

# DANO NÃO ENUMERADO NÃO É DANO NÃO INDENIZÁVEL: UMA ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE A INDENIZABILIDADE DOS “NOVOS DANOS” E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, COM ÊNFASE NO DIREITO À PRIVACIDADE<sup>1</sup>

*NON-ENUMERATED DAMAGES ARE NOT NON-INDEMNIFICATION DAMAGES: AN APPROACH ABOUT THE RELATION BETWEEN THE “NEW DAMAGES” INDEMNIFICATION AND THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS, ESPECIALLY THE RIGHT TO PRIVACY*

**Mártin Haeberlin<sup>2</sup>**

Doutorando e Mestre em Direito pela PUCRS

**RESUMO:** O presente artigo aborda a indenizabilidade dos chamados “novos danos”, isso é, danos extrapatrimoniais que podem ser caracterizados por serem não enumerados ou por serem distintos do dano moral. Isso é realizado, primeiramente, com uma releitura da responsabilidade civil promovida pela “constitucionalização do direito privado”, releitura da qual surge a caracterização dos “novos danos”, entre os quais o dano à privacidade. Em um segundo momento, enfrentam-se os óbices argumentativos ao ressarcimento dos novos danos e, na seqüência, demonstra-se a relação

interna entre a indenizabilidade desses danos e a eficácia dos direitos fundamentais relacionados aos bens lesados. Ato contínuo, segue-se uma proposta de classificação desses “novos danos” e algumas notas sobre o dano à privacidade, demonstrado a partir de uma breve análise de caso sobre vazamento de dados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos não enumerados e danos não enumerados; direito à privacidade e dano à privacidade; “novos danos”; indenizabilidade; direito privado (constitucionalização); eficácia dos direitos fundamentais.

<sup>1</sup> O presente artigo é uma versão reduzida de parecer, não publicado, sobre o caso relatado no item 3.5.

<sup>2</sup> Bolsista PROBOLSA (PUCRS). Professor de Teoria Geral do Direito e Teoria Geral do Direito Civil (Laureate/UniRitter). Advogado.

**ABSTRACT:** *This paper approaches the indemnification of the so called “new damages”, that is, extrapatrimonial damages which are or non-enumerated or distinct of moral damages. This is accomplished, first, with a rereading of tort law promoted by the “constitutionalization of Private Law”, from what arises the characterization of “new damages”, among which the damage to privacy. Second, the argumentative obstacles to the “new damages” compensation are faced and, following, is demonstrated the internal relation between this damages’ indemnification and the effectiveness of fundamental rights related to the damages. Hereafter, there is a proposed classification of the “new damages” and some notes about the damage to privacy demonstrated from a case study about data leakage.*

**KEYWORDS:** *Non-enumerated rights and non-enumerated damages; right to privacy and damage to privacy; “new damages”; indemnification; private law (constitutionalization); effectiveness of fundamental rights.*

**SUMÁRIO:** *Introdução; 1 Uma releitura do Direito Privado por sua constitucionalização; 2 A releitura no âmbito da responsabilidade civil e o problema da “concepção abrangente” do dano moral; 3 Os “novos danos” e sua correspondente indenizabilidade; Considerações finais; Referências.*

**SUMMARY:** *Introduction; 1 A rereading of Private Law by its constitutionalization; 2 The rereading in tort law field and the problem of moral damages’ “broad conception”; 3 The “new damages” and its correlate indemnification; Conclusions; References.*

*No matter how deplorable or injurious an act may be, if it does not create a right to recover damages, whatever else it may be, it is not a tort. [...] Thus, no matter how many pages in law reviews and appellate reports are devoted to defining, refining, and limiting the elements of the “tort” of invasion of privacy, unless the victim has an effective right to recover damages, it is not a tort. (Dorsey Ellis Jr., Damages and the Privacy Tort)*

## INTRODUÇÃO

**É** conhecida a temática dos chamados direitos não enumerados, isso é, direitos que se podem proclamar constitucionais embora não constem explicitamente do catálogo de direitos fundamentais estabelecidos em uma Constituição, pelo fato de, por seu conteúdo, fazerem parte do conceito material dessa Constituição. São, pois, direitos que, mesmo fora do “texto constitucional”, encontram-se implícitos no “arcabouço constitucional” e, em razão disso, merecem igual proteção daqueles formalmente estabelecidos.

Esse exercício de raciocínio, realizado para a caracterização de direitos fundamentais, não se costuma realizar, todavia, para a caracterização dos danos a direitos fundamentais. Ocorre que, do mesmo modo que se pode falar em *direitos* não enumerados, poder-se-ia falar em *danos* não enumerados<sup>3</sup>, inclusive porque, vale lembrar, a própria indenização dos danos material, moral e à imagem é listada, na Constituição, como direito fundamental.

Do fato de alguns danos não serem enumerados (os chamados “novos danos”, que, na prática, tendem a se mostrar como os danos distintos do dano moral), há quem conclua pela impossibilidade de sua indenização. Tal argumento, porém, merece ser enfrentado desde a Constituição, na consideração de que a indenizabilidade dos danos a direitos fundamentais (de personalidade) é um mecanismo para a eficácia desse direito fundamental, como se pode perceber pelo exemplo do dano à privacidade.

## 1 UMA RELEITURA DO DIREITO PRIVADO POR SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Encontrada passagem de Jean Carbonnier ensina que o Direito Civil, todo ele, vê-se amalgamado em três pilares. São eles o contrato, a propriedade e a família<sup>4</sup>. Poder-se-ia acrescentar a esses a responsabilidade ou mesmo renomear os pilares, como fez Luiz Edson Fachin, nominando-os, respectivamente, trânsito jurídico, regime das titularidades e projeto parental<sup>5</sup>. Mas as modificações de fundo na sugestão taxionômica do renomado civilista francês fadaram-se à bancarrota. No universo das relações privadas, os corpos dos institutos são – sempre foram e sempre serão – gravitados nesses três sois, fazendo-se atraídos invariavelmente por alguns deles e não raro por todos ao mesmo tempo.

Se não se podem dizer alterados os pilares que arraigam o Direito Civil, mister concluir que o mesmo não se pode dizer do seu significado. Conservam-se os pilares; os seus conteúdos, porém, apresentam-se significativamente modificados<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> A Constituição enumera os seguintes danos: material, moral e à imagem (art. 5º, V); nuclear (art. 21, XXIII, alínea d); ao meio ambiente (art. 24, VIII); ao consumidor (art. 24, VIII); e ao patrimônio cultural – bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 24, VIII, c/c art. 216, § 4º).

<sup>4</sup> CARBONNIER, Jean. *Flexible Droit: por une sociologie du droit sans riguer*. 10. ed. Paris: LGDJ, 2001.

<sup>5</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 26.

<sup>6</sup> Perpassando, em boa síntese, algumas dessas modificações, vide: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson

O contrato é ainda elemento centralizador da disciplina do trânsito de bens. No entanto, deixou de se situar no campo da autonomia pura e passou a receber especial significação na sociedade de consumo, onde nasce uma emergente necessidade de proteção de relações estabelecidas alheamente às escolhas e tem na essencialidade o seu móbil.

A propriedade, com significação diversa ao longo de diversos períodos históricos<sup>7</sup> e por anos entendida como “o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta”, na esteira da prescrição contida no art. 544 do Código de Napoleão, tem hoje o seu protagonismo vazio de sentido sem a concomitante funcionalização, não apenas porque o ordenamento jurídico assim o prevê<sup>8</sup>, e sim porque se considera que ela “não é garantida em si mesma, mas como um instrumento de proteção aos valores fundamentais”<sup>9</sup>.

A família, instituição das mais íntimas relações entre as pessoas, abandona a característica da subserviência levada a cabo pelo patriarcalismo e consagra a igualdade interna, mitiga o clanismo para permitir a monoparentalidade, suspende a manutenção das relações de poder e as substitui pela prodigalidade do afeto, entre outras modificações.

Quer se deixe abarcar a disciplina da responsabilidade em um desses pilares, quer não, fato é que essas mudanças nas querências civilistas sentiram-se no trato da responsabilidade civil, isso é, do estudo cujo objetivo consiste em “definir, entre os inúmeros eventos danosos que se verificam quotidianamente, quais deles devam ser transferidos do lesado ao autor do dano, em conformidade com as ideias de justiça e equidade dominantes na sociedade”<sup>10</sup>.

A responsabilidade civil viu-se mesmo modificar. Soltando-se de velhos grilhões, passou a ser complexa, multifuncional e multifacetada<sup>11</sup>. Complexa, porque abrange responsabilidades do tipo direta (art. 186 do Código Civil),

---

(Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 10-11.

<sup>7</sup> Cf. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

<sup>8</sup> Como fazem os arts. 5º, XXIII, e 170, III, da Constituição Federal e os parágrafos do art. 1.228 do Código Civil, entre outros.

<sup>9</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. In: STROZAKE, Juvelino José (Org.). *A questão agrária e justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

<sup>10</sup> Zweigert e Kotz apud FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. *Revista do TST*, Brasília, v. 76, n. 1, p. 17, jan./mar. 2010.

<sup>11</sup> Essas características, embora não necessariamente com essa nomenclatura e sistematização, foram subtraídas da combinação do texto de Eugênio Facchini Neto, acima citado, e de anotações de palestra

indireta (arts. 932, 936 e 937 do Código Civil) e securitizada (como ocorre com o seguro obrigatório DPVAT e no acidente do trabalho); multifuncional, porque a função da responsabilidade civil deixou de ser meramente reparatória-compensatória<sup>12</sup>, surgindo outras funções, como a punitiva e a dissuasória; multifacetada, porque, no núcleo da extrapatrimonialidade, passaram a se vislumbrar novos danos que não apenas o chamado dano moral puro.

Todas essas modificações são parte daquilo que, na doutrina brasileira, convencionou-se chamar constitucionalização do Direito Civil.

A rigor, a constitucionalização é um substrato de um fenômeno mais abrangente que se inicia com a descodificação, explicitada pela reconfiguração do Direito Civil em estatutos que orbitam um Código antes totalizante, e tem, como *ratio essendi*, a personalização (ou socialização), ilustrada na passagem do sujeito patrimonializado para o sujeito axiológico<sup>13</sup>, que prefere o “ser” ao “ter”, ou, de um modo a nós aprazível, a “propriedade de ser” à “propriedade do ser”. Constitucionalizado, o Direito Civil rompeu a dicotomia “direito público/direito privado” – e, nessa estrada de mão dupla, o público também se privatiza –, seja para conceder *status* constitucional a matérias de reserva privatística (como defesa do consumidor, política urbana, família, entre outras), seja, principalmente, para promover aquilo que se usou chamar “filtragem constitucional”<sup>14</sup>, em referência à hermenêutica que adjudica a todos os ramos

---

ministrada pelo mesmo autor, intitulada “Os novos danos e a responsabilidade civil: uma abordagem de direito comparado”, realizada na UFRGS, em 18 de maio de 2011.

<sup>12</sup> Adota-se, aqui, a noção de que a indenização para danos patrimoniais possuem, originariamente, função reparatória preponderante enquanto os danos extrapatrimoniais possuem, originariamente, função compensatória (ou satisfatória) preponderante, diante da inexistência de conteúdo econômico. Cf. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 271-272; e Facchini, op. cit., p. 28.

<sup>13</sup> Cf. MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. 2. tir. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000. p. 89-111; FACHIN, Luiz Edson. Virada de Copérnico: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

<sup>14</sup> Cf. SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999; BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 44.

do Direito um mandamento de obediência aos preceitos, explícitos e implícitos, da Constituição<sup>15</sup>.

Todo esse representativo percurso de transformação axiológica, que destrona o patrimônio – e, com ele, a autonomia de quem o detém – para coroar a dignidade humana, não pode passar despercebido do operador do Direito, não apenas no estudo acadêmico, mas também quando provocado na prática forense a se portar diante delas.

O preço de sua desatenção a essa história, não raro, pode ser equivalente ao preço da desatenção à pessoa que lhe dirige a palavra.

## **2 A RELEITURA NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O PROBLEMA DA “CONCEPÇÃO ABRANGENTE” DO DANO MORAL**

No cenário aqui desenhado, quando se busca responder a uma pergunta sobre existência de danos, notadamente não patrimoniais, imprescindível ter-se em conta: a) as modificações operadas nos pilares do Direito Civil (e na disciplina da responsabilidade); b) o norte epistemológico dessas modificações, especialmente para deixar presente, no exame da existência de dano, que o patrimônio não é mais o reduto único e indefectível do Direito Civil.

Só assim, na consciência da proteção à pessoa humana como arqueologia inapelável dos deveres jurídicos extraídos do ato ilícito contratual ou extracontratual, assume-se com precisão a importância de entender e aplicar a proteção aos bens de ordem imaterial, um dos quais – o mais comum em nossa prática – tem a sua expressão no aspecto moral do indivíduo.

O reflexo dessa nova concepção do Direito Civil no âmbito da responsabilidade civil é visível na criação de uma jurisprudência prodigiosa – não sem algumas oscilações e falta de sistematização – na ampliação de fatos que ensejam indenização por danos morais, em casos que afetam, de algum modo, direitos de personalidade (não necessariamente vinculados apenas ao aspecto moral do indivíduo, mas à liberdade, à privacidade, à criação intelectual, etc.), matéria que sequer recebia disciplina normativa própria no Código Civil de 1916.

---

<sup>15</sup> Sobre o tema da constitucionalização: MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 65, jul./set. 1993; TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Emblemático dessa modificação de pensamento acerca dos danos morais é o caso que podemos alcunhar “caso Maitê Proença”, amplamente difundido na mídia de seu tempo<sup>16</sup>. Em sede de recurso especial, a Ministra Nancy Andrighi, conduzindo reforma a um passadista acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, cunhou que se tratava da “norma jurídica incidindo sobre o acontecimento íntimo que se concretiza no mais recôndito da alma humana, mas que o direito moderno sente orgulho de abarcar, pois somente uma compreensão madura pode ter direito reparável, com tamanha abstratividade”<sup>17</sup>.

Com efeito, o esforço em traduzir a norma jurídica em eficácia dos direitos fundamentais demonstra um estado d’arte do Direito do qual um povo deve se orgulhar, pois mostra que esse povo logrou afastar-se do vezo oitocentista para reconciliar o Direito à pessoa humana no lugar de estacionar os seus conflitos na pureza de um conjunto de enunciados produzidos na quimera – por definição inalcançável – de clareza, coerência e completude<sup>18</sup>.

Não é senão desde tal ponto-de-apoio metodológico que Maria Celina Bodin de Moraes extrai a conclusão:

Tendo-se como ponto de partida tal entendimento, decorre logicamente que a unidade do ordenamento é dada pela pessoa humana e à sua dignidade, como já exposto; portanto, em sede de responsabilidade civil, e, mais especificamente, de dano moral, o objetivo a ser perseguido é oferecer a máxima garantia à pessoa humana, com prioridade, em toda e qualquer

<sup>16</sup> Em síntese, a atriz Maitê Proença fez um ensaio fotográfico nu para revista masculina de uma determinada editora. Posteriormente, outra editora reproduziu, em um jornal, uma das fotografias do ensaio com um dos seios da atriz à mostra. Tratava-se, portanto, de utilização de imagem em publicação diversa daquela com quem a atriz havia contratado. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, apreciando recurso, condenou apenas ao pagamento de danos materiais, negando o direito de indenização por danos morais, sob o argumento de que se tratava de mulher bonita, de modo que “o uso inconstentido da imagem não acarretou para a pessoa fotografada dor, tristeza, mágoa, sofrimento, vexame, humilhação, tendo-lhe proporcionado, ao revés, alegria, júbilo, contentamento, satisfação, exultação e felicidade”. Acrescentou o desembargador relator que, fosse “mulher feia”, aí sim se poderia cogitar de dano moral.

<sup>17</sup> STJ, REsp 270.730, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Relª p/o Ac. Min. Nancy Andrighi, Julgamento em 19.12.2000.

<sup>18</sup> Sobre “a ideologia dos 3 cês”, vide: Facchini Neto, Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado..., p. 20.

situação da vida social em que algum aspecto de sua personalidade esteja sob ameaça ou tenha sido lesado.<sup>19</sup>

A autora, como se percebe, adota aquilo que podemos chamar uma “concepção abrangente” dos danos morais, conceituando-os como “as lesões sofridas pela pessoa humana em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal o conjunto de tudo o que não é suscetível de valoração econômica”<sup>20</sup>. Desde o seu conceito, que intenta a tutela da pessoa humana antes da tutela de sua moralidade, são passíveis de responsabilização quaisquer ações cometidas contra a esfera extrapatrimonial do indivíduo, não exclusivamente à moralidade.

Tal “concepção abrangente”, porém, não é seguida majoritariamente, o que se faz sentir em alguns aspectos que têm permanecido intocados na jurisprudência, como, por exemplo, a vinculação do dano moral a situações extremas<sup>21</sup>, a relutância na concessão de indenização por danos morais internos ao contrato<sup>22</sup>, a tentativa de considerar que todo dano não patrimonial é incluindo em um aspecto da honra e da moralidade – excluindo essas ofensas mais gerais aos direitos de personalidade. E a resposta da doutrina para essas questões tende a não diferir da resposta dos pretórios<sup>23</sup>.

Há um equívoco nessa vinculação necessária entre violação da privacidade e caracterização de danos morais, equívoco sentido por se ver presa a extrapatrimonialidade ao aspecto moral do indivíduo. Nessa linha, cair-se-á sempre na tentativa de provar a “violação à moral” da situação geradora do dano, quando a violação à privacidade – e outras ofensas à personalidade – podem

---

<sup>19</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 182.

<sup>20</sup> Moraes, op. cit., p. 155.

<sup>21</sup> “[...] só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 83-84)

<sup>22</sup> “[...] o dano moral pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora as inobservâncias das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante, trata-se, em princípio, de dissabor a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade”. Acrescenta-se, para não induzir a equívoco, que o citado autor não afasta a possibilidade do dano moral pelo inadimplemento. Gonçalves, op. cit., p. 653.

<sup>23</sup> Isso se percebe, por exemplo, em passagem de Maria Helena Diniz, que, após descrever diversas situações de violação à privacidade, termina por as enfeixar na temática corriqueira do dano moral. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2007. p. 105.

ser geradas, e se fazerem indenizáveis, independentemente das características necessárias para a configuração do dano moral.

O maior mérito do conceito abrangente de dano moral é sair do beco onde impera a irresponsabilidade a ofensas da personalidade. Mas, bem que se diga, não se pode criticar as ressalvas da jurisprudência e da doutrina em não adotar o conceito abrangente do dano moral. Isso porque há todo sentido em atrelar o que se chama “dano moral” a um... dano à moralidade. Natural, portanto, que, como dano à moralidade, não se enxergue um dano à saúde, ao nome, à privacidade, etc.

Diferente do que pensavam os convencionalistas, há muito em um nome. Nomes significam e fazem significar. A não adoção do “conceito abrangente” de dano moral parece-nos acertada simplesmente porque a tendência natural das pessoas que o aplicam é se compeliem lexicalmente a tratar o dano moral sob o prisma da ofensa à moralidade.

Apontar mira na luta contra essa realidade, além disso, pode provocar reação adversa, uma vez que o “conceito abrangente” de dano moral é mais frágil à chamada “industrialização”, de modo que a opção pelo conceito estrito, que afeta apenas a dimensão moral e, via de regra, reclama prova do dano, parece mais adequada.

### **3 OS “NOVOS DANOS” E SUA CORRESPONDENTE INDENIZABILIDADE**

#### **3.1 SUPOSTOS ÓBICES AO RESSARCIMENTO DOS “NOVOS DANOS”: DO ARGUMENTO DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL (DANO NÃO ENUMERADO) AO ARGUMENTO DA EXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL (DANO INDENIZÁVEL)**

Como resposta ao problema apontado do “conceito abrangente” de dano moral, mostra-se necessária uma sistemática que, de um lado, abandone a elasticidade desmedida dos danos morais e, de outro, não negue proteção àquelas lesões ao “patrimônio ideal” que não afetam o aspecto moral em si.

É curioso que, embora essa sistemática já exista madura em nossa doutrina<sup>24</sup> (no direito comparado, ela é secular), não se a vê transposta à vida

---

<sup>24</sup> “O atual estágio do direito brasileiro, porém, já permite um debate mais amplo acerca da existência de diferentes modalidades de prejuízos extrapatrimoniais de modo a se alcançar um ressarcimento mais completo e mais preciso em favor da vítima, valorando-se concretamente os danos efetivamente

forense. Ainda mais curiosa é a constatação de que o mais forte argumento para a timidez na propagação dessa sistemática é a crença de que ela enfrenta óbices internos ao ordenamento jurídico (ausência de previsão normativa expressa)<sup>25</sup> quando uma exegese atenta revela conclusão oposta.

Parece-nos atraente, diante da objeção, essa análise normativa.

Informa o princípio da legalidade que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (art. 5º, II, da CF), sendo corolário dele a inexistência de pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX, da CF). Do mesmo modo que se encontram interpretações desses dispositivos, em nosso sentir equivocadas, para fundamentar a impossibilidade de novas funções dos danos, veem-se eles também utilizados para fundamentar a impossibilidade de novas espécies de danos, eis que o ordenamento tende a fazer referência unicamente ao dano moral<sup>26</sup>. A redação dos dispositivos constitucionais, diferente do que ocorre no Código Civil, é “fechada” nas hipóteses de dano material, moral e à imagem. A inconstitucionalidade de novas espécies não se subsume, porém, da Lei Maior.

A um, porque a Constituição não limita expressamente espécies de danos e as suas reparações, como faz, por exemplo, ao regular a aplicação de penas (art. 5º, XLV e XLVI, da CF) ou as vedar (art. 5º, XLVII, da CF). A referência explícita apenas a três espécies deve considerar, também, que o constituinte, naquele estágio da cultura jurídica, não conhecia outras espécies de danos hoje conhecidas<sup>27</sup>.

---

sofridos em toda a sua extensão, o que constitui função do princípio da reparação integral.” (Sanseverino, op. cit., p. 302)

<sup>25</sup> SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 121.

<sup>26</sup> O art. 5º, V, da CF assegura direito à indenização por dano patrimonial, moral e à imagem; o art. 5º, X, assegura direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação à intimidade, vida privada, honra e à imagem; e o art. 186 do CC prescreve como ato ilícito ações que causam dano “ainda que exclusivamente moral”.

<sup>27</sup> *Mutatis mutandis*, lembra-se que as Constituições anteriores não possuíam previsão de dano moral, o que não foi impeditivo para uma jurisprudência vanguardista – e absolutamente acertada! – o construir. Isso é possível, e muitas vezes imperativo, dentro de uma noção aproximada àquela que os norte-americanos chamam *living constitution*, segundo a qual os textos antigos não são e nem devem ser impermeáveis às novas realidades. Sobre o tema, vide: TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000. p. 79-80. Significa que o intérprete tem um dever moral, próprio do ofício, de aproximar o mais possível a lei (considerada em sentido amplo) às pessoas e à realidade, de acordo com o seu fim social. Cf. ZACCARIA, Giuseppe. *Questione di Interpretazione*. Padova: Cedam, 1996. p. 154.

A dois, de longe o mais importante argumento, a Constituição consagra, com aplicação direta e imediata (art. 5º, § 1º, da CF), direitos de personalidade como direitos fundamentais, os quais não são eficazes se subtraídos os meios de sua proteção<sup>28</sup>. A proteção desses direitos, salienta-se, é possível tanto de modo preventivo como repressivo, não a um ou outro direito, mas à cláusula geral da personalidade (art. 12 do Código Civil).

A três, deve o intérprete constitucional estar atento ao fato de que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem consagrado novos danos, como o dano ao projeto de vida<sup>29</sup>, podendo a abertura do catálogo reconhecida no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal ser interpretada não apenas como o recebimento de novos direitos, mas também para redimensionamento protetivo dos já tipificados.

O raciocínio, então, passa a ser o inverso ao da objeção: uma vez que não há vedação constitucional para a indenizabilidade de novos danos, é a Constituição Federal receptiva a eles, notadamente se a gênese dos novos danos invoca a eficácia de direitos fundamentais. Dizer o contrário demandaria comprometer-se com a tese de que a compensação de ofensas a direitos fundamentais seria inconstitucional, o que seria incongruência equivalente a rasgar a Constituição e a sua principiologia mestra. Ausente inconstitucionalidade *ab ovo* da indenizabilidade de novos danos, a sua possibilidade, se não se adstringe, concretiza-se na existência de disposição legal.

E, nesse ponto, inarredável a conclusão de que o Código Civil abre espaço para a concretização de novos tipos de danos. O faz em quatro dispositivos: o primeiro é citado art. 12, que prevê reparação de perdas e danos para ofensa a direito de personalidade; o segundo é o art. 186, segundo o qual o ato ilícito ocorrerá com a existência de “dano, ainda que exclusivamente moral”; o terceiro é o art. 927, com redação assemelhada ao anterior, que ordena a reparação para aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem; e o quarto é o art. 944, que prescreve medir-se a indenização pela extensão do dano.

<sup>28</sup> Vale lembrar que “o termo ‘eficácia’ engloba indubitavelmente uma múltipla gama de aspectos passíveis de problematização e análise, ainda que esta se restrinja ao direito constitucional, constituindo, além disso, ponto nevrálgico para o estudo da Constituição, na medida em que intimamente vinculado ao problema da força normativa de seus preceitos” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 207).

<sup>29</sup> Facchini Neto, *Os novos danos e a responsabilidade civil* [palestra anteriormente citada].

Digno de nota que nenhum desses dispositivos autoproclama-se restrito a um dano específico. Em todos os quatro, o termo “dano” aparece de modo genérico. Sobre o trecho citado do art. 186, a sua leitura possível é aquela que entende realçada, pelo legislador, a possibilidade de dano moral, e não a sua exclusividade. É errada – e não apenas ruim – a exegese do dispositivo em sentido que tenha “exclusivamente” como sinônimo de “apenas”, em entendimento de que apenas o dano moral é passível de indenização. Quanto aos demais dispositivos, a proteção, a causação e a extensão do dano não vêm aprioristicamente restringidas, não cabendo ao intérprete fazer essa restrição onde a lei não a faz<sup>30</sup>.

O art. 12 do Código Civil seria suficiente para demonstrar que o dano pode ocorrer a qualquer direito de personalidade. Mas, na presente linha argumentativa, avulta a importância do art. 944, segundo o qual a medida da indenização é a extensão do dano. Isso porque, desde a sua exegese, percebe-se que a indenização possui uma relação necessária de equivalência com o dano sofrido. O dano, sem qualquer ressalva ao bem jurídico lesado, deve ser reparado em toda a sua extensão. Trata-se do princípio da reparação integral.

O tema recebeu extenso tratamento em tese de doutoramento de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, para quem “[o] princípio da reparação integral ou plena, ou da equivalência entre os prejuízos e a indenização, conforme já aludido, busca colocar o lesado, na medida do possível, em uma situação equivalente à que se encontrava antes de ocorrer o fato danoso”<sup>31</sup>. Pontes de Miranda, citado por Sanseverino, abriu de há muito esse caminho: “[...] o que se há de indenizar é todo o dano. [...] por ‘todo o dano’ se há de entender o dano em si e as repercussões do dano na esfera jurídica do ofendido; portanto, tudo que o ofendido sofreu pelo fato que o sistema jurídico liga ao ofensor [...]”<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Sinala-se, quanto a essa afirmação, que não se trata de prolar o velho brocardo, segundo o qual “*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*”. O que se advoga é que a restrição no texto legal, acaso produzida, virá do intérprete (não do texto) e virá para pior. Pior no sentido de destonar o sistema jurídico, que, desde Canaris, pode ser considerado uma “ordem axiológica de princípios gerais de Direito” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Clouste Gulbenkian, 1989. p. 77-78). Pior porque alienada à “nova hermenêutica” e acorrentada à “velha”, que é aquela da ausência de normatividade dos princípios sustentadores dos direitos fundamentais. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 259.

<sup>31</sup> Sanseverino, op. cit., p. 34 e 48, citação no original.

<sup>32</sup> Pontes de Miranda apud Sanseverino, idem, p. 50, grifo no original.

O princípio da reparação integral, preenche de significado em tempo de profundas modificações operadas no campo da responsabilidade, notadamente em razão da perigosa combinação entre sociedade de risco e novas tecnologias<sup>33</sup>, a toda evidência, ilumina o caminho do intérprete no sentido da contemplação abrangente – e não restritiva – das hipóteses de dano, eis que o seu mote é exatamente tornar ao *status quo ante* ao ilícito, o que se faz o reparando em sua integralidade. Indenizar o dano em toda a sua extensão, leia-se, é indenizar todos os danos em todas as suas extensões. Os danos sofridos pelas pessoas, assim como as pessoas que sofrem os danos, não podem ser discriminados em nosso ordenamento.

É desde essa matriz teórica que, lançando mão da interpretação sistemática dos dispositivos legais citados (e, aqui, essa interpretação alcança especialmente o catálogo dos direitos fundamentais), faz-se inarredável a conclusão de que o sistema jurídico brasileiro consagra novos danos, notadamente novos danos extrapatrimoniais (além dos danos moral, à imagem e estético), identificáveis em todos e em cada um dos direitos de personalidade protegidos pela Constituição, tais como o direito à integridade física (art. 5º, *caput*, II e XLVII), o direito à liberdade de crença (art. 5º, VI), o direito à criação intelectual (art. 5º, XXVII e XXVIII), o direito à privacidade (art. 5º, X, XII e LX), entre outros. Na esteira da proteção a esses direitos, criam-se, por similitude, os respectivos danos extrapatrimoniais (não excluindo eventuais danos patrimoniais a eles atinentes) à integridade física, à liberdade de crença, à criação intelectual, à privacidade, e assim por diante.

Tal leitura, que, sem pretensão de ser a única, parece-nos a melhor possível – pois é aquela que vai ao encontro da proteção desses direitos fundamentais de personalidade –, mostra, inclusive, aguadas as discussões da matéria sob o prisma da adoção, pelo nosso ordenamento, do sistema da tipicidade ou da atipicidade na reparação do dano<sup>34</sup>. Primeiro porque, por analogia, devemos enfrentar a possibilidade de proteção dos “danos não enumerados” – chamemo-los assim

<sup>33</sup> A vinculação entre responsabilidade e sociedade de risco é tratada amiúde em: HOFMEISTER, Maria Alice Costa. *O dano pessoal na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Sobre a questão das novas tecnologias, ligadas à responsabilidade, vide: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; EIFERT, Martin. *Innovationsverantwortung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

<sup>34</sup> Situando a polêmica, diz-se que os sistemas de atipicidade (vigentes, por exemplo, na França e Itália) são aqueles abertos, em que há uma cláusula geral de responsabilidade a ser trabalhada pela doutrina e jurisprudência, enquanto os sistemas de tipicidade (aplicados na Alemanha e em Portugal), ainda que possuam uma cláusula geral de ato ilícito, a complementam com exemplificação de fatos, disciplina de efeitos, tabelamento de valores, etc. Cf. Sanseverino, op. cit., p. 193.

– com as mesmas armas argumentativas com que se enfrenta a proteção dos chamados direitos não enumerados<sup>35</sup>. Segundo, porque, como se pode observar, a legislação existente é bastante em si para a indenizabilidade dos novos danos sob o instrumental da proteção dos direitos de personalidade.

Gize-se, para evitar equívocos interpretativos: a correspondência de um dano para cada direito de personalidade não é a única forma de proteção dos direitos de personalidade. Sequer é a melhor, posto que as respostas preventivas tendem a ser sempre mais eficazes. Mas, extreme de dúvidas, a indenizabilidade desses novos danos faz-se um importante mecanismo de proteção, à qual os operadores do Direito não podem permanecer desatentos.

### **3.2 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE COMO EIXO DA INDENIZABILIDADE DOS “NOVOS DANOS”**

Não falta, pois, previsão normativa para a proteção dos novos danos. O que falta ao Direito brasileiro é, simplesmente, conectar os pontos, ligar no cotidiano forense dois assuntos que já receberam destaque e aprofundados estudos na doutrina nacional, não obstante na maioria das vezes cada qual permaneça em um *corner* distanciado do outro: o já clássico tema da responsabilidade civil e o contemporâneo tema da tutela da personalidade<sup>36</sup>.

Com efeito, especialmente desde a promulgação do Novo Código Civil, mormente em razão de capítulo inserto na Parte Geral, os direitos de personalidade vem recebendo um número crescente de estudos. O potencial de aplicação desses estudos a cada um dos pilares do Direito Civil, todavia, pode-se dizer ainda pouco explorado.

Que são, então, direitos de personalidade?

---

<sup>35</sup> Sobre o tema, na doutrina estrangeira, vide: FARBER, Daniel. *Retained by the People: the “silent” Ninth Amendment and the constitutional rights americans don’t know they have*. New York: Basic Books, 2007; DWORKIN, Ronald. Unenumerated Rights: whether and how *Roe* should be overruled. *The University of Chicago Law Review*, The Bill of Rights in the Welfare State: a Bicentennial Symposium, winter, v. 59, n. 1, p. 381-432, 1992. Na doutrina nacional, vide: Sarlet, op. cit., p. 91 e ss.

<sup>36</sup> Sobre o tema dos direitos de personalidade e sua tutela, vide: TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre a tutela dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos de personalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Em ensaio referencial, Gustavo Tepedino ensina que são “[...] os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade.”<sup>37</sup> Francisco Amaral, consentindo, define-os como “direitos subjetivos que tem por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual.”<sup>38</sup>

Sobrepassando a polêmica acerca da natureza desses direitos (que contempla argumentos distintos por parte de jusnaturalistas e juspositivistas a afetar sua compreensão), mais do que os conceitos em si, revelam-se importantes os elementos conceituais. Dessa análise, obtém-se que esses direitos: 1. tratam de aspectos essenciais da pessoa (estão no âmbito extrapatrimonial, sendo valores que não podem ser reduzidos ao patrimônio, ainda que possam ter algum tipo de apreciação econômica); 2. têm, como atributos, os aspectos físico, moral e intelectual da pessoa.

O primeiro elemento conduz-nos à ligação entre os direitos de personalidade e a dignidade da pessoa humana. Pode-se dizer que a essência do complexo de direitos e deveres fundamentais que a dignidade requer<sup>39</sup> perfaz-se nos direitos de personalidade. O segundo elemento permite-nos catalogar esses direitos em espécie, tendo-se: direito à vida, à liberdade, à integridade física (direito ao corpo humano vivo, ao corpo humano morto e à voz), à integridade psíquica (direito à criação intelectual e à privacidade, intimidade e segredo); e à integridade moral (direito à honra – objetiva e subjetiva –, à imagem e à identidade).<sup>40</sup>

Na classificação sugerida, e qualquer outra classificação contemporânea não fugiria nuclearmente dessa, esclarece-se que o aspecto moral é apenas um aspecto (uma espécie) do gênero “direitos de personalidade”. Aquilo que protegemos sob a denominação de “dano moral” toca à integridade moral

<sup>37</sup> Tepedino, op. cit., p. 24.

<sup>38</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 243.

<sup>39</sup> A referência leva em conta o conceito de Ingo Sarlet, que endossamos, segundo o qual a dignidade da pessoa humana implica “um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60, grifos no original).

<sup>40</sup> Partimos, aqui, da classificação encontrada em: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 193-218.

(normalmente associado ao “*pretium doloris*”) e, numa leitura mais ampliativa, à honra (objetiva ou subjetiva).

A conclusão a extrair, pois, é clara: os outros direitos de personalidade – verdadeiros direitos fundamentais que são – carecem, para sua eficácia, da mesma proteção dispensada ao direito à integridade moral e à honra, compensado via indenização por dano moral.

Assim como não cabe tratar dos direitos da personalidade sob as lentes do aspecto moral – em verdade, se os deve tratar sob as lentes da dignidade da pessoa humana –, não cabe tratar dos danos a direitos de personalidade sob as lentes do dano moral. Não obstante, é o que testemunhamos maciçamente na jurisprudência e em boa parcela da doutrina<sup>41</sup>.

Peca contra a Constituição quem a prende na clausura do tempo e joga a chave fora. É hora de novas leituras dos velhos institutos. É hora de explorar esse campo fértil da constitucionalização do Direito Civil, que renova na pessoa humana o centro do ordenamento jurídico, para estabelecer, de uma vez por todas, que os danos morais são apenas um dos danos dentro de uma generalidade de danos extrapatrimoniais (ou, se se quiser, danos a direitos de personalidade). Não é possível assegurar, sequer, que os danos morais sejam os mais importantes danos extrapatrimoniais; assegura-se, porém, não serem os únicos. Com todas as letras: junto aos danos morais, há outros danos (que podem com ele ser cumulados<sup>42</sup>), como, por exemplo, os danos à imagem, ao nome, à privacidade, à identidade, etc.

---

<sup>41</sup> Mesmo quando reconhecida a proteção a outros direitos de personalidade, costuma não se o fazer a título autóctone, mas os revertendo à indenizabilidade dos danos morais. Note-se que mesmo o dano à imagem, tipificado expressamente em nossa Constituição, recebe, por vezes, tratamento subserviente ao dano moral, como verificado em Sérgio Cavalieri Filho, segundo o qual o uso indevido da imagem alheia “[d]ará lugar ao dano moral se a imagem for utilizada de forma humilhante, vexatória, desrespeitosa, acarretando dor, vergonha e sofrimento ao seu titular, como, por exemplo, exhibir na TV a imagem de uma mulher despida sem a sua autorização” (Cavalieri Filho, op. cit., p. 118). Também o dano estético, de aplicação mais remota, é por vezes confundido com o dano moral. Nota-se a tendência, compartilhada por diversos autores, de ligar a deformidade da qual o dano é recorrente com a aflição moral que ela acarreta, como apresentado na definição de Maria Alice Costa Hofmeister, para quem o dano estético “consiste em aleijão, deformidade, deformações diversas, marcas e defeitos ainda que mínimos, qualquer modificação permanente na aparência externa de uma pessoa e que possam implicar enfeamento, humilhação, desgosto, dor moral (Wilson Melo da Silva, Pontes de Miranda, Teresa Ancona Lopez, Maria Helena Diniz, Silvio Rodrigues)” (Hofmeister, op. cit., p. 130).

<sup>42</sup> Nesse sentido, a lição de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino: “O ideal, para efeito de reparação integral do dano, é que cada uma dessas modalidades de prejuízo extrapatrimonial seja indenizada de forma autônoma” (Sanseverino, op. cit., p. 305).

### 3.3 QUADRO DOS “NOVOS DANOS”: UMA PROPOSTA DE CLASSIFICAÇÃO

Como se referiu, o instrumental para a indenizabilidade dos novos danos já foi criado. Não se trata de algo propriamente novo. Ao contrário, juristas de escol começaram a reconhecer, especialmente no direito estrangeiro, a existência de “novos danos”, vale dizer, danos extrapatrimoniais à parte do dano moral. O reconhecimento episódico de outros danos, como o estético<sup>43</sup> e o à imagem, não nos afasta o goro de estarmos na mata-virgem da intersecção entre responsabilidade civil e direitos de personalidade.

Esse atraso é constatado, como referido, desde a doutrina estrangeira<sup>44</sup>, da qual recebemos o grande manancial de produções e argumentos em favor desse reconhecimento. Aliás, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino destaca que “[a] preocupação maior, atualmente, no direito comparado tem sido com a catalogação das diferentes modalidades de danos extrapatrimoniais, buscando-se, em última análise, uma reparação cada vez mais completa dos prejuízos sofridos pela vítima do ato ilícito”. Após, refere que “a reparação dos danos pessoais tem sido a tônica do direito europeu nos últimos anos, com destaque para os juristas franceses (danos corporais) e italianos (danos biológicos ou à saúde)”<sup>45</sup>.

Sobre a existência de novos danos, ladeados ao dano moral, Ricardo Luis Lorenzetti traduz o seu argumento de autoridade em autoridade do argumento ao ensinar:

Para alguns, o dano moral é ressarcimento concedido pelos sofrimentos, as moléstias, as feridas nas afeições [...]. Esta idéia do *pretium doloris* vê-se superada, quando começa a admitir-se que o “patrimônio moral”

<sup>43</sup> Verdade que o dano estético é espécie consagrada como independente do dano moral por parcela da doutrina e jurisprudência. Foi, segundo Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, “a modalidade de prejuízo extrapatrimonial, que, no direito brasileiro, adquiriu, com primazia, autonomia em relação ao dano moral *stricto sensu* [...]” (Idem, p. 299).

<sup>44</sup> “[...] O motivo desse descompasso em relação ao direito comparado é a demora na pacificação do reconhecimento da própria indenizabilidade do dano extrapatrimonial. [...] A tendência, no entanto, é que se acompanhe o direito comparado” (Idem, p. 305). Convergindo com essa análise, Eugênio Facchini Neto assevera que “a tendência manifesta da teoria da responsabilidade civil é no sentido de ampliar, cada vez mais, a sua abrangência, a fim de possibilitar que todo e qualquer dano possa ser reparado” (Facchini Neto, Da responsabilidade civil no Novo Código..., p. 26-27).

<sup>45</sup> Sanseverino, op. cit., p. 188-189.

de uma pessoa está composto por uma parte subjetiva ou afetiva, e a social, constituída pela honra, ou a consideração social da pessoa. [...]

Após esta breve resenha resulta-se difícil falar de “dano moral”. [...] Começa a falar-se de “dano à pessoa”. [...]

Pensamos que a questão deve ser enfocada através da lesão de direitos fundamentais da pessoa e que, em conseqüência, possa se falar em dano à pessoa. [...].<sup>46</sup>

Carlos Alberto Ghersi, por seu turno, refere que o art. 1.071 do Código Civil argentino protege todos os direitos de personalidade (embora contemple expressamente apenas a intimidade), em uma tripla modalidade de proteção: prevenindo mediante cessação de ameaça; reparando o dano por indenização; e sancionando o ofensor, por meio da publicação da decisão<sup>47</sup>. A sua concepção resulta em uma classificação própria que tem diversas espécies de danos alocados nas categorias “danos econômicos” e “danos extraeconômicos”<sup>48</sup>.

Encontramos, também na doutrina argentina, a classificação de Matilde Zavala de Gonzalez, a qual divide os “danos à pessoa” em “integridade psicofísica”, “perda da vida humana” e “integridade espiritual e social”. Nessa última categoria, insere os “danos por discriminação arbitrária”, “danos à identidade pessoal”, “danos à honra”, “danos à imagem pessoal e à voz humana” e “danos por atividade informativa e de expressão de pensamento”<sup>49</sup>.

Cada vez mais e melhores vozes da cultura jurídica nacional juntam-se em um sentido cuja tendência parece irrefreável: a de somar novos danos extrapatrimoniais a um catálogo minguido que, hoje, ostenta apenas o dano moral, o dano estético e o dano à imagem (esses últimos, como se viu, por vezes em posições vacilantes quanto a sua autonomia).

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino cita três novas modalidades de prejuízos extrapatrimoniais, que compreendem os chamados danos à vida de relação. São elas o prejuízo de lazer (danos que impossibilitam que a vítima

<sup>46</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 456, 458 e 460 (trechos selecionados).

<sup>47</sup> GHERSI, Carlos Alberto. *Teoría general de la reparación de daños*. 3. ed. Buenos Aires, Astrea, 2003. p. 247.

<sup>48</sup> Idem, p. 77.

<sup>49</sup> GONZALEZ, Matilde Zavala de. *Ressarcimiento de daños*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1996.

desfrute de momentos de lazer da vida cotidiana), o prejuízo sexual (danos dos quais decorrem perda de função sexual) e o prejuízo juvenil (danos que impossibilitam a criança ou o adolescente de participar de atividades comuns a sua idade). Embora não se furte de mencionar ofensas ao nome, à imagem, à vida privada e à intimidade, trata-os como “direitos morais”<sup>50</sup>.

Eugênio Facchini Neto, por seu turno, sustenta uma tábua – ainda mais completa – de novos danos, ladeados ao dano moral puro, o que fez em palestra recentemente proferida. As espécies explicadas são a dos seguintes danos: biológicos (lesão temporária ou permanente à integridade psicofísica da pessoa que afeta negativamente as suas atividades corriqueiras); existenciais (danos relacionados à modificação negativa de hábitos da vida e na forma de a vítima se relacionar com as pessoas); ao projeto de vida (danos que afetam a vocação livremente escolhida por uma pessoa); *loss of amenities of life* (identifica-se com o anteriormente referido “prejuízo de lazer”); exposição ao ridículo (dano relacionado a publicizar erroneamente algo pejorativo sobre alguém); *wrongful conception* (dano relacionado a casais cuja opção de não ter filhos foi impossibilitada por falha do método contraceptivo); *wrongful birth* (dano que compensa economicamente os pais pela deficiência ocorrida, por falha médica, em filho recém-nascido); *wrongful life* (dano que compensa a própria criança incapacitada por ter uma vida desvaliosa); *nervous shock* (danos psíquicos); perda de uma chance (dano que possibilita a indenização por evento incerto). O autor ainda refere, por fim, danos relacionados aos direitos de personalidade, como honra, imagem, estéticos, ao nome, à privacidade, etc.<sup>51</sup>

Em elenco que não se pretende exaustivo, vê-se também Maria Alice Costa Hofmeister referir a “nova categoria” do dano existencial bem como relatar a existência dos danos biológico, à saúde, à vida sexual e à vida de relação<sup>52</sup>.

Por fim, parece-nos interessante a tentativa de uma classificação topográfica, o que, aliás, pode-se perceber em Sérgio Severo, que trata os danos morais em três categorias-mestras, dentro das quais surgem espécies de dano, quais sejam: direitos morais de personalidade (nome, vida privada, intimidade e honra), integridade psicofísica (dano moral *stricto sensu*, dano corporal dano estético, danos à vida de relação) e dano-morte<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Idem, p. 302-305.

<sup>51</sup> Facchini Neto, *Os novos danos e a responsabilidade civil* [palestra anteriormente citada].

<sup>52</sup> Hofmeister, op. cit., passim.

<sup>53</sup> Severo, *Os danos extrapatrimoniais...*, p. 157 e ss.

Assenta-se, pois, a existência de danos autônomos aos danos morais, o que se vislumbra facilitado dentro de uma classificação ilustrativa dos mesmos, especialmente elencando os danos a direitos de personalidade. É certo que, melhor e mais abrangente que seja essa classificação, nunca se fará possível qualquer pretensão de esgotar o quadro, pois o que se busca proteger é a cláusula geral da personalidade. Fadamo-nos ao contentamento com um rol exemplificativo, aberto, portanto, à consagração de novos direitos – como aqueles que hoje sobressaltam da bioética –, não negligenciando a releitura dos antigos.

Sem descurar dessa verdade, propomos a seguinte classificação dos danos extrapatrimoniais, cuja pretensão não é maior que sintetizar o até agora exposto:

1. Danos a direitos de personalidade	<ul style="list-style-type: none"> <li>1.1. Danos à pessoa (dano-morte, dano ao projeto de vida, dano existencial, dano biológico, dano psíquico, dano à identidade, dano ao nome)</li> <li>1.2. Danos corporais (dano ao corpo humano vivo e ao corpo humano morto, dano estético, dano à voz)</li> <li>1.3. Danos à liberdade (dano à liberdade de pensamento, dano à liberdade de comunicação, dano à liberdade de consciência e de crença, dano à liberdade de associação, dano à liberdade de expressão intelectual, artística e científica)</li> <li>1.4. Danos à privacidade (dano à privacidade <i>stricto sensu</i>, dano à intimidade, dano ao segredo de correspondência, de dados e de comunicações, dano à imagem, dano por exposição ao ridículo, dano a objetos de cunho afetivo)</li> <li>1.5. Danos morais (dano moral <i>stricto sensu</i> e dano à honra)</li> </ul>
2. Danos à vida de relação	<ul style="list-style-type: none"> <li>2.1. Dano por limitações ao lazer</li> <li>2.2. Dano por limitações à vida sexual</li> <li>2.3. Dano por limitações à juventude</li> </ul>
3. Outros danos	<ul style="list-style-type: none"> <li>3.1. Dano por desvios indesejados no percurso da vida (concepção indesejada, nascimento indesejado, vida indesejada)</li> <li>3.2. Dano por perda de uma chance</li> </ul>

O quadro *supra* abarca, ilustrativamente, algumas transformações operadas na disciplina da responsabilidade civil, relacionadas à consagração de

novas espécies de danos, os quais a aparição em nossa jurisprudência pretende-se ver operadas ao compasso do que vem ocorrendo em nossa doutrina.

Tais transformações possuem consequências práticas admiráveis, cujo cerne toca à consideração holística do humano contemporâneo, alvejado desde os mais distintos lugares em ações que, longe de se fazerem isoladas, consubstanciam excessos que não raro escondem abuso do poder econômico ou desdém com a sua vulnerabilidade. Ações – e omissões – que fazem este homem contemporâneo sentir, por vezes, esfarelada a sua própria humanidade.

### 3.4 O DANO À PRIVACIDADE COMO DANO AUTÔNOMO E OS SEUS REQUISITOS

A privacidade destaca-se, no quadro apresentado, como um dos bens que, na contemporaneidade, recebe maior quantidade de lesões e ranhuras, obra principalmente do universo digital, com as suas compras eletrônicas, *spams*, redes sociais, *softwares* de identificação de preferências dos usuários, mapeamento de compras por cartões magnéticos, etc. Nada mais sem sentido, portanto, que a desgarnecer, subtraindo-a da proteção que permite a reparação de danos.

Saindo da seara geral dos novos danos, e abrindo caminho à noção específica do dano à privacidade, imprescindível o conhecimento do Direito norte-americano. Lá, desde o final do século XIX, passou a se falar em um “direito à privacidade”, em razão de cultuado artigo onde os autores Samuel Warren e Louis Brandeis defendiam a existência de uma lesão relacionada à invasão de privacidade, lesão essa distinta do já existente “dano à reputação”<sup>54</sup>, após o que “centenas de decisões judiciais seguiram a análise de Warren-Brandeis” e “dúzias de atos legislativos incorporaram ou intencionaram incorporar a análise em leis”<sup>55</sup>. Posteriormente, criou-se uma espécie de ramo dentro da responsabilidade civil dedicado ao estudo do “dano de privacidade”, denominado *Privacy Tort*.

<sup>54</sup> WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, v. IV, n. 5, dez. 1890.

<sup>55</sup> BLOUSTEIN, Edward J. Privacy, Tort Law, and the Constitution: is Warren and Brandeis' tort petty and unconstitutional as well? *Texas Law Review*, v. 46, p. 611, 1968 (tradução livre).

A doutrina da existência de um dano de privacidade pode-se dizer hoje incontestável<sup>56</sup>. Colhe-se interessante passagem de Dorsey Ellis Jr. a justificar a sua autonomia:

Não importa quão deplorável ou injurioso um ato possa ser. Se ele não cria direito de reparar danos, podemos estar falando de qualquer outra coisa, mas não se trata de responsabilidade civil. [...]

Assim, não importa quantas páginas em revistas jurídicas e em recursos de apelação são destinadas a definir, redefinir e delimitar os elementos da “responsabilidade civil” por invasão da privacidade. A menos que à vítima seja reconhecido o direito efetivo de ver seu dano reparado, não se trata de responsabilidade civil.<sup>57</sup>

Já Edward Bloustein, instado a responder se o dano de privacidade seria trivial, sustenta que “a resposta depende de quanto é valorizado o interesse que o dano é designado a proteger – o irrelevante para uns pode ser o que importa para outros – e quão efetivamente o dano protege esse interesse”<sup>58</sup>.

Citando texto de Prosser que reputa clássico, onde esse sustenta a existência de não apenas um, mas quatro danos de privacidade, Dorsey Ellis Jr. afirma, ainda, que o elemento central do dano de privacidade é a publicização de fatos privados (*publicity of private facts*)<sup>59</sup>.

Aliás, a controvérsia existente na doutrina americana sobre o assunto, não obstante o artigo crítico de Harry Kalvin Jr. ter recebido certa aceitação, é menos acerca da existência de um dano à privacidade e mais sustentada em seu conteúdo.

---

<sup>56</sup> O que não significa dizer que seja unânime. Não deixa de ser interessante que Harry Kalven Jr., embora se posicionasse contra a existência de um dano de privacidade, considerava-se na contramão da história, isso ainda na década de 60 (KALVIN JR., Harry. Privacy in Tort Law: were Warren and Brandeis wrong? *Law and Contemporary Problems*, v. 326, p. 327, 1966).

<sup>57</sup> ELLIS JR., Dorsey. Damages and the Privacy Tort: sketching a “legal profile”. *Iowa Law Review*, v. 64, p. 1111, 1979 (tradução livre, cuja redação original encontra-se epigrafada neste artigo).

<sup>58</sup> Bloustein, op. cit., p. 618, tradução livre.

<sup>59</sup> Ellis Jr., op. cit., p. 1.111.

Isso é notável, por exemplo, em polêmica científica acerca da classificação dos danos de violação à privacidade em que Ann Bartow<sup>60</sup> criticou, tachando de inconsistente a proposta taxonômica de Daniel Solove<sup>61</sup>. Nesta proposta, vale notar, uma das violações consideradas é aquela de empresa que vaza dados pessoais de seus clientes. Em recente análise da controvérsia, lê-se ainda um terceiro autor que propõe uma classificação do dano à privacidade como subjetivo (percepção relacionada à privacidade que gera constrangimento) ou objetivo (uso ou vazamento de informações de uma pessoa)<sup>62</sup>. O simples fato da existência de uma polêmica desse nível, há de se reconhecer, demonstra o estágio maduro da doutrina norte-americana sobre uma espécie de dano sobre o qual a nossa doutrina ainda engatinha.

Em seu favor, o dano à privacidade tem, no direito pátrio, o art. 21 do Código Civil, segundo o qual “[a] vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. Isso porque, não obstante a norma dirija-se primariamente às tutelas de emergência, a sua intelecção não é presa a essas, devendo englobar a indenização por dano à privacidade, o que seria o tiro de misericórdia à concepção minimalista, que confunde o dano extrapatrimonial com o dano moral.

Considerando-se indenizável o dano à privacidade de modo autônomo, fica pendente a questão da sua configuração e das conformações práticas a ela atinentes.

Evidentemente, os danos a outras espécies de direitos de personalidade têm em comum com o dano moral o fato de que, para ser configurados, devem transcender à normalidade, em verificação que segue pari passo à própria ocorrência de ato ilícito. Não é qualquer situação cotidiana da qual surge um dano. Observar a janela do apartamento vizinho, em época de conglomerados residenciais, não desborda do normal. O mesmo não se pode dizer, porém, de vizinho que abusa da situação e faz da observação habitualidade diletante, ou de hipótese análoga àquela do “caso Carolina Dieckman”, no qual, ao se alçar um

<sup>60</sup> BARTOW, Ann. A Feeling of Unease About Privacy Law. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 155, 2006.

<sup>61</sup> SOLOVE, Daniel. A Taxonomy of Privacy. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 154, 2006.

<sup>62</sup> CALO, Ryan. The Boundaries of Privacy Harm. *Indiana Law Journal*, v. 86, 2011.

guindaste para flagrar a atriz e o filho em seu apartamento, houve um desvio de conduta inaceitável<sup>63</sup>.

Trata-se, evidentemente, de um caminho em aberto, que deverá receber ladrilhos prudenciais com o passar do tempo, especialmente por parte dos Tribunais. De todo modo, na dificuldade de encontrar o elemento subjetivo, cuja aferição é eminentemente individual, parece lógico buscar, para a caracterização do dano, uma medida razoável (normal), uma projeção da consciência coletiva que possa julgar se a média das pessoas sentir-se-ia violada com determinado ato ilícito que originou o dano suposto. Nessa avaliação, considerar os novos danos como injustos *ipso facto*, em exercício de fundamentação objetiva, parece-nos uma solução adequada para a quase impossibilidade da prova subjetiva. Essa, aliás, a tendência que se nota já aplicada, inclusive para os danos morais.

Do mesmo modo que se legará à prudência tecer os critérios para verificação dos novos danos, também a ela se legará a construção dos critérios para fixação de sua indenização. Alguns critérios utilizados para a fixação da indenização do dano moral, ao que nos parece, podem ser tomados de empréstimo e se aplicam também aos novos danos, tais como gravidade do fato, repercussão da ofensa, intensidade da culpa (e a sua eventual concorrência), condição econômica do ofensor e condições pessoais (posição política, social e econômica) da vítima<sup>64</sup>. Outros, porém, devem ser construídos à medida das características específicas de cada direito violado<sup>65</sup>.

Voltando ao exemplo da privacidade, mostra-se, em nosso ver, imprescindível como critério de fixação da indenização o grau de exposição pessoal que o ofendido impõe a si próprio. Mesmo que toda privacidade seja inviolável (e, por consequência, a sua violação ilícita faz-se indenizável<sup>66</sup>), parece-nos coerente que a valia da privacidade seja considerada em função do que o próprio sujeito se permite em termos de privacidade. Natural, assim,

---

<sup>63</sup> TJRJ, AI 2005.002.19245, 6ª C.Cív., Rel. Des. Nagib Slaibi Filho, Julgado em 25.10.2005.

<sup>64</sup> Critérios extraídos em cotejo de: Sanseverino, op. cit., p. 283; Moraes, op. cit., p. 295-296.

<sup>65</sup> Eugênio Facchini Neto, em palestra anteriormente citada, propôs que, abandonado o modelo simplório danos materiais/danos morais, deve-se buscar características próprias das novas espécies de danos que compõem os danos extrapatrimoniais, inclusive relacionados a sua quantificação monetária (Facchini Neto, *Os novos danos e a responsabilidade civil*).

<sup>66</sup> Em monografia sobre o tema, fizemos questão de frisar a existência de uma leitura ética da privacidade, considerando alguns exemplos em que a violação da privacidade não seria ilícita (TEIXEIRA, Eduardo Didonet; HAEBERLIN, Martín. *A proteção da privacidade: aplicação na quebra do sigilo bancário e fiscal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 73).

para fixação do dano, verificar situações concretas nesse sentido, como, por exemplo: se o ofendido possui conta em redes sociais; em caso afirmativo, se elas são acessadas aberta ou privativamente a amigos; se frequenta *blogs* e *chats* com segurança aberta; se costuma fazer compras em *sites* sem autenticação de segurança; se costuma passar os seus dados pessoais sem maiores restrições; se tem por hábito publicizar informações pessoais; entre outros.

Importante anotar, aqui, que esses e outros critérios devem ser levados em consideração pelo juiz em razão da intensa convivência virtual a que nos submetemos hodiernamente. Mas esses critérios são contempláveis também na existência física. Ao se conceder direitos a usuários da Internet, não se está garantindo personalidade a avatares, mas oferecendo proteção à representação virtual de um determinado indivíduo, o qual é o único capaz de dar os contornos do quanto quer aparecer e, pois, legitimar intromissões externas. Não por outro motivo, ao escrevermos sobre o tema, definimos a privacidade como

[...] a fortaleza pessoal, fundada na liberdade negativa do indivíduo, no âmbito da qual lhe é permitido, em um determinado espaço e em um determinado tempo, estar só, alheio a investidas externas, a fim de fazer permanecer o silêncio reconfortante da paz interior e de preservar a estrutura e o equilíbrio psíquico e onde a alteridade é possível apenas se houver real e efetiva concordância daquele que está sob sua proteção.<sup>67</sup>

Entrelaçadas a privacidade e a liberdade (em sentido negativo), é desta que advém, como elemento nuclear para caracterização do dano à privacidade, a ponderação acerca da autoimposição de exposição pessoal.

A questão da verificação e dos critérios para indenização dos “novos danos”, como referido, é tema em aberto. O que não está em aberto, porém, é a própria existência de “novos danos” e, mais especificamente, de um “novo” dano à privacidade. Basta querer enxergar.

### 3.5 ANÁLISE DE CASO: UM VAZAMENTO DE DADOS

Terminemos por ilustrar um caso que nos parece paradigmático a demonstrar imprescindível uma nova sistemática dos danos extrapatrimoniais, em alternativa à definição estrita dos danos morais, que seja mais consentânea

<sup>67</sup> Idem, p. 76, grifos no original.

com o nosso ordenamento e que não dilua as importantes conquistas do Direito Civil que se adjetiva constitucional.

Recentemente, o funcionário de uma instituição de ensino superior enviou a alunos de um de seus cursos (cerca de 700 estudantes), por equívoco, correspondência eletrônica com um anexo no qual constava uma planilha com os dados, pessoais e acadêmicos, de mais de 20 mil alunos dessa instituição. Entre os dados, estavam o nome completo, a data de nascimento, o CPF e RG, *e-mails*, telefones celular e residencial, entre outros<sup>68</sup>.

No caso em questão, enfrenta-se em águas tranquilas a existência de ato ilícito, porquanto a manutenção em segredo de informações pessoais de uso exclusivo dos contratantes é tanto um dever lateral do contrato, mesmo quando não explicitado, como exsurge da proteção constitucional e legal conferida à privacidade e ao sigilo de dados.

É na caracterização do dano<sup>69</sup> e, acaso existente, na sua ligação com o ato ilícito que a calma das águas se desfaz para dar lugar a rios bravios. Isso porque, malsinado o conceito lato de dano moral antes referido, e aceita a tese de que os danos morais exigem anormalidade de circunstâncias, com demonstração de constrangimento ou abalo aos possíveis ofendidos, impera a conclusão de que o ferimento à privacidade dos alunos, em razão do vazamento de informações, não é suficiente para deflagrar dano moral. Exceção feita a sensibilidades exacerbadas, que não se podem presumir, o vazamento de dados e informações de alguém não gera, *ipso facto*, um constrangimento ou abalo do ponto de vista da sua integridade moral. De fato, no entendimento corrente, a violação à privacidade não combinada com ranhuras ao aspecto moral do indivíduo entraria na seara do não indenizável.

No caso em comento, portanto, a considerar esse entendimento “clássico”, de opção pelo conceito estrito de dano moral, decorreria a ausência de respaldo

---

<sup>68</sup> Disponível em: <<http://novohamburgo.org/site/noticias/educacao/2012/01/27/unisinos-lamentadivulgacao-de-dados-de-estudantes-e-afirma-ter-demitido-responsavel-pelo-engano>>. Acesso em: 25 jun. 2012.

<sup>69</sup> Aventamos, aqui, apenas o dano extrapatrimonial, uma vez que, embora seja possível, em tese, a configuração do dano patrimonial, esse não pode ser dessumido à revelia de desdobramentos fáticos individualizados.

para indenização por danos morais aos alunos da instituição que tiveram os seus dados divulgados<sup>70</sup>.

Porém, abandonadas as limitações desse entendimento “clássico”, o vazamento de informações, como o ocorrido na instituição de ensino superior, é exemplo óbvio de dano à privacidade. Exemplo, aliás, ao mesmo tempo trágico e didático, por demonstrar que o dano à privacidade pode ocorrer independentemente de qualquer abalo, constrangimento, sofrimento, etc. Ele existe pela lesão da privacidade em si, sendo, pois, autônomo ao dano moral.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tudo aquilo que a doutrina civilista vem produzindo, especialmente nas últimas duas décadas, nos sentidos da *descodificação* (saída dos códigos monolíticos para transgir o valor da segurança que eles representam com outros valores, como aqueles da busca por uma sociedade justa, digna e solidária), da *constitucionalização* (caracterizada pela relevância constitucional das relações privadas e por uma hermenêutica que dá força normativa aos princípios constitucionais na leitura dos institutos privados) e da *socialização* (perfectibilizada no entendimento da dignidade da pessoa humana – e não o patrimônio – como núcleo de todo ordenamento, inclusive do direito privado), não é produção desprendida de alcance prático.

Ao revés, bem entendidas as mudanças, a sua real significação está naquilo que se pode extrair de consequências da releitura dos velhos institutos, entre os quais está a responsabilidade civil, mais especialmente naquilo que toca aos chamados danos extrapatrimoniais, uma vez que, usualmente, ou se adota uma concepção estrita desses, identificando-os com os danos morais, ou se busca uma “concepção abrangente” dos danos morais, que tende a falhar na aplicação por estar adstrita à conformação moral do sujeito.

É necessária uma nova sistemática dos danos extrapatrimoniais, uma vez que a disciplina dos direitos de personalidade, direitos fundamentais que recebem atenção especial no direito privado, dá conta de outros bens, além da integridade moral, passíveis de proteção, como a liberdade, a integridade física e a integridade psíquica. Cada um desses bens pode ser lesado de modo

<sup>70</sup> Não é objeto de exame, aqui, igualmente, a possibilidade de, em decorrência de outros fatos no curso causal dos acontecimentos, advierem outras hipóteses de configuração deste dano moral, como, por exemplo, a negatificação do nome de aluno por contrato feito por terceiro em seu nome, aproveitando-se dos dados vazados.

independente e, pois, deve receber atenção independente. Nasceram, aqui, os chamados “novos danos” que, mesmo não enumerados, podem ser indenizáveis.

A despeito de um certo maniqueísmo contido nesta frase, não há heresia em proclamar: não entender indenizável o dano à privacidade, por via própria, é sinônimo de não entender protegível o direito à privacidade. Se, por regra constitucional, a toda lesão corresponde uma ação (art. 5º, XXXV, da CF), natural que se passe a admitir, como corolário do dano à privacidade, a ação indenizatória por dano à privacidade. Os argumentos em contrário, buscou-se demonstrar, leem a Constituição ao avesso de sua principiologia mestra.

Há bastante a percorrer em termos de critérios para configuração dos novos danos. Mostramos algumas possibilidades. Mais que elas, buscamos demonstrar que, do fato de os novos danos não serem enumerados, daí não se pode concluir que não sejam indenizáveis.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre a tutela dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARTOW, Ann. A Feeling of Unease About Privacy Law. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 155, 2006.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos de personalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BLOUSTEIN, Edward J. Privacy, Tort Law, and the Constitution: is Warren and Brandeis' tort petty and unconstitutional as well? *Texas Law Review*, v. 46, 1968.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CALO, Ryan. The Boundaries of Privacy Harm. *Indiana Law Journal*, v. 86, 2011.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Clouste Gulbenkian, 1989.
- CARBONNIER, Jean. *Flexible Droit: por une sociologie du droit sans rigueur*. 10. ed. Paris: LGDJ, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. In: STROZAKE, Juvelino José (Org.). *A questão agrária e justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2007.

DWORKIN, Ronald. Unenumerated Rights: whether and how *Roe* should be overruled. *The University of Chicago Law Review*, The Bill of Rights in the Welfare State: a Bicentennial Symposium, winter, v. 59, n. 1, p. 381-432, 1992.

ELLIS JR., Dorsey. Damages and the Privacy Tort: sketching a “legal profile”. *Iowa Law Review*, v. 64, 1979.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. Virada de Copérnico: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. *Revista do TST*, Brasília, v. 76, n. 1, jan./mar. 2010.

\_\_\_\_\_. *Os novos danos e a responsabilidade civil: uma abordagem de direito comparado*. Informação Verbal. Palestra realizada na UFRGS, em 18 de maio de 2011.

\_\_\_\_\_. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FARBER, Daniel. *Retained by the People: the “silent” Ninth Amendment and the constitutional rights americans don’t know they have*. New York: Basic Books, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GHERSI, Carlos Alberto. *Teoría general de la reparación de daños*. 3. ed. Buenos Aires, Astrea, 2003.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

GONZALEZ, Matilde Zavala de. *Ressarcimiento de daños*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1996.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; EIFERT, Martin. *Innovationsverantwortung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. *O dano pessoal na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

KALVIN JR., Harry. Privacy in Tort Law: were Warren and Brandeis wrong? *Law and Contemporary Problems*, v. 326, 1966.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. 2. tir. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 65, jul./set. 1993.

\_\_\_\_\_. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RAMOS, Cármem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

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

SOLOVE, Daniel. A Taxonomy of Privacy. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 154, 2006.

TEIXEIRA, Eduardo Didonet; HAEBERLIN, Mártin. *A proteção da privacidade: aplicação na quebra do sigilo bancário e fiscal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, v. IV, n. 5, dez. 1890.

ZACCARIA, Giuseppe. *Questione di Interpretazione*. Padova: Cedam, 1996.