avaliado em: 11.01.2021 (Avaliador A)

Avaliado em: 24.02.2021 (Avaliador B)

Aceito em: 26.03.2021

¹¹² Para uma análise aprofundada, ver VARUHAS, J. N. E. *Damages and Human Rights*. Oxford, 2016. p. 13 ss. Para algumas referências nacionais sobre o tema, cf. BAGINSKA, E. (Org.). *Damages for Violation of Human Rights. A Comparative Study of Domestic Legal Systems*, Cham, 2016; para uma visão comparatista, BAGINSKA, E. (Org.). *Damages for Violation of Human Rights: A Comparative Study of Domestic Legal Systems*. Cham, 2016. p. 443.