



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

ARTHUR LUTHERI BAPTISTA NESPOLI

**DANO IMORAL NO SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO
CIVIL BRASILEIRO**

Londrina
2023

ARTHUR LUTHERI BAPTISTA NESPOLI

**DANO IMORAL NO SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO
CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de Mestre no Programa de
Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito
Negocial da Universidade Estadual de
Londrina.

Orientadora: Prof.^a Dra. Ana Cláudia Corrêa
Zuin Mattos do Amaral

Londrina
2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

Nespoli, Arthur Lutiheri Baptista.

Dano imoral no sistema de responsabilização civil brasileiro / Arthur Lutiheri Baptista Nespoli. - Londrina, 2023.
242 f.

Orientador: Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2023.

Inclui bibliografia.

1. Responsabilidade civil - Tese. 2. Abuso do direito - Tese. 3. Dano moral - Tese. 4. Dano imoral - Tese. I. Amaral, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 34

ARTHUR LUTHERI BAPTISTA NESPOLI

DANO IMORAL NO SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL BRASILEIRO

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof.^a Dra. Ana Cláudia Corrêa
Zuin Mattos do Amaral
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof.^a Dra. Daniela Braga Paiano
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof.^a Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser
Ferreira
Universidade de Marília - UNIMAR

Londrina, 21 de setembro de 2023.

À Samara, por tudo, o tempo todo.

Aos meus pais e ao meu irmão, pelo exemplo, inspiração, apoio e amor incondicionais.

À Nossa Senhora, por ouvir minhas preces e interceder junto ao Nosso Senhor Jesus Cristo.

AGRADECIMENTOS

À professora Dra. Ana Cláudia Correa Zuin Mattos do Amaral, por ter acreditado em mim desde o início. Por todo incentivo, apoio, ajuda, revisões críticas, sugestões, cobranças, elogios, questionamentos e rigor técnico. Por reforçar minha inclinação para a docência, motivo primeiro que me levou ao aprofundamento da pesquisa. Pela generosidade e carinho, pelo acolhimento ao longo dessa caminhada. Pelas lições, pela lembrança constante da gravidade do estudo científico, pelo amor ao Direito. Pela amizade, pela preocupação maternal com minha segurança nos deslocamentos a Londrina. Por inspirar e ser referencial na vida acadêmica.

A minha colega de orientação, Nádia Carolina Brencis Guimarães, companheira de jornada. Por toda e incomensurável ajuda ao longo do curso, pelas advertências, pelo apoio, pela coautoria nas pesquisas, pelas longas conversas e preciosos aconselhamentos. Pela solicitude e prontidão em auxiliar. Pelo socorro nos contratemplos e pelas comemorações nas vitórias. Pela amizade e carinho fraternal.

À professora Dra. Daniela Braga Paiano, pelos incentivos e elogios, pelas aulas instigantes, pela generosidade e leveza no trato pessoal, pelos conselhos de pesquisa, pelo conhecimento transmitido, pelo empenho e dedicação dispensados aos alunos do curso. Pela honra e privilégio na aceitação do convite em compor a banca examinadora.

Ao servidor Francisco Carlos Navarro, por toda ajuda e orientação ao longo do curso, sempre diligente, atencioso e pró-ativo, respondendo prontamente todas as dúvidas e procurando solucionar da forma mais célere todos os problemas.

A todos os professores do programa de pós-graduação da UEL, em especial à professora Dra. Rita de Cassia Resquetti Tarifa Espolador e ao professor Dr. Sergio Alves Gomes, pela atenção e dedicação aos alunos, pela lhanza e cordialidade.

Aos alunos do curso, pelos debates proporcionados e aprofundamento dos estudos.

NESPOLI, Arthur Lutiheri Baptista. **Dano imoral no sistema de responsabilização civil brasileiro**. 2023. 242 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2023.

RESUMO

O caráter deontológico do Direito culmina na conformação dos seus institutos ao senso de equidade, a fim de se evitar soluções aberrantes. A evolução do abuso do direito e da noção de dano demonstram a influência do sentimento de justiça na responsabilidade civil, ao se ampliar o espectro de prejuízos ressarcíveis e se tutelar a pessoa de forma mais abrangente, nomeadamente seus interesses existenciais. A adoção do dano injusto permite identificar e coibir condutas antijurídicas que não se caracterizam como atos ilícitos *stricto sensu* ou abuso do direito. No Direito alemão, o dano imoral, consistente no prejuízo decorrente da violação dolosa (mais recentemente, também culposa) dos bons costumes, enquanto terceira cláusula geral de responsabilização civil do Código Civil teutão (§ 826), exerce função de complementação do regime delitual e abrange situações não tratadas pelos institutos anteriores. Tem-se como hipótese que há a necessidade de complementação do regime de responsabilização civil brasileiro com o instituto do dano imoral. Desta feita, propõe-se investigar a compatibilidade e previsão do dano imoral no Direito brasileiro, bem como sua utilidade no sistema nacional de responsabilização. Embora o ordenamento brasileiro tenha adotado cláusula geral aberta de responsabilização civil, ainda assim é possível vislumbrar situações lesivas que não recebem tratamento científico adequado porque insuficiente sua interdição pelas categorias do ato ilícito *stricto sensu* e abuso do direito. Utilizando-se de pesquisa teórico-bibliográfica e jurisprudencial, a partir do método dedutivo, identifica-se a adequação do instituto do dano imoral no sistema brasileiro, bem como sua previsão no Código Civil, conjugando-se os arts. 927, *caput*, e 187. Por conseguinte, constata-se a necessidade de se reconhecer e adotar o dano imoral no Direito civil brasileiro, a fim de se emprestar maior rigor técnico à análise de situações lesivas não abrangidas pelas categorias do ato ilícito *stricto sensu* e do abuso do direito. O reconhecimento do dano imoral apresenta a dupla vantagem de, por um lado, delimitar o instituto no quadro das categorias jurídicas disponíveis aos operadores, o que representa mais um instrumento de tutela da pessoa e seus interesses; por outro, no aspecto prático, estabelecer mais uma válvula de complementação da responsabilidade civil a abranger novos tipos de lesões – mas não apenas –, sem a necessidade de alteração legislativa.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Abuso do direito. Dano moral. Dano imoral.

NESPOLI, Arthur Lutiheri Baptista. **Immoral damage in the brasilian civil law liability.** 2023. 242 p. Dissertation (Master's degree in Business Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2023.

ABSTRACT

The deontological character of Law culminates in the conformation of its institutes to the sense of equity, in order to avoid aberrant solutions. The evolution of the abuse of rights and the notion of damage demonstrate the influence of the sense of justice on civil liability, by expanding the spectrum of recoverable damages and protecting the person more comprehensively, namely their existential interests. The adoption of unjust damage allows identifying and curbing tortious conduct that is not characterized as illegal acts *stricto sensu* or abuse of rights. In German law, immoral damage, consisting of damage resulting from the intentional (more recently, also negligent) violation of good customs, as the third general clause of civil liability of the teutonic Civil Code (§ 826), plays a role in complementing the civil liability and covers situations not dealt with by previous institutes. It is hypothesized that there is a need to complement the brazilian civil liability regime with the institute of immoral damage. Hence, it is proposed to investigate the compatibility and existence of immoral damage in Brazilian law, as well as its usefulness in the national liability system. Although the Brazilian legal system has adopted a general open clause of civil liability, it is still possible to envision harmful situations that do not receive adequate scientific treatment, because their prohibition by the categories of *stricto sensu* unlawful act and abuse of right is insufficient. Using theoretical-bibliographical and jurisprudential research, based on the deductive method, the adequacy of the institute of immoral damage in the Brazilian system is identified, as well as its existence in the Civil Code, combining arts. 927, *caput*, and 187. Therefore, there is a need to recognize and adopt immoral damage in Brazilian civil law, in order to lend greater technical rigor in the analysis of harmful situations not covered by the categories of the *stricto sensu* unlawful act and abuse of rights. The recognition of immoral damage has the double advantage of, on the one hand, delimiting the institute within the framework of the legal categories available to operators, which represents yet another instrument of protection of the person and his interests; on the other hand, in the practical aspect, establishing yet another valve for complementing civil liability to cover new types of injuries – but not only – without the need for legislative change.

Keywords: Liability. Abuse of Rights. Non-pecuniary Loss. Immoral damage.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 ABUSO DO DIREITO	13
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	13
1.2 ABUSO DO DIREITO E RESPONSABILIDADE CIVIL.....	19
1.3 TEORIAS SUBJETIVISTAS E TEORIAS OBJETIVISTAS	25
1.4 ABUSO DO DIREITO NOS ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS	27
1.5 ABUSO DO DIREITO NO BRASIL	45
1.5.1 Abuso do direito no Código Civil de 1916	46
1.5.2 Abuso do direito no Código Civil de 2002	54
2 DANO MORAL	75
2.1 DANO NO SENTIDO TRADICIONAL E SUA EVOLUÇÃO	75
2.2 DANO MORAL	88
2.2.1 Dano moral e sua compensabilidade.....	89
2.2.2 Teorias subjetiva, objetivas e sua crítica.....	95
2.3 TEORIA DOS EFEITOS DA LESÃO	103
2.4 OS NOVOS DANOS.....	111
3 DANO IMORAL	123
3.1 SISTEMAS INGLÊS E NORTE-AMERICANO DE RESPONSABILIDADE CIVIL: COMMON LAW	124
3.2 SISTEMA DO CIVIL LAW: A FAMÍLIA JURÍDICA ROMANO-GERMÂNICA... 140	
3.2.1 Sistema francês de responsabilização civil	148
3.2.2 Sistema alemão de responsabilização civil	165
3.3 DANO IMORAL NA ALEMANHA	189
3.4 DANO IMORAL NO BRASIL	198
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	220
REFERÊNCIAS	224

INTRODUÇÃO

O caráter deontológico do Direito enseja a conformação dos seus institutos ao sentimento de justiça que subjaz a toda solução que se procura emprestar aos conflitos sociais. Ao longo da evolução histórica dos sistemas jurídicos, verifica-se a acomodação das noções técnicas ao senso de equidade. No âmbito da responsabilidade civil, esse fenômeno se deu em vários aspectos.

Desde o Direito clássico romano, a vedação dos atos emulativos já denotava a preocupação dos juristas com o mau uso dos direitos. Ainda que informados, em princípio, pelo caráter absoluto em seu exercício (*neminem laedit qui iure suo utitur*), interditava-se o uso malicioso das prerrogativas conferidas ao titular da posição jurídica, notadamente o inspirado pela intenção de prejudicar, desvestido de qualquer utilidade ao agente. Em que pese a divergência em se identificar, já nessa época, o esboço da teoria do abuso do direito, inegavelmente, a proscrição dos atos excessivos serviu de inspiração à consolidação dogmática do instituto no século XIX.

A insuficiência do tratamento repressivo por meio do regime delitual foi percebida – inicialmente – pela jurisprudência francesa ao se deparar com casos – hoje clássicos e amplamente repercutidos – tais como o da chaminé falsa ou o *Clément-Bayard*; a rigor, os atos não eram ilícitos. Mesmo não se subsumindo ao então art. 1.382 do *Code*, os Tribunais gauleses não admitiram o uso do direito de propriedade com a finalidade exclusiva de molestar o vizinho. Paulatinamente, a doutrina passou a elaborar os elementos caracterizadores do ato abusivo, prevalecendo o critério da finalidade (função) como índice limitador do exercício dos direitos. Os ordenamentos jurídicos passam, portanto, a contar com mais um mecanismo de repressão a condutas antissociais, somando-se à análise estrutural-lógico-formal a funcional-axiológico-material.

Função primordial da responsabilidade civil, ainda que dotada de dois grandes instrumentos de tutela de direitos (vedação ao ato ilícito e ao abuso do direito), a reparação das vítimas de eventos danosos continuou insuficiente dado o surgimento de novas situações lesivas, bem como à percepção da necessidade de se proteger a pessoa de forma mais abrangente, nomeadamente seus interesses ou bens extrapatrimoniais. Nesse contexto, a noção naturalística de dano (vinculada ao aspecto patrimonial) é substituída por seu conceito normativo, possibilitando a eleição de fatos sociais como merecedores de tutela, inaugurando a compensabilidade dos danos morais.

A dificuldade de se delimitar o conceito de dano moral decorre justamente de seu caráter normativo, haja vista que implica na seleção pelo ordenamento de uma fração do fato social para transformá-la numa situação jurídica tutelada, cuja violação importaria na lesão a interesse relevante e, portanto, em dano. Essa decisão – escolha – é eminentemente político-filosófica e não técnico-jurídica, daí porque a diversidade de conceitos propostos: afinal, cada época tem seus danos indenizáveis.

A ampliação desse elemento da responsabilidade civil foi refinada a partir do desenvolvimento pelos juristas italianos da noção de *dano injusto*, desvinculando a *antijuridicidade* do ilícito *stricto sensu* e do abuso do direito, para eleger como parâmetro de licitude o ordenamento como um todo. Avançou-se dogmaticamente na identificação das lesões ao se desdobrar a análise em dois momentos: no primeiro, afere-se a violação a algum interesse juridicamente relevante (dano-evento); no segundo, perscruta-se a repercussão concreta da violação na esfera jurídico-pessoal da vítima (dano-consequência). A partir dessa distinção, as Cortes e doutrina italianas passaram a entender como ressarcíveis novas situações, os denominados *novos danos*, chancelando a tutela mais abrangente de aspectos existenciais.

Essas inovações científicas foram se espalhando nos sistemas continentais e incorporando-se nos demais sob sua influência, a exemplo do brasileiro. O diálogo constante (nos últimos dois séculos) entre as três grandes matrizes jurídicas ocidentais (inglesa, francesa e alemã) permitiu o mútuo influxo de concepções e institutos, em verdadeira assíntota dogmática, na medida em que o movimento de convergência não implicou na elisão dos caracteres fundamentais de cada uma.

O sistema alemão de responsabilização civil, espécie de meio-termo entre a tipicidade delitual do inglês e a abertura do francês, não obstante prever expressamente a interdição do abuso do direito no § 226 do BGB, complementou seu sistema repressivo com a terceira e “residual” cláusula geral do § 826, referente ao dano imoral. A relação entre esses institutos é muito estreita, culminando, inclusive, em alegada sobreposição de normas ou na identificação do abuso do direito como hipótese de dano imoral. Entretanto, a autonomia dos institutos permite entrever suas distintas funções no quadro do regime delitual teutão.

Atualmente, o dano imoral tem exercido importante papel complementar no ordenamento alemão, abrangendo hipóteses lesivas não contempladas pelos § 823 I e II do BGB, bem como inéditas situações danosas decorrentes do avanço tecnológico. A abertura conceitual inerente ao índice estampado na norma – *bons costumes* – permitiu sua adaptação, inclusive renovando-se sua significação pela remissão aos valores positivados na Lei Fundamental.

A exemplo do alemão, o ordenamento brasileiro positivou em seu Código Civil a interdição dos atos excessivos (art. 187 do CC/02). Por outro lado, adotou, inspirado no francês, cláusula geral aberta no regime delitual (art. 186 do CC/02). Nesse contexto, pertinente investigar-se a suficiência do sistema repressivo nacional, sobretudo após a incorporação da noção de dano injusto, ampliando-se a tutela de interesses legítimos para além do mecanismo dual ato ilícito-abuso do direito.

Inegavelmente, a boa-fé objetiva exerce importante papel na ampliação do espectro de responsabilização civil, porquanto sua tríplice função, para além de auxiliar na delimitação do escopo e do modo de se exercer posições jurídicas, cria os chamados deveres anexos de conduta, consistentes em comportamentos que, mesmo não expressamente positivados, são de observância cogente. Ainda assim, vislumbram-se situações que escapam ao exato enquadramento das soluções possíveis extraíveis da boa-fé objetiva, notadamente dos fatos sociais que não caracterizam relações jurídicas.

Os *bons costumes* também são índice positivado no nosso Código Civil, mas ao qual não se empresta relevante utilidade, por entender-se “extemporâneo” ou “preconceituoso”. De modo em geral, a doutrina rejeita (e a jurisprudência ignora) a utilização desse critério como matriz de aferição da juridicidade de atos, preferindo a boa-fé, por pretensamente ser mais bem delimitada em seu conteúdo. Entretanto, princípio elementar da hermenêutica jurídica, não se pode admitir palavras inúteis na lei.

Com a expansão dos danos ressarcíveis, a rígida divisão entre responsabilidade civil aquiliana (ou *stricto sensu*) e a negocial perde força frente ao concurso de regimes que se verifica em fatos danosos que se dão no âmbito contratual. A responsabilidade civil (*stricto sensu*) apresenta-se como “direito comum” ou “geral” e a obrigação indenizatória decorrente de relação negocial é “direito especial”. A aplicabilidade do regime negocial, cujo fundamento é a autonomia das partes, restringe-se ao âmbito que couber a essa autonomia, incidindo a responsabilização pelo sistema geral nas fases pré e pós-contratuais, bem como na execução do contrato, em relação a fatos que fiquem fora do âmbito da autonomia privada.

Dado esse cenário, propõe-se aferir, pelo método dedutivo, amparado em pesquisa teórico-bibliográfica e jurisprudencial, a possibilidade da complementação do regime de responsabilização civil brasileiro com o dano imoral, bem como a compatibilidade do instituto alemão com o nosso sistema positivado, delimitando-se também seu campo de aplicação e sua função no quadro geral do regime delitual nacional. O reconhecimento dessa figura representa mais um instrumento de tutela da pessoa e seus interesses, além de constituir

válvula de complementação da responsabilidade civil a abranger novos tipos de lesões – mas não apenas – sem a necessidade de alteração legislativa.

1 ABUSO DO DIREITO

A interdição dos atos excessivos remonta ao sistema romano, donde extraem-se brocardos e institutos jurídicos que repudiavam o mau uso de um direito. A consolidação do abuso do direito como instituto tratado sistematicamente pela dogmática deu-se apenas no século XIX, a partir da jurisprudência francesa. Verificou-se que a liberdade ilimitada no exercício de uma posição jurídica poderia culminar na chancela de atos cuja finalidade exclusiva era a de prejudicar. Analisada inicialmente no âmbito do direito de propriedade e vizinhança, a imposição de limites no uso de prerrogativas foi progressivamente sendo aplicada a outras matérias, até transmutar-se em cláusula geral – positivada ou não – a informar todo o ordenamento.

O ato abusivo, de início, recebeu tratamento análogo ao ilícito *stricto sensu*, demandando-se o preenchimento dos requisitos tradicionais para deflagração da responsabilização civil, notadamente da culpa *lato sensu*. A evolução do instituto implicou em sua autonomia científica, dispensando-se a necessidade de se perquirir a intenção do agente, extraíndo-se sua configuração da análise objetiva da conduta. A necessidade de se coibir condutas desleais alterou o tratamento dispensado ao exercício de direitos, não mais analisados tão somente pelo prisma formal, adicionando-se valorações materiais-axiológicas a fim de se identificar a compatibilidade com o sistema.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A origem histórica do abuso do direito é controversa. Não raro, apontam-se alguns institutos do Direito Romano como precursores da limitação do uso irregular de uma posição jurídica a justificar a recondução a esse sistema. Se por um lado os institutos indicados, de fato, estabeleciam temperamentos no exercício do direito, por outro denuncia-se que a interpretação emprestada retroativamente seria anacrônica e desinserida do contexto da época.

Diversos textos romanos¹ serviram de base à construção da teoria do ato emulativo (*aemulatio*), segundo a qual o ato com intenção maligna e sem utilidade ao agente acarretaria sua responsabilização. Da *aemulatio*, portanto, extraem alguns autores² a tese de que a teoria do abuso do direito remontaria ao pensamento clássico. Busca-se, também, sua identificação em brocardos, tais como “*summum ius summa iniuria*” (o máximo do direito, o máximo da injustiça), “*non omne quod licet honestum est*” (nem tudo o que é lícito é honesto) e “*malitiis non est indulgendum*” (não deve haver indulgência para as maldades). Mas não apenas: valem-se, ainda, os defensores da tese da *exceptio doli* e da regulação do direito de vizinhança. A *exceptio doli* permitia deter uma *actio* que, por circunstâncias várias, seria injusta.³ As relações de vizinhança, por sua vez, sofriam limitações impostas pela necessidade de convivência pacífica.

Ilustrativamente, sustenta Jorge Americano (1932, p. 10) que os brocardos acima citados estão “impregnados” com a noção do abuso do direito, pois abrangeriam não apenas os atos realizados fora da esfera do direito de cada um, mas também os que,

¹ Alvino Lima (1999, p. 207-208) transcreve alguns: “Fr. 38, D., 6, 1, Celso – neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod duxerit picturasque corradere velis nihil laturus nisi ut officias. Inst. I, 8, 2 – Exedit enim reipublicae ne quis re sua male utatur (cf. Gaio, I, 53 – ... male enim nostro jure uti non debemus). Fr. 1, § 12, D. 39, 3, Ulpiano, ...est same debet habere si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit. Fr. 2, 5, D., 39, 3, Paulo – ...quis factus (s. ager) mihi quidem prodesse potest ipsi vero nihil nociturus est; haec aequitas suggerit etsi jure deficiamus. Fr. 2, 9, D., 39, 3, Paulo ...quae sententia verior est; si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat.” Tradução livre: “Fr. 38, D., 6, 1, Celso – Além disso, atos fraudulentos não são aceitáveis, como por exemplo, se você trabalhar em estuque ou afrescos que anexou esculpido para nenhum outro propósito senão para induzir o proprietário em erro. Inst. I, 8, 2 – É conveniente para a república, pois, que ninguém use mal sua coisa (cf. Caio, I, 53 – ...Não devemos, pois, usar o nosso direito para o mal). Fr. 1, § 12, D. 39, 3, Ulpiano, ... é o mesmo que ele deve ter se prejudicou o próximo, mas o fez para melhorar seu próprio território. Fr. 2, 5, D., 39, 3, Paulo – ...aquele que se tornou (o campo santo) pode sim me beneficiar, mas não vai se prejudicar; esta equidade sugere que, mesmo que falhemos na lei. Fr. 2, 9, D., 39, 3, Paulo ...qual frase é mais verdadeira; se ao menos ele não o fizesse com essa intenção de prejudicá-lo, mas não para prejudicar a si mesmo.”

² A defender essa posição, noticia Alvino Lima (1999, p. 208) Gluck, Thibaut, Windscheid, Maynz e De Crescenzo.

³ “A *exceptio doli* foi exceção de direito material destinada a evitar que se obtivessem efeitos jurídicos decorrentes do exercício do direito, quando houvesse dolo. No Digesto, o Livro XLIV, título IV, cuidou da exceção de dolo mau e de medo (*de doli mali et metus exceptione*). No fragmento 1, 1, afirmou-se ‘mas o pretor propôs essa exceção para que ninguém se que aproveite de seu próprio dolo pelo direito civil contra a natural equidade’. Nesse sentido, existem duas classes de *exceptio doli*, oriundas da Roma antiga: a *exceptio doli praeteriti* ou *specialis*, por meio da qual se opõe à pretensão de valer direito obtido dolosamente; e a *exceptio doli praesens* ou *generalis*, segundo a qual a própria propositura da ação fere o sentimento jurídico e, portanto, viola a boa-fé. Esta última era um remédio contra o abuso ao invocar-se a execução estrita de um contrato. Complementou Menezes Cordeiro, quando afirmou que a *exceptio doli* permitia ao réu opor-se a interpretações inadmissíveis do direito, ou a condutas fundadas na alegação rígida de preceitos meramente formais. Esta figura exerceu importante função no direito anterior ao Código Civil alemão. Inclusive se discutiu sua positivação, o que acabou não se concretizando naquela ocasião. Porém, continuou sendo aplicada por meio do § 242 do Código Civil alemão, ao entender-se que a boa-fé é critério regulador de como se devem realizar as prestações devidas e como podem ser exigidas pelo credor. Como se sabe, o § 242 foi aplicado não só para a disciplina das pretensões de direito das obrigações, sendo considerado um princípio geral de direito. Dessa maneira, definiu-se que era possível resistir ao exercício de qualquer direito subjetivo, quando o mesmo violasse a boa-fé.” (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 170-171).

aparentemente dentro, fossem executados com excesso. O mesmo “espírito” verifica-se quando declarou o imperador Leão que os direitos devem ser exercidos sem o intuito de prejudicar os dos outros (*unusquisque suis fruatur et non inhiat alienis*⁴). Cita, em reforço à sua tese, que o direito de propriedade romano facultava o uso das fontes e águas correntes como conviesse ao proprietário; mas a obra realizada com o fim de prejudicar os vizinhos e sem proveito útil era vedada.

Em complemento, pondera-se que Gaio teria formulado uma “teoria geral de abuso de direito quando, para justificar a interdição dos pródigos e a proibição dos senhores em martirizar seus escravos, proclamava que não se deve usar mal seu direito: *male enim nostro jure uti non debemus.*” (RODRIGUES, 1997, p. 312, nota 314).

No Direito Romano primitivo, quatro direitos absolutos eram conferidos ao cidadão *pater familias*: *Patria potestas*, direito do pai sobre os filhos; *Dominica potestas*, direito do mestre sobre os escravos; *Manus*, poder do marido sobre a esposa; *Dominum ex jure quiritium*, direito de propriedade. Poderiam, portanto, em princípio, ser exercidos indiscriminadamente para o bem ou para o mal, com as melhores ou piores intenções, sem que implicassem na responsabilização do titular. Sobretudo em relação os três primeiros, houve a crescente repressão aos abusos cometidos, haja vista que os sentimentos de solidariedade e moralidade sociais não eram estranhos ao povo romano. Assim, desde o fim da República (27 a.C.), os abusos cometidos pelos senhores contra os escravos foram sendo paulatinamente reprimidos, por ferir o sentimento de humanidade difundido na consciência popular, especialmente pelos filósofos estoicos. Não era mais permitido agir contra os escravos sem justa causa. De igual maneira não mais se admitiu que o pai vendesse o filho sem motivo sério (por exemplo, pobreza extrema) ou recusasse consentimento ao casamento imotivadamente. A partir da *Lex Julia de maritandis ordinibus* (18 a.C.), o magistrado poderia avaliar as razões invocadas pelo *pater familias* e, entendendo-as injustas, autorizar o casamento. Por fim, tornando-se cada vez mais frequentes as dissoluções de casamentos, o direito de repúdio somente passa a ser admitido em havendo justa causa, vedando-se seu abuso (CAMPION, 1925, p. 8-9).

Ainda no âmbito das relações familiares, o direito de deserção, absoluto ao *pater familias*, mesmo que exercido dentro das regras do direito civil e pretoriano, poderia ser limitado caso não observasse o sentimento de afeto (*officium pietatis*) que deveria informar o testador ao gratificar seus parentes. O abuso do direito de deserdar foi reconhecido em um caso

⁴ Tradução livre: “que cada um goze do que é seu e não interfira no que é dos outros”.

em que o testador não contemplou seus parentes sem justo motivo, razão pela qual o testamento foi declarado nulo, por se presumir, dadas as circunstâncias, a insanidade do autor (CAMPION, 1925, p. 12).

O direito de propriedade, por sua vez, não perde seu caráter absoluto e, apesar de também ter experimentado limitações, sua evolução não se deu como os três anteriores. De todo modo, diversas conformações ao uso da propriedade foram sendo criadas ao longo do desenvolvimento do Direito Romano. O *damnum infectum* ilustra bem esse ponto. O proprietário pode usar seu bem como lhe aprouver, mas não pode abandoná-lo a ponto de sua ruína constituir ameaça ao imóvel vizinho. De igual modo, o fumo emanado das atividades exercidas pelo titular do domínio há de ser suportado pelos imóveis lindeiros, desde que normal e de acordo com o que a vida cotidiana produz. Entretanto, já nessa época, não se admitia emanações extraordinárias decorrentes do exercício de profissão (por exemplo, oficina de defumação de queijos) ou que a fumaça fosse enviada com o objetivo de prejudicar o vizinho. Na mesma linha, ao proprietário era dado poder fazer trabalho ou escavações que lhe conviessem, mesmo que desviasse a nascente do vizinho, desde que agindo com o intuito de melhorar seu próprio campo, e não apenas com a intenção de prejudicar terceiro. Se a escavação, por outro lado, importasse em abalo da solidez do imóvel vizinho, poderia o proprietário ser responsabilizado (CAMPION, 1925, p. 9-10).

Os exemplos trazidos pela doutrina são inúmeros e extraídos, como visto, dos mais variados ramos do Direito. A necessidade de conformação do uso da *facultas agendi*, portanto, há muito foi percebida como imprescindível a se evitar soluções aberrantes: o mau exercício da posição outorgada ao titular, mesmo em se tratando de direito absoluto, passou por temperamentos para que o senso de justiça não fosse ferido.

Contudo, adverte Antonio Menezes Cordeiro (2021, p. 673-676), o equívoco de se usar instrumentais atuais à interpretação de dados históricos. Especificamente sobre o tema, pondera que não havia no Direito Romano uma elaboração de uma teoria geral dos atos emulativos; tampouco verificava-se o uso institucionalizado da *exceptio doli* a enfrentar o exercício irregular do direito; nem as limitações jurídicas dos direitos envolvidos no conflito de vizinhança permitiria concluir, linearmente, pela adoção do instituto do abuso do direito como atualmente concebido, sequer de forma embrionária. Haveria, portanto, falta de perspectivação histórica ao se eleger trechos e brocardos sortidos das fontes romanas, elementos parcelares, cuja articulação era mais empírica do que teórica, até mesmo pela própria característica desse

sistema, marcadamente casuístico e desvestido de abrangente planificação.⁵ Logo, “ainda quando esses institutos tenham enquadrado soluções materiais romanas integráveis, séculos volvidos, nos meandros das condutas abusivas, obedecem a técnicas próprias e a princípios diversos.” (CORDEIRO, 2021, p. 677).

A teoria do ato emulativo encontrou maior desenvolvimento no direito medieval, abrangendo para além dos direitos reais, os obrigacionais. Sua configuração não se limitava a comprovação do aspecto anímico do agente, admitindo-se seu alargamento com uma série de presunções, deduzidas da inexistência de interesse legítimo no cumprimento do ato cuja interdição visava-se (LIMA, 1999, p. 209-210). O ambiente social da época era propício a incorporação dessas limitações: a reprovação do exercício malicioso de um direito evoluía do senso comum para o *status* jurídico sem dificuldade, haja vista a predominante cosmovisão dominada “[...] por uma axiologia transcendental de tipo humanístico-cristão.” (CORDEIRO, 2021, p. 674).

Sem apoio, entretanto, numa construção científica, nos séculos XVIII e XIX observou-se a prevalência da visão da “titularidade absoluta” dos direitos, falando-se, inclusive, em *ius abutendi* (direito de abusar), vale dizer, o titular do direito poderia exercê-lo sem peias, senhor que era da sua posição jurídica. Afinal, entendia-se que a ninguém prejudica aquele que usa do seu direito – *neminem laedit qui iure suo utitur* (ASCENSÃO, 2002, p. 266; AMARAL, 2008, p. 243). Mas a noção do abuso do direito “vegetou [...] obscuramente nos costumes, infiltrando-se em grande número de instituições”, até reaparecer tratada pela doutrina (AMERICANO, 1932, p. 13).

⁵No mesmo sentido, Luis Díez-Picazo y Ponce de León (1992, p. 5-6) atesta o carácter fragmentário dos excertos romanos: “Suele afirmarse casi siempre que la figura del abuso del derecho es relativamente moderna y que se produjo como una reacción frente al Derecho romano, donde rigió, por el contrario, la regla conforme a la cual el que usa de su derecho no lesiona a nadie, no causa ningún daño o no lo produce con dolo (*qui suo iure utitur neminem laedit, nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*). Sin embargo, se ha observado también que los textos de donde tales máximas se extrajeron, proceden todos ellos del Digesto justiniano y dentro de él del Título XVII del libro 50, que lleva como rúbrica ‘De diversis regulis iuris antiqui’, donde se encuentran señaladamente un texto de Gayo (fr. 55) y otro de Paulo (fr. 151 y 155). Es muy probable que, como en tantas otras materias, en su origen estos textos no hubieran sido otra cosa que piezas de argumentación utilizadas para resolver cuestiones muy concretas. Parece demostrarlo así el hecho de que el fragmento de Gayo proceda de un libro 11 ‘De Testamentis ad Edictum Urbicum’ y los de Paulo procedan de los libros de ‘Comentarios sobre el Edicto del Pretor’. Algunos romanistas han señalado incluso que Digesto, 50, 17, 55, se refiere probablemente al mismo caso tratado por Ulpiano en Digesto, 29, 4, 6, 3. El edicto trataba de impedir que el heredero testamentario pudiera repudiar la herencia deferida por testamento y aceptarla ab-intestato, para quedar de esta manera libre de obligaciones en relación con legados y fideicomisos. El juego de la revocación testamentaria y de la aceptación ab-intestato sería una maniobra dolosa, que no se produce, sin embargo, cuando el propio testador lo ha autorizado.”

O primeiro código a prever de forma clara um princípio genérico do abuso do direito foi o Código Civil da Prússia de 1794. Nos seus §§ 36 e 37⁶ estatuiu que o exercício de um direito dentro dos seus limites próprios isenta o agente de reparar o dano que cause a outrem; ressaltando, entretanto, que, se pelas circunstâncias, o titular elegeu a maneira de exercer seu direito de forma a prejudicar terceiro com a intenção de lhe acarretar o dano, deve repará-lo. Em previsão específica e com o mesmo critério, havia também a limitação ao direito de propriedade nos §§ 27 e 28 (LIMA, 1999, p. 210-211; MARTINS, 1997, p. 85).

A proibição da prática de atos emulativos já era reconhecida no Direito francês antes da promulgação do Código Civil em 1804, mas sem a fixação de um princípio genérico (LIMA, 1999, p. 211). Contudo, as primeiras decisões das cortes francesas que aplicaram o que mais tarde foi denominado “abuso do direito” por François Laurent, autor belga que cunhou a expressão, são imediatamente posteriores à vigência do *Code*. Nesse sentido:

As primeiras decisões judiciais do que, mais tarde, na doutrina e na jurisprudência, viria a ser conhecido por abuso do direito, datam da fase inicial da vigência do Código Napoleão. Assim, em 1808, condenou-se o proprietário duma oficina que, no fabrico de chapéus, provocava evaporações desagradáveis para a vizinhança. Doze anos volvidos, era condenado o construtor de um forno que, por carência de precauções, prejudicava um vizinho. Em 1853, numa decisão universalmente conhecida, condenou-se o proprietário que construía uma falsa chaminé, para vedar o dia a uma janela do vizinho, com quem andava desavindo. Um ano depois, era a vez do proprietário que bombeava, para um rio, a água do próprio poço, com o fito de fazer baixar o nível do do vizinho. Em 1861, foi condenado o proprietário que, ao proceder a perfurações no seu prédio, provocou, por falta de cuidado, desabamentos no do vizinho. Seguir-se-iam, ainda, numerosas decisões similares, com relevo para a condenação, em 1913, confirmada pela Cassação, em 1915, por abuso do direito, do proprietário que erguera, no seu terreno, um dispositivo dotado de espigões de ferro, destinado a danificar os dirigíveis construídos pelo vizinho. (CORDEIRO, 2021, p. 671).

Não recorreram as cortes ao Código recém promulgado, uma vez que não previu regra geral tal qual o prussiano. Tampouco valeram-se os julgadores da tradição romanística, não havendo nos fundamentos lançados nas decisões qualquer menção à *aemulatio*, *exceptio doli* ou *bona fides*.⁷ A doutrina da época, no mesmo sentido, não amparava

⁶ [§§ 36 e 37]: "O que exerce o seu direito, dentro dos limites próprios, não é obrigado a reparar o dano que causa a outrem, mas deve repará-lo, quando resulta claramente das circunstâncias, que entre algumas maneiras possíveis de exercício de seu direito foi escolhida a que é prejudicial a outrem, com intenção de lhe acarretar dano". [§§ 27 e 28]: "Ninguém pode mal-usar a sua propriedade para lesar outrem e causar-lhe prejuízo. Constitui mau uso da propriedade todo aquele que por sua natureza não pode ter outro fim senão o de lesar outrem". (LIMA, 1999, p. 210-211)

⁷ “A independência do abuso do direito, na concepção francesa inicial, perante a tradição romanística, que tem passado despercebida, deve ser sublinhada. Traduzem-na as justificações constantes das decisões jurisprudenciais respectivas. A C. Imp. Colmar, no caso conhecido da chaminé falsa, limita-se a afirmar que «...se é de princípio

sua posição em antecedentes históricos, apresentando argumentos que variavam desde a necessidade de se respeitar os direitos alheios, eventual violação de normas éticas pelo titular, até a ocorrência de *faute* na prática do ato (CORDEIRO, 2021, p. 679-681). Portanto, “embora aparentada à doutrina medieval dos *atos de emulação*, a *teoria do abuso de direito* é construção nova.” (GOMES, 1993, p. 136).

Essa construção deu-se no âmbito doutrinário, cujos autores passaram a analisar as decisões lançadas pelas cortes e discutiram uma forma de sistematizar a matéria.

1.2 ABUSO DO DIREITO E RESPONSABILIDADE CIVIL

A noção individualista dos direitos paulatinamente perde força, abandonando-se sua concepção absoluta. A ideia de que o titular pode exercer da forma como lhe aprouver vai cedendo espaço ao sentido relativista.

Operou-se no início do século XIX uma revisão do conceito de direito subjetivo, que culminou no reconhecimento de limites intrínsecos e extrínsecos. Estes referem-se às hipóteses de colisões de direitos.⁸ Em havendo conflito, a primeira solução a ser buscada é fazer prevalecer o direito de superior hierarquia em abstrato. Por exemplo, um direito patrimonial cede, em tese, a um direito da personalidade. Se a colisão encerrar dois direitos de igual estatura, deve-se ponderar, no caso concreto, qual promove o interesse mais merecedor de tutela. Assim, ilustrativamente, se comproprietários de um carro, com igual direito de uso, disputarem o veículo, prevalece o direito daquele que precisa levar familiar doente ao hospital para atendimento médico sobre o que pretendia fruir economicamente do bem (ASCENSÃO,

que o direito de propriedade é um direito de algum modo absoluto, autorizando o proprietário a usar e abusar da coisa, o exercício desse direito, no entanto, como o de qualquer outro, deve ter por limite a satisfação de um interesse sério e legítimo; os princípios da moral e da equidade opõem-se a que a justiça sancione uma acção inspirada pela malquerença, cometida sob o domínio de uma má paixão e provocando um prejuízo grave a outrem...». A análise de outras decisões reforça a constatação: recorre-se, na condenação por abuso do direito, à necessidade de deixar o vizinho gozar, também, da propriedade, à inexistência de utilidade própria no acto de exercício questionado, à utilização do direito com fim diverso do considerado pela lei que o atribuíra, à ocorrência de falta grave ou de intenção de prejudicar, por exemplo, sem fazer qualquer referência à *aemulatio*, à *exceptio doli* ou à *bona fides*.” (CORDEIRO, 2021, p. 678).

⁸ A matéria é tratada expressamente pelo Código Civil português, em seu art. 335: “1. Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes. 2. Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior.”

2002, p. 294). Os limites intrínsecos, por sua vez, referem-se ao modo de exercício do próprio direito, que eventualmente, pode ser defeituoso (ASCENSÃO, 2002, p. 266).

A delimitação do que se entende exercício regular de um direito gera intenso debate e diferentes correntes doutrinárias. Num primeiro momento, negou-se à teoria do abuso do direito autonomia, defendendo-se que seria apenas um capítulo da responsabilidade civil. Nesse sentido, Alvino Lima (1999, p. 213) noticia que os irmãos Léon e Henri Mazeaud sustentavam que a questão do abuso do direito deveria ser resolvida pela aplicação da culpa: quem exerce um direito com a intenção de prejudicar alguém comete culpa delitual; quem o faz sem tal intenção, mas de forma negligente ou imprudente, comete culpa quase-delitual. Portanto, a solução passaria sempre pela responsabilização civil, com fulcro no art. 1.382 do *Code*, seja atinente a danos no exercício do direito, seja fora.⁹

A doutrina crítica à autonomia do instituto¹⁰ vislumbra uma logomaquia no termo, haja vista que “o direito cessa onde o abuso começa”.¹¹ A regra geral proibitiva de causar prejuízo a outrem mostra-se suficiente a lidar com a questão do abuso, pois, quem a viola, conseqüentemente sai dos limites do seu direito. Assim:

Sobre este ponto contentamo-nos em reproduzir a passagem bem conhecida em que Planiol arruína a teoria: ‘Esta nova doutrina assenta inteiramente, diz êle, numa linguagem insuficientemente estudada; a sua fórmula, uso abusivo dos direitos, é uma logomaquia porque, se eu exerço o próprio direito, o meu ato lícito, e quando é ilícito é porque excedo o meu direito e atuo sem direito. É preciso não nos deixarmos enganar pelas palavras; o direito cessa onde o abuso começa, e não pode haver uso abusivo

⁹ No mesmo sentido: Sourdat, Planiol-Ripert-Esmein e Bartin (LIMA, 1999, p. 213-214).

¹⁰ Sobre a síntese das objeções lançadas contra a autonomia do abuso do direito e sua respectiva refutação, cf. LIMA, 1999, p. 232-239.

¹¹ Marcel Planiol, autor da frase que posteriormente veio a ser repetida pelos adversários da doutrina, ofereceu, em última análise, objeções mais formais que substanciais ao abuso do direito. Não lhe repugnava a ideia, apenas combatia os termos em que proposta. Nesse sentido, esclarece Lucien Campion (1925, p. 280-281, tradução nossa): “Planiol é geralmente considerado como o chefe da escola doutrinária adversária da teoria estudada. A maioria dos autores que, depois dele, criticaram a tese do abuso de direito repetiram estas frases: ‘A fórmula: uso abusivo de direito, é uma logomaquia. O direito termina onde começa o abuso. Um ato não pode ser ao mesmo tempo conforme à lei e contrário à lei’. Crítica de pura forma, como já dissemos. Argumento, ou melhor, trocadilho, muitas vezes invocado para combater a jurisprudência progressista que se liga à doutrina do abuso de direito. Esquecemos de ressaltar que Planiol é, ao contrário, um convicto defensor dessa jurisprudência. ‘Defendemos, diz ele, uma ideia correta com uma fórmula falsa. O que é verdade é que os direitos quase nunca são absolutos, a maioria tem alcance limitado e está sujeita a várias condições para o seu exercício’. E mais adiante: ‘Há, além disso, variações consideráveis na ideia que os homens têm da extensão de seus direitos’. É uma afirmação de princípio que constitui a própria base da concepção alargada que fará do abuso de direito um princípio geral de regulação social. Pouco importa, na prática, se se trata ou não de um exercício compreendido nos limites de um direito subjetivo, se esse exercício for reprimido desde que ultrapasse não apenas os limites atribuídos a esse direito por lei, mas também aqueles que são impostos pelo desenvolvimento cada dia mais intenso das necessidades econômicas e sociais. A expressão ‘abuso de direito’ só é essencial se o conteúdo dos direitos individuais for considerado imutável fora da intervenção do legislador; é inútil se, com Planiol, admitirmos que o juiz pode, ao cercar-se das circunstâncias da vida ambiente, reconhecer limites essencialmente variáveis a esse conteúdo.”

dum direito, pela razão irrefutável que um só e mesmo ato não pode ser, ao mesmo tempo, conforme ao direito e contrário ao direito'. Os direitos, efetivamente não devem ser considerados como absolutos. Quando se verifica que há abuso, é que o titular saiu dos limites legais fixados pelo exercício do seu direito. (RIPERT, 1937, p. 166).

As objeções lógicas não se resumem à expressão. Gaston Morin (1945, p. 104-109) enxerga na tentativa de se introduzir uma *função* na noção de direito subjetivo um “aspecto hegeliano”, ao se integrar uma contradição em sua estrutura. Em sendo a lei uma liberdade no interesse do seu titular e a função uma obrigação a serviço de outras pessoas, a lógica exigiria uma escolha entre o conceito de direito e o de função, não sendo possível combinar os dois. Defende que o direito de propriedade é absoluto, conferindo ao titular uma esfera de autonomia; mas o classifica como um “direito humano” sofrendo limitações apenas dos “novos direitos reconhecidos”: o direito à vida, ao trabalho e aos poderes estatais. O direito à vida justificaria a imposição legal de obrigatoriedade de cultivos das terras, pois a alimentação é essencial à sobrevivência humana. O direito ao trabalho se exerce por parte do agricultor que aumentou o valor da terra contra o proprietário desta ou pelo comerciante arrendatário que deu ganho de capital ao prédio alugado. Encontraria limites também o direito de propriedade nos poderes do Estado, cuja imposição seria justificada pelo benefício aos interesses coletivos. Resume sua concepção afirmando que existem direitos concorrentes aos do proprietário que se exercem sobre a coisa dele, desaparecendo o caráter unitário desse direito (ideia romana). Sintetiza a “revolta do direito contra o código” com a seguinte fórmula baseada na consabida taxonomia aristotélica: o homem já não aparece apenas como causa eficiente da lei, mas torna-se sua causa final.¹²

A doutrina francesa avança nas contestações e denuncia que o condicionamento do exercício de um direito à verificação da legitimidade dos motivos oferece o perigo da sindicabilidade arbitrária sobre a licitude por parte do juiz, pressupondo um “grau superior da moralidade pública”, cuja segurança somente seria atingível em se estipulando a

¹² Sobre a teoria aristotélica das quatro causas, expõe Giovanni Reale (2015, p. 33): “1) A causa formal é, como dissemos, a forma ou essência das coisas: a alma para os animais, as relações formais determinadas para as diferentes figuras geométricas (para a circunferência, por exemplo, o lugar preciso dos pontos equidistantes de um ponto chamado centro), determinada estrutura para os diferentes objetos de arte, e assim por diante. 2) A causa material ou matéria é “aquilo de que” é feita uma coisa: por exemplo, a matéria dos animais são a carne e os ossos; a matéria da esfera de bronze é o bronze, da taça de ouro é o ouro, da estátua de madeira é a madeira, da casa são os tijolos e cimento, e assim por diante. 3) A causa eficiente ou motora é aquilo de que provêm a mudança e o movimento das coisas: os pais são a causa eficiente dos filhos, a vontade é a causa eficiente das várias ações do homem, o golpe que dou nessa bola é a causa eficiente do seu movimento, e assim por diante. 4) A causa final constitui o fim ou o escopo das coisas e das ações; ela constitui aquilo em vista de que ou em função de que cada coisa é ou advém; e isso, diz Aristóteles, é o bem de cada coisa.”

cada direito os objetivos que seu exercício visa. Seguindo no raciocínio, Georges Ripert (1937, p. 188-189) põe em dúvida a utilidade de se mudar o fundamento *psicológico* (intenção do agente) da teoria para a tese objetiva do caráter antissocial da conduta, o que emprestaria, em tese, maior segurança na verificação da licitude. Se a utilidade de um direito subjetivo é dada pela repercussão social positiva, tem-se, *ipso facto*, a supressão do próprio direito, já que sua instituição visa o benefício do titular, “mesmo que a sociedade sofra com isso”. Se a utilidade (critério) é individual, retorna-se à concepção subjetiva. O absolutismo do direito, conclui, não é, em si, condenável, porque traduz o legítimo desejo de poder e liberdade; o que se deve exigir do Direito é que refreie o desejo de prejudicar, não se podendo dissociar da apreciação seu fundamento moral, sob pena de cair-se “nas mais perigosas fantasias da opressão social”.

Não se pode desconsiderar que o início debate sobre a sistematização da teoria do abuso do direito se deu no começo do século XIX, momento em que a Escola da Exegese estava em seu apogeu. Com a promulgação do *Code Napoléon* em 1804, inúmeros juristas defenderam a preservação e o respeito à letra da lei em detrimento da liberdade judicial na aplicação da norma, tudo em favor da segurança jurídica e em prestígio à pretensa completude do Código. Predominava a ideia de que, quando uma lei era clara, não se podia lhe frustrar a letra, sob pretexto de penetrar-lhe o espírito (ESPINOLA; ESPINOLA FILHO, 1939, p. 329).

Contudo, na esteira das observações feitas por Mario Rotondi (1979, p. 215), pode-se afirmar que a investigação do elemento subjetivo do agente, para além de ser índice do progresso da ciência do direito, é muito comum em diversos campos normativos. Restringindo a análise ao Direito Civil – a importância da intenção no Direito Penal, por exemplo, é patente –, verifica-se que os ordenamentos, de um modo geral, valem-se da perquirição da consciência do agente a fim de emprestar diferentes consequências jurídicas à sua ação ou ao modo de aquisição, modificação ou extinção de direitos, nomeada e ilustrativamente em matéria de casamento, posse ou execução de obrigações.¹³ Tampouco procede o argumento de que tal investigação seria muito difícil ou mesmo impossível, sobretudo porque baseada em indícios objetivos que evidenciam o *animus* do agente.

Apontado como precursor e mais acentuado defensor da autonomia da teoria do abuso do direito,¹⁴ Louis Josserand sustenta a noção de culpa deve ser alargada para além

¹³ No Código Civil italiano, por exemplo: art. 128, art. 1.147, art. 1.148, art. 1.152 e art. 1.154. No Código Civil brasileiro: art. 1.561, art. 1.201, art. 1.217/1.220 e art. 309.

¹⁴ Nesse sentido, para além de Alvino Lima, dentre outros, cf. GOMES, 1993, p. 137; RODRIGUES, 1997, p. 312; MORIN, 1945, p.101.

dos limites do que preceituado pela responsabilidade civil (conceito clássico), adotando a noção de culpa social, consistente no “desvio da missão social do direito”. Distingue, portanto, *atos ilegais*, *atos ilícitos* e *atos excessivos*. Os primeiros são transgressores dos limites objetivos dos preceitos normativos, são aqueles praticados sem direito (*iniuria* no sentido romano). São atos intrinsecamente incorretos, não havendo que se provar culpa ou dano. Os segundos, apesar de praticados no exercício de um direito, não se moldam à sua destinação, resultando do desvio de uma faculdade subjetiva falseada pelo seu titular. Não violam a letra da lei, mas sim seu espírito. Deve-se provar, portanto, o ato, seu desvio (sem o que não há abuso) e o dano (pressuposto da reparação). Os terceiros são realizados conforme o direito e sua destinação (são legais e lícitos), mas podem ser geradores de responsabilidade se causam danos excessivos ou anormais, ocasionalmente sem culpa, provando-se o caráter anormal do risco (MARTINS, 1997, p. 161-162; LIMA, 1999, p. 214; PINHEIRO, 2002, p. 112).¹⁵ Assim, o ato abusivo é aquele que, apesar de praticado com fulcro em um direito subjetivo, é contrário ao direito visto como um todo, tem contra si a juridicidade das regras sociais obrigatórias: o Direito inteiro (MARCACINI, 2006, p. 36). Em suas palavras:

Toda prerrogativa, todo poder jurídico são sociais na sua origem, na sua essência e, até, na missão, que são chamados a cumprir; como poderia ser diferente, pois que o direito objetivo, considerado no seu conjunto, a *juriscidade* (juricité), não é mais do que a regra social obrigatória? A parte não poderia ser de outra natureza que o todo; o elemento participa da própria essência do organismo, para cujo funcionamento traz a sua parte contributiva... como a própria natureza, segundo a profunda observação de IHERING, liga assim próprio fim ao interesse alheio –, faz ela de forma a que o seu cada um trabalhe, no seu interesse bem compreendido, para a salvação da coletividade; ela põe os egoísmos individuais a serviço da comunidade, sendo verdadeiro dizer que o egoísmo, que não conhece senão ele próprio, que não quer senão para si mesmo, chega a construir o mundo –; assim é, tanto em relação ao mundo jurídico, como ao mundo físico; e, pois que cada egoísmo concorre para o escopo final, é de toda evidência que cada um dos nossos direitos subjetivos deve ser orientado e tender para esse fim; cada um deles tem a sua missão própria a cumprir, o que vale dizer que cada um deles deve realizar-se de conformidade com o espírito da instituição; na realidade, e numa sociedade organizada, os pretensos direitos subjetivos são – direitos-função; devem permanecer no plano da função, à qual correspondem, senão o seu titular comete um desvio, um abuso de direito; o ato abusivo é o ato contrário ao fim da instituição, ao seu espírito e à sua finalidade. (*sic*) (JOSSERAND apud ESPINOLA; ESPINOLA FILHO, 1939, p. 473-474).

¹⁵ Pedro Baptista Martins (1997, p. 162) os exemplifica com as seguintes hipóteses: “É o que ocorre quando os vapores deletérios de uma usina prejudicam as culturas vizinhas ou quando as fagulhas de uma locomotiva incendiam os campos ou as florestas marginais. São atos eminentemente danosos e, pois, constitutivos de riscos. Aquele que cria tais riscos deve suportar-lhes a incidência. Responsabilidade sem culpa e puramente objetiva.”

O abuso do direito, portanto, estaria fora do domínio dos delitos ou quase-delitos tratados pelo art. 1.382 do Código Civil francês, uma vez que essa disposição pressupõe a violação de uma obrigação pré-existente, legal ou convencional. O ato abusivo se dá dentro dos limites objetivos da norma e sua sanção escapa à previsão geral da responsabilidade aquiliana. Além dos referidos limites, existem os de ordem teleológica ou social, que ultrapassam a legalidade expressa, sob a influência da equidade, da boa-fé e do bem comum. Logo, fala-se não mais em direito-poder (prerrogativa soberana concedida ao indivíduo), mas sim em direito-função, cuja concepção encerra a preocupação de não se ofender interesses da comunhão social (LIMA, 1999, p. 217). O abuso do direito para Louis Josserand, portanto, seria o desvio da lei de sua função, contrário ao seu espírito e sua finalidade, à razão de ser de sua instituição (MORIN, 1945, p. 101).

Interessante notar que, apesar do esforço de Josserand em distinguir o abuso do direito da tradicional responsabilidade civil aquiliana, ele ainda recorre a figuras disponíveis no quadro do sistema jurídico – *in casu*, ato ilícito – a categorizar o instituto. Segundo Rosalice Fidalgo Pinheiro (2002, p. 110-113), haveria nesse ponto uma aproximação com os autores que, a exemplo de Planiol, negam a autonomia do ato abusivo, enquadrando-o como mero ilícito (delitual ou quase-delitual). Aos que ressaltam a intenção de prejudicar (teoria subjetiva), o ato abusivo remete a noção de culpa. Aos que sublinham a análise objetiva da conduta, escoram-se, por vezes, na teoria do risco, enquadrando o ato abusivo na responsabilização objetiva. Esse modo de tratamento inicial dado ao instituto ainda estava “preso nos quadrantes do positivismo” e decorria do “axioma ontológico da liberdade”, vértice dos sistemas liberais, onde tudo o que não era proibido seria permitido. Inobstante o mérito do critério finalista consolidado por Louis Josserand e robustez dogmática conferida ao abuso do direito, a autonomia do instituto ainda não seria plena, qualificando-se sua tese como “teoria de transição”.

De todo modo, o abandono da noção absoluta dos direitos subjetivos deu ensejo a se perquirir qual seria o critério definidor de um ato como abusivo. A complexidade da tarefa decorre do fato de se precisar estremar os limites do exercício regular de um direito, ou seja, em que hipóteses o uso de uma *facultas agendi* deveria ser sancionada por sua ilegitimidade.¹⁶

¹⁶ O termo (i)legitimidade não é empregado, a toda evidência, no sentido de qualificar a aptidão do agente a praticar o ato de forma eficaz (legitimidade fator de eficácia) ou válida (legitimidade requisito de validade). Sobre esse tema, cf. AZEVEDO, 2002, p. 58-61. Aqui emprega-se para se distinguir da *ilicitude*, uma vez que nem sempre o ato abusivo é ilícito, já que esta, de um modo geral no direito estrangeiro (como será visto adiante), exige dolo ou negligência. Tampouco o ato abusivo será sempre inválido, bastando pensar-se no exemplo de quem esgota um

1.3 TEORIAS SUBJETIVISTAS E TEORIAS OBJETIVISTAS

O esforço doutrinário de delimitação da legitimidade do exercício do direito parte da noção medieval dos atos emulativos, inspirado, portanto, na verificação do móvel da conduta do agente. As teorias que buscaram na *intenção* o critério distintivo foram denominadas de subjetivas ou subjetivistas.

A precedência história e a decorrência dogmática entre a teoria do ato emulativo e a do abuso do direito é verificada tanto na França quanto na Alemanha. Assim, a jurisprudência francesa do século XIX desenvolveu a noção de ato abusivo com base, primeiramente, no elemento intencional. Da mesma forma no país vizinho, onde para conformação do abuso exigia-se o *animus nocendi* e a ausência de utilidade do ato (TAKAOKA, 2016, p. 87). As doutrinas iniciais deram maior relevância ao elemento subjetivo, constatando o abuso nos atos que eram inspirados pelo deliberado e único propósito de prejudicar outrem, sem qualquer proveito próprio (ROTONDI, 1979, p. 187).

Na vertente subjetivista, dois critérios são apresentados: o *intencional* e o *técnico*. O primeiro caracteriza-se pelo ânimo de prejudicar (dolo); o segundo, no exercício culposo (GOMES, 1993, p. 137). A culpa consistiria no exercício do direito pelo titular, embora sem a intenção de lesar, de tal maneira que não lhe houvesse interesse apreciável, o “ato praticado é economicamente mau e condenável. É uma culpa de ordem econômica.” (LIMA, 1999, p. 225).

A divergência que se instaura refere-se à possibilidade de responsabilização do agente em havendo concurso de motivo(s) legítimo(s) com o ânimo de prejudicar. Para alguns autores – dentre outros,¹⁷ Bonnacase, Pierre de Harven – somente restaria configurado o abuso em sendo o *animus nocendi* o único móvel da conduta. Se, por exemplo, o proprietário faz obra que resulte em embelezamento ou aumento de produtividade, não poderá reclamar o vizinho, mesmo que o proveito obtido tenha sido inspirado pela intenção maléfica: o benefício auferido neutralizaria o dano suportado (LIMA, 1999, p. 220-221). A solução apresentada pelos

poço para tirar a água do vizinho. O sentido empregado nesse trecho, portanto, encerra a ideia geral de antijuridicidade, a exemplo da terminologia empregada no art. 334 do Código Civil português, explicado por José de Oliveira Ascensão (2002, p. 278), como também será visto adiante.

¹⁷ Jorge Americano (1932, p. 24) cita também Bunfoir, Baudry-Lacantiniere, Demolombe e Chaveau.

autores, em verdade, desborda da perscrutação da vontade e incide na análise do proveito objetivamente verificado.

Por outro lado, a exemplo de Josserand e Ripert, defende-se que se, secundando a intenção de prejudicar, existe motivo legítimo para a prática do ato, justificado está o exercício do direito naquelas condições. Em outras palavras, em havendo causa dupla, a lícita concorrente é suficiente à juridicidade do ato, pois “o sentimento mau do titular do direito não se transforma em ato, porque a ação contém em si própria sua causa.” (LIMA, 1999, p. 221). As teorias subjetivas, apesar de repousar o critério no elemento íntimo, apreendem o abuso no ato pela análise das circunstâncias em que praticados, quando nenhuma interpretação honesta possa ser dada a ele, ou seja, quando não se possa vislumbrar outra intenção que não a de prejudicar (AMERICANO, 1932, p. 24).

É justamente da análise das circunstâncias que surgem vozes a defender a chamada teoria objetiva. Enxergam o abuso no exercício anormal do direito, contrário à sua destinação econômica ou social, reprovado pela consciência pública e, excedendo, por consequência, seu conteúdo. O critério psicológico, portanto, deve ser substituído, pois o ato intencional de lesar atenta, objetivamente, contra os bons costumes. Dois critérios sobrelevam nessa análise: o *econômico* e o *teleológico*, caracterizando-se o primeiro pelo exercício do direito sem interesse legítimo e o segundo desconformidade com sua destinação social (GOMES, 1993, p. 137).

A explicitar com mais pormenor essas correntes, Alvin Lima (1999, p. 224-225) traz as ponderações de Louis Josserand, que passou em revista os critérios jurisprudenciais. Assim, a ideia de interesse legítimo é informada pelas faculdades concedidas às pessoas pelo poder público a fim satisfazerem seus interesses, mas não todo e qualquer, apenas aqueles considerados pelo ordenamento *legítimos*. A legitimidade, no contexto dessa teoria, ganha contornos econômicos, entendendo-se o abuso como o “exercício contrário à destinação econômica do direito”. Em razão do seu excessivo materialismo e da insuficiência para lidar com o exercício de direitos não patrimoniais, adotou-se o critério finalista ou funcional (teleológico). Os direitos possuem função própria a cumprir, e, por consequência, devem ser exercidos conforme o *espírito da instituição*. O abuso verificar-se-ia quando a prática do ato atenta contra à finalidade do direito, sua *ratio*.

Houve quem defendesse a adoção de uma *teoria mista*, a qual combinaria os fatores subjetivos (psicológico ou intencional) com os objetivos (finalista). Nesse sentido, sustenta Jorge Americano (1932, p. 25) que, colhendo o que há de verdade em cada doutrina, preferível adotar um critério *misto*, que analise *objetivamente a intenção*. Vale dizer, investiga-

se o procedimento normal dos homens, concluindo-se pela anormalidade quando não se conforme com essa média, decorrendo daí a obrigação de ressarcir o dano. No mesmo sentido, seria o posicionamento de Colin e Capitant, para quem o problema do abuso ora se resolveria pela intenção de prejudicar, ora pela negligência (CARVALHO NETO, 2015, p. 72).

Para além da combinação, propôs-se também a adoção de todos os critérios, como solução suficiente a se evitar que, no caso concreto, o exercício abusivo não fique incólume apenas por não se enquadrar em uma ou outra corrente:

Pensamos, entretanto, que, em cada caso concreto, qualquer que seja a natureza do direito, todos os critérios devem ser postos em jogo, atendendo ao princípio genérico da relatividade de todo e qualquer direito e da sua finalidade econômica e social; a aplicação de critério diversos, distinguindo a natureza dos direitos, parece conduzir a um classificação dos mesmos, dotados uns de mais ou menos prerrogativas; seria estabelecer, genericamente, uma hierarquia de poderes mais o menos extensos, no exercício de cada direito; tal hierarquia só a lei objetivamente pode fixar. Quer se trate de um direito real, quer de um direito obrigacional, a aplicação dos vários critérios, para fixar o seu exercício abusivo, deve ser adotada, atendendo à finalidade da norma lesada, ao espírito da instituição. (LIMA, 1999, p. 228).

Sedimentadas as bases doutrinárias do ato excessivo, releva, nesse ponto, analisar de que maneira alguns ordenamentos encamparam a teoria, apontando-se quais elementos fizeram prevalecer para se identificar o abuso.

1.4 ABUSO DO DIREITO NOS ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS

A incorporação legislativa dessas noções se deu da mais variada forma, seja por previsões específicas em certos institutos, seja pela adoção de cláusula geral. Na França e na Itália, por exemplo, os códigos permanecem sem preceito genérico a vedar o abuso do direito, em que pese conter normas vedando atos emulativos.

O Código Civil italiano estatui em seu art. 833¹⁸, no capítulo I, título II, que trata do direito de propriedade, a vedação da prática de atos pelo titular do domínio animados

¹⁸ “Il proprietario non puo' fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri.” Tradução livre: “O proprietário não pode praticar atos que não tenham outro fim senão prejudicar ou causar incômodo a outrem.”

pela finalidade exclusiva de prejudicar ou causar incômodo a outrem.¹⁹ Apesar de uma primeira leitura sugerir a presença dos elementos subjetivo (intenção) e objetivo (prejuízo ou incômodo), parte da doutrina moderna esclarece que a lei se refere ao “escopo do ato” e não ao “escopo do proprietário”, dispensando-se, portanto, a difícil prova da intenção do agente. Contudo, não é o entendimento que prevalece, sustentando a maioria dos autores italianos a necessidade de aferir o *animus nocendi* para o reconhecimento do ato emulativo, sem exigir-se, entretanto, intenção específica, bastando a consciência dos reflexos danosos sobre a esfera de terceiro (TAKAOKA, 2016, p. 19-20).

Para além do citado artigo, outras disposições do *Codice* estabelecem expressos limites ao exercício de direitos: o art. 844²⁰, que trata da emissão de fumaça, tremores, calor e ruídos, da propriedade vizinha, desde que não “excedam a tolerabilidade normal”, levando em conta a condição do lugar; o art. 1.175²¹, que estabelece o dever de as partes comportarem-se honestamente (*secondo le regole della correttezza*) numa relação obrigacional; o art. 1.337²² determina que as partes devem se comportar de acordo com a boa-fé no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato; o art. 1.358²³, de igual forma, impõe a observância da boa-fé pelas partes durante a execução de negócios jurídicos em que se verifica a pendência de condição suspensiva ou resolutiva.

¹⁹ O Código Civil italiano de 1865 também continha previsão limitativa, com a seguinte redação: “Art. 436. A propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas na maneira mais absoluta, contanto que não se faça dela um uso vedado pelas leis ou pelos regulamentos.” Tradução de CARVALHO NETO, 2015, p. 38. Pelo teor do dispositivo, verifica-se que a restrição ao direito de propriedade era bem mais restrita, não se valendo o legislador de cláusula aberta, remetendo às limitações positivadas no próprio Código. Em que pese Inacio de Carvalho Neto (2015, p. 38) enxergar nessa norma cláusula proibitiva de abuso do direito, refere-se ela às limitações externas, mas não internas ao uso da *facultas agendi*.

²⁰ “Il proprietario di un fondo non può impedire le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino, se non superano la normale tollerabilità, avuto anche riguardo alla condizione dei luoghi. Nell'applicare questa norma l'autorità giudiziaria deve temperare le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà. Può tener conto della priorità di un determinato uso.” Tradução livre: “O proprietário de um terreno não pode impedir a introdução de fumaça ou calor, exalações, ruídos, tremores e propagações semelhantes provenientes do fundo do vizinho, desde que não excedam a tolerabilidade normal, atendendo também a condição dos lugares. Ao aplicar esta regra, a autoridade judiciária deve conciliar as necessidades de produção com as razões de propriedade. Pode levar em consideração a prioridade de um determinado uso.”

²¹ “Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza (Cod. Civ. 1337, 1358).” Tradução livre: “O devedor e o credor devem se comportar de acordo com as regras de honestidade (Código Civ. 1337, 1358).”

²² “Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.” Tradução livre: “As partes, na condução das negociações e na formação do contrato, devem se comportar de boa fé.”

²³ “Colui che si e' obbligato o che ha alienato un diritto sotto condizione sospensiva, ovvero lo ha acquistato sotto condizione risolutiva, deve, in pendenza della condizione, comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte.” Tradução livre: “Aquele que for obrigado ou tiver alienado direito sob condição suspensiva, ou o tiver adquirido sob condição resolutiva, deve, na pendência da condição, comportar-se segundo a boa-fé para manter a integridade razões da outra parte.”

O debate que se instaura na doutrina italiana diz respeito a possibilidade de se extrair dessas regras, sobretudo do art. 833 do *Codice*, uma proibição genérica do abuso do direito, a informar o sistema. Dentre as diversas correntes, tem-se a que defende seja afastada interpretação restritiva ao dispositivo, ampliando seu âmbito de aplicação a todos os direitos reais. Há, inclusive, posicionamento no sentido de se aplicar o princípio a todo e qualquer direito subjetivo (TAKAOKA, 2016, p. 21, nota 34).

Alberto Trabucchi (1968, p. 51-52) noticia que alguns doutrinadores sustentam um limite lógico, quase natural, pelo qual o direito sequer existiria fora dos lindes da retidão e boa-fé. Rebate, contudo, a tese, afirmando o Código Civil italiano não previu cláusula geral e que o silêncio foi eloquente.²⁴ Tal limite genérico contrariaria a concepção fundamental do direito como liberdade, além de causar insegurança jurídica (*un grave ostacolo all'esigenza della certezza*). Argumenta que não se poderia, portanto, exigir ao exercício de um direito um fim socialmente apreciável e ressalta a tendência de se dar cada vez mais relevo aos limites impostos pela própria lei (a exemplo dos arts. 833, 844 e 1.175), inspirados na boa-fé ou dever de retidão, contra eventual formalismo, mas sem que o exame substantivo das relações possa ser levado ao ponto de suprimir a autonomia dos particulares. Conclui que deve ser reafirmada a indiferença do ordenamento jurídico à apreciação dos fins perseguidos pelo sujeito, a menos que se verifique que a ação é dirigida unicamente ao prejuízo alheio, com violação concreta e precisa dos requisitos de sociabilidade e boa-fé.

Na França, como visto, na falta de previsão expressa no *Code*, coube à jurisprudência a tarefa de delimitar a *regularidade* no exercício dos direitos. Os casos paradigmáticos e amplamente noticiados na doutrina são os da chaminé falsa e o das hastes de ferro (*Clément-Bayard*). No primeiro, o proprietário ergueu uma chaminé sem qualquer utilidade apenas e tão somente para fazer sombra no imóvel do vizinho. A Corte de Colmar (1855), ao apreciar o caso, ponderou que, embora o direito de propriedade seja absoluto, tem como limite a satisfação de um interesse sério e legítimo. O segundo, analisado pela Corte de Compañia (1913), refere-se ao proprietário que construiu imensas armaduras de madeira com hastes de ferro (com 16 metros de altura) a fim de prejudicar o vizinho que fabricava dirigíveis. Mais uma vez, o critério utilizado no julgamento para identificação do abuso do direito foi o da

²⁴ Nesse ponto, o autor faz menção ao projeto do código franco-italiano das obrigações, que previa o ressarcimento do dano causado no exercício do próprio direito, mas que excedesse os limites impostos pela boa-fé ou o fim em vista do qual o direito lhe tenha sido reconhecido. Pondera que o *Codice* de 1942 não repetiu a previsão e que o fez por rechaçar a figura.

antissocialidade (CARVALHO NETO, 2015, p. 36-37; MARCACINI, 2006, p. 19; PINHEIRO, 2002, p. 38-39; SOUZA, 2012, p. 43).

De um modo geral, os precedentes das Cortes francesas sobre abuso do direito dizem respeito aos direitos de propriedade e vizinhança. A propósito, a concepção inicial, no século XIX, abrangia sobretudo os denominados “direitos de função egoísta”,²⁵ entendidos como aqueles que visam a utilidade pessoal do titular, notadamente o de propriedade (MORIN, 1945, p. 102). Mas a Corte de Cassação já aplicou o instituto em casos como o abrupto e humilhante rompimento de noivado e a recusa do marido judeu em fornecer o *guet* à ex-esposa, impedindo-a de casar-se novamente. Os julgados enquadram a conduta abusiva na regra geral de responsabilização civil (art. 1.382, atual 1.240 do *Code*), caracterizando-a como *faute*.²⁶ Os critérios utilizados variam e não são claros, ora adotando-se a intenção de prejudicar (*intention de nuire*), ora comportamentos que denotem culpa moral, tais como má-fé ou leviandade (DAM, 2013, p. 59). Contudo, adverte Patrice Jourdain (2021, p. 49-50) que o caráter social da culpa (*faute*) civil – que a distingue da moral – impõe um mínimo de objetividade na apreciação da conduta humana: a sociedade julga os atos, não os homens. A fragilidade inerente às prescrições legais genéricas deve-se ao caráter vago *do dever*, levando-se o juiz a construir

²⁵ Para além desses, Louis Josserand (apud MORIN, 1945, p. 102) identificava os “direitos absolutos, direitos não causados”, e os “direitos de função altruísta”, cuja finalidade seria proteger os outros, a exemplo do “poder paterno”, atual poder familiar. Na concepção do autor, apenas os direitos de função egoísta seriam passíveis de abuso, cujo exercício desnecessário poderia implicar no desvio de sua função econômica ou social. Enfrentando criticamente a questão, Pedro Baptista Martins (1997, p. 152-153) afirma: “Rippert, apoiando-se em Josserand, afirma a existência de uma categoria de direitos, aos quais não se pode estender a idéia do abuso do direito. São direitos cujo exercício é facultado pela lei de modo arbitrário. Esse arbítrio é necessário porque o titular é o único juiz do dever que lhe incumbe. Entre esses direitos arbitrários incluem-se os chamados direitos de poder: pátrio poder e poder marital. São direitos que comportam limitações objetivas; mas a pessoa que age na esfera dos seus limites, não tem de dar contas do sentido que a impele à ação. Nesse domínio, a apreciação do dever moral escapa ao juiz. A esses direitos Josserand denominou *não causados*, porque, uma vez concedidos, podem ser exercidos em condições e para fins diferentes, sem que seu titular tenha de dar conta dos motivos que o levaram a agir. A máxima absurda *feci sed jure feci* torna-se, em relação a eles, a expressão de uma verdade jurídica. Esses direitos abstratos, essas prerrogativas peremptórias e soberanas tornam-se perfeitamente toleráveis, porque a falta de limitações subjetivas é compensada pela estreiteza de suas fronteiras objetivas. Não é necessária uma aguda penetração de espírito para verificar que esses supostos direitos abstratos são antes deveres de assistência moral impostos pelo direito objetivo a certas pessoas, em razão dos laços de parentesco ou proteção que a liga a outras. Essa tendência exagerada para ver por toda a parte direitos subjetivos, mesmo nos casos em que não há direitos, senão apenas deveres, é que levou Josserand a uma classificação arbitrária, baseada no espírito que os anima, em três categorias distintas: direitos não causados, direitos de espírito egoístico e direitos de espírito altruístico. Esses deveres, por isso mesmo que o são, não encontram na lei a sua definição precisa. A eles não se estende a noção do abuso pela razão óbvia de não constituírem direitos subjetivos. A sua inobservância atenta diretamente contra a lei, porque é uma falta a um dever que ela prescreve de modo imperativo. A noção do abuso do direito, como superlegalidade, como instrumento de censura que é, não pode deixar de manifestar-se em toda a parte onde haja o exercício de um direito subjetivo. Não há direitos absolutos, porque a norma jurídica que confere direitos subjetivos é sempre uma norma finalística, onde se acha implícita a idéia funcional ou social do direito.”

²⁶ A reforma por que passou o Código Civil francês será tratada mais adiante, assim como o que se entende por *faute*.

modelos de referência mais ou menos abstratos – homem médio, bom pai de família etc. –, atestando-se a culpa (*faute*) na comparação entre a conduta efetiva do agente e aquela imposta pelo padrão de comportamento.

O Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB) estabelece em seu § 226²⁷ – sito no título 06 da parte geral (exercício dos direitos, legítima defesa e autotutela) – a inadmissibilidade do exercício de um direito quando a finalidade exclusiva é causar dano a outrem. Aponta-se, dessa forma, pelo menos em uma primeira leitura, a adoção da teoria subjetiva pelo ordenamento teutão.²⁸ Trata-se de cláusula geral aplicável a toda classe de direitos, previstos ou não Código, fundada em mandado de ética social. Não se proíbe, em verdade, o exercício de direito que cause lesão a terceiro, mas sim o uso da *facultas agendi* em contexto tal que não exista não interesse legítimo ao titular e cuja finalidade não seja outra senão causar o dano (LIMA, 1999, p. 242). A ausência de interesse faz presumir o *animus nocendi*, facilitando-se a prova para o terceiro lesado, que não precisará demonstrar de forma cabal a intenção exclusiva em prejudicar, apontando apenas as circunstâncias concretas que permitam chegar-se a essa conclusão (TAKAOKA, 2016, p. 17).

O § 242²⁹ do BGB limita especificamente o exercício dos direitos contratuais aos ditames da boa-fé (*Treu und Glauben*). O § 826³⁰, por sua vez, prevê a responsabilização civil de quem causa dano a outrem dolosamente pela prática de ato contrário aos bons costumes. Marcos Takaoka (2016, p. 17-18) considera “supérflua” a disposição do § 226 em vista do que previsto no § 826, indicando eventual superposição de normas. Pontua que a imperfeição legislativa resultou, historicamente, do projeto original do BGB, em que se estabelecia redação diversa ao § 826, alterada com a supressão da frase “que não cause no exercício de um direito que lhe pertence”. Posteriormente, o § 226 foi acrescentando, culminado em *bis in idem*.³¹ De

²⁷ “Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.” Tradução de TAKAOKA, 2016, p. 16: “O exercício de um direito é inadmissível quando só pode ter o fim de causar dano a outrem”.

²⁸ Nesse sentido, cf. MARTINS, 1997, p. 85.

²⁹ “Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.” Tradução de TAKAOKA, 2016, p. 18, nota 17: “O devedor é obrigado a cumprir a prestação, de modo como a boa-fé o exige, consoante os usos do comércio”.

³⁰ “Wer in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.” Tradução de TAKAOKA, 2016, p. 17: “Quem voluntariamente causa dano a outro de modo contrário aos bons costumes, está obrigado para com o outro à reparação do dano”.

³¹ Sobre os debates gerados no estudo do projeto do BGB: “As dificuldades que suscitava, na aplicação, a prova do elemento intencional dos atos de emulação geraram, na Alemanha, um pesado ambiente de hostilidade contra a doutrina. Na comissão nomeada para o estudo do projeto de Código Civil, o espírito de animadversão explodiu ruidosamente por ocasião da proposta de Gierke favorável à fórmula proibitiva de Schmoller. Dividindo-se a comissão, a proposta logrou uma vitória pouco auspiciosa, sendo aprovada por 11 votos contra 9. A tese de Gierke, depois de repelida pela 2ª comissão, transformou-se, finalmente, no atual art. 226, assim concebido: ‘L'exercice

todo modo, conclui, a jurisprudência alemã combinou as três previsões e interditou o exercício do direito que fosse contrário à boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*), à equidade (*Billigkeit*) ou desvestido de interesse (*ohne jedes eigene Interesse*), vedando, em última análise, o abuso do direito (*Rechtsmissbrauch*).

No âmbito doutrinário, a referida antinomia foi resolvida pela identificação de domínios de aplicação distintos. O § 226 abre seção destinada a tratar do exercício dos direitos (*Ausübung der Rechte*) e, portanto, incide no abuso cometido no exercício de direitos definidos. O § 826 está no título 27, que trata dos atos ilícitos (*Unerlaubte Handlungen*), incidindo sobre os abusos cometidos no seio da liberdade de ação das pessoas (MARTINS, 1997, p. 86-87).

Assim, causar danos intencionalmente não é suficiente à responsabilização do agente, se a conduta se desenvolve no contexto do tráfico normal das relações sociais e econômicas. Ilustrativamente, se um empresário conquista o cliente do concorrente com a oferta do mesmo produto mais barato, estaria impingindo um dano intencional (perda do cliente, privação do lucro), mas não seria responsabilizado por isso. O requisito cumulativo da imoralidade do ato impede a ampliação desmesurada e contraproducente da responsabilização aquiliana: a proteção de interesses financeiros é, principalmente, o domínio da responsabilidade contratual. Mas em sendo o elemento delimitador um conceito aberto (*gegen die guten Sitten*), a determinação de padrões morais geralmente aplicáveis mostra-se problemática em uma sociedade pluralista (WAGNER, 2021, p. 101-102). A concreção da medida da “imoralidade” é tarefa da jurisprudência, devendo-se adotar na fundamentação linha geral de conduta que seja replicável em casos semelhantes, contribuindo para a formação de uma consciência moral e de cultura na comunidade jurídica (LARENZ, 1959, p. 596).

O Código Civil português de 1966 estabelece em seu art. 334º o conceito legal de abuso do direito: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.” Adotou, portanto, a teoria objetiva. A ilegitimidade do ato decorre da inobservância de padrões objetivos de comportamento, o que não significa que, havendo

d'un droit n'est pas permis, lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer dommage à autrui'. No intuito, porém, de dirimir possíveis antinomias entre o princípio genérico e a restrição admitida pelos diferentes projetos no que respeita aos danos resultantes de atos praticados no exercício de um direito, transformou-se o art. 810 do último projeto (art. 705 do primeiro projeto) no atual art. 826, que, sob a epígrafe de ‘atos ilícitos’, assim dispõe: ‘Quiconque intentionnellement cause dommage à autrui d'une manière qui porte atteinte aux bonnes moeurs est obligé envers cet autrui à la réparation du dommage’. (MARTINS, 1997, p. 85-86).

intenção de lesar, esta não seja relevante: apenas não será decisiva. O abuso consubstancia-se no excesso *manifesto* dos limites, justificando-se a exigência legal no princípio da autonomia privada, que impede uma “intromissão cerrada” no exercício de direitos. O âmbito de aplicação é amplo, regra de máxima generalidade norteadora de todo ordenamento – não apenas o Direito Civil –, inclusive a atos omissivos (ASCENSÃO, 2002, p. 277).³²

A *ilegitimidade* referida no art. 334 encerra a noção mais abrangente de antijuridicidade, não significando necessariamente ilicitude ou invalidade. Isso porque o ato abusivo pode constituir-se de mero fato que deve ser desfeito a fim de recompor a juridicidade do comportamento. José de Oliveira Ascensão (2002, p. 278) ilustra essa hipótese com o exemplo do proprietário que esgota a água do seu poço apenas para privar o vizinho do acesso ao recurso. Não se trata propriamente de um ato inválido: inútil seria tachar de nulo tal comportamento. O equilíbrio seria reinstaurado apenas com a cessação material da conduta. De igual maneira, como o critério de aferição da abusividade é objetivo, nem sempre a conduta irregular estará informada pelo elemento subjetivo do dolo ou da culpa, razão pela qual não coincide com o ato ilícito.

A *boa-fé* comporta distinção em dois sentidos principais. O primeiro diz respeito a um *estado* ou *situação* de espírito, consistente no convencimento da licitude do ato ou na ignorância da sua ilicitude. Divide-se a boa-fé subjetiva em *psicológica*, quando a lei se contenta com o mero desconhecimento,³³ e *ética*, prevalente no ordenamento, quando o desconhecimento não possa ser reprovado – haverá má-fé se desconhece com culpa: devia conhecer (ASCENSÃO, 2002, p. 179). O segundo consubstancia *princípio* de atuação, que impõe o dever de comportamento honesto, leal, correto no exercício de direitos, no cumprimento de deveres e/ou obrigações, interditando o defraudamento da legítima confiança ou expectativas dos outros. O caráter aberto da cláusula propiciou o esforço científico, com base na análise da jurisprudência, de identificação de “figuras sintomáticas” concretizadoras da

³² Embora de difícil configuração, Jose de Oliveira Ascensão (2002, p. 277) exemplifica uma possível aplicação da regra em ato omissivo: “seria abusivo não apagar um fogo no próprio prédio para que se propagasse ao prédio vizinho”.

³³ A exemplificar esse tipo de boa-fé, tem-se no Código Civil português o art. 119/3: “A má-fé, neste caso, consiste no conhecimento de que o ausente sobreviveu à data da morte presumida.” Ao comentar a referida disposição, afirma Antonio Menezes Cordeiro (2021, p. 478): “Este factor actua no sentido puramente psicológico da má fé constante do art. 119. /2: a pessoa não implicada em certa decisão judicial, precedida de cautelas especiais, determinadas pela lei e como é natural, elaborada com o cuidado funcional que o tribunal põe nos seus actos, não parece adstrita a mais deveres de indagação. Tomando conhecimento da sentença, se nada souber, de facto, em contrário, pode ficar tranquila.”

noção,³⁴ dentre as quais pode-se apontar a vedação do *venire contra factum proprium*, o *Verwirkung* e o abuso da nulidade por vícios formais. É no segundo sentido que a boa-fé está prevista na definição de abuso do Código (ABREU, 2006, p. 55-59). A doutrina lusitana, contudo, ressalta a necessidade de se distinguir e autonomizar as figuras (boa-fé e abuso do direito), pois, apesar de se tangenciarem, não são coincidentes.

Nesse sentido, pondera-se que o abuso do direito, como do próprio nome se deduz, aplica-se na verificação de certos exercícios (embora aparentes) dos direitos (entendidos latamente). O princípio da boa-fé, por sua vez, “[...] apesar de se revelar em ‘hipóteses típicas’ relacionadas com o exercício de direitos, não deixa de actuar também no cumprimento de obrigações. Mais, este princípio vale para todo o *comportamento* juridicamente relevante das pessoas.” (ABREU, 2006, p. 61).

Os institutos não coincidem em conteúdo e extensão. A boa-fé ostenta caráter precipuamente relacional, fixando regras de condutas às partes, visando o equilíbrio correspondente às expectativas normais. Daí porque sua incidência particular em contratos comutativos, mas não apenas. Logo, vai além da pura função pessoal dos direitos, abrangendo, mas ultrapassando os atos emulativos. No contexto do art. 334 Código, alarga sua aplicação, abarcando exercícios disfuncionais e modos inadmissíveis de exercer posições jurídicas (ASCENSÃO, 2002, p. 182 e 276). A ilustrar essa relação tensional entre a boa-fé e o abuso do direito e a confusão conceitual gerada pela previsão conjugada no mesmo dispositivo, Jorge Manuel Coutinho de Abreu (2006, p. 61-62, nota 125) analisa um caso trazido por A. Ferrer Correia e Vasco Lobo Xavier:

Os AA. [autores] partem dum caso que, por ser efectivamente paradigmático, vamos aqui descrever: A empresa *A*, que tem por objecto a venda de gasolina e outros combustíveis líquidos e de óleos lubrificantes, possui uma rede de revendedores, os quais se obrigaram por contrato a vender ao público em determinados locais, sob regime de exclusivo, os produtos da primeira, fornecendo esta materiais e instalações para o efeito. Ora sucedeu que a empresa *B*, que explora o mesmo ramo de negócios, abordou vários dos mencionados revendedores, instigando-os a romper as relações contratuais que os ligavam a *A*, a fim de passarem a vender nos referidos locais os seus próprios produtos, e oferecendo-se inclusivamente para suportar as indemnizações a que aqueles revendedores viessem a ficar sujeitos, por virtude da violação do contrato – e designadamente a satisfazer o montante fixado nas cláusulas penais naquele contrato incluídas (p. 3). Constatam depois os AA. [autores] que no caso de incitamento por parte de terceiro ao incumprimento das obrigações contratuais se não pode ver, em rigor, *o exercício de um direito* – previsto no texto do art. 334. –

³⁴ “O funcionamento da boa fé dá-se, antes de mais, perante o caso concreto. Mas a repetição de casos permite a formulação de regras. Estas acabarão por ser incluídas na ordem normativa, mesmo não sendo legais, dispensando o recurso à boa fé. Dá-se o que chamámos a osmose da aplicação para a interpretação. No seu funcionamento, as cláusulas gerais contribuem para consolidar e ampliar o corpo das regras.” (ASCENSÃO, 2002, p. 181).

, mesmo no sentido muito lato da expressão (envolvendo quaisquer «prerrogativas privadas»- classificáveis ou não como direitos) (p. 11). «Só que o art. 334.º não pode entender-se nos termos restritivos em que vem formulado. A ideia que preside à norma vale também necessariamente para um qualquer comportamento *material* (ou seja, para um comportamento que não corresponda a uma manifestação da capacidade jurídica geral)» (p. 12). A «barreira terminológica» (como diz CUNHA DE SA, ob. cit., p. 616) do art. 334.º não pode constituir obstáculo intransponível. «Aliás, se bem vemos as coisas, há lugar, a este respeito, para um *argumento de maioria de razão*: se um comportamento contrário à boa fé e aos bons costumes merece sofrer a censura da ordem jurídica, mesmo quando é formalmente configurável como exercício de um direito, com mais forte motivo a sofrerá quando não lhe quadre aquela qualificação formal» (p. 12). Esta conclusão «habilidosa» e inteiramente justa vem também dar força àquilo que a seguir se diz no texto. E, claro, confirma-se que, quando a propósito do «efeito externo das obrigações», se fala em abuso de direito, estão essencialmente em jogo os princípios da boa fé e dos bons costumes...

Os *bons costumes*, por sua vez, são entendidos como conjunto de regras aceites pela consciência moral, não da moral praticada (*mores*), mas daquela que se entende deva ser observada (*bonus mores*). Não se trata, portanto, da moral subjetiva ou pessoal do juiz, tampouco da moral transcendente, religiosa ou filosófica. O critério, inegavelmente fluido, é dado pela consciência social dominante, mostrando-se mais indeterminado que a boa-fé, seja porque nesta verificam-se, ao menos, algumas “figuras sintomáticas”, seja porque o comportamento ofensivo aos bons costumes sempre o será em relação à *bona fides*, conquanto mais grosseiro (ABREU, 2006, p. 63-64).

A abusividade decorrente da violação aos bons costumes não implica, necessariamente, na ilicitude do ato, porquanto quem o pratica sem a consciência de estar em desacordo com as concepções ético-sociais admitidas, ainda assim incorrerá na interdição legal, mesmo sem o saber. Naturalmente, a sanção imposta dependerá da natureza do ato, pois, em sendo um negócio jurídico, art. 280/2³⁵ do Código Civil português lhe comina a pena de nulidade. Porém, “isso não exclui em cada caso outras reacções, que sejam adequadas à ilegitimidade do acto ofensivo dos bons costumes. Há aqui uma floração de consequências paralela à que se verifica a propósito do acto lesivo da boa fé.” (ASCENSÃO, 2002, p. 274).

O *fim social ou económico* como limite ao exercício está ligado à dimensão funcional e é constitutivo do direito. Não se manifesta do mesmo modo nas diversas categorias de direitos, nem diz respeito ao âmbito e conteúdo da norma: ou seja, não se refere à interpretação, mas a aplicação (ASCENSÃO, 2002, p. 272).³⁶ Sua incidência se dá no ato de

³⁵ “É nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes.”

³⁶ Divergindo, nesse ponto, Antonio Menezes Cordeiro (2021, p. 1.231): “Nos primórdios do jussubjetivismo, quando os direitos eram encarados num prisma absolutizante, dominado por um pano de fundo ultra-liberal, compreende-se que tenha tido interesse prático real o acentuar da funcionalização, como forma de combater os

materialização da posição jurídica e tem como pressuposto que todo direito é outorgado para a realização de algum benefício, valor ou desenvolvimento de algum interesse, e não se esgota na mera descrição.

Não faltaram, contudo, críticas à previsão legal. A conjunção alternativa *ou* lançada no texto sofreu acirrada objeção por Jorge Manuel Coutinho de Abreu (2006, p. 67), o qual põe em dúvida seu real significado: estaria o termo a indicar a independência das finalidades (social e econômica), inconfundíveis? Ou simplesmente denotariam que há direitos que não são essencialmente patrimoniais, aos quais não calha aventar finalidade econômica? Conclui o autor que a expressão é imprecisa, pontuando que melhor seria se o art. 334 apenas referisse a “fim (ou função) desse direito”.³⁷

A imprecisão da locução decorreria de “um certo utilitarismo genérico”, o que inviabilizaria determinações em abstrato. O reconhecimento pelo Direito Civil de espaços de liberdade condicionados à função social ou econômica traz implícita a ideia de que o livre arbítrio não é total, mas conformado pelo escopo que presidiu à constituição do direito. São recomendações, entretanto, que demandam cautela e somente podem ser delineadas caso a caso. Antonio Menezes Cordeiro (2021, p. 1.231-1.232) vislumbra na menção do dispositivo à função social e econômica uma “reliquia da Ciência jurídica francesa”, que teve lugar no contexto do exegetismo, mas que passou à história, dadas as novas exigências científicas. Não haveria,

abusos manifestos. Essa atitude era reforçada, ainda, pela incipiência da interpretação sistemática, submersa pelo exegetismo então imperante. Os progressos da Ciência do Direito tornam esses cuidados substituíveis, com vantagem, pelas dimensões funcionais, teleológicas e sinérgicas das operações de interpretação-aplicação. Não há, pois, que falar em função social e econômicas dos direitos ou outras posições jurídicas, mas antes que apurar, face a cada situação, até onde vai o espaço de liberdade concedido pela ordem jurídica, utilizando, para tanto, todas as dimensões da interpretação.”

³⁷ A crítica do autor estende-se à própria noção de “função social”. Após discorrer longamente sobre a chamada função social da propriedade, que toma como paradigma por ser a mais comumente evocada, pondera: “Bom, não pretendo com estas críticas negar o que modernamente, em geral, é uma evidência o aumento das restrições ao direito de propriedade, a maior intervenção do Estado (dito agora, também, social) na esfera jurídica dos sujeitos. Também não recuso aprioristicamente que se veja nestes fenómenos a confirmação de *uma* função social da propriedade. O que eu não aceito é defender-se essa função de tal modo que transpareça não haver já lugar para a *função individual* ou que esta se subordina à social. Não concordo com o uso inflacionado de «função» ou «vinculação social» - na maior parte das vezes sem se explicar o que isso quer dizer - de maneira a sugerir que a propriedade está ontologicamente *obrigada* a prosseguir finalidades específicas de carácter supra-individual. É claro que essas expressões não relevam para significar que todos os direitos são sociais, dado pressuporem intersubjectividade, vida em relação. Não está em jogo esta banalidade. Também não está em jogo a evidência de a ordem jurídica implicar ordenação, delimitação de poderes, sendo legítimo nessa medida dizer-se que os direitos são relativos, não absolutos ou infinitos, que estão circunscritos por necessários limites legais (além dos naturais), a fim de ser possível aos diversos poderes coexistir. O que está em jogo é o papel mistificador a que se presta a expressão «função social da propriedade».” (ABREU, 2006, p. 38-39). Lado outro, propõe o critério de definição de abuso do direito que entende preferível: “Há abuso de direito quando um comportamento, aparentando ser exercício de um direito, se traduz na não realização dos interesses pessoais de que esse direito é instrumento e na negação de interesses sensíveis de outrem.” (ABREU, 2006, p. 43).

portanto, a referência a um princípio autônomo – a cobrir tantas e tão variadas hipóteses, com elevado preço do esvaziamento de conteúdo –, “[...] tão só, uma constatação normal de que, nos direitos subjectivos como noutros lugares normativos, não seria possível, sem uma interpretação adequada das normas presentes, apurar a mensagem jurídica que esteja em jogo.” Em outras palavras, sustenta o autor a desnecessidade da genérica previsão, sendo possível a resolução de eventuais extravasamentos dos poderes concedidos pela própria operação hermenêutica praticada nos termos do que atualmente concebida, notadamente a sistemático-teleológica.

O Supremo Tribunal de Justiça português, em acórdão de relatoria do Ministro Baltazar Coelho,³⁸ ao aplicar o instituto, delineou que o abuso do direito representa remédio a atuar como “válvula de segurança capaz de evitar que um direito seja exercido em termos clamorosamente ofensivos da justiça”. Não significa a interdição do exercício pelo titular, nem se destina a extinguir direitos, mas manter seu exercício “em moldes conformes com o salutar equilíbrio dos interesses em jogo”, atuando como moderador de eventuais excessos. Os conceitos normativos abertos estampados no texto do art. 334 do Código lusitano são instrumentalizados, na prática, para conformar o uso direito e reenquadra-lo, sob a égide da equidade, nos limites impostos pela boa convivência.

Adotando também a teoria objetiva, tem-se o Código Civil suíço e o soviético. O primeiro estabeleceu em seu art. 2º³⁹: “Todos estão obrigados exercer seus direitos e cumprir suas obrigações de acordo com as regras da boa-fé. O abuso manifesto de um direito não é protegido pela lei.” Antes da unificação do direito civil suíço, vários códigos cantonais previam artigo que reprimiam eventuais abusos. O do Cantão de Zurique estabelecia limites ao exercício do direito de propriedade, como, ilustrativamente, em seu art. 182 regulava a questão das escavações; o art. 183 dispunha que o vizinho deveria consentir no uso temporário de parte de sua propriedade em caso de necessidade; o art. 188 proibia a utilização anormal de bens que produzissem fumos. No Direito de Família, o art. 683 versava sobre o abuso do poder paterno (CAMPION, 1925, p. 219).

A promulgação do Código em 1907 com a disposição acima citada representou a adoção da teoria em sua “amplitude desejável”, na medida em que, ao contrário

³⁸ N° JSTJ00010050, j. 02.02.1989. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/68dae5b51be52fb2802568fc0039dadb?OpenDocument>. Acesso em: 25.03.2023.

³⁹ Tradução livre a partir de LIMA, 1999, p. 243; CAMPION, 1925, p. 220: “Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi.”

do BGB, não a condicionou à intenção de prejudicar, dispensando o elemento subjetivo.⁴⁰ O art. 4º do mesmo diploma determina que o juiz deve aplicar as regras da boa-fé e da equidade, caso a lei o obrigue a tomar uma decisão levando em conta as circunstâncias ou as justas razões, complementando o art. 2º (CAMPION, 1925, p. 220). A explicitar a concretização deste artigo, M. S. Simonius (apud LIMA, 1999, p. 244, nota 154), professor da Universidade da Basileia, mostra o que exercício de um direito se torna abusivo quando em violação à boa-fé, derivando esta da moral: o art. 2º proíbe, portanto, o exercício imoral do direito, mesmo que dentro dos seus limites técnicos. Destaca alguns critérios que podem ser utilizados para se identificar essa imoralidade e cita, exemplificativamente, o exercício com o fim de prejudicar terceiros sem utilidade para o titular; ausência de interesse legítimo no exercício; desvio da finalidade que informou a outorga do direito ou faculdade jurídica; a exigência pelo credor do cumprimento integral do contrato, mesmo ciente da modificação imprevisível das circunstâncias econômicas iniciais em que fora entabulado, causando grande prejuízo ao devedor.

A utilização da expressão “abuso manifesto” no texto da lei foi elogiada justamente por deixar espaço ao prudente arbítrio do juiz, “dotando o Direito de vitalidade” (PINHEIRO, 2002, p. 64). As variadas formas pelas quais o abuso do direito pode se manifestar impede sua fixação discriminada na lei, revelando-se “alta prudência legislativa” a utilização de fórmula abstrata, reclamando leis de conteúdo maleável, “[...] que possam estender-se e desdobrar-se indefinidamente para abranger todas as hipóteses que a vida lhes costuma deparar, porque ao juiz nunca será lícito eximir-se de julgar, sob pretexto de que a lei é omissa, obscura ou ambígua.” (MARTINS, 1997, p. 88). A evidenciar a necessidade de ponderar as circunstâncias concretas do caso, Lucien Campion (1925, p. 222) cita julgado do Tribunal Federal suíço (1914) em que se analisou uma nova construção que obstruía quase completamente as janelas do vizinho. Em tese, ele tinha o direito de exigir a demolição do muro assim construído. No entanto, restou comprovado que os quartos privados de luz estavam sem uso e a demanda do autor não foi acolhida, considerando que ele havia ajuizado a ação por puro espírito emulativo (*pur esprit de vexation*).

⁴⁰ “Para que se manifeste a repressibilidade do abuso do direito, de acordo com a lei suíça, é indiferente que prepondere ou não, ou mesmo que falte de todo, a intenção de prejudicar. Sendo assim, o simples exercício *à légèrè* de um direito, que acarrete danos a terceiro sem proveito algum para o seu titular, pode determinar a responsabilidade deste, adscrevendo-o à obrigação de reparar o dano causado ou, em certas circunstâncias especiais, de suprimir o abuso cometido. A advertência - *cada um é obrigado a exercer seus direitos e executar suas obrigações de acordo com as regras da boa-fé*, coincide, em grande parte, com a teoria já exposta de Emmanuel Levy, segundo a qual o abuso do direito consiste em ilaquear a confiança legítima de outrem.” (MARTINS, 1997, p. 89).

O reconhecimento do ato abusivo no sistema suíço pode ser feito *ex officio* pelo julgador de qualquer instância. A concepção subjacente a essa conclusão se dá pela presunção de que o direito subjetivo desempenha uma função de atribuição socialmente vinculada e que o conteúdo da norma (objetiva) justifica o direito subjetivo. Portanto, a postulação baseada na literalidade da lei, mas com desvio da finalidade social da norma, carece de base jurídica substantiva e, conseqüentemente, de tutela pelo ordenamento (HUWILER, 2011, p. 107).

O Código Civil russo, por sua vez, não trazia nenhuma regra geral sobre o tema. Somente a promulgação do Código Civil da República Soviética da Rússia em 1º de janeiro de 1923, o abuso do direito foi contemplado com cláusula expressa, precisamente em seu art. 1º⁴¹: “Os direitos civis são protegidos por lei, salvo nos casos em que são exercidos em desacordo com sua destinação econômica ou social.” Trata-se da concepção mais ampla sobre a matéria, puramente objetiva, extraída, contudo, da doutrina francesa, especificamente da obra de Léon Duguit (CAMPION, 1925, p. 254-255).⁴² Segundo esse autor, a teoria do abuso serviria à socialização do direito, tendendo subordinar o exercício de todos os direitos subjetivos ao interesse social. Em verdade, Duguit defende que se deve descartar a palavra e a ideia de direitos subjetivos, suprimindo, assim, a causa dos abusos.⁴³ Agir de acordo com lei não é exercer um direito subjetivo e praticar um ato cujo fim é ilícito é violar o próprio direito objetivo: não há direitos, mas simples funções sociais. Sustenta que o homem não possui direitos, a coletividade tampouco. O indivíduo tem na sociedade uma função a cumprir, uma tarefa a executar e é

⁴¹ Tradução livre a partir de CAMPION, 1925, p. 254: “Les droits civils sont protégés par la loi, sauf dans les cas où ils sont exercés en contradiction avec leur destination sociale et économique”; LIMA, 1999, p. 245: “Les droits civils sont protégés par la loi, sauf dans les cas où ils sont exercés dans un sens contraire à leur destination économique et social.”

⁴² Divergindo dessa visão: “Não se confundem as idéias de Duguit com as do legislador comunista do direito civil, como pretendem alguns, porque aquele jurista não renega a idéia de legalidade, de ordem jurídica; no entanto, para o legislador soviético, a própria idéia de um regime de direito não existe, porque o direito não é mais do que um meio de realização dos fins do Estado, dos obreiros e camponeses. O art. 1.º tem justamente por fim transformar todo o Código Civil em um meio para tal realização.” (LIMA, 1999, p. 247).

⁴³ Em que pese a doutrina enquadrar Léon Duguit na categoria dos autores que negam a teoria do abuso do direito, Rosalice Fidalgo Pinheiro (2002, p. p. 73) faz interessante observação: “Por outro lado, ao se constatar que para aquele autor, a atividade do indivíduo reduz-se a deveres, fazendo com que ele exerça uma função social, poderia se dizer que a teoria do abuso do direito não é totalmente negada por Duguit. Trata-se de entender a função social, não como um obstáculo ao direito subjetivo, mas como verdadeiro pressuposto para seu exercício. Semelhante idéia torna-se ainda mais clara, quando se recorre às considerações ideológicas que estão nas entrelinhas de suas afirmações, as quais podem ser resumidas na luta contra o individualismo. Eis que é exatamente como reação a este último, que se compreende a referida teoria, correspondendo às influências solidaristas ou socialistas que invadem o Direito, em fins do século XIX.”

precisamente esse o fundamento da regra de direito que se impõe a todos (CAMPION, 1925, p. 288-289; LIMA, 1999, p. 231).⁴⁴

O posicionamento de Léon Duguit assenta-se, ideologicamente, no positivismo sociológico de cunho realista, que dessume o Direito da observação dos fatos e não de figuras abstratas, a exemplo dos direitos subjetivos, que nada mais seriam do que uma “quimera”: daí postular seu banimento da ciência jurídica. O autor nega noções que se revelem metafísicas e sustenta que o indivíduo estaria apenas situado em “situações jurídicas subjetivas”, que nada mais seriam do que as regras objetivas vista pelo aspecto do sujeito. Em outras palavras, não haveria a consagração de poderes aos homens sobre os homens, apenas funções sociais, deveres (PINHEIRO, 2002, p. 70-71; CARVALHO NETO, 2015, p. 52). A regra do direito repousaria sobre a necessidade social e sobre o sentimento de equidade existentes, em dado momento, na consciência do homem. O juiz, portanto, ante o texto que apresente ambiguidade, deve investigar qual seria o pensamento do legislador, não quando da promulgação da lei, mas no tempo e nas circunstâncias concretas em que ela está sendo aplicada (ESPINOLA; ESPINOLA FILHO, 1939, p. 575-576).

Portanto, os direitos civis protegidos pela lei soviética não coincidem propriamente com a noção de direito subjetivo das legislações acima vistas; não são espaços de liberdade individual para satisfação dos próprios interesses, mas concessões com marcada função econômica e social, cujo desvio pode culminar na recusa ao agente de tutela jurídica. Assim:

Os direitos civis não pertencem à pessoa em sua qualidade de pessoa; eles lhe são conferidos pelo Estado que não lh'os atribue em atenção à sua qualidade de pessoa mas com um fim perfeitamente determinado - objetivando o desenvolvimento das forças produtoras do país. Desde que se exercitem direitos com finalidade diversa

⁴⁴ A apreciação do art. 1º do Código Soviético gerou interessante e acirrado debate entre Louis Josserand e Georges Ripert, cujo relato vale transcrição: “Apesar de qualificá-la de estatal, quase panteísta, Josserand a qualifica de ‘concepção profundamente social e cujo interesse não poderia ser contestado: jamais as noções de fim, de finalidade social, receberam uma consagração tão solene e geral e é evidente que uma disposição como a que se colocou no pórtico do Código Civil soviético, é de natureza a marcar profundamente, com o seu cunho, toda a legislação e, conseqüentemente, toda a vida da comunhão social que ela é chamada a reger, dirigindo-lhe os destinos’. Esta apreciação de Josserand, valeu-lhe uma acerba crítica de Ripert, sob o título ‘Abus ou relativité des droits’, in *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence* - 1929, vol. 49, p. 33 *et seq.* Ripert acusa Josserand de ter exaltado, como modelo, o Código de uma sociedade *puramente materialista* e perdida em um sonho absurdo de uma economia inteiramente racional, em contradição consigo mesmo, abrindo a sua obra com um apelo à Justiça eterna. Josserand revidou o ataque em artigo intitulado ‘À propos de la relativité des droits’, in *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1929, p. 276 *et seq.*, mostrando que Ripert, destacando apenas duas páginas dentre quatrocentas de sua obra *De l'esprit des droits et de leur relativité*, fez como certos indivíduos que colocam alguns objetos de uma determinada maneira, submetendo-os a uma luz intensa, para lhes modificar o aspecto; foi o que fez o crítico, modificando o seu ato e exagerando-lhe a importância. E conclui: *é impossível a um jurista de boa-fé passar em silêncio sobre a codificação dos soviéticos.*” (LIMA, 1999, p. 245-246).

desta que foi prescrita pelo Estado, tais direitos deixam de existir aos seus olhos, e o Estado não os protege mais (*sic*). (ELIACHEVITCH; TAGER; NOLDE apud MARTINS, 1997, p. 91).

A interpretação institucional não predominou por muito tempo, contudo. A doutrina e a jurisprudência soviéticas passaram a valer-se do art. 1º para o fim mais contido de reprimir eventuais abusos do direito, notadamente desvios de finalidade (MARTINS, 1997, p. 91). O papel dirigente que ressuma do texto da lei foi sendo paulatinamente limitado pelos intérpretes, tendo, inclusive, o próprio Colégio de Cassação Civil aconselhado aos tribunais subordinados que operassem menos com esse artigo, atendendo-se aos elementos de cada caso enquanto uma interpretação estável não lhe fosse conferida. Consequentemente, o art. 1º pouco aparece nos julgados (LIMA, 1999, p. 247-248).

Na *Common Law* o amplo exercício dos direitos, a liberdade de ação, vige como vetor axiológico a informar a ordem jurídica anglo-americana. O instituto do abuso do direito, portanto, possui limitado campo de aplicação, restringindo-se, no âmbito do direito material, aos *torts* que exijam esse elemento para sua configuração. Assim, em regra, uma ação ou omissão danosa não constitui ato ilícito, mesmo que movida pela intenção de prejudicar (LIMA, 1999, p. 250). Vigora a imunidade no exercício dos direitos, fiel à tradição individualista dessa família jurídica (MARTINS, 1997, p. 83). Nesse sentido, um julgamento da Câmara dos Lordes de 29 de julho 1895 foi sintomático ao estabelecer que o ato deve ser analisado objetivamente, sendo irrelevante o móvel da conduta. No caso, um proprietário realizou obras em suas terras que culminaram no esgotamento de uma nascente que supria o imóvel vizinho. Decidiu a Corte que se o ato é correto em si mesmo, seu motivo não importa (CAMPION, 1925, p. 237).⁴⁵

⁴⁵ “No contexto dos sistemas jurídicos da *Common Law*, a compreensão do conceito de abuso de direito não assume contornos tão desenvolvidos quanto no direito luso-brasileiro. A tradicional relutância do direito inglês em pensar em termos de direitos tal qual percebidos nos países de *Civil Law* evidencia as origens da constatação acima referida acerca do abuso de direitos no modelo jurídico da *Common Law*. Há, entretanto, a existência de conceitos paralelos: os princípios da *Equity* (largamente desenvolvidos no direito inglês com o específico propósito de prevenir o exercício abusivo de direitos da *Common Law*), a vedação ao *Use of land in aemulationem vicini* (direito escocês que configura ilícita a atitude do proprietário que usa seu imóvel para causar um dano ao seu vizinho), o desenvolvimento da *Law of defamation/contempt of court* (pode ser considerado uma decorrência do abuso do direito/liberdade de expressão), da *Tax avoidance*, e da ideia que *Fraud unravels everything* (extraída de afirmação do Lord Denning em *Lazarus Estates Ltd v. Beasley*, para quem nenhum tribunal deveria manter incólume uma vantagem adquirida por um sujeito no contexto de uma fraude). Situação semelhante é verificada nos EUA, onde a ideia de abuso de direito poderia ser inferida de conceitos como *Extortion, Misuse of copyright and patent rights, nuisance, lack of public purpose in tax law*, entre outros, a ponto de existir quem defenda a tese de que o abuso de direito é doutrina assimilada pelo direito norte-americano, apesar de reconhecer que seria uma posição francamente minoritária.” (MUNIZ, 2019, p. 123).

No entanto, o desenvolvimento econômico impôs uma transformação de tendência solidarista no Direito, a qual não ficou imune o sistema da *Common Law*. Sobretudo na Inglaterra, a teoria do abuso ganhou corpo na jurisprudência ao se analisar os conflitos trabalhistas. Mas não apenas: a exemplo das demais ordens jurídicas acima vistas, o direito de vizinhança revela ricos exemplos de temperamento ao exercício de direitos. Ilustrativamente, o sistema inglês trata dos distúrbios causados pelo exercício de profissão que cause algum dano grave, permanente e anormal derivado do vizinho, o qual será passível de responsabilização, seja pelo ressarcimento (obrigação de indenizar), seja pela eliminação da causa (obrigação de fazer) (CAMPION, 1925, p. 237).

O *tort of private nuisance* consiste justamente na interferência indevida causada por terceiro (normalmente vizinho), sem caracterizar *trespass* (esbulho), no gozo ou fruição que o titular da propriedade tem sobre seu bem. Relaciona-se a emissão de fumaça, barulho, odores ou mesmo reunião de pessoas a prejudicar o acesso do proprietário à sua terra. Nesse tipo de *tort* há de se fazer um juízo de ponderação entre os interesses em conflito, o qual depende da análise do caso concreto, não sendo possível estabelecer-se soluções *a priori*. Decidiu-se que 750 galos cacarejando constitui *nuisance*, mas crianças chorando em creche não. Dentre os elementos que são levados em consideração, aponta-se a localização. Nesse ponto, investiga-se se a atividade é adequada (*suitable*) à área em que desenvolvida e, portanto, se o uso do imóvel para tanto é razoável (DAM, 2013, p. 444).

Nem todo incômodo é acionável. Afinal, todos devem suportar algum grau de interferência alheia (barulho, emanções etc.) em sua propriedade, sob pena de inviabilizar a vida moderna. O Direito reconhece a possibilidade de uso do próprio imóvel, mesmo que isso importe em incômodo ao vizinho: o que não se admite é o uso irracional (ou desarrazoado) dessa prerrogativa. O critério que norteia o *tort of private nuisance*, portanto, é a razoabilidade, significando o que seria “[...] legalmente justo entre as partes levando em conta todas as circunstâncias do caso.” (WINFIELD; JOLOWICZ, 2006, p. 649, tradução nossa). Não se trata de estabelecer um parâmetro objetivo de conduta como do *duty of care* que norteia o *tort of negligence*,⁴⁶ a fim de, em cotejo com esse dever de cuidado, verificar se houve ou não ilícito. A identificação do *nuisance* não se dará pela consideração em abstrato da conduta em si mesma, mas sempre pela análise das peculiaridades do caso concreto, o tempo e lugar de sua ocorrência, a gravidade do dano, a forma de cometimento do ato, se praticado maliciosamente ou no

⁴⁶ O *tort of negligence* será tratado com mais vagar na seção 3.1.

exercício regular de algum direito, os efeitos do ato – se transitório ou permanente, ocasional ou contínuo etc.

Interessante notar que a atividade, mesmo autorizada pelo poder público, não está imune a caracterizar esse *tort*, ainda que os distúrbios gerados sejam inerentes ao seu desenvolvimento. Entretanto, no caso *Gillingham Borough Council v. Medway (Chatham) Dock Co Ltd* (1993), a permissão pelo órgão público competente foi levada em consideração para se afastar uma *injunction* (espécie de tutela inibitória) ajuizada por associação de moradores contra uma operadora de estaleiro. O reclamo se deu porque as atividades se desenvolviam de forma ininterrupta (*round the clock*) e implicavam no tráfego contínuo de caminhões pesados, causando sérios distúrbios no bairro residencial adjacente. Ao rejeitar a pretensão, ponderou-se que a permissão de operação teria alterado a característica da localidade (*the character of the neighbourhood*) e os incômodos deveriam ser analisadas dentro dessa nova realidade fática, não mais tendo como parâmetro a natureza do bairro antes do início das atividades portuárias (WINFIELD; JOLOWICZ, 2006, p. 651).

Por outro lado, a figura em estudo não visa tutelar “sensibilidade anormal” (*abnormal sensitivity*) ou delicadezas peculiares. No caso *Robinson v. Kilvert*, o réu utilizava o porão do imóvel para fabricar caixas de papelão e, para tanto, era necessário um ambiente seco e quente. A climatização do porão implicou no aumento da temperatura do piso da casa acima e deteriorou o estoque de *brown paper* do autor. A responsabilização do réu não foi acolhida, sob o fundamento de que a mercadoria do autor era excepcionalmente delicada e as atividades do réu não a teria afetado se se tratasse de papel comum. Por conseguinte, uma pessoa que desenvolve uma atividade atipicamente sensível não pode responsabilizar o vizinho por danos experimentados em razão de conduta lícita e que não teria causado prejuízo não fosse a atividade da vítima excepcional (WINFIELD; JOLOWICZ, 2006, p. 653).

Não há, portanto, cláusula geral vedando o abuso do direito no sistema anglo-americano. A liberdade de ação é amplamente privilegiada e a limitação no exercício de direitos excepcional, dependendo sempre de rigorosa análise dos interesses envolvidos. Controle maior, contudo, se dá no âmbito processual, onde existem figuras consolidadas a reprimir o mau uso do direito de demanda.

A *malicious prosecution* consiste em denunciar alguém falsamente perante autoridade judiciária, imputando-lhe a prática de crime que, após regular trâmite processual, comprova-se infundado, tendo o denunciante agido de má-fé (MARTINS, 1997, p. 84; MUNIZ, 2019, p. 124). Cinco são os requisitos para caracterização desse *tort*: a) *prosecution*, a instauração de processo judicial para apuração do crime imputado; b) *favourable termination*

of the prosecution, que pode resultar de uma absolvição, mas não apenas. Qualquer forma de extinção do processo favorável ao acusado em que se constate que não havia elementos a embasar a denúncia oferecida é suficiente, como, por exemplo, a anulação do indiciamento ou mesmo a desistência da ação; c) *lack of reasonable and probable cause*, consistente na falta de justa causa a deflagração da persecução penal. Por *reasonable and probable cause* entende-se a honesta crença na culpa do acusado fundada em elementos convincentes que, assumidos como verdadeiros, implicariam na condenação do suspeito; d) *malice*, indicando a má-fé do denunciante, inspirado em sua conduta por motivos outros que não o desejo de responsabilizar o acusado pelo crime que se lhe imputa, podendo consistir em sentimento de vingança ou apenas a intenção deliberada de prejudicar (WINFIELD; JOLOWICZ, 2006, p. 859-870).

A *maintenance* consiste no auxílio impróprio prestado por terceiro para sustentação de uma demanda sem qualquer propósito útil ou justa causa, por simples espírito de vexação (MARTINS, 1997, p. 84). A *champerty* (espécie de *maintenance*) consiste na ajuda financeira prestada para manutenção de uma demanda visando recompensa caso o litigante se sagre vencedor. Tradicionalmente, essas duas figuras caracterizavam crime e ilícito civil passível de responsabilização, mas atualmente não mais. Entretanto, continuam vedados e servem para declarar a nulidade de cláusula de honorários *ad exitum – contingency fee arrangements in litigation* (WINFIELD; JOLOWICZ, 2006, p. 876).

O *abuse of process* é a hipótese que mais se aproxima do abuso do direito. Consiste na sustentação de demanda que, considerada em si mesma, apresenta fundamentos idôneos à litigância em juízo, mas é utilizada de forma inapropriada para perseguir outros interesses que não o discutido nos autos. Trata-se de conceito desenvolvido para abarcar as hipóteses de uso indevido do processo que não eram abrangidas pela *malicious prosecution* (MUNIZ, 2019, p. 124). Pode significar, por exemplo, instrumento de extorsão ou coerção indireta relativamente à matéria que não guarda correspondência com a ação. No caso *Grainger v. Hill* (1838), o réu de um processo ajuizou ação de cobrança contra o autor da demanda original, conseguindo prender o autor com um *capias ad respondendum*, espécie de *writ* obtido contra pessoa que não se apresentou na Corte para responder à ação.⁴⁷ Para se ver livre da prisão, o autor renunciou ao registro de um navio que estava hipotecado ao réu (WINFIELD;

⁴⁷ Esse *writ* foi abolido em 1948 no Reino Unido com o *Crown Proceedings Act* de 1947, substituído pelo *service of documents*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/10-11/44/contents> Acesso em: 03 abr. 2023.

JOLOWICZ, 2006, p. 874). Veja-se, no exemplo, que a ação de cobrança estava devidamente fundada em dívida exigível, mas o objetivo último não era o recebimento do valor.

O aparato de combate a abusos mais robusto no âmbito processual do que material no sistema da *Common Law* coaduna-se não apenas com o valor que inspira as ordens jurídicas que o adotam – a liberdade –, mas também com a própria estrutura dessa família, fulcrada na tipicidade das ações.⁴⁸

Nos ordenamentos estrangeiros, em que pese adotadas distintas formas de reprimir o ato abusivo, o critério último a informar a atuação do titular do direito é o bom senso. O juízo de equidade está inscrito em todos os critérios que as leis trazem expressamente e, quando não o faz, é esse mesmo juízo que regula os limites nos usos de um direito. Há uma inegável nota de moralidade nessa regulação, o que é perfeitamente natural, em se tratando o Direito de uma ciência deontológica,⁴⁹ cujo escopo é a harmonização social. No Brasil, o tratamento dispensado ao instituto também é rico em conceitos abertos, com ampla margem de conformação da lei ao caso concreto.

1.5 ABUSO DO DIREITO NO BRASIL

O Direito brasileiro não ficou imune à controvérsia que se instaurou na doutrina estrangeira, pela lógica razão de que a gradual consolidação da teoria do abuso do direito e os debates travados entre os autores acima citados são a fonte da incorporação do instituto em nosso ordenamento. A percepção da insuficiência dos *atos ilícitos* como mecanismo de repressão de condutas antissociais ou mesmo imorais, ainda que formalmente amparadas em algum preceito legal, ensejou a paulatina acomodação e alargamento da noção de ato abusivo no sistema brasileiro.

⁴⁸ Apesar de atualmente atenuada, como será visto adiante.

⁴⁹ Nesse ponto, seja-nos permitido transcrever: “A ciência do Direito, marcadamente deontológica, é inevitavelmente influenciada pelo processo histórico da sua própria construção, absorvendo visões de mundo que surgem no debate público político e ideológico. Em razão dessa sua característica, não se mostra possível aplicar ao Direito uma lógica idêntica a das ciências naturais, pois é construção intelectual humana; ou seja, ‘não cabe, em princípio, ao direito reconhecer a existência do fato material, mas atribuir ou negar efeitos a esse fato’. De fato, em sendo o ordenamento de natureza valorativa, ‘o sistema a ele correspondente só pode ser uma ordenação *axiológica* ou *teleológica* [...] no sentido mais lato de cada realização de escopos e valores [...]’.” (NESPOLI; AMARAL, 2022, p. 7).

De início, antes do Código Civil de 1916, os atos excessivos foram objeto de abordagem fragmentária nas Ordenações Filipinas. Com a promulgação do Código Beviláqua, a interdição do abuso do direito foi extraída pela interpretação *a contratio sensu* do quanto disposto no art. 160, I, do Diploma. O debate instaurado na doutrina sobre a autonomia do instituto desenvolveu-se à semelhança do que verificado no direito estrangeiro, remanescendo, inclusive, com a entrada em vigor no Código Civil de 2002, haja vista a opção legislativa de incluir a vedação do ato excessivo no título concernente ao ato ilícito.

1.5.1 Abuso do direito no Código Civil de 1916

Anteriormente ao Código Civil de 1916 (CC/16), o tema não era tratado de forma sistemática ou dotado de norma geral. A exemplo do direito romano e dos demais que lhe sucederam, excessos era contidos pontualmente e restritos a tópicos específicos, jungidos a preceitos milenares (por exemplo, *summum jus summa injuria*) e informados pelo senso de justiça que nunca faltou ao Direito; afinal, sua razão de ser.

Os temperamentos eram trazidos pelos costumes, pelos pensamentos elevados dos filósofos ou mesmo por jurisconsultos, todos embebidos na ideia moral de solidariedade humana (BEVILÁQUA, 1956, p. 347). Na tradição do direito brasileiro, para além da lide temerária, tinha-se o direito de vizinhança, inscrito no regime da posse, com as limitações sobreviventes do direito clássico. O direito de construir, absoluto, era limitado objetivamente e, também, por critérios absolutos (MARTINS, 1997, p. 92).

Marcos Takaoka (2016, p. 106) chama a atenção para o fato de que a figura do abuso do direito, apesar de não sistematizada, não era de todo estranha ao antigo direito luso-brasileiro. De um modo em geral, os autores nacionais aludem à origem romana do instituto, fazendo remissão aos brocardos latinos que espelham por aproximação a ideia (*male enim nostro iure uti non debemus* ou *malitiis non est indulgendum*),⁵⁰ para em seguida tratar da sua elaboração moderna pela doutrina francesa. Contudo, nas Ordenações Filipinas já se verificava tratamento parcial da matéria, ao se proteger o patrimônio da viúva e herdeiros de eventual

⁵⁰ Sobre a controvérsia da origem latina do abuso do direito, cf. seção 1.1.

desbaratamento imotivado dos bens. Mesmo em não sendo propriamente uma teoria sistematizada, não deixa de ser um antecedente de relevo.⁵¹

Com a promulgação do Código Beviláqua, extraiu-se do seu art. 160, I, o que seria a primeira positivação de norma geral sobre o tema: “Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa, ou no exercício regular de um direito reconhecido.” A inserção desse dispositivo no Código em sua redação final não foi objeto de debate na Comissão Revisora, razão pela qual fora tachada, inclusive, de “clandestina”:

Clóvis Beviláqua, convidado que fora pelo então Presidente Campos Salles, colega de congregação da Faculdade de Direito do Recife, aceitou o desafio de redigir um Projeto de lei, que ficou pronto em seis meses. Das diversas polêmicas que ensejou, particularmente conhecido ficou o debate suscitado por Ruy Barbosa. Diga-se ainda que o Projeto, em sua redação original, não fazia referência ao exercício regular de um direito reconhecido, mas apenas à legítima defesa, prevista no artigo 172. Como observa Haroldo Valladão, na 11ª Reunião da Comissão Revisora, Lacerda de Almeida sugeriu que o dispositivo fosse deslocado para o capítulo dos Atos Ilícitos. Na 41ª Reunião, alterou-se a redação do artigo só para melhor caracterizar a legítima defesa. Entretanto, na redação final do Projeto, o artigo 172 passou a figurar como artigo 181, com o acréscimo ‘ou no exercício regular de um direito reconhecido’. Esta a redação que, sem qualquer notificação, justificativa, emenda ou debate, prevaleceu na Comissão Especial da Câmara ou do Senado. Foi assim que se inseriu, ‘clandestinamente’, na expressão de Haroldo Valladão, ‘de maneira indireta e singular’, no dizer de Alvino Lima, essa fórmula ‘um tanto misteriosa’, como admite Pontes de Miranda, ‘tímida e obscura’, na palavra de Pedro Baptista Martins, que outros tantos preferem tratar por ‘forma negativa’, ‘forma oblíqua’, ‘fórmula *a contrario sensu*’ ou ‘fórmula implícita’ (SOUZA, 2017, item 2.1).

Em que pese não contemplado expressamente, grande parte da doutrina⁵² deduziu a interdição do abuso valendo-se da interpretação *a contrario sensu*: o exercício *irregular* de um direito constituiria ato ilícito, estaria proscrito e culminaria no dever de indenizar (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2004, p. 341-342; PINHEIRO, 2002, p. 288).

⁵¹ “No entanto, a esquecida Ord. Filip. 4, 107 pr. dispunha: ‘Porque a Nós pertence prover, que ninguém use mal do que tem, querendo supprir a fraqueza do entender das mulheres viúvas, que depois da morte de seus maridos desbaratam o que tem, e ficam pobres e necessitadas, e querendo outrosi prover como seus sucessores não fiquem danificados; mandamos que se for provado, que ellas maliciosamente ou sem razão desbaratam, ou alheam seus bens, as Justiças dos lugares, onde os bens estiverem, os tomem todos, e os entreguem a quem delles tenha carrego, até verem nosso mandado, e ellas façam dar mantimento, segundo as pessoas forem, e os encarregos que tiverem. E façam-o saber a Nós, para mandarmos prover nesses bens, em maneira, que os que os houverem de herdar, não recebam dano.’ Naturalmente, não se trata de teoria completa do abuso do direito, pois que a regra se volta apenas à limitação da propriedade das mulheres viúvas, que desbaratam seus bens (com a disposição visava-se preservar os interesses delas e também dos seus herdeiros). Mesmo assim, é um antecedente de relevo da proibição do ato abusivo, fundado não só em critério subjetivo, como seria de esperar-se, mas também objetivo (‘maliciosamente ou *sem razão*’).” (TAKAOKA, 2016, p. 106).

⁵² Em divergência, Caio Mario da Silva Pereira (2004, p. 674) não vislumbrou norma geral de abuso do direito no art. 160, I, do CC/16.

Clóvis Beviláqua (1956, p. 347-348), autor do projeto, ao comentar o dispositivo, ponderou que a evolução do Direito “tem se operado no sentido de dar maior desenvolvimento e acentuação de seus intuitos éticos” e “se a função do direito é manter em equilíbrio os elementos sociais colidentes, desvirtuar-se-á, mentirá ao seu destino, quando se enxergar, no seu exercício, a ponto de se tornar um princípio de desarmonia.” O combate aos excessos seria elemento depurador a reinstalar o correto balanceamento entre o interesse do indivíduo e da sociedade. Os direitos não são absolutos, não são fins em si mesmos, mas meios a realizar determinados fins, sendo justamente sua finalidade o critério delimitador do seu escorreito uso. Esclareceu, por fim, que, apesar da doutrina ainda não ter cristalizado a noção de abuso, o Código teria encampado a definição de Saleilles, consistente no exercício anormal do direito, contrário ao seu destino econômico e social.

Há de se observar, contudo, que Raymond Saleilles apresentou duas distintas definições para o abuso do direito. Num primeiro momento, em sua obra *Teoria geral das obrigações*, sustentou o autor francês a definição acima mencionada ao comentar o projeto do Código Civil alemão, consistente no exercício anormal do direito, desviando de sua destinação econômica e social, reprovada pela consciência jurídica. Posteriormente, ao se debruçar sobre o projeto de revisão do Código Civil francês, propôs o seguinte texto à subcomissão de reforma: “Um ato cujo efeito não pode ser *senão o de prejudicar* a outrem, sem interesse apreciável e legítimo para aquele que o realiza, não pode, jamais, constituir o exercício lícito de um direito.” (SANTOS, 1960, p. 348-349).⁵³

Mesmo “aninhada tímida e obscuramente”⁵⁴ no art. 160, I, do CC/16 e tratada em poucas palavras, a fórmula repressora gerou questionamento na doutrina sobre a propalada adoção da teoria de Saleilles. Se, por um lado, alguns aceitaram sua filiação ao autor francês, por outro, houve quem se dedicou a esquadrihar a (in)compatibilidade das proposições doutrinárias ao texto da lei.

Plínio Barreto (apud SOUZA, 2017, item 2.1; SANTOS, 1960, p. 348-349) denuncia a ambiguidade ao se apontar a encampação da teoria de Raymond Saleilles, na medida em que a primeira formulação se aproxima da vertente objetivista e a segunda da subjetivista. Conclui que a adotada seria a última, expressão definitiva da doutrina do autor francês: o abuso configurar-se-ia no CC/16 quando o único efeito que o ato praticado pelo agente poderia

⁵³ No original: “Un acte dont l’effet ne peut être que de nuire à autrui sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l’accomplit, ne peut jamais constituer un exercice licite d’un droit.” (LIMA, 1999, p. 251).

⁵⁴ Expressão trazida por Pedro Baptista Martins (1997, p. 92).

produzir é o de prejudicar a outrem, concomitantemente a inexistência de interesse apreciável e legítimo. No mesmo sentido, Pedro Baptista Martins (1997, p. 96), sem, contudo, distinguir as duas fases, mencionando apenas a definição que utiliza a *anormalidade* do exercício como índice do instituto.

Discorrendo longamente sobre a questão, J. M. de Carvalho Santos (1960, p. 353-355) sustenta que, tendo em vista que o CC/16 alocou o abuso do direito na teoria geral do ato ilícito, não seria possível compatibilizar o instituto com a concepção tardia de Raymond Saleilles, por insuficiente. O ato ilícito perfectibiliza-se por dolo – e nesse ponto não haveria incoerência – ou culpa, sendo esse elemento subjetivo mais abrangente que a intenção emulativa. Em outras palavras, “[...] se o Código admite o abuso de direito como resultante da simples culpa, necessariamente não poderia exigir essa condição da intenção exclusiva de prejudicar como essencial, por não se harmonizarem, nem poderem coexistir uma ao lado da outra.” Avança no raciocínio e pondera que, ante a incompatibilidade com o sistema legal da conceituação “definitiva”, a única conclusão razoável é aquela que admite tenha o Código seguido a primitiva opinião do autor francês. Contudo, ressalva que nem essa concepção o CC/16 teria seguido à risca, por repelir seu objetivismo. Conclui que o Código contentar-se-ia, para configuração do abuso, com o exercício anormal – imoderado – do direito com dolo, negligência ou imprudência.

O abuso de direito seria uma espécie de *síntese* decorrente da contraposição do *princípio-tese* da absolutidade do exercício dos direitos (*qui iure suo utitur neminem laedit*) e do *princípio-antítese* vazado no aforismo *summum ius summa iuria*. Operou-se, portanto, sua inclusão na classe dos atos ilícitos. No Direito alemão, como visto, o § 226 do BGB traz enunciado proibitivo, interditando o exercício de direito com a finalidade exclusiva de causar dano a outrem; no CC/16, a norma possui lógica inversa: se há dano, impõe-se a responsabilização, salvo se o agente comprovar que exerceu seu direito *regularmente*. Em outras palavras, enquanto no Direito teutão o ônus da prova é da vítima, no brasileiro incumbe ao autor do fato provar que não exerceu seu direito de forma anormal. Em que pese alocada no regime dos atos ilícitos, o abuso do direito também é relevante nas relações jurídicas contratuais. A exemplo do Direito alemão, no regime do CC/16 o exercício irregular do direito é o bastante à configuração do abuso, sem necessidade de se recorrer ao princípio da boa-fé,

por constituir ilícito absoluto,⁵⁵ natureza que não se modifica mesmo diante de uma relação obrigacional relativa (MIRANDA, 2000, p. 336-337).

Segundo Pontes de Miranda (2000, p. 338-339), a regra do art. 160, I, 2ª parte, do CC/16 não limita conteúdo do direito de ninguém nem o nega, apenas prevê como suporte fático de ilícito absoluto o exercício que seja irregular; tampouco tem a ver com as limitações legais (como de costume se verifica no direito de vizinhança). Como consequência de sua natureza (ilícito absoluto), o que vai ser lesado por algum exercício irregular do direito pode se defender (legítima defesa), pois o exercício que lesa é contrário ao direito, salvo se regular. O ordenamento não veda o exercício lesivo de direitos, pois implicaria na preferência de um a outro: “a irregularidade do exercício é que estabelece a preferência pelo direito lesado.” No Direito civil brasileiro não se precisaria indagar sobre o propósito único de lesar: basta que lese, com culpa, compondo as circunstâncias, objetivamente, o exercício irregular.

Não foi essa, contudo, a concepção adotada pela jurisprudência após a promulgação do CC/16. Os Tribunais brasileiros, à revelia do texto legal, apenas reconheciam o abuso quando havia má-fé do titular do direito em seu exercício, ou pelo menos culpa grosseira, a se confundir com o dolo. Exigia-se, portanto, a intenção maléfica, o fim exclusivo de prejudicar, incorporando acriticamente as razões de decidir da jurisprudência francesa (MARTINS, 1997, p. 102-103; SANTOS, 1960, p. 349-350; SOUZA, 2012, p. 50).

A doutrina, por seu turno, apresentou certa resistência em aceitar a natureza de ato ilícito do abuso do direito. Ilustrativamente, Alvino Lima (1999, p. 251-252), ao analisar o posicionamento de Plínio Barreto, o critica por circunscrever o abuso à existência de dolo ou culpa, o que culminaria na aplicação da doutrina da responsabilidade civil: “ora, se a doutrina fosse esta, bastaria o preceito do art. 159 do CC, como pensam os que encerram a teoria do abuso do direito no âmbito do art. 1.382 do CC francês. Chegaríamos assim à negação do abuso de direito, como conceito ou doutrina autônoma [...]”. Conclui que para além do ato doloso ou culposo, o ato abusivo pode surgir do exercício anormal do direito, isto é, desviando-se de sua

⁵⁵ Sobre o ilícito absoluto: “*Ilícito absoluto e ilícito relativo*. Se não há relação jurídica entre o lesante e o lesado ou, se há, os sujeitos são totais, o ato é ilícito *stricto sensu*, de modo que o dever de indenizar não surge de relação jurídica relativa (negocial ou oriunda de ato jurídico *stricto sensu*). Fala-se de culpa extracontratual, porém o nome é inadequado: as responsabilidades pelo exercício do pátrio poder, pela tutela, pela curatela, pela gestão de negócios, não são responsabilidades contratuais, nem responsabilidades pelo ato ilícito *stricto sensu*. A responsabilidade por ato ilícito *stricto sensu* é pela ofensa ao direito como sujeito passivo total. Uma vez que a lesão é a direito a que todos devem atender, por serem sujeitos passivos inclusos no sujeito total, há ato ilícito *stricto sensu*, e não responsabilidade por violação de direito, pretensão, ação, ou exceção, contra o violador, sujeito individual da relação jurídica. É ato ilícito, *stricto sensu* portanto, o que ofende a direitos que todos têm de satisfazer, por sua ação ou omissão.” (MIRANDA, 2000, p. 254).

finalidade ou destinação econômica ou social, sem que o agente tenha incorrido nas noções clássicas de dolo ou culpa. No mesmo sentido, Silvio Rodrigues (1979, p. 49), encampando a distinção de Alvaro Lima, estrema as esferas do ato ilícito e do abuso. No primeiro, haveria a transgressão dos limites objetivos da própria lei; no segundo, em que pese respeitados esses limites, ferir-se-ia a destinação do direito e seu espírito de instituição.

A justificativa seria que a equiparação legal dos efeitos do abuso ao ato ilícito tornaria insuficiente o regime repressivo, haja vista que a reparação em perdas e danos nem sempre se mostra tutela adequada à remoção do ato imoderado. Ao se deslocar o abuso da órbita do ato ilícito, superar-se-ia a insuficiência da sanção tradicional (ressarcimento), mesmo quando afetado um direito patrimonial, abrindo-se a possibilidade da “sanção *in natura*”. Em nada aproveita ao lesado a mera declaração de nulidade ou ressarcimento em pecúnia se o ato excessivo for a construção de uma chaminé inútil que faça sombra em seu imóvel: deve-se obrigar a desfazer. De igual modo, o abuso no exercício do poder familiar não seria eficazmente tratado com a condenação em indenização: a depender da gravidade, cabível a destituição do titular. Conclui-se que “não havendo determinação legal de sanções específicas, a escolha da mais eficaz há de ficar ao prudente arbítrio do juiz.” (GOMES, 1993, p. 140).

Em revisão crítica, Marcos Takaoka (2016, p. 103-107) identifica nessa resistência uma importação irrefletida de concepções estrangeiras, “[...] cacoetes de países que, diferentemente do nosso, desconhecem a proibição legislativa do ato abusivo.” A criação de *tertium genus*, o abuso como meio-termo entre o ato lícito e o ilícito, seria desnecessário e logicamente insustentável, haja vista que tanto no Código Civil de 1916 quanto no de 2002 o ato abusivo são contrários ao direito por violar objetivamente os arts. 160, I, 2ª parte, e 187 respectivamente. Não haveria, portanto, necessidade de se recorrer, como fundamento de sua interdição, aos “limites sociais extralegais” – destinação do direito ou espírito de sua instituição. Em vez de resolver o problema, o recurso à ampliação da taxonomia causaria maior perplexidade, indagando-se, por exemplo, se a Administração Pública, vinculada ao princípio da legalidade estrita, deveria observar balizamentos “extralegais”.

Contudo, razões históricas explicam a correlação estabelecida no Código Civil entre o ato abusivo e o ilícito. O projeto do Diploma foi esboçado no final XIX, sob a dupla influência das codificações francesa e alemã, inspirados pelo espírito de completude, marcado pelo ideal individualista e no contexto do exegetismo, informados pelo “centralismo jurídico” que enxergava o Direito como ato de autoridade estatal a construir um sistema fechado e onicompreensivo. Como visto, no Direito francês o ato imoderado foi reconduzido – à época – ao art. 1.382 do *Code* e, no alemão, o § 226 adotou a concepção subjetiva, ambas soluções a

espelhar o individualismo liberal então predominante, havendo pouco espaço à limitação do exercício de direitos subjetivos. A concorrência desses fatores culminou na impossibilidade de se emprestar soluções aos casos concretos que não fossem as expressamente encontradas no código, traduzindo-se o problema do abuso na ilicitude. Entretanto, tais concepções foram sendo gradativamente modificadas, *pari passu* à crescente percepção de que o Direito não se esgotava no Código e as leis não encerravam todos os remédios à salvaguarda dos bens cuja tutela visa (PINHEIRO, 2002, p. 281-285 e 296-297).

Independentemente de se identificar no art. 160, I, 2ª parte, do CC/16 uma cláusula geral, fato é que esse dispositivo encerra noção aberta – *regularidade* – cujos contornos devem ser estabelecidos necessariamente pela doutrina e jurisprudência, haja vista que os limites cuja transgressão caracteriza o abuso não estão expressamente delineados na lei. A dissociação do ato abusivo com o ilícito se deu pelo alargamento de sua noção e pela mudança de paradigma metodológico, encarando-se o Direito como “sistema aberto”.

De acordo com Claus-Wilhelm Canaris (2002, p. 103-108), a “abertura” do sistema, no Direito, assume significado ambíguo. Pode referir-se à construção da ordem jurídica de forma casuística e apoiada na jurisprudência, em contraposição aos sistemas fechados, dominados pela ideia de codificação. Nesse primeiro sentido, os Direitos alemão, português e brasileiro seriam fechados. Mas o emprego do termo se deu com outra conotação. Falar em sistema aberto indica o reconhecimento de sua incompletude e sua capacidade de evolução e modificação, o que implica na adoção de novos institutos ou princípios.⁵⁶ Para se alcançar e distinguir os fundamentos e o sentido da “abertura” do sistema tem-se que estremar os dois lados do conceito de sistema: o *científico* e o *objetivo*. O primeiro revela a provisoriidade do conhecimento científico, tendo que estar preparado o jurista para pôr em causa o sistema elaborado até então, pois apenas exprime o estado dos conhecimentos do seu tempo. O sistema, portanto, não é definitivo (fechado), não sendo sua tarefa *fixar* a ciência ou o desenvolvimento do Direito, mas antes garantir sua concatenação e facilitar a determinação dos efeitos reflexos que alteração de um ponto tenha em outro. O lado *objetivo* refere-se a modificabilidade dos valores fundamentais da ordem jurídica. O sistema, como unidade de sentido, assume estrutura

⁵⁶ Alguns exemplos, referentes ao Direito alemão, são trazidos pelo autor, mas perfeitamente replicáveis no brasileiro: “Assim, e enquanto factos construtivos ou modificativos do sistema, desenvolveram-se: o princípio do risco, na responsabilidade objectiva, o princípio da confiança, na responsabilidade pela aparência jurídica e na doutrina da *culpa in contrahendo* e o princípio da equivalência material no instituto da alteração das circunstâncias; de modo semelhante, o princípio da boa fê demonstrou, na *exceptio doli*, na doutrina da *suppressio* ou na multiplicidade dos deveres de comportamento desenvolvidos a partir dela, uma inegável força de alteração do sistema.” (CANARIS, 2002, p. 105).

de historicidade e de forma dinâmica sofre alterações em seus princípios constitutivos, operando num desenvolvimento paulatino e contínuo – sem saltos bruscos –, seja pela via jurisprudencial, seja pela legal.

Daí porque prevaleceu na doutrina nacional a concepção finalista, entendendo o abuso do direito como o exercício contrário à destinação social, econômica ou à finalidade da norma. Trata-se de concepção mais consentânea com a noção de abertura de sistema, que acabou por assumir relevância ao longo do século XX.

Não encontra o abuso do direito sua autonomia dogmática em eventual distinção de efeitos ou de regime repressivo sancionatório. O ato abusivo ou o ilícito podem culminar no dever de reparar se gerarem danos. Da mesma forma, podem implicar na mera declaração de nulidade ou na obrigação de fazer, prestação *in natura*. A obrigação de indenizar não decorre apenas da natureza ilícita ou abusiva do ato, mas do dano concretamente que experimentado pela vítima (que pode ou não ocorrer), em concurso com os demais fatores desencadeadores da responsabilização, que podem estar jungidos tanto a um quanto a outro tipo de conduta antijurídica. Buscar a autonomia do instituto pela especificidade da sanção seria “erro de perspectivação” do problema. Há de se perquirir a natureza da qualificação jurídica em causa, sua essência.

Nesse sentido, propõe Fernando Augusto Cunha de Sá (1973, p. 633-636) que a distinção entre as figuras dar-se-ia, no abuso, pela referência ao elemento valorativo e, no ilícito, pela conexão com o elemento estrutural. Em ambas as hipóteses estar-se-ia diante de um comportamento materialmente estranho ao exercício de um direito subjetivo ou prerrogativa jurídica. Contudo, a ilicitude consiste na direta e frontal violação formal do direito ou prerrogativa; o abuso finge a aparência estrutural, mas encobre a violação da intenção normativa do direito ou prerrogativa. Vale dizer, o primeiro consiste no desrespeito dos limites lógico-formais e o segundo no desrespeito aos limites axiológico-materiais. Em que pese substancialmente distintos em sua configuração, os efeitos sancionatórios podem confundir-se, porque persiste a identidade de contrariedade ao Direito. Em se reconhecendo a diferença de natureza, irrelevante a taxonomia que se lhe empresta em sinonímia: ilícito material x ilícito formal⁵⁷ ou ato ilícito x ato ilegal.⁵⁸

⁵⁷ Nomenclatura proposta por Castanheira Neves; cf. LOPEZ, 2009, item 4.

⁵⁸ Nomenclatura proposta por Cláudio Antônio Soares Levada; cf. CARVALHO NETO, 2015, p. 184.

O abuso do direito, portanto, passa a ser entendido como “exercício inadmissível de posições jurídicas”, constituindo verdadeira “disfuncionalidade jurídica”. A disfuncionalidade se insere no sistema jurídico concebido como expressão de uma cultura – conjunto de representações significativas, historicamente determinadas, que espelha o estágio civilizacional, pois de criação humana. A aspiração de todo sistema é a manutenção de sua unidade e coerência, continuidade e previsibilidade, e, uma vez formado, as tensões internas de elementos que não possam ser a ele reconduzidos levam ao combate desses fatores estranhos e perturbadores. No Direito, as soluções injustas, as lacunas e as contraditoriedades de princípios ilustram isso. A repressão ao abuso do direito seria apenas um dos produtos ou formas de reequilíbrio sistemático (CORDEIRO, 2021, p. 879 e 885).

Assim, em sendo instituto autônomo, não são coincidentes seus pressupostos com os da responsabilidade civil aquiliana. Nem todo abuso fará nascer uma obrigação indenizatória: pode ou não haver dano no exercício imoderado de uma posição jurídica. Naturalmente, em o havendo, caberá também o ressarcimento; mas o dano não é pressuposto necessário ao reconhecimento do instituto. De igual maneira, dispensa-se a *culpa* a sua caracterização. A avaliação da abusividade se dá concreta e objetivamente, dispensando-se a perscrutação da intenção de prejudicar: pode ou não haver dolo (LOPEZ, 2009, item 4).

Por conseguinte, em que pese a “tímida” previsão no Código Civil de 1916, sedimentou-se, majoritariamente, o entendimento da repressão aos atos abusivos, bem como sua autonomia e distinção em relação ao ato ilícito *stricto sensu*. No cenário inaugurado pelo novo Diploma Civil, contudo, a discussão remanesceu em razão da opção legislativa.

1.5.2 Abuso do direito no Código Civil de 2002

Diferentemente do anterior, o Código Civil de 2002 previu expressamente a vedação do abuso do direito, inserindo-a, entretanto, no título referente aos atos ilícitos. A opção do legislador em vincular o instituto dos atos excessivos ao ilícito não guardou conformidade com a evolução científica da figura, cuja autonomia já era amplamente reconhecida.

Justamente dessa já assentada autonomia que defluiu as críticas doutrinárias ao art. 187 do Código Civil de 2002 (CC/02). Inspirado no art. 334 do Código português,⁵⁹ dispõe o art. 187 do CC/02: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” A propalada “infelicidade” do dispositivo resulta da insistência do legislador em identificar o abuso do direito com a figura do ato ilícito, mesmo com a distinção doutrinária já em estágio avançado de consolidação, inclusive em Portugal, onde a norma se espelhou. No direito civil contemporâneo, a abusividade se afere objetivamente, pela verificação da desconformidade concreta entre o exercício da situação jurídica e os valores tutelados pelo ordenamento. A contornar eventual retrocesso, propõe-se interpretar a referência a uma “ilicitude *lato sensu*”, no sentido de contrariedade ao Direito como um todo (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2004, p. 342).

A redação do art. 187 do CC/02 manteve aceso o debate, sustentando, por exemplo, Humberto Theodoro Junior (2006, p. 127) a adoção da teoria subjetiva, na medida em que “[...] é com base na conduta culposa *lato sensu* que legalmente se define o ato ilícito, a cujo gênero se filiou o exercício abusivo do direito.” O raciocínio é silogístico e decorre dos elementos que compõem o ato ilícito: em tendo como pressuposto dolo ou culpa, não poderia o abuso do direito dispensá-los (DUTRA, 2013, p. 31). Não foi, contudo, o posicionamento que prevaleceu.⁶⁰

A doutrina mais moderna reconhece no abuso do direito sua contrariedade à ordem jurídica, a exemplo do que se verifica no ato ilícito. Contudo, a fim de se evitar confusão conceitual, propõe denominar-se *antijurídicos* esses atos que afrontam o ordenamento, distinguindo-se nas espécies ilícitos e abusivos.⁶¹ O interesse dogmático na distinção reside na diversidade de critérios pelos quais se determinam essas duas modalidades de atos, assegurando sua autonomia científica. Há que se fixar o conceito de ilicitude e estremá-lo da noção de culpa, afastando-se, assim, em termos científicos, o raciocínio silogístico esposado pelos subscritores da teoria subjetiva do abuso do direito.

⁵⁹ Que por sua vez inspirou-se no art. 281 Código Civil grego de 1946: “O exercício é proibido quando exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo escopo social ou econômico do direito”. (SOUZA, 2012, p. 51).

⁶⁰ “Entre os autores brasileiros, defende-se em geral que o abuso do direito, tal como previsto no Código Civil de 2002, deve ser entendido em uma concepção objetiva, de acordo com a qual se prescinde da análise da culpa, sendo espécie de ilicitude objetiva, enquanto, por outro lado, o art. 186 do Código Civil seria espécie de ilicitude subjetiva, por exigir-se prova de culpa ou dolo do agente”. (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 220-221).

⁶¹ Nesse sentido, cf. CARPENA, 2001, p. 58; SOUZA, 2012, p. 67; OLIVEIRA, 2021, p. 326; NORONHA, 1994, p. 175.

A confusão da culpa com ilícito decorre da histórica evolução do instituto. A sintetizar esse quadro, António Menezes Cordeiro (2014, p. 303-308) explica que a *iniuria* do Direito romano incluía a ideia de *culpa*, permitindo de pronto lidar com as causas de justificação (legítima defesa etc.). Para o pensamento clássico, a culpabilidade não era apenas uma qualidade do agente, mas antes uma qualidade do fato. Transmitia uma ideia de ilicitude alargada que, compreendendo a reprovação do agente, permitiria a imputação do dano; tratava-se de valoração em instância única e pouco analítica. Essa interpenetração entre ilicitude e culpa permaneceu por séculos. A culpa experimentou variação de significado, cujo alcance valorativo foi sendo deslocado da imputação, em termos ontológicos, até mera valoração subjetiva, a culpa entendida como negligência.

Atualmente, entende-se que o comportamento violador da norma jurídica enseja dupla valoração: um juízo que toma por objeto o próprio comportamento (ilicitude) e outro a pessoa de quem o assume (culpabilidade). O ilícito é ato que viola uma obrigação específica, infração de um preceito jurídico. A culpabilidade é juízo de censura voltado ao agente, aferindo-se sua imputabilidade, capacidade de entender e querer.⁶² Portanto, a ilicitude é a verificação formal da desconformidade da conduta, sendo a culpa condicionante da responsabilização pelas consequências eventualmente danosas do ato: “em outras palavras, a culpa pode ser pressuposto da responsabilidade civil, mas jamais requisito da ilicitude, que respeita somente o próprio ato.” (CARPENA, 2001, p. 60).⁶³

Assim, possível vislumbrar o abuso como *tertius genus* sem malferir o direito positivo, na medida em que, a exemplo do ato ilícito, o ato excessivo também é “não lícito”.

⁶² No mesmo sentido, Fernando Noronha (2013, p. 147-148): “A ilicitude verdadeira e própria, consagrada no art. 186, comporta dois elementos, um objetivo, que é a *antijuridicidade*, e outro subjetivo, que é a *culpabilidade*: a antijuridicidade aponta para a contrariedade à norma, a violação de direito alheio; a culpabilidade é possibilidade de imputação ao agente do ato praticado, a título de dolo ou culpa. Uma pessoa é culpada quando poderia e deveria ter agido em conformidade com a prescrição legal. [...] A justeza da afirmação de que nem todos os atos antijurídicos são ilícitos é comprovada pela existência dos atos apenas objetivamente ilícitos, como são os praticados por inimputáveis ou por pessoas em situação de inimputabilidade accidental.”

⁶³ Em sentido um pouco diverso, Anderson Schreiber (2011, p. 159-160): “Neste sentido, a doutrina de diversos países identifica dentro da ilicitude dois componentes: (i) a antijuridicidade, entendida como objetiva violação a um dever de comportamento, e (ii) a culpabilidade, entendida como a possibilidade de imputação ao agente desta violação. Mesmo na figura do abuso do direito, entendida hoje, em sua acepção mais objetiva, como o exercício de uma situação jurídica subjetiva em divergência com a sua finalidade axiológico-normativa, muitos autores sustentam ser imprescindível a possibilidade de o causador do dano agir de modo diverso. De qualquer modo, é certo que a antijuridicidade como componente objetivo da ilicitude, correspondente à violação de um dever de conduta, não se confundindo com a ilicitude em si, que exige, além disso, um componente vinculado visceralmente à conduta do sujeito: o da culpabilidade, essencial à responsabilização subjetiva.” Apesar de autor vincular a ilicitude à culpabilidade, o faz para admitir a responsabilização. Trata-se em verdade, como se verá adiante, divergência terminológica, mas não de conteúdo.

Definido no art. 186 do CC/02,⁶⁴ tem-se que o ato ilícito “é praticado em desacordo com a ordem jurídica” (DINIZ, 2023, p. 211), sendo a contrariedade à ordem jurídica apenas um de seus elementos. Em se analisando as soluções doutrinárias face a opção do legislador, percebe-se que, com distintas denominações, reconhece-se majoritariamente a autonomia do abuso em relação ao ato ilícito, ora falando-se em “antijuridicidade *sui generis*”,⁶⁵ ora em “ilicitude *lato sensu*” (referenciado supra), ou singelamente em “ato ilícito”⁶⁶ como gênero.

Conforme adiantado, o ato abusivo vincula-se à análise valorativa, enquanto o ilícito refere-se à estrutura. Nesse ponto, relevante distinguir os conceitos de *estrutura* e *função* dos fatos jurídicos. O primeiro diz respeito à conformação do fato – como é –, número de partes necessárias para perfectibilizar um ato apto a produzir seus regulares efeitos jurídicos: são os elementos que o enformam. O segundo refere-se à utilidade do fato – para que serve –, devendo-se considerar os princípios e valores que o informam: “ao valorar o fato, o jurista identifica a função, isto é, constrói a síntese global dos interesses sobre os quais o fato incide. [...] Não basta qualificar um fato como produtivo, modificativo ou extintivo de efeitos: é necessário compreender a razão justificadora da constituição, modificação ou extinção.” (PERLINGIERI, 2008, p. 642).

Em se referindo ao perfil funcional da situação jurídica, não é possível circunscrever o instituto do abuso do direito a alguns perfis estruturais, abrangendo, portanto, qualquer situação jurídica, porque dotada de função (SOUZA, 2012, p. 63). Abuso “do direito”, por conseguinte, é expressão que retrata menos do que abrange. Não apenas “direitos” são passíveis de abuso. Isso porque a relação jurídica é vínculo que se estabelece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres, a respeito de bens ou situações jurídicas, concebida em perspectiva dinâmica, como um processo que se desenvolve em face de um determinado objetivo (LEDO; SABO; AMARAL, 2017, p. 5-6).

Certo é que nem toda valoração pelo Direito origina uma *relação jurídica*. Há *situações jurídicas* que não se podem reduzir à categoria intersubjetiva da relação.

⁶⁴ “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

⁶⁵ Nesse sentido, cf. Maria Helena Diniz, 2023, p. 213.

⁶⁶ Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira (apud SOUZA, 2012, p. 68, nota 106): “A rigor, bem examinadas as coisas, tem-se de convir em que, no atual ordenamento, o ato ilícito passa a constituir um gênero, com duas espécies, a do art. 186 (violação de direito alheio) e a do art. 187 (abuso de direito próprio). Cada espécie tem seus pressupostos. Para apurar a ocorrência da segunda figura, a do ilícito consistente em abuso do direito, o essencial é verificar a presença dos pressupostos enumerados no art. 187, não a dos arrolados no art. 186. Se assim não fosse [...] tornar-se-ia inútil o art. 187. Haveria, não equiparação, mas identificação, ou melhor, subsunção da figura do abuso de direito na do ato ilícito, segundo o art. 186”.

Ilustrativamente, o Direito regula a pessoa em si – que se define independentemente da relação; regula a posição das pessoas perante as coisas – entre as quais não há o que se chama tecnicamente de relação jurídica; prevê crimes praticados contra cadáveres – estes não são sujeitos de relações jurídicas. Consequentemente, há de se recorrer a um conceito mais genérico, que a abranja o de relação jurídica, mas o ultrapasse, a fim de dar conta das qualificações jurídicas que não se enquadrem naquela ideia (ASCENSÃO, 2002, p. 10). São acontecimentos que, inobstante a relevância social, carecem de normatividade jurídica. Fatos que provocam consequências jurídicas, em que pese não estarem amparados nos clássicos conceitos de direito subjetivo ou relação jurídica: criam situações em que orbitam centros de interesse e merecem tutela jurídica (AMARAL; HATOUM; HORITA, 2017, p. 279).

Na síntese apresentada por Eduardo Nunes de Souza (2012, p. 61-63), com fulcro na definição de Paul Roubier,⁶⁷ situações jurídicas subjetivas são complexos de direitos e deveres imputáveis a determinado centro de interesses.⁶⁸ A expressão “centro de interesses”

⁶⁷ Sobre a noção de situação jurídica para Paul Roubier, cf. CASTRO, 2021, p. 52-53. Em seguida, o mesmo autor apresenta visão crítica sobre a situação jurídica com categoria autônoma: “Nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar que na busca pelo conceito de situação jurídica, realiza-se o confronto desta com o direito subjetivo, o sujeito de direito e a relação jurídica. Explicou-se, como visto, que os contornos da situação são amplificados em relação ao direito subjetivo, sendo este então uma espécie daquele gênero. Na obra ora apresentada aos leitores e às leitoras, não se adota esse entendimento. Isso porque, ao invés de buscar características que confiram autonomia à pretensa categoria intitulada situação jurídica, percebe-se que gravita em torno desta, em vez de peculiaridades cerradas, atomizadas, um sentido mais amplo, que aproxima a situação jurídica das formas de interpretação, de métodos hermenêuticos. Ou seja, ao se afirmar pela ocorrência da situação jurídica, não se vislumbra uma categoria; nota-se, porém a presença de um modo de trilhar determinado rumo interpretativo. Entende-se que, para alçar a situação jurídica à condição de categoria jurídica, esta deveria significar um autêntico instrumento de conexão entre as manifestações humanas e as disposições normativas – como o direito subjetivo, o sujeito de direito e a relação jurídica. Dito de outra forma, categorias jurídicas são estruturas linguísticas que promovem, autorizam, modificam, proíbem ou extinguem possibilidades de manifestações humanas – realizadas pelo exercício do poder da vontade ou pela pretensão de manter ou conquistar direitos ou interesses, para o direito subjetivo; pela conferência de *status* de destinatário das disposições normativas, para o sujeito de direito; e pelo reconhecimento do entrelaçamento entre direitos e deveres, para a relação jurídica. Nesse trilhar, sem maiores entraves, nota-se que a situação jurídica não significa categoria jurídica. Antes, trata-se de uma maneira de observar todo o arcabouço jurídico-fenomenológico, no interior do qual transitam, numa perspectiva dinâmica, todas as categorias jurídicas. Quanto ao porquê dessa constatação, ou seja, à necessidade de compreender esse olhar interpretativo, pode-se dizer que o dinamismo das relações jurídicas reclama a visão holística, confrontando-se os sujeitos envolvidos e toda a gama de disposições normativas.” (CASTRO, 2021, p. 56-57).

⁶⁸ “Firma-se a idéia que não há direitos ‘absolutos’ e ilimitados, como pretensamente o individualismo colocou, ao tomar o homem como ser isolado, como se não estivesse inserido na sociedade. As ‘situações jurídicas subjetivas’ constituem-se em um complexo de direitos, prerrogativas e deveres, que são conferidos e impostos ao sujeito de direito em função de um critério axiológico, no qual não se tutela apenas o interesse do titular, mas de toda uma coletividade, expressando-se como a melhor manifestação do solidarismo ou socialismo. Enquanto o direito subjetivo ‘nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, a noção de situação subjetiva complexa, configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional’. Diante do exposto, indaga-se a importância do abuso do direito para essa concepção valorativa de situações subjetivas. Se antes a teoria do abuso do direito era o meio pelo qual reprimia-se apenas a ilegalidade do direito subjetivo, e em poucos casos, agora, ela é ‘um dos instrumentos fundamentais através dos quais se opera a intervenção corretiva do elemento axiológico normativo no conteúdo do direito subjetivo’.” (PINHEIRO, 2002, p. 28-29).

é adotada na medida em que nem toda situação jurídica apresenta um sujeito titular.⁶⁹ Nesse sentido, o fato de o CC/02 referir-se expressamente a abuso “do direito” não impede a expansão da coibição do exercício imoderado à outras situações jurídicas, porquanto estas são delineadas por sua estrutura, enquanto o abuso diz respeito à função.⁷⁰

Isso porque a relação jurídica não está na singela ligação entre um direito subjetivo de um lado e um dever do outro. Os direitos subjetivos encontram justificativa em situações mais complexas, das quais fazem parte também deveres e ônus, ou seja, posições que, consideradas analiticamente, podem ser consideradas como “passivas”: sob o perfil estrutural, a relação se dá entre situações complexas, ora de simples coligação, ora de contraposição (PERLINGIERI, 2008, p. 735). Há muito a doutrina defende a ampliação do campo de incidência desse *conceito amortecedor*,⁷¹ que, apesar de deitar suas raízes no direito patrimonial – notadamente o de vizinhança –, viu seu campo de aplicação ser estendido às relações de família ou situações existenciais.⁷² Assim, a teoria do abuso do direito passa a ser projetada

⁶⁹ “A estrutura da relação jurídica é a ligação entre situações subjetivas. A ligação essencial do ponto de vista estrutural é aquela entre centros de interesses. O sujeito é somente um elemento externo à relação jurídica porque externo à situação: é somente o titular, às vezes ocasional, de uma ou de ambas as situações que compõem a relação jurídica; de maneira que não é indispensável referir-se à noção de sujeito para individuar o núcleo da relação jurídica. O que é essencial é a ligação entre um interesse e um outro, entre uma situação, determinada ou determinável, e uma outra. É preferível, portanto, a doutrina que define a relação jurídica como ligação entre situações subjetivas. Essa conclusão não se contradiz com a possibilidade de que as situações tenham uma infungibilidade subjetiva, isto é, só possam pertencer ou caber (*spettare*) a determinados sujeitos (situações ditas *intuitu personae*). Na chamada titularidade necessária, não se pode configurar uma sucessão na relação jurídica: mudando o sujeito se extingue a situação. Nem por isso o sujeito é elemento da situação: a extinção se verifica por causa da mudança não tanto do sujeito, quanto do conteúdo da relação jurídica, isto é, por causa da alteração de um dos elementos determinantes da situação e, portanto, da própria relação jurídica.” (PERLINGIERI, 2008, p. 734-735).

⁷⁰ No mesmo sentido, Fernando Noronha (2013, p. 149): “Uma noção mais precisa, mas pouco usada, é a que fala em abuso de posições jurídicas, e não de direitos: sabendo-se o que sejam posições jurídicas [1.6.3], poder-se-á dizer, como faz Menezes Cordeiro, que o abuso de direito se reporta ao exercício de qualquer posição jurídica em que sejam contrariados os valores fundamentais do sistema jurídico [1984, v. 2, p. 661 e s.]” Em reforço: “No que tange aos direitos potestativos, objeto do presente estudo, sabe-se que estes conferem ao seu titular, sob o viés estrutural e individualmente considerados, ‘o poder de interferir na esfera jurídica alheia, produzindo efeitos jurídicos independentemente da atuação da pessoa sobre esfera jurídica tais efeitos recaiam’. Por outro lado, sendo os direitos potestativos espécie de situações jurídicas subjetivas – ao lado do direito subjetivo, poder jurídico, faculdades, entre outras – tem-se admitido, acertadamente, que estes também sofrem limitações impostas pela ordem constitucional, inclusive no que tange ao controle funcional do seu exercício. Supera-se, assim, a visão da doutrina tradicional que relacionava o abuso de direito ao controle exclusivo de direitos subjetivos. Com efeito, sob a ótica da legalidade constitucional ‘o não exercício e o exercício segundo modalidades diversas daquelas que derivam da função da situação subjetiva [qualquer delas] devem ser considerados abusos’, inclusive no que tange aos direitos potestativos.” (OLIVEIRA, 2021, p. 326-327).

⁷¹ “A concepção do *abuso de direito* é construção doutrinária tendente a tornar mais flexível a aplicação das normas jurídicas inspiradas numa filosofia que deixou de corresponder às aspirações sociais da atualidade. Trata-se de um *conceito amortecedor*. Sua função precípua é aliviar os choques freqüentes entre a lei e a realidade. No fundo, técnica de reanimação de uma ordem jurídica agonizante, fórmula elástica para reprimir toda ação discrepante do novo sentido que se empresta ao comportamento social.” (GOMES, 1993, p. 138).

⁷² Ilustrativamente, Alvinio Lima (1999, p. 228), ao defender a adoção de todos os critérios sedimentados pela evolução do instituto: “Pensamos, entretanto, que, em cada caso concreto, qualquer que seja a natureza do direito,

para funcionar como “*controle interno de conformidade* do exercício da situação jurídica subjetiva, avaliando-se se, em concreto, esta é exercida para realizar funcionalmente o interesse em razão do qual foi atribuída ao seu titular.” (OLIVEIRA; CORTAZIO, 2021, p. 24).

Naturalmente, há de se ter cautela para que a excessiva expansão do instituto não implique em seu esvaziamento conceitual. Nesse ponto, cumpre analisar os requisitos legais positivados em nosso Código.

O *fim econômico ou social* estampado no art. 187 do CC/02 guarda relação com o que previsto no art. 5º do Decreto-lei nº 4.657/42 – Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB): “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” Dessa forma, não se mostra possível ler a norma jurídica de forma descontextualizada, desconsiderando as circunstâncias que envolvem sua aplicação (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 274). Parte-se do pressuposto que toda atribuição jurídica é também realizada para utilidade social, portanto o exercício do direito não pode afrontar essa destinação básica. Os direitos subjetivos [*rectius* situações jurídicas subjetivas] são instrumentos para a realização de interesses, que não podem ser contrariados em seu exercício (ASCENSÃO, 2002, p. 270; AMARAL, 2008, p. 246). Não significa, contudo, que a finalidade social ou econômica seja condicionante do exercício de determinada posição jurídica, pois, a depender do caso, não se vislumbra de imediato alguma. O que o ordenamento interdita é o exercício que viole a razão de ser norma. Não há, por conseguinte, supressão da liberdade individual no uso das faculdades jurídicas, apenas sua modulação, caso exorbite a finalidade de sua instituição.

Como corolário lógico, deve-se perscrutar o duplo aspecto de cada instituto jurídico: de um lado seu objetivo – para que serve –, a serventia que lhe é dada; de outro seu sentido – em nome de quê –, que lhe atribui significância dignificante, cujo importância reside

todos os critérios devem ser postos em jogo, atendendo ao princípio genérico da relatividade de todo e qualquer direito e da sua finalidade econômica e social; a aplicação de critérios diversos, distinguindo a natureza dos direitos, parece conduzir a uma classificação dos mesmos, dotados uns de mais ou menos prerrogativas; seria estabelecer, genericamente, uma hierarquia de poderes mais ou menos extensos, no exercício de cada direito; tal hierarquia só a lei objetivamente pode fixar. Quer se trate de um direito real, quer de um direito obrigacional, a aplicação dos vários critérios, para fixar o seu exercício abusivo, deve ser adotada, atendendo à finalidade da norma lesada, ao espírito da instituição.” No mesmo sentido: “A possibilidade de verificação do exercício abusivo nas situações existenciais foi há muito admitida pela doutrina. Louis Josserand, por exemplo, já comentava o abuso do pátrio poder. Na mesma esteira, relevante parcela da doutrina brasileira contemporânea também reconhece que o exercício disfuncional pode recair sobre situações existenciais, citando como exemplos, dentre outros: a proibição de visita aos avós como abuso do exercício do poder familiar; os castigos imoderados como abuso do poder correccional dos pais em relação aos filhos; a recusa à realização de exame de DNA para fins de investigação de paternidade como abuso do direito à incolumidade física; o rompimento vexatório de noivado como abuso do direito à revogação ínsito às escolhas existenciais.” (SOUZA, 2012, p. 84-85).

em demarcar seus pressupostos ético-axiológicos. O abuso verificar-se-ia quando o exercício do direito encontre dissonância com seu sentido (MUNIZ, 2019, p. 116-117). O critério refere-se ao exercício disfuncional, o que não guarda correspondência perfeita com a função econômico-social, mas muito se aproxima, o que explica a opção do legislador pelo índice positivado. Alguma objetividade e segurança pode-se extrair ao se fazer remissão à tábua axiológica constitucional, servindo a Carta como parâmetro orientador, pois fixa as bases econômicas e sociais do país, conforme, inclusive, assentado na Memória Justificativa do Anteprojeto do Código Civil (SOUZA, 2012, p. 52-53).⁷³

A opção legislativa espelha os princípios gerais do Código Civil. O princípio da *socialidade* expressa a mitigação do individualismo do diploma antecessor (SILVA, 2018, p. 58). Esse princípio significa a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem a perda do valor fundante da pessoa humana. Permeia e informa todo o Diploma, como, por exemplo, no direito de propriedade, o qual deve ser exercido de acordo com as finalidades econômicas e sociais, bem como respeitando-se o meio ambiente; ou, no direito de família, com o fim do absolutismo do patriarcalismo, com o fim do poder marital e pátrio poder, este último substituído pelo poder familiar. Mas não apenas: o art. 187 do CC/02 concretiza também o princípio da *eticidade* e o da *operabilidade*, na medida em que privilegia critério éticos-jurídicos em detrimento dos lógico-formais. A previsão de normas gerais ou cláusulas abertas permite-se a concreção do Direito de acordo com a evolução da ciência, adaptando-o aos novos reclamos, afastando-se da ideia de sistema fechado (AMARAL, 2008, p. 67-70).

⁷³ *In litteris*: “O conceito de abuso de direito como seu exercício anti-social abre larga margem ao poder de apreciação do juiz, oferecendo o risco, assinalado por Amiaud, de que o fim econômico ou social de um direito seja interpretado na conformidade das ideias e mesmo das paixões políticas do dia, a que não estão imunes os juizes. Mas esse perigo reduz-se enormemente onde tais ideias ou paixões encontram freio em disposições constitucionais que fixam as bases da ordem econômica e social do país, mediante princípios que a consciência média do povo tem como indispensáveis à normalidade dessa ordem.” (SOUZA, 2012, p. 52-53).

A *boa-fé*, por sua vez, assume caráter multifuncional⁷⁴ e encontra-se positivada em outras normas do CC/02, a exemplo do art. 113⁷⁵ e 422⁷⁶. Consubstancia um padrão de comportamento, um dever de agir de acordo com a lealdade e confiança, não se podendo frustrar legítimas expectativas, mesmo sem qualquer propósito de prejudicar. Envolve, portanto, não apenas limitações negativas – interdição de determinados comportamentos –, mas também deveres positivos, como o de cooperação (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 275).

Já referido como “um mar sem margens”,⁷⁷ o princípio da *boa-fé* representa o valor da ética e evoca uma amplitude de irradiação difusa sobre todo ordenamento, repercutindo, inclusive, sobre os demais princípios (NEGREIROS, 2006, p. 116). Nesse sentido, a *boa-fé* deve ser observada tanto nas relações contratuais quanto nas relações sociais (extracontratuais), porquanto em ambas se tem *contato social* ou *contato na sociedade*, jungidos pelos deveres gerais de conduta, sendo, portanto, um parâmetro objetivo, genérico, independentemente da intenção do agente (da *boa-fé* subjetiva). *Fides* significa o hábito de firmeza e de coerência de quem sabe honrar os compromissos assumidos, que são mais do que os expressamente estipulados e abrangem o respeito às expectativas alheias ou reciprocamente confiadas (MARQUES, 2005, p. 216 e 218).

O credor, segundo Karl Larenz (1958, p. 18), é aquele que “crê” na pessoa do obrigado, na sua vontade e capacidade de cumprir a prestação assumida. A relação entre as

⁷⁴ “Efetivamente, o princípio da *boa-fé* objetiva na formação e na execução das obrigações possui muitas funções na nova teoria contratual: 1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos; 2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos; e 3) na concreção e interpretação dos contratos. A primeira função é uma função criadora (*pflichtenbegründende Funktion*), seja como fonte de novos deveres (*Nebenpflichten*), deveres de conduta anexos aos deveres de prestação contratual, como o dever de informar, de cuidado e de cooperação; seja como fonte de responsabilidade por ato lícito (*Vertrauenshaftung*), ao impor riscos profissionais novos e agora indisponíveis por contrato. A segunda função é uma função limitadora (*Schranken-bzw. Kontrollfunktion*), seja reduzindo a liberdade de atuação dos parceiros contratuais ao definir algumas condutas e cláusulas como abusivas, seja controlando a transferência dos riscos profissionais e libertando o devedor em face da não razoabilidade de outra conduta (*pflichtenbefreinde Vertrauensumstände*). A terceira é a função interpretadora, pois a melhor linha de interpretação de um contrato ou de uma relação de consumo deve ser a do princípio da *boa-fé*, que permite uma visão total e real do contrato sob exame. *Boa-fé* é cooperação e respeito, é conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais. A proteção da *boa-fé* e da confiança despertada formam, segundo Couto e Silva, a base do tráfico jurídico, a base de todas as vinculações jurídicas, o princípio máximo das relações contratuais.” (MARQUES, 2005, p. 215).

⁷⁵ “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a *boa-fé* e os usos do lugar de sua celebração.”

⁷⁶ “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e *boa-fé*.”

⁷⁷ “O princípio da *boa-fé*, tanto quanto o princípio do equilíbrio econômico e o princípio da função social, não se sujeita a uma única definição. Quanto mais se sabe acerca da *boa-fé*, mais correta parece ser a “definição” de Simone David-Constant: ‘*La bonne-foi: une mer sans rivages*’, e se compreende que alguns identifiquem na atual difusão do princípio uma marca da pós-modernidade jurídica.” (NEGREIROS, 2006, p. 115).

partes, contudo, não se exaure no adimplemento da prestação principal, mas faz surgir concomitantemente deveres secundários ou anexos que não se confundem com aquela, mas que concorrem para sua satisfação dentro do que se observa e espera no tráfico jurídico e nas circunstâncias nas quais se desenvolve o negócio ou a relação. Trata-se da obrigação vista como um processo – concepção disseminada e desenvolvida no Direito brasileiro por Clóvis V. do Couto e Silva (2006) –, em que a obrigação principal figura como elemento distintivo de identificação da natureza jurídica da relação (estrutura), cujo conteúdo total compreende outros deveres de conduta, mais amplos (função).⁷⁸

A tríplice função da boa-fé restou positivada no CC/02: no art. 113, como instrumento integrativo-interpretativo; no art. 187, como limitador do exercício de posições jurídicas; e no art. 422, como criadora de deveres anexos de conduta. Essa tripartição oferece “tipos ideais”, mas que, na prática, complementam-se, às vezes confundem-se, não sendo a distinção tão simples de se identificar ou estremar. Ilustrativamente, cita-se o caso em que foi declarada a nulidade de cláusula contratual entre a Cervejaria Brahma e sua revendedora, a qual estipulava que a Cervejaria poderia, por sua livre escolha, efetuar diretamente a venda de seus produtos no território da revendedora, sem que essa lhe pudesse reivindicar qualquer direito. Considerou-se tal previsão abusiva, por ferir a boa-fé objetiva, dada as circunstâncias negociais e o objetivo último encerrado pelo contrato de revenda (NEGREIROS, 2006, p. 138-140).

Justamente da função de impor limites ao exercício de posições jurídicas que surge a *teoria dos atos próprios*, que estabelece o dever de as partes não adotarem duplicidade de comportamento, prescrevendo uma linha uniforme e coerente de conduta. A proscrição do comportamento contraditório tanto pode referir-se a um comportamento posterior incompatível com atitudes indevidas anteriores (*tu quoque*), quanto a condutas que, isoladamente

⁷⁸ Nas palavras do autor: “Estos deberes que exceden del propio y estricto deber de prestación – cuyo cumplimiento constituye normalmente objeto de demanda – y que resultan para ambas partes bien de lo expresamente pactado, del sentido y fin de la obligación, del principio de buena fe de acuerdo con las circunstancias o, finalmente, de las exigencias del tráfico, los denominamos ‘deberes de conducta’ (‘Verhaltenspflichten’), ya que pueden afectar al conjunto de la conducta que de cualquier modo esté en relación con la ejecución de la obligación. No cabe demandar sin más el cumplimiento de un determinado deber de conducta, pero la vulneración culpable de tal deber fundamenta una obligación de indemnización y, en determinadas circunstancias, otorga a la otra parte el derecho a resolver el contrato. Este resultado sería incomprensible si no se tratase también en tales casos de deberes derivados de la ‘relación de obligación’ (como relación jurídica especial), que, sin embargo, se diferencian por su carácter secundario, complementario, del auténtico deber de cumplimiento. Toda obligación recibe su carácter distintivo (su configuración como contrato de arrendamiento, de compraventa o de sociedad) precisamente al través del deber primario de cumplimiento; pero su contenido total comprende además deberes de conducta más o menos amplos.” (LARENZ, 1958, p. 21-22).

consideradas, seriam lícitas, mas, tomadas em conjunto, quebram legítima confiança (*venire contra factum proprium*).

A primeira figura – consagrada nas fórmulas *equity must come in clean hands* (inglesa), *tu quoque* (francesa) ou *turpitudinem suam allegans non auditur* (latina) – tem por objetivo impedir que uma pessoa que viole uma norma jurídica ou contratual venha invocar essa mesma norma em seu favor, proibindo-se o exercício de um direito do faltoso em desequilíbrio de relação, tratando-se de forma desigual as partes inadimplentes. Manifestação típica desse instituto é a exceção de contrato não cumprido, prevista no art. 476⁷⁹ do CC/02 (PEREIRA, 2001, p. 86)

A segunda figura consubstancia a vedação do exercício de uma posição jurídica em contradição com comportamento anterior – ambos lícitos –, em quebra de confiança legitimamente gerada. Não é toda expectativa que atrai a incidência desse instituto: apenas aquela que, à luz das circunstâncias, esteja devidamente fundada em atos concretos os quais, conhecidos pela outra parte, fizeram-na confiar na manutenção da situação consolidada; ademais, o comportamento contraditório deve ser injustificado e a reversão de expectativa gerar efetivo prejuízo à parte cuja confiança foi traída (NEGREIROS, 2006, p. 147).

A boa-fé e o abuso do direito são figuras autônomas que não se excluem, “círculos secantes” que se combinam no campo dos comportamentos tornados inadmissíveis. Sob um aspecto, a boa-fé é mais ampla, pois não apenas interdita condutas abusivas, como também impõe comportamentos e serve de critério hermenêutico nas relações obrigacionais. Sob outro, o abuso é mais amplo que a boa-fé, porque não apenas veda o exercício de posições jurídicas violadoras dela, mas também aquele que afronta a finalidade econômica ou social do direito ou os bons costumes (SCHREIBER, 2016, p. 76).

Os *bons costumes*, por fim, compreendem concepções ético-jurídicas dominantes na sociedade, enquanto conjunto de regras de convivência que, em dado momento e ambiente, são tidos como corretos. Afrontar os bons costumes seria contrariar a ética predominante (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 171-172). Naturalmente, a remissão à moral não resolve de todo a concretização do que se entende por esse índice, na medida em que, “para além das [dificuldades] atinentes à determinação do que se tenha por ‘Moral’, acresce que, por intuição imediata, apreende-se a existência de muitas regras morais estranhas, em absoluto, ao

⁷⁹ “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.”

Direito.” (CORDEIRO, 2021, p. 1.216). Ao estremar as noções de bons costumes, boa-fé e ordem pública, António Menezes Cordeiro (2021, p. 1.223-1.224) sustenta que:

Depreende-se a existência de diferenças profundas entre boa fé, bons costumes e ordem pública. A primeira prescreve condutas, nos termos já reconhecidos, ou pode fazê-lo e intervém de modo preferencial, em relações específicas; os segundos vedam apenas certos comportamentos e concretizam-se, em absoluto, sem dependência de um relacionamento particular. Além disso, no que tem um significado profundo, boa fé e bons costumes apresentam origens históricas diferentes, evoluções diversas e sentidos jusculturais distintos, colocando, na Ciência do Direito, temas próprios de discussão e aprofundamento. Em consequência, têm conteúdos inconfundíveis: os bons costumes exprimem a Moral social, nas áreas referidas da actuação sexual e familiar e da deontologia profissional, proibindo os actos que a contrariem, enquanto a boa fé, mais complexa, manda assumir uma série de atitudes correspondentes a exigências fundamentais do sistema. Esta noção de boa fé, que tem vindo a ganhar corpo ao longo deste estudo, poderia levar à sua confusão com a ordem pública. Não é assim. A ordem pública abrange numerosas regras expressas que não correspondem à boa fé. Esta, por seu turno, implica, com predominância, regulações supletivas, estranhas, por definição, ao *ius cogens* integrante da ordem pública. Têm funções diferentes e manifestações diversas: a primeira visa a reprodução do sistema e impõe actuações; a segunda, a sua preservação, proibindo, apenas. O conteúdo materialmente heterogéneo da ordem pública possibilita-lhe abarcar regras sediadas na boa fé: isso sucede quando estas assumam uma relevância que imponha a sua inderrogabilidade, interna ou, até, internacional. Também aqui a diferença é compatível com zonas de sobreposição, mantendo embora perspectivas próprias.

A definição de bons costumes enquanto categoria jurídica científica é problema que há muito vem sendo relegado pela doutrina. Ao passar em revista a posição de parte dos autores clássicos, Georges Ripert (1937, p. 76-80) denuncia a resistência dos doutrinadores para com o tema. Há uma certa desconfiança pela liberdade que esse conceito aberto outorga aos magistrados, que poderiam, sob o pretexto de controle de licitude, exercer verdadeira censura sobre os atos postos a julgamento. Alguns autores recorrem a um “empirismo fácil” – “há em cada época da vida da humanidade uma doutrina sobre a moral que a consciência geral aceita [...]” –; outros constatariam “melancolicamente” que a ordem pública e os bons costumes são “noções variáveis no tempo e no espaço”; outros tantos, influenciados pelo sociologismo, repudiam um ideal religioso ou filosófico e tentam buscar no fato social – a opinião pública comum – o parâmetro de censura. Repudia, em conclusão, todas as tentativas de retirar o carácter de ideal humano ou divino à regra moral, rebaixando-a aos hábitos ou práticas prevalecentes, mesmo que manifestamente contrários a séculos de desenvolvimento da moralidade cristã.

Sua previsão no CC/02 foi denunciada como “particularmente extemporânea num cenário pós-positivista, no qual os valores sociais juridicamente relevantes se encontram consignados em sede constitucional.” (SOUZA, 2012, p. 60). A aplicação da cláusula não se

mostraria tão promissora dado o caráter vago e indeterminado dos bons costumes, prevalecendo, a exemplo do que se verificou na aplicação do § 826 do BGB, o recurso à boa-fé, noção mais desenvolvida e melhor delineada (LIMA, 2005, item 3.2).

É o que se verifica ao se pesquisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o tema. Os acórdãos que tratam do abuso do direito, em que pese fazer menção ao seu conceito legal – ato que excede os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes –, não apresentam a densificação do que se entende por “bons costumes”. As soluções dadas aos casos ora pautarem-se na transgressão dos limites razoáveis do exercício do direito, ora na violação da boa-fé, ao se reconhecer a abusividade da conduta.

No Recurso Especial nº 1.594.865/RJ, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, j. 20.6.2017, fora analisada a ação movida pela atriz Isis Valverde em face da Abril Comunicações S/A., na qual pleiteou ressarcimento por danos morais e materiais pela divulgação de fotografia que capturou o momento em que seus seios ficaram involuntariamente à mostra durante a gravação de cena de novela. Do inteiro teor do acórdão, nos trechos que dizem respeito ao ponto aqui examinado, extrai-se a conceituação do abuso – em transcrição de doutrina – como o desbordo de uma “limitação ética” ou o desrespeito à “regra moral elementar” consistente no dever de não prejudicar outrem. No caso, reconheceu-se a abusividade consistente no “mau uso da livre manifestação de pensamento e do direito de se comunicar”, pois a demandada teria propalado imagem de intimidade da autora “com abuso do direito, notadamente porque – de forma deliberada –, em busca de maior audiência e de angariar maiores lucros, veicularam a fotografia da atriz parcialmente desnuda, ultrapassando qualquer limite razoável do direito de se comunicar.”

De igual maneira, no Recurso Especial nº 1.555.202/SP, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, j. 13.12.2016, após breve menção ao conceito legal de abuso do direito, propôs-se o alargamento do conceito de ilicitude: “É que a ‘ilicitude’ que rende ensejo à responsabilidade civil é de ser entendida de forma menos restrita, para além do conceito de ‘ilegalidade’, alcançando, nesse passo, a **ausência de boa-fé e as ofensas aos bons costumes.**” (grifos no original). O caso versava sobre a rescisão unilateral de contrato por prazo indeterminado em que se previu a possibilidade de extinção imotivada. Reconheceu-se, no julgado, que apesar de legal a cláusula, a rescisão operada com apenas onze meses vigência do contrato configurou comportamento contraditório, violando-se a boa-fé objetiva, na medida em que exigiu do contratante investimentos necessários à prestação dos serviços, condizentes com a envergadura

da empresa que a outra parte representaria, sendo certo que o desfazimento sem qualquer justificativa juridicamente relevante e em tão pouco tempo culminou em conduta abusiva.

No tratamento dispensado pelo Supremo Tribunal Federal, percebe-se a mesma forma de abordagem, em que o abuso do direito é reconhecido em casos de violação da boa-fé objetiva, sem valer-se o Tribunal do critério dos *bons costumes* à solução das causas analisadas, mencionando-o apenas *en passant*, desinteressando-se por aprofundar a ideia.⁸⁰

Não obstante, a verificação da ocorrência do abuso do direito pela análise objetiva do comportamento do agente encontra-se amplamente sedimentada na doutrina e jurisprudência nacionais, coadunando-se com sua evolução histórico-dogmática. Assim, “[...] a aferição de abusividade no exercício de um direito deve ser exclusivamente objetiva, ou seja, deve depender tão-somente da verificação de desconformidade concreta entre o exercício da situação jurídica e os valores tutelados pelo ordenamento civil-constitucional.” (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2004, p. 342). Nesse sentido, inclusive, o enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”

A questão que se coloca é se da aferição objetiva do abuso pode-se deduzir o sistema objetivo de responsabilização civil. Consabido que a regra do sistema nacional é o da responsabilização subjetiva – em que pese a expansão das hipóteses de responsabilização objetiva⁸¹ –, a exigir-se, portanto, conduta dolosa ou culposa do agente para sua caracterização. Ademais, como visto, o instituto do abuso do direito encontra-se no título III, do Livro III, da Parte Geral CC/02, que trata dos atos ilícitos, não havendo na redação do art. 187 dispensa expressa de *culpa*.

Veja-se que, quando o legislador opta pelo sistema objetivo de responsabilização, o faz expressamente, conforme se verifica no art. 927, par. ún., do CC/02: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”⁸² Este dispositivo refere-se à cláusula geral de

⁸⁰ Nesse sentido, cf. os seguintes julgados: ARE nº 1040334, Min. Rel. Marco Aurélio, j. 14.12.2017; ARE nº 1393251, Min. Rel. Alexandre de Moraes, j. 23.08.2022; Rcl nº 41487, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, j. 13.09.2022.

⁸¹ Sobre o tema, cf. COSTA, 2023, p. 33-48; MORAES, 2006, itens 1-3.

⁸² De igual maneira, ilustrativamente, no arts. 12, *caput*; 14, *caput*, ambos do Código de Defesa do Consumidor, respetivamente: “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização

responsabilização objetiva por atividades de risco e tem, por razão subjacente, os avanços tecnológicos e a proliferação de danos, haja vista que “[...] as novas tecnologias surgem quase que diariamente, tomadas em si de um potencial de causar danos quase que inerente à própria condição de inovação.” (COSTA, 2023, p. 45). A evolução econômica e social demonstrou que a tradicional reponsabilidade subjetiva era insuficiente para tutelar diversas espécies de relações jurídicas próprias das sociedades industriais e o grande aumento das ocasiões de dano derivantes desse processo (MORAES, 2006, item 3; NORONHA, 1998, p. 25). Trata, portanto, a norma das hipóteses em que a atividade exercida cria risco e gera danos a quem não a desenvolve.⁸³

Analisando a cláusula geral do art. 927, par. ún., do CC/02, em cotejo com o instituto do abuso do direito, conclui Eduardo Nunes de Souza (2012, p. 75-78) que esta não seria a *ratio* subjacente à reponsabilidade civil por abuso de situações jurídicas. Avança o autor no raciocínio e sustenta que “a indicação de que o elemento objetivo da verificação do abuso

e riscos.”; “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

⁸³ Sobre a controvérsia doutrinária a que tipo de risco se refere a norma, Maria Celina Bodin de Moraes (2006, item 2): “Segundo a teoria do risco-proveito, também chamada de risco benefício, entende-se que deva suportar a responsabilização pelos danos todo aquele que tire real e efetivo proveito da atividade, isto é, que esta lhe forneça lucratividade ou benefícios econômicos. Neste sentido, invoca-se Alvino Lima, para quem ‘a teoria do risco não se justifica desde que não haja proveito para o agente causador do dano, porquanto, se o proveito é a razão de ser justificativa de arcar o agente com os riscos, na sua ausência deixa de ter fundamento a teoria’. Afirma-se, ainda, na defesa desta interpretação, que a expressão ‘atividade ‘normalmente’ desenvolvida’ não deixa dúvidas quanto ao fato de o agente se beneficiar em decorrência da atividade. A teoria do risco profissional sustenta igualmente este proveito, mas relativamente a uma atividade empresarial específica. A teoria do risco criado, mais ampla e mais benéfica para a vítima, considera que toda atividade que exponha outrem a risco torna aquele que a realiza responsável, mesmo nos casos em que não haja atividade empresarial ou atividade lucrativa (proveitosa) propriamente dita. Neste sentido, favorável à adoção da teoria do risco criado encontra-se, entre outros, Caio Mário da Silva Pereira, segundo o qual: ‘se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos’. A teoria do risco excepcional trata do risco advindo de atividades que, em si, apresentem risco exacerbado, como ocorre, na normativa brasileira, com a exploração de energia nuclear (Lei 6.453/77). As excludentes são específicas, limitando-se às situações de conflito armado, guerra civil, hostilidades, insurreição ou fato excepcional da natureza (art. 8.º). Já a teoria do risco integral, ao não admitir excludentes de qualquer espécie, é a mais extremada, sendo adotada em nosso país, através do mecanismo do seguro obrigatório, apenas nos casos de atropelamento por veículos automotores.” A sustentar a adoção da teoria do risco-criado: “Certo, neste cenário, é apenas que as esforçadas tentativas de especificação da cláusula geral têm conduzido a equívocos mais ou menos evidentes. Parte da doutrina tem, por exemplo, sustentado afigurar-se imprescindível, para a incidência do parágrafo único do art. 927, a constatação de proveitos econômicos auferidos por quem desempenha a atividade lesiva. Assim, afirma-se que ‘maior será o risco da atividade conforme o proveito visado’. Tal entendimento parece, no entanto, insustentável diante da própria redação do dispositivo, que, ao aludir apenas ao risco, sem cogitar do seu aproveitamento pelo responsável, sugere fortemente a adoção da teoria do risco-criado, e não do risco-proveito. Outra abordagem tem se fundado na exigência de que a atividade de risco se mostre organizada sob a forma de empresa, o que tampouco encontra respaldo na redação do dispositivo, que, ao contrário, se refere às atividades que causam risco aos direitos de outrem ‘por sua natureza’ - e não já por sua forma de organização. Esta interpretação que restringe a incidência do parágrafo único do art. 927 às atividades empresariais parece contrariar, também, o próprio sistema instaurado pela codificação, que já conta com norma especificamente dirigida à responsabilidade do empresário (art. 931).” (SCHREIBER, 2011, p. 24).

reside nos padrões axiológicos da situação jurídica subjetiva acaba por remeter o intérprete ao conceito de ‘culpa normativa’.” A *culpa normativa* consiste justamente num desvio do modelo de conduta representado pela boa-fé e pela diligência média, em evidente convergência com os elementos levados em conta na aferição do abuso. Portanto, afirma o autor, se parte da doutrina sustenta que a responsabilidade pelo ato abusivo se objetivou, “forçoso compreender que se trata de responsabilidade subjetiva por culpa normativa, não já de responsabilidade objetiva, no que o abuso não difere, afinal, fundamentalmente do próprio ato ilícito.”⁸⁴

Lado outro, há quem defenda que o regime de responsabilização aplicável aos atos imoderados é o objetivo, haja vista que o art. 187 do CC/02 abstrai o elemento anímico (dolo ou culpa) quando proíbe o abuso. A dispensabilidade da intenção de prejudicar (*animus nocendi*) implicaria na desnecessidade de se verificar a culpa *lato sensu*, optando o legislador por critério/conceituação diverso daquele que emprestou ao ato ilícito (art. 186 do CC/02), mencionando apenas o “exercício que excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Assim, o ato abusivo enquadrar-se-ia na categoria do ato-fato ilícito (TAKAOKA, 2016, p. 107-108).

O ato-fato distingue-se da categoria do ato jurídico. Este último, em sentido lato, é a ação humana *volitiva*, em que haja *consciência* dessa exteriorização de vontade, que se dirige à obtenção de um resultado protegido, ou, pelo menos, não proibido pelo Direito (MELLO, 2012, p. 178; ABREU FILHO, 1997, p. 11). O cerne distintivo em relação ao fato jurídico *stricto sensu* é a exteriorização consciente de vontade, um fato humano (ato voluntário), visando a produção de efeitos jurídicos (GARIBOTTO, 1991, p. 19-20). Subdivide-se a categoria do ato jurídico em ato jurídico *stricto sensu*, em que a eficácia decorre da lei (*ex lege*); e negócio jurídico, em que a eficácia decorre da vontade das partes (*ex voluntate*), instrumento

⁸⁴ Sobre a relação entre a boa-fé objetiva e a culpa: “A própria evolução extraordinária da boa-fé objetiva está vinculada a esta forma, por assim dizer, tópica de proceder, que se contrapõe ao paradigma positivista, cientificista e largamente liberal de um modelo único e excessivamente abstrato de conduta esperada. O fato de que a aferição da culpa não tenha alcançado esta metodologia pioneiramente ou que tenha, por força de sua tradição subjetivista, a alcançado com menos intensidade que a boa-fé objetiva, além de produzir efeitos de notável importância para o estudo da responsabilidade civil em geral, revela, de modo especial, a relativização do papel da culpa no âmbito da própria responsabilidade subjetiva. Se é certo que culpa e boa-fé objetiva podem – e, para muitos, devem – ser compreendidas de forma sistemática, exercendo esta última o papel de fonte criadora de deveres de conduta leal cuja violação implica, em sentido técnico, culpa (desnível de comportamento) para fins de verificação de responsabilidade subjetiva, não é menos verdadeiro que, em um tal sistema, a culpa acaba por desempenhar um papel meramente formal como categoria de enquadramento de atos que atingem valores impostos substancialmente por outra cláusula geral. Com isso, acaba ganhando força a sugestão de que a culpa consiste, a rigor, em apenas um dos possíveis critérios de imputação de responsabilidade, sem que outros deixem de ser igualmente úteis.” (SCHREIBER, 2011, p. 48-49).

de autonomia privada em que partes criam as regras de seu próprio comportamento para a realização de seus interesses (AMARAL, 2008, p. 380).

O ato-fato (categoria autônoma em relação ao ato jurídico *lato sensu*, enquadrando-se como espécie de fato jurídico *lato sensu*), por sua vez, é o fato humano “mais rente ao determinismo da natureza”, no qual se elide o elemento volitivo, ou seja, para a produção dos efeitos jurídicos, a vontade do agente é irrelevante, “pondo-se entre parênteses o *quid* psíquico” (MIRANDA, 2000, p. 421-422). Não se lhe aplicam, portanto, as regras referentes à capacidade, à vontade etc., pois são atos humanos, atividades que são recebidas pelo ordenamento como fatos (SILVA, 2006, p. 75).⁸⁵ Os atos-fatos jurídicos ilícitos são os fatos humanos em que há contrariedade ao direito, mas que a norma jurídica abstrai a vontade em praticá-lo, para considerar apenas seu resultado prático. Exemplos de atos-fatos ilícitos seriam o mau uso da propriedade que cause dano a terceiro ou tomada da posse de algum objeto com violação à posse de outrem (MELLO, 2012, p. 278-279).

O CC/02, contudo, enquadra expressamente o abuso do direito como espécie de ato ilícito. Nesse ponto, sustenta Marcos Takaoka (2016, p. 108) que teria havido por parte do legislador falta de “rigor técnico”, pois, ao abstrair a componente subjetiva para caracterização do instituto, acabou por criar nova hipótese de ato-fato jurídico, o que atrai o regime de responsabilização objetiva. Conclui que não devem ser confundidos ato ilícito, abuso do direito e ato emulativo. Haveria uma relação decrescente de amplitude, na qual o primeiro engloba o segundo, que, por sua vez, abrange terceiro: “todo ato *ad emulationem* é também

⁸⁵ São três as espécies de atos-fatos jurídicos. A primeira refere-se aos *atos-fatos reais*, “também denominados atos materiais (*Tathandlungen*), consistem em atos humanos de que resultam circunstâncias fácticas, geralmente, irremovíveis. [...] É o *fato resultante* que importa para a configuração do fato jurídico, não o ato humano como elemento volitivo.” (MELLO, 2012, p. 169). Exemplos de *atos reais*: a tomada de posse ou aquisição de posse; a transmissão da posse pela tradição; o abandono da posse; o descobrimento do tesouro; a especificação; a composição de obra científica, artística ou literária; a ocupação. (MIRANDA, 2000, p. 423). A segunda refere-se aos *atos-fatos indenizativos*, que se configuram “naquelas situações em que, de um ato humano *não contrário a direito* (= lícito) decorre prejuízo a terceiro, com dever de indenizar.” (MELLO, 2012, p. 169). Exemplos de atos-fatos indenizativos: estado de necessidade e legítima defesa. A terceira refere-se aos *atos-fatos caducificantes ou decadenciais*, que se concretizam “naquelas situações que constituem fatos jurídicos, cujo efeito consiste na *extinção* de determinado direito e, por consequência, da pretensão, da ação e da exceção dele decorrentes, como ocorre na decadência e na preclusão, ou no *encobrimento* somente da pretensão, da ação ou da exceção, conforme acontece na *prescrição*, independentemente de ato ilícito de seu titular.” (MELLO, 2012, p. 172). Acrescenta o autor que: “Essas hipóteses em que a caducidade se dá independentemente de ato culposos, e, portanto, não constitui eficácia de ato ilícito, configuram atos-fatos jurídicos, uma vez que não se leva em consideração qualquer elemento volitivo como determinante da omissão (= inação) de que resultam.” (MELLO, 2012, p. 174). Exemplos de atos-fatos jurídicos caducificantes: a) decadência das ações redibitórias ou *quanti minoris* (art. 445 do Código Civil); b) anulação de casamento (art. 1.560 do Código Civil); c) anulabilidade dos atos jurídicos (art. 178 do Código Civil); d) prescrição; e) preclusão (instituto processual, que pode se verificar também pela atuação da parte: preclusão consumativa ou lógica).

abusivo, embora a recíproca não seja verdadeira. Todo abuso do direito é espécie de ato ilícito *lato sensu*, ou seja, violação do sistema jurídico em vigor.” Adota, portanto, a distinção entre as noções de ato ilícito acima referenciadas pelos autores que sustentam a autonomia do instituto.

A categorização do abuso do direito como ato-fato ilícito não parece adequada. O exercício imoderado de uma posição jurídica pressupõe a capacidade de fato do agente. Em sendo o abuso o exercício formalmente perfeito de um direito, em que se verifica a higidez de seus elementos estruturais, mas cuja finalidade é deturpada pela violação dos elementos axiológicos que informam esse mesmo direito, somente se poderia vislumbrar a ocorrência de um ato excessivo se respeitados, de início, seus requisitos legais. Vale dizer, em faltando capacidade de fato a autorizar o exercício de direitos, não haveria como se vislumbrar a figura do abuso, haja vista que o ato seria inválido. O ato-fato jurídico (lícito ou ilícito) elide a componente subjetiva por completo, e não apenas a culpa *lato sensu*. Como visto, não se aplica a essa categoria a teoria da capacidade ou o regime jurídico atinente aos vícios de consentimento.

Não se pode olvidar, tampouco, que a origem histórica do ato abusivo diz respeito a casos envolvendo o uso emulativo do direito de propriedade, no mais das vezes referente à conflitos de vizinhança, nos quais fora identificada a intenção de prejudicar. Com a evolução da concepção, a teoria subjetiva dá lugar à objetiva, por abranger a anterior e agregar-lhe novas hipóteses de incidência, por coibir comportamentos manifestamente contrários ao Direito, mesmo que não imbuídos do *animus nocendi*. A expansão instituto passou a admitir sua aplicação às relações contratuais,⁸⁶ bem como ao exercício de poderes-função.

Se por um lado a categoria do ato-fato jurídico aproxima-se da do abusivo em razão da desconsideração da culpa *lato sensu*, por outro afasta-se porque a supressão do elemento subjetivo é mais radical, vale repetir, completa. Um ato abusivo praticado no âmbito de uma relação contratual caracteriza um ilícito relativo, podendo constituir, por exemplo, uma violação positiva por desrespeito à boa-fé objetiva. Em assim sendo, estaria fora da categoria

⁸⁶ Nesse sentido, Fernando Noronha (1994, p. 178-179): “Nesta modalidade de exercício abusivo de direitos, caracterizada por o titular realizar finalidades diversas das autorizadas pelo ordenamento, cabem casos bem conhecidos – e, na verdade, foi a partir deles que se desenvolveu a teoria moderna do abuso de direito, sobretudo no âmbito das relações de vizinhança. Exemplo típico, no âmbito das relações contratuais, foi o decidido em acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 18-11-1987 (RTJ, 85:568). Um locador, que era ao mesmo tempo sócio da sociedade locatária, tentou ação de retomada do imóvel, por não lhe convir continuar a locação, mas viu o despejo ser-lhe negado, por ter ficado provado que este ‘tinha por fim destruir a sociedade ou empobrecê-la, desmorná-la, afligi-la economicamente’.”

do ato-fato, autônoma – como visto – em relação aos atos jurídicos *lato sensu*.⁸⁷ O regime de responsabilização objetiva não transmuta a categoria da relação negocial, afasta apenas e tão somente a culpa *lato sensu* como pressuposto de ressarcibilidade. O mesmo raciocínio aplica-se ao exercício abusivo de poderes jurídicos, a exemplo do poder familiar.

Deduzir a responsabilização objetiva dos critérios eleitos pelo legislador tampouco parece suficiente. A uma, porque, como visto, não houve dispensa expressa da culpa. Nesse ponto, pode-se argumentar que o art. 37, § 6º, da Constituição da República também não o fez, mas a responsabilização dos agentes da Administração Pública, pelos danos causados a terceiros nessa qualidade, é objetiva. Entretanto, há de ser assinalado que se trata de regimes jurídicos distintos, com evoluções dogmáticas próprias, calcadas em razões distintas. Se no Direito Público houve a época em que *the king can do no wrong*, ou seja, o Estado era imune a responder pelos danos que eventualmente causasse aos súditos, no Direito Privado, o dano – em maior ou menor escala e com variação de tipologia – sempre foi passível de reparação. Ademais, os motivos da expansão das hipóteses de responsabilização objetiva no Direito Privado e no Público respondem a demandas sociais distintas e fundamentos jurídicos diversos.⁸⁸ A ressalva final na redação do dispositivo – “assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” – indica a adoção de regime objetivo, pois, caso contrário, não haveria necessidade de se mencionar “nos casos de dolo ou culpa”. Não se pode desconsiderar, por fim, que o dispositivo que trata do abuso do direito, ao contrário do art. 37, § 6º, da Constituição, encontra-se em diploma cuja cláusula geral de responsabilização adota a teoria subjetiva, devendo ser lida nesse contexto legal e sistemático.

A duas, porque a eleição de critérios objetivos de análise não guarda correlação necessária com o regime de responsabilização. A rigor, mesmo nos casos de responsabilização subjetiva, a análise da culpa *lato sensu* se dá objetivamente, a partir do comportamento do agente. É justamente da conduta do autor do dano que se infere o dolo em praticar o ato lesivo; ou a imprudência, negligência ou imperícia. Despiciendo indagar ao autor do fato se ele tinha intenção de matar a vítima ao cravar-lhe uma faca no peito ou disparar sua

⁸⁷ Anderson Schreiber (2022, p. 97) apresenta taxonomia diversa da aqui defendida. Segundo o autor, o ato-fato seria uma das espécies de ato jurídico *lato sensu* lícito, ladeado pelo negócio jurídico e pelo ato jurídico *stricto sensu*. Contudo, essa categorização não parece adequada. Aos atos jurídicos *lato sensu* aplicam-se as normas de validade referentes ao sujeito agente, tais como a capacidade civil ou às referentes ao vício de consentimento. O ato-fato, por outro lado, “[...] não estão sujeitos ao plano da validade, porque nulos e anuláveis são os atos jurídicos em cujo suporte fático a vontade é elemento nuclear.” (LÔBO, 2022, p. 247). Em não sendo a vontade elemento nuclear do ato-fato, mais consentânea à sua natureza ser espécie de fato jurídico *lato sensu*, ladeado pelo ato jurídico *lato sensu* e pelo fato jurídico *stricto sensu*.

⁸⁸ Sobre o tema, cf. SILVA, 2008, p. 674-675.

arma de fogo contra a cabeça do ofendido: o dolo é evidente. Especificamente em relação ao abuso, ao se mencionar os “limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, tem-se a concreção de parâmetros que podem servir, de igual maneira, como balizas da denominada *culpa objetiva*.

A evolução histórica recente da noção de culpa veio em resposta ao fenômeno social observado a partir do século XIX, notadamente com a Revolução Industrial, em que se verificou o adensamento populacional nas cidades, o crescimento de eventos danosos gerados pelas novas tecnologias e a dificuldade das vítimas em comprovar o elemento subjetivo, necessário ao acolhimento da pretensão indenizatória. A rigidez do direito positivo fez com que a jurisprudência contornasse o obstáculo normativo – que culminava em desequilíbrio nas relações e impedia a realização da justiça no caso concreto – adotando a “culpa presumida”, de início *iuris tantum* (relativa), posteriormente *iuris et de iure* (absoluta). Tratava-se de espécie de “solução transacional ou escala intermediária”, conciliando a culpa como elemento de responsabilização, mas alçando a vítima como centro da estrutura ressarcitória (PEREIRA, 2018, p. 347).

Na esteira dessa evolução, gradativamente a culpa foi se afastando de acepção psicológica e da reprovação moral que trazia ínsita, enquanto estado de ânimo, consciência e previsibilidade da lesão causada, para ser entendida como “erro de conduta”. A expressão *culpa objetiva* refere-se justamente à apreciação do comportamento do agente em cotejo com um modelo geral de conduta, prescindindo da análise do aspecto anímico, o que, contudo, não se confunde com responsabilidade objetiva; daí porque optou-se por denominá-la *culpa normativa* (SCHREIBER, 2011, p. 35).

O *standard* ideal de conduta não ficou imune a críticas. Objetou-se que esse critério acabava por conferir ao julgador grau elevado de discricionariedade, na medida em que projetaria seus próprios valores como o padrão de comportamento esperado, o que redundaria em soluções díspares e insegurança jurídica. A realidade complexa e a pluralidade da sociedade culminaram no fenômeno da *fragmentação do modelo de conduta*, recorrendo os Tribunais ao auxílio de diretrizes específicas relativas ao tema sob julgamento, tais como as emitidas por associações profissionais, as previstas em códigos deontológicos ou mesmo com a oitiva de assistentes judiciais especializados – *amicus curiae*, laudos periciais etc. (SCHREIBER, 2011, p. 41-42).

De todo modo, a noção normativa de culpa praticamente substituiu a psicológica, com vistas a permitir que se apure o grau de reprovação social do comportamento concreto do ofensor em cotejo com padrões objetivos de adequação, permanecendo a *culpa* com

papel central na teoria do ilícito. Existem tantos modelos de diligência quantos forem os tipos de conduta, surgindo parâmetros que serão variáveis e adaptáveis às diferentes formas de contato social: desportiva, profissional, direção de veículos etc. (MORAES, 2017, p. 212-213).

Por fim, não menos evidente é o fato de que a expansão das hipóteses de responsabilização objetiva no CC/02 não guarda correlação necessária com a teoria do risco, optando o legislador pela dispensa da culpa *lato sensu*, por exemplo, nos casos de danos por fato de terceiro (art. 932). Não há, efetivamente, atividade de risco no desempenho da tutela ou curatela, ou no exercício do poder familiar e guarda de filhos menores. Ainda assim, a culpa presumida que vigia no sistema do CC/16 passou a ser tratada como responsabilidade objetiva no CC/02. Nesse ponto, observa-se a prevalência do viés solidarista do Código, assegurando que a vítima não suporte exclusivamente o dano: “novamente, porém, esta não parece ser a lógica que orienta o ressarcimento dos danos oriundo do abuso, para os quais existe um responsável evidente [...]”. (SOUZA, 2012, p. 76).

Como visto, a boa-fé objetiva é o critério mais frequentemente utilizado a se aferir eventual abusividade no exercício de posições jurídicas. Não raras vezes o reconhecimento do ato abusivo nesse contexto enseja a compensação da vítima por danos morais, assunto que será abordado a seguir.

2 DANO MORAL

Inegavelmente, o dano é elemento essencial da responsabilidade civil, a própria razão de ser desse instituto. Somente há falar em indenização se verificado aquele elemento. A noção de dano experimentou diversas conceituações ao longo do desenvolvimento do Direito, justamente no esforço de se tentar delimitar esse componente desencadeador do dever reparatório. A ampliada noção de dano, para além da lesão ao patrimônio da vítima, é construção recente na dogmática jurídica. Por séculos, limitou-se o Direito a tratar do desfalque patrimonial, outorgando remédios jurídicos ao restabelecimento do *status quo ante* através da tutela ressarcitória, preocupando-se tão somente com o reequilíbrio financeiro das partes envolvidas no fato jurígeno.

A insuficiência dessa noção culminou no alargamento do espectro de abrangência do que estende por dano em sentido jurídico, inaugurando a acepção *normativa* da figura, permitindo a eleição de outros bens que não apenas o patrimônio como objeto de tutela e gatilho acionador dos mecanismos de responsabilização civil.

2.1 DANO NO SENTIDO TRADICIONAL E SUA EVOLUÇÃO

A exemplo dos demais requisitos da responsabilidade civil, o dano experimentou evolução conceitual e gradual acomodação a novas situações entendidas como passível de proteção pelo ordenamento.

Historicamente, a ideia de dano esteve relacionada à de desfalque material, “ligado à doutrina tradicional da pandectística, que tinha definido os danos patrimoniais (de forma característica quanto aos seus pressupostos económicos) como uma diferença patrimonial expressa numa importância em dinheiro” (WIEACKER, 1967, p. 601). Naturalmente, essa acepção ainda vigora e é inapelável, pois, de fato, “o interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil” (DIAS, 2006, p. 55). No direito romano, “o conceito de dano corresponderia a qualquer diminuição do *patrimonium*.” (LEITÃO, 2019, p. 13).

A vinculação da noção jurídica de dano a de prejuízo material não se revelava tão problemática de início, pois dentro do contexto de um direito civil marcadamente

patrimonialista, em que a *teoria da diferença* era suficiente a quantificar o dano experimentado por simples operação matemática comparativa do patrimônio da vítima antes e depois do fato causador – decréscimo econômico (SCHREIBER, 2011, p. 102).

Resulta claro que a noção de dano como decote patrimonial no sentido econômico sempre será a tônica da responsabilidade civil, mesmo no contexto de sua constitucionalização e o realce da tutela da pessoa humana. A função indenizatória mostra-se precípua e o amparo à vítima é a razão de existir do sistema de responsabilização civil (QUINELATO; KORKMAZ, 2021, p. 276). Por mais que o Direito Privado tenha experimentado o processo de repersonalização, seu caráter marcadamente patrimonial é o que prevalece nas relações do dia a dia. Isso não significa que essa dimensão seja a mais importante, apenas que é a mais comum. Não se ignora que a constitucionalização do direito dos danos impôs a releitura da própria função primordial da responsabilidade civil, alterando-se o foco, que tradicionalmente recaía sobre a pessoa do causador do dano, deslocando-se no sentido da tutela especial garantida à vítima do dano injusto, que merece ser reparada. A punição do agente pelo dano causado perde importância no âmbito cível para a reparação da vítima pelos danos sofridos (MOARES, 2019, p. 331).

O movimento de constitucionalização do direito implicou em mudanças significativa no instituto da responsabilidade civil, enquanto instituto “garantidor do equilíbrio das relações sociais diante das novas formas de interação que diuturnamente se apresentam.” (AMARAL; PONA, 2014, item 2). Junto dessa evolução da própria responsabilidade civil, verificou-se a modificação dos elementos que a compõem, dentre os quais o dano. Não mais vinculado estritamente ao aspecto patrimonial, passa-se a observar a tendência doutrinária em

fazer encerrar na noção de dano “interesses legítimos”,⁸⁹ enquanto situação que beneficiava a vítima, lesada em uma vantagem que possuía.⁹⁰

O dano, portanto, é o prejuízo decorrente da lesão a um bem jurídico, da lesão a um interesse (AMARAL, 2015, p. 79), “independentemente se a origem do dano se encontra no descumprimento de uma obrigação contratual ou de um dever legalmente imposto ao agente, ou ainda se derivado de responsabilidade objetiva ou subjetiva.” (AMARAL; PONA, 2014, item 3). O dano, reitera-se, nem sempre se refere à violação de *direito*: o que a lei não proíbe é facultado e um dos interesses decorrentes dessa máxima é o exercício da liberdade, desde a liberdade de andar, transportar-se, de permanecer, de exprimir o pensamento, até a liberdade de indústria, comércio e trabalho (MIRANDA, 2008, p. 121).

Percebe-se claramente que a noção de dano é abrangente, o que tem a virtude de contemplar as mais diversas lesões a bem jurídicos passíveis de tutela, mas incorre no risco da denominada hiperresponsabilidade. Daí a importância de se identificar quais danos são efetivamente “ressarcíveis”. A necessidade de se circunscrever a área em que surge o dever de indenizar decorre da imprescindibilidade de se distinguir as meras atividades humanas que

⁸⁹ Sobre a noção de interesse legítimo: “Prossegue-se, conclusivamente, afirmando ser inexata a ideia de que interesse seria a avaliação da capacidade de um bem para satisfazer uma necessidade do indivíduo. Segundo esse entendimento, a noção de interesse deveria atender, pois, a um critério objetivo e não subjetivo, considerando como coisa que existe fora do sujeito ‘a situação de cada um em relação ao bem, em virtude da qual lhe seja possível, lhe seja fácil, lhe seja seguro empregá-lo na satisfação de uma necessidade; esta situação é o interesse, portanto, a relação entre o homem e o bem’. Nesse aspecto, chega-se à identificação do dano como a lesão de interesse, não, contudo, como lesão indiscriminada a interesse qualquer, mas, sim, em verdade, o vilipêndio que, tendo em vista a ordem jurídica, deveria ser evitado ou então reparado, o que demonstra a necessidade da configuração de um dano antijurídico, injusto.” (AMARAL, 2015, p. 82). Ao apontar a origem da concepção anterior, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2015, p. 82, nota 139) transcreve e traduz trecho de Francesco Carnelutti: “Dano diz respeito sempre à situação da pessoa em relação ao bem e não ao bem em si mesmo. Precisamente, o conceito de lesão se relaciona ao interesse, e não com o bem (considerado fora de seu relacionamento com o homem). Por esse motivo, a fórmula deve ser simplificada à lesão de interesse. Não considero que o dano possa ser mais precisamente definido do que isso [...]. Porque a noção de interesse tem que ser um dos fundamentos da teoria jurídica e convém que seja objetiva e não subjetiva; que considere o interesse como qualquer coisa que exista fora de nós e não em nós. O que existe fora de nós não é o bem em si mesmo; é a capacidade de poder usá-lo para a satisfação de uma necessidade. Esta situação é o interesse; a relação de interesse entre o homem e o bem. A fome é uma necessidade; o pão é um bem; poder comer o pão, este é um interesse.”

⁹⁰ “A noção de dano supõe, como esclarecem Marty e Raynaud, que a vítima seja atingida em ‘uma situação de que ela se beneficiava, lesada em uma vantagem que possuía’. Para servir de base a uma ação de responsabilidade, indagam esses autores se é preciso que a vítima ‘fosse titular de um direito a esta situação ou a esta vantagem e seja atingida em um direito; ou será suficiente a ofensa a uma situação de fato e lesão a um simples interesse?’. Com fundamento na jurisprudência respondem que a questão única a apreciar é se esta situação ou este interesse tinham ‘uma estabilidade ou promessa de duração suficiente para que o prejuízo, mesmo na ausência de um direito possa ser considerado como suficientemente certo’. Ilustram esta assertiva com aresto que concedeu à concubina indenização pelo prejuízo a ela causado pela morte acidental de seu concubino. Também De Page, em alusão à jurisprudência da Corte de Cassação, registra a regra segundo a qual um simples interesse é bastante para caracterizar o elemento ‘dano’. Alex Weill e François Terré acrescentam, todavia, que o interesse violado há que ser legítimo”. (PEREIRA, 2018, p. 54).

importam em prejuízo a terceiros como consequência natural e lícita. Ilustrativamente, a concorrência comercial leal pode impactar no lucro e clientela da empresa que atua no mesmo ramo, o que, contudo, é permitido – até estimulado – pelo ordenamento, não havendo falar-se em pretensão reparatória exitosa nesse caso (MORAES, 2019, p. 324-325).⁹¹

Justamente em razão dessa abrangência é que se mostra pertinente a criteriosa taxonomia dos danos, a fim de se delimitar as hipóteses que constituem danos materiais e aquelas que caracterizam os morais ou extrapatrimoniais (sem se ingressar, por ora, na discussão dessa classificação).⁹²

A noção de dano patrimonial sempre esteve mais ligada à ideia de aferição pecuniária do prejuízo, “[...] considerados aqueles que atingem a esfera econômica da vítima, alcançando bens passíveis de valoração e ressarcimento monetário equivalente [...]” (AMARAL; PONA, 2014, item 3). Seria, portanto, toda lesão a bem juridicamente tutelado passível de indenização, termo que vem do latim (*in dene*) e “significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas consequências” (MORAES, 2017, p. 145).

O ordenamento jurídico disponibiliza, basicamente, duas formas de tutela instrumental à recomposição do patrimônio lesado: a *restitutória*, consistente no restabelecimento da situação originária da vítima pela satisfação *in natura*; e a *ressarcitória*,

⁹¹ “O dano, como se sabe, é o fundamento unitário da responsabilidade civil, a própria razão de ser do dever de indenizar. Conceitualmente, a responsabilidade civil consiste justamente na imputação do evento danoso a um sujeito determinado, que será, então, obrigado a indenizá-lo. Diversamente do direito penal, porém, o direito civil não tipifica legislativamente cada comportamento danoso; ao contrário, a obrigação de indenizar está inserida numa cláusula geral, prevista no art. 186 c/c o art. 927 do Código Civil. Cumpre, assim, identificar quais são os eventos que fazem nascer a obrigação de indenizar. Em outras palavras, é preciso ‘circunscrever a área dos danos ressarcíveis’, de modo a evitar a ‘propagação irracional dos mecanismos de tutela indenizatória’. Ocorre que meras atividades cotidianas, devidas à normal ação humana, com frequência, causam prejuízos a terceiros. Assim, por exemplo, a prática comercial bem sucedida pode ter como consequência a diminuição do número de clientes e do próprio lucro daqueles que atuam no mesmo ramo, ainda que a concorrência não ofenda os parâmetros legais, do mesmo modo que a construção de um novo edifício, sem nenhuma intenção emulativa e em total consonância com as normas edilícias pertinentes, pode acarretar o fim da vista panorâmica, da incidência de luz solar ou da brisa que refrescava o vizinho. Tais situações, ainda que causadoras de danos, são autorizadas pelo ordenamento jurídico; os danos que aí se produzem são, portanto, lícitos, não acarretando a responsabilização daquele que, embora tenha dado causa a prejuízos, não se afastou dos limites impostos pelo ordenamento jurídico ao pautar a sua atuação. De outro lado, porém, em cada vez mais numerosas situações, o mesmo ordenamento jurídico determina danos dos quais, se forem causados, não obstante a liceidade da ação ou da atividade, a vítima não deve ficar irressarcida. Aqui também os danos seriam, à primeira vista, lícitos; geram, no entanto, obrigação de indenizar. Neste caso enquadram-se, por exemplo, as inúmeras hipóteses de responsabilidade objetiva, hoje reguladas seja através de cláusula geral (CC, par. único, art. 927), seja mediante dispositivos específicos (CC, arts. 931, 932, 937, 938 etc.), consubstanciando-se, pois, em figuras de danos ressarcíveis, embora não resultantes da prática de qualquer ilícito.” (MORAES, 2019, p. 324-325)

⁹² “[...] revela-se de grande relevância, a exata compreensão da distinção das esferas patrimonial e não-patrimonial (ou extrapatrimonial) dos interesses dos indivíduos. [...] a incorreta leitura [...] [sobre a] configuração da patrimonialidade de um interesse poderá conduzir a conclusões equivocadas em relação à natureza do dano constatado no caso concreto e, como consequência, na forma do ressarcimento concedido, impedindo-se, assim, a realização da justiça e o restabelecimento do equilíbrio social”. (AMARAL; PONA, 2014, item 2).

consistente na recomposição econômica ou monetária (indenização em dinheiro) equivalente à diminuição patrimonial experimentada pelo ofendido (LARENZ, 1958, p. 227-229). Nesse sentido, “indenizar será [...] suprir em espécie ou pecuniariamente à vítima a perda que sofreu.” (PEREIRA, 2018, p. 75).

O Código Civil argentino, ilustrativamente, em seu art. 1.068, traz a noção de dano muito vinculada ao caráter financeiro da perda: “*Habrà daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades.*” Em outras palavras, o prejuízo deve ser suscetível de apreciação financeira, mesmo que indiretamente pela afetação da pessoa ou de seus direitos ou facultades (jurídicas). Fala-se em dano certo, enquanto lesão a um interesse pessoal e direto, mesmo que não referente a violação de uma norma de interesse público, a direito subjetivo ou bem jurídico (AMARAL; PONA, 2014, item 3). Trata-se de sistema responsabilidade civil mais próximo ao modelo brasileiro e francês, nos quais se adota cláusula geral aberta de responsabilização, ao contrário dos sistemas inglês e alemão, os quais se valem do modelo da tipicidade delitual, como será no próximo capítulo demonstrado.⁹³

A *teoria da diferença*, reelaborada por Friedrich Mommsen, “converteu o dano numa dimensão matemática, e, portanto, objetiva e facilmente calculável” (MORAES, 2017, p. 143). Consiste na forma (ou fórmula) de se calcular a extensão do dano, comparando-se o patrimônio de uma pessoa em um dado momento e o que ela teria não fosse a ocorrência de determinado evento danoso (SOUZA, 2023, p. 14).⁹⁴ Contudo, sua insuficiência para fins de

⁹³ Naturalmente, ao se enaltecer a perda econômica como critério de aferição de danos, não afasta o ordenamento argentino a ressarcibilidade dos danos extrapatrimoniais. Não, há contudo, critérios legais a balizar a quantificação dos danos morais, cujos parâmetros são extraídos da jurisprudência das Cortes (CORRÊA, 2021, p. 69-70). De todo modo, a função punitiva da responsabilidade civil não foi acolhida naquele país, pugnando o entendimento dominante pelo caráter compensatório do instituto, visando recompor as perdas efetivamente verificadas: “Os tribunais argentinos apontam como objetivo alcançar compensação abrangente e justa e ao mesmo tempo buscam evitar a dupla indenização por um único dano. O princípio da reparação abrangente, similar ao princípio da reparação integral, significa que todo dano deve ser ressarcido, mas não se deve lucrar com isso, de modo que o lesado não pode sair, nem pior e nem melhor, após o evento danoso (GALDÓS JORGE, 2004, p. 104). Portanto, a responsabilidade civil argentina baseia-se essencialmente no dever de reparação, ou seja, na obrigação de restabelecer as coisas no estado anterior à quebra do contrato. A indenização geralmente é paga em dinheiro e tem apenas uma função compensatória: somente danos comprovados e certos são pagos e, às vezes, se repara a perda de uma chance. O dano potencial não é compensado e não há multas civis ou danos punitivos que busquem um objetivo de punição e dissuasão (ALSINA, 2014, p. 270). Os autores argentinos-especialmente no Direito Civil-consideraram os danos punitivos como um instituto de direito anglo-saxão que não deve ser recebido no sistema regulatório argentino (ALSINA, 2014, p. 271).” (CORRÊA, 2021, p. 70).

⁹⁴ “Diversamente do significado que a doutrina francesa atribuiu ao *id quod interest*, Mommsen interpretava o termo ‘interesse’ nos textos romanos como representativo de um intervalo (‘estar entre’ – *inter esse*). Propôs, assim, que o dano passível de reparação deveria ser identificado por meio de uma diferença: nomeadamente, aquela

caracterização do dano patrimonial já fora denunciada, sendo mais utilizada hodiernamente para – nem sempre – a quantificação do dano. Nesse sentido:

O último medir-se-ia, “em princípio, por uma diferença: a diferença entre a situação real atual do lesado e a situação hipotética em que ele se encontraria, se não fosse o facto lesivo”. O critério, assente na hipótese da diferença, acabaria por se revelar, contudo, um conceito inadequado de dano e um método insuficiente para a sua determinação, que escondia as considerações teleológicas ou valorativas decisivas. Foram sobretudo questões como a perspetivação contabilística do dano (a levantar problemas acrescidos à indemnização de danos como o dano da perda de uso), como a da relevância da causa virtual ou da compensação de vantagens (‘determinada decisivamente por pontos de vista valorativos que a hipótese da diferença deixa escapar) que justificaram o olhar crítico sobre a fórmula que, desde Mommsen, foi assumida genericamente para efeitos de determinação do dano. (BARBOSA, 2019, p. 248)

A conceituação tradicional de dano patrimonial acaba por englobar as noções jurídica e econômica de patrimônio, pois atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente. Esta definição “tem o mérito de abranger todos os bens e direitos na expressão conjunto das relações jurídicas, vale dizer, abrange não só as coisas corpóreas, como a casa, o automóvel, o livro, enfim, o direito de propriedade, mas também as coisas incorpóreas, como os direitos de crédito.” (CAVALIERI, 2010, p. 73).

verificada no contraste entre o valor do patrimônio atual da vítima e o valor de seu patrimônio caso não houvesse ocorrido o evento danoso. Essa perspectiva, avalia a doutrina retrospectivamente, substituiu o modelo justinianeu do *id quod interest* – que, com o tempo, se constituía em um emaranhado de critérios relativamente subjetivos de identificação do dano contratual. A teoria da diferença, com efeito, oferecia à pandectística uma objetividade aparente muito desejável, que se consolidou no texto do BGB. Coerentemente com a definição mommseniana, o §249 do Código alemão prevê que o devedor inadimplente deve restaurar a situação que existiria caso as circunstâncias pelas quais responde não houvessem ocorrido; o §251 esclarece que, não sendo possível a restituição plena a essa situação hipotética, ou sendo insuficiente, deve-se compensar a vítima em pecúnia. A indenização devida, portanto, é a necessária para restaurar o patrimônio da vítima àquela situação hipotética. O §252, por fim, reconhece a reparação dos lucros cessantes.” (SOUZA, 2023, p. 14). Sobre a noção clássica de *id quod interest*: “Costuma-se apontar que as raízes remotas do ‘equivalente’ repousam nas fontes romanas. Segundo a doutrina especializada, durante o período do processo formulário não se admitia que, descumprida uma obrigação, o credor lesado recorresse à execução específica, à reparação *in natura* ou à resolução do contrato. Como toda condenação devia ser necessariamente pecuniária (*omnis condemnatio pecuniaria*), o único remédio possível consistia em postular o pagamento do valor em dinheiro da prestação descumprida. Entendia-se, assim, que a obrigação inadimplida não se extinguia, antes se perpetuava (eis a regra da *perpetuatio obligationis*), embora convertida no seu equivalente pecuniário – geralmente calculado pelo valor exato do objeto (*quanti ea res est*) ou, se indeterminado este, por um arbitramento mais flexível e de índole subjetiva a ser promovido pelo *iudex* (o chamado *id quod interest*).” (SOUZA, 2023, p. 6). No que se refere à origem etimológica: “Sobre a etimologia do termo ‘interesse’, particularmente na expressão *id quod interest*, explica Reinhard ZIMMERMANN que a palavra não deriva, ao contrário do que se afirma em geral, da ideia de intervalo (‘estar entre’), mas sim de *quod* (*mea, tua, nostra* etc.) *in re est*, ou seja, ‘o que há na coisa, o que é de consequência da coisa (para mim, para ti, para nós)’ (*The Law of Obligations*, cit., p. 826).” (SOUZA, 2023, p. 7, nota 27).

As dificuldades inerentes à teoria da diferença não demoveram parte da doutrina de, em renovado esforço, buscar uma conceituação mais criteriosa do dano patrimonial sob a perspectiva econômica, tudo a se clarificar e bem estrear aquele da lesão extrapatrimonial.⁹⁵ A distinção fundamental subjacente à proposta diz respeito à separação e autonomização das noções de patrimônio em sentido jurídico e patrimônio em sentido econômico. Aquele refere-se ao conjunto de direitos e posições jurídicas que não necessariamente implicam em notação pecuniária, cuja violação, portanto, não importa inapelavelmente em perda financeira. Em sentido econômico, o patrimônio é visto pela perspectiva estritamente financeira, seja pelo valor de uso, seja pelo de troca. Uma vez estabelecidas as premissas para uma conceituação econômica do dano patrimonial, bem como sua importância dogmática, conclui-se que “[...] o dano patrimonial seria resultado da lesão a bens economicamente valiosos, calculado mediante uma operação comparativa da situação real do patrimônio depois de se ter verificado o evento danoso com a situação hipotética que se apresentaria, caso o evento danoso não tivesse ocorrido.” (AMARAL; PONA, 2014, item 4). A noção de dano patrimonial vincula-se, portanto, não ao conceito jurídico de patrimônio, mas sua expressão econômica (como conjunto de bens economicamente valorados pelo sujeito).

Nesse ponto, interessante notar o debate que surge em alguns sistemas jurídicos sobre a ressarcibilidade dos denominados *danos puramente econômicos* ou *pure economic losses*. A expressão pode soar um pouco estranha aos juristas brasileiros e franceses, pois, a princípio, um dano econômico é, por definição, um dano material, cuja indenizabilidade dependeria apenas da verificação dos demais pressupostos da responsabilidade civil.

O enfrentamento do tema se deu, em verdade e inicialmente, na *common law*, justamente porque, a exemplo do sistema romano, parte de uma tipicidade dos ilícitos civis, desenvolvida a partir do sistema histórico de ações herdado da tradição inglesa.⁹⁶ Os danos

⁹⁵ “[...] a não compreensão da distinção entre interesses patrimoniais e extrapatrimoniais pode conduzir à inclusão, na categoria dos danos patrimoniais (e, portanto, orientar o processo de ressarcimento) de situações jurídicas relativas diretamente à personalidade do sujeito, e não à patrimonialidade. Por essa razão, propõe-se a utilização do conceito econômico de patrimônio, qual seja, o conjunto de bens economicamente apreciáveis em dinheiro sujeitos ao poder de disposição do indivíduo, postos em relevo em razão de seu valor de uso ou de troca. Essa compreensão auxilia sobremaneira a promoção do desenvolvimento econômico, pois permite a análise clara das relações jurídicas que transitam em torno de interesses patrimoniais, evitando-se a má caracterização dos danos ou, então, a indenização de forma inadequada em razão da incompreensão da natureza jurídica de cada dano. [...] Partindo-se da noção de dano como violação de interesses legítimos e admitindo-se o dano patrimonial como aquela lesão causada a bens genuinamente com valor econômico, enaltece-se, pela via indireta, a ressarcibilidade dos danos extrapatrimoniais os quais, em geral, associam-se com esferas de atuação existencial dos indivíduos.” (AMARAL; PONA, 2014, conclusão).

⁹⁶ Esse tema será aprofundado no próximo capítulo, onde será demonstrado com mais vagar como se deu essa evolução histórica na *common law*.

puramente econômicos são as lesões patrimoniais que não afetam nenhum dos interesses ou bem jurídicos *tipificados* no ordenamento como passíveis de proteção.

De início, distinguia-se os *pure economic losses* dos *consequential economic losses*, entendidos estes como os prejuízos financeiros decorrentes de morte, lesão da integridade ou da lesão da propriedade. Ilustrativamente, em havendo dano em uma máquina decorrente de corte de energia, a perda de produção tem que ser analisada sob duas perspectivas: o período de conserto da máquina (*consequential loss*) e o dano a produção propriamente dita, em razão do corte de energia (LEITÃO, 2019, p. 14). Em que pese a tônica no sistema da *common law* na conformação do Direito seja o estabelecimento de precedentes jurisprudenciais – o que pode passar a impressão de maior flexibilidade no tratamento e evolução da responsabilidade civil –, verifica-se certa rigidez nesse sistema no tocante à tipicidade dos ilícitos civis.

No direito norte-americano, vigorou por muito tempo a concepção da irressarcibilidade dos *pure economic losses*, sob dois principais fundamentos: em havendo relação contratual, somente o contrato poderia estabelecer a indenizabilidade desse tipo de dano; na responsabilidade civil extracontratual, argumenta-se que a parte poderia valer-se de cobertura securitária para se precaver desse prejuízo. Acrescentava-se ainda que: “*i*) a natureza de mercado da sociedade moderna, *ii*) a possibilidade de contratualizar riscos através de seguros, *iii*) a inexistência de um dever geral de não causar aquele tipo de danos, e *iv*) a possibilidade de inúmeras fraudes poderem surgir invocando danos que não se sofreram.” (LEITÃO, 2019, p. 16).

Apesar dessa resistência inicial, atualmente o direito norte-americano vem criando várias exceções à regra da não indenização desse tipo de dano. Por sua vez, o sistema continental passou a importar essa figura do espaço jurídico anglo-americano. A primeira referência legal na Europa veio na lei sueca de responsabilidade civil de 1972 (*Schadenersatzgesetz*), definindo o dano puramente patrimonial como sendo aquele econômico que não está associado qualquer dano à pessoa ou coisa, somente indenizáveis excepcionalmente quando resultem de ilícitos penais ou de atos de auxiliares cometidos durante o serviço (LEITÃO, 2019, p. 17).

O BGB, por sua vez, a exemplo dos ordenamentos da *common law*, adotou o sistema da tipicidade delitual, ao estabelecer três cláusulas gerais: o § 823 (1) responsabiliza aquele que, com dolo ou negligência, lesar ilicitamente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou outro direito alheio; o § 823 (2) quem viole uma disposição legal destinada à proteção de outrem; e o § 826 quem, dolosamente, provoque danos a alguém atentando contra

os bons costumes. Verifica-se, portanto, no Direito germânico que a diminuição do patrimônio da vítima que não resulte da lesão a alguns desses bens jurídicos (*Rechtsgüter*) constitui dano puramente patrimonial (*rein Vermögensschaden* ou *primär Vermögensschaden*), não sujeito a ressarcimento (VICENTE, 2018b, p. 407-408). A ideia do Código era limitar a responsabilidade civil aquiliana à interferência culposa (*lato sensu*) em direitos subjetivos absolutos, excluindo-se as perdas financeiras que não são danos consequentes de uma violação de interesse legal. Isso porque a causa de perdas financeiras puras às vezes é desejável. Ilustrativamente, quando uma empresa lança um produto que oferece vantagens significativas aos seus usuários, mesmo que isso implique em perda expressiva de ativos das empresas concorrentes, o desfalque financeiro não será sancionado (WAGNER, 2021, p. 42-43).⁹⁷

A limitação da ressarcibilidade dos danos nos sistemas que adotam cláusula geral aberta de responsabilização civil, a exemplo do brasileiro, francês ou italiano, se dá pela própria conceituação de dano. Não há nos Códigos desses países os interesses tutelados discriminados expressamente. Ao contrário do direito penal, o direito civil não tipifica legislativamente as condutas danosas. No Direito brasileiro, a obrigação de indenizar está inserida na cláusula geral do art. 186⁹⁸ c/c art. 927⁹⁹ do Código Civil; no francês, art. 1.240¹⁰⁰;

⁹⁷ A fim de se tentar emprestar contornos mais seguros ao *pure economic losses*, Helmut Koziol (apud LEITÃO, 2019, p. 21) aponta o que designa como os *dez mandamentos* em matéria de indenização desse tipo de dano: “*i*) número limitado de lesados – quanto menor for o risco de um número ilimitado de lesados, mais se justifica a indemnização; *ii*) não estabelecimento de deveres adicionais – sendo que é mais razoável a indemnização quando isso não se traduza num aumento da esfera deveral e na consequente redução da liberdade da acção; *iii*) proximidade e relações especiais – sendo mais razoável a indemnização se for maior a proximidade; *iv*) perigosidade – sendo que quanto maior for o perigo de uma pessoa ser guiada por uma informação, mais se justifica a indemnização; *v*) dependência – sendo que quanto mais dependente uma pessoa estiver de uma informação, mais se justifica a indemnização; *vi*) carácter notório ou conhecido do interesse – sendo mais razoável a indemnização quando o lesante conheça o interesse económico; *vii*) limites claros – no sentido de que quanto mais claros forem os limites dos interesses puramente económicos, mais se justifica a indemnização da sua lesão; *viii*) negligência e dolo – justificando-se mais a indemnização quando houver dolo; *ix*) importância do interesse económico – sendo que quanto mais importante for o interesse patrimonial do lesado, mais se justifica a sua indemnização; e *x*) relevância económica do interesse – sendo que quanto mais relevante for o interesse na actividade comercial do lesado, mais se justifica a indemnização. Estas regras não se aplicam de igual maneira a todos os danos puramente patrimoniais, sendo que algumas parecem ser só de aplicar à responsabilidade por informações incorrectas. Todavia, KOZIOL recomenda que na área dos danos puramente patrimoniais se recorra à ideia de sistema móvel, a fim de utilizar os princípios antes referidos no estabelecimento da responsabilidade, não só no sentido de determinar os factores relevantes como também de ponderar o respectivo peso, admitindo que a ausência de um dos factores possa ser compensada pela especial intensidade de outro.”

⁹⁸ “Art. 186. Aquele que, por acção ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

⁹⁹ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

¹⁰⁰ “Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.” Tradução livre: “Qualquer ato do homem, que cause dano a outrem, obriga aquele por cuja culpa [faute] ocorreu, a repará-lo.”

no italiano, art. 2.043¹⁰¹. Para uma visão mais geral do tratamento desse tipo de dano nos ordenamentos francês e italiano, tem-se:

O sistema jurídico francês não autonomiza a categoria dos danos puramente patrimoniais. Efectivamente, esta categoria não é reconhecida como tal, dado que os interesses económicos não se consideram autónomos, uma vez que não há propriamente limites ao conceito do que pode constituir um dano para efeitos da cláusula geral de responsabilidade delitual. O princípio da reparação integral permanece um dogma do direito da responsabilidade delitual francês. Porém, a exigência de reparação é mais forte para os danos causados às pessoas do que aos bens e aos danos económicos que destes resultam. No entanto, o princípio de reparação integral é mitigado, na medida em que abrange apenas situações indemnizáveis de dano directo e certo. O artigo 1382 do Código Civil Francês limita-se a estabelecer que quem causar dano com *faute* é obrigado à sua indemnização. O conceito de *faute* restringe o interesse juridicamente protegido ao limite do dano directo e certo. [...] No direito italiano, o dano injusto reporta-se à violação de um interesse alheio tutelado pelo direito, ainda que não sob a forma de um direito subjectivo. O dano puramente económico refere-se àquele em que, mesmo com ausência de danos na propriedade, o lesado sofre uma depreciação na sua situação económica. Não há qualquer menção expressa a esta categoria no Código Civil italiano, pelo que, à semelhança do sistema francês, o conceito de “dano injusto” abrange tanto os danos materiais como as perdas económicas, desde que se esteja em presença de um interesse juridicamente protegido. Em algumas sentenças, os tribunais italianos têm admitido um “direito à integridade patrimonial” para indemnizar danos puramente patrimoniais. Uma das formas utilizadas para cobrir os danos puramente patrimoniais foi através da inclusão de direitos de créditos na protecção delitual dos direitos subjectivos cuja violação corresponde a interesses puramente económicos. Em 1971, no caso *Meroni*, o Supremo Tribunal de Justiça veio permitir que o património em geral fosse protegido através da indemnização de danos puramente patrimoniais. Trata-se de um caso em que o credor é protegido em resultado da lesão do devedor. Também nos cortes de electricidade, no caso *Pasticio Puddu*, em que foi cortado o fornecimento de electricidade a uma indústria de massas, considerou-se que os danos sofridos eram indemnizáveis (LEITÃO, 2019, p. 18-19).

Em nosso ordenamento, a ideia de ilicitude não se restringe à violação à direito subjectivo: é mais abrangente, englobando a vulneração de qualquer interesse juridicamente relevante, mesmo que não amparado por conteúdo expresso de direito subjectivo. Tal entendimento já se observava na vigência do Código Civil de 1916, pois a redação do seu art. 159 (cláusula geral de responsabilidade civil equivalente ao atual art. 186) dispunha que ficava obrigado a reparar o dano aquele que “violou direito” ou “causou prejuízo a outrem”. Essa última expressão era interpretada como cláusula aberta de responsabilização, que possibilitaria o reconhecimento do dever de indenizar em razão da “causação de prejuízo”, mesmo que não amparado por direito subjectivo (“violação de direito”). A distinção apontada era que a violação

¹⁰¹ “Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.” Tradução livre: “Qualquer ato doloso ou culposo que cause dano injusto a outrem obriga o autor do ato a reparar o dano.”

de direito era perceptível ao primeiro exame, não precisava ser mostrada, pois decorrente da *res deducta*; a violação à interesse tinha que demonstrada (*deducta*):

Além do ato, é, pois, elemento essencial do ato ilícito a *violação do ordenamento jurídico*, a contrariedade a direito (art. 159, *verbis* "violar direito, ou causar prejuízo a outrem"). Tal requisito falta nas espécies do art. 160, I e II: há o prejuízo; a não entrada delas no mundo jurídico não se dá, a despeito de haver essa lesividade. Pode bem ser que se viole, de fato, o próprio direito penal, sem que o mundo jurídico receba como ato ilícito, como delito, o que se praticou. É de notar-se que o art. 159 não se referiu somente à violação de direitos subjetivos (*verbis* "violar direito"); referiu-se, também, a "prejuízo a outrem". Assim, a ofensa ao corpo, à vida, à integridade física e psíquica, à honra, à saúde, à liberdade, à propriedade, é elemento que basta; e basta a ofensa a interesses, ainda que não sejam conteúdo de direito subjetivo. Ponto, esse, da maior importância, assim técnica como prática, porque envolve o interesse moral, religioso, intelectual, artístico, educacional, ou outro. A diferença de tratamento, quanto à violação do direito subjetivo e à violação do interesse, protegido por direito não-subjetivado, está em que aquela é perceptível ao primeiro exame (= a contrariedade a direito não precisa ser mostrada, resulta da *res deducta*), e essa tem de ser apontada, *deducta* (MIRANDA, 2000, p. 244).

Patente, portanto, a insuficiência da limitação da ressarcibilidade de danos vinculada à ideia de violação de direitos subjetivos. Trata-se de concepção que pressupõe uma pretensa completude do código e legislações esparsas, que cujo modelo regulamentar falhou ante o surgimento de novas situações na sociedade atual.¹⁰²

Naturalmente, não é a lesão a qualquer interesse que enseja indenização. A própria noção de interesse não pode ser relegada à esfera subjetiva da suposta vítima, ou seja, não basta ser um bem capaz de satisfazer alguma necessidade do indivíduo. Em verdade, sustenta-se que o critério deve ser objetivo, entendido como “o vilipêndio que, tendo em vista a ordem jurídica, deveria ser evitado ou então reparado, o que demonstra a necessidade de configuração de um dano antijurídico, injusto” (AMARAL, 2015, p. 82). Contudo, não basta a relevância jurídica do interesse para se delinear a “injustiça” do dano: há aqueles que não ingressam na tutela extracontratual, somente sendo passíveis de amparo os juridicamente

¹⁰² “Verifica-se, assim, a insuficiência da técnica regulamentar diante de uma realidade em constante mutação e, mais que isso, diante da irreducibilidade do valor da dignidade humana, pelo seu próprio significado, a um rol tipificado de manifestações. Tudo isso impõe, como consequência necessária, a rejeição de concepções que pretendam selecionar os interesses merecedores de tutela com base em uma prévia especificação legislativa, seja sob a forma de direito subjetivo absoluto, seja por meio de qualquer outra categoria inflexível. A própria proliferação de novos interesses e de novas situações lesivas a que tem dado margem a evolução tecnológica e científica - pense-se, por exemplo, no dano por divulgação de código genético favorece uma solução que independa da prévia atuação do legislador, infraconstitucional e que conceda ao Poder Judiciário o papel primordial na proteção da pessoa humana.” (SCHREIBER, 2011, p. 123).

tutelados na vida de relação, compreendidos nessa noção os referentes ao prejuízo ao lazer, vida sexual e prejuízo juvenil, ilustrativamente (AMARAL, 2015, p. 87).

A ideia de injustiça do dano foi desenvolvida sobretudo na Itália, em sua doutrina, bem como em sua jurisprudência, notadamente a partir da Sentença nº 500 de 1999 da Suprema Corte de Cassação italiana. O Código Civil italiano prevê em seu art. 2.043 a ressarcibilidade do “dano injusto”. A essa expressão foi emprestada interpretação no sentido de se superar a concepção de dano injusto como aquele decorrente de lesão a direito subjetivo absoluto (oponíveis *erga omnes*, tais como direitos da personalidade e os direitos reais), ampliando a aceção para a violação a um interesse merecedor de tutela, calcado na solidariedade social. Para além do não autorizado pela norma, seriam considerados danos ressarcíveis aqueles que, “em uma avaliação comparativa dos interesses em jogo, ferem princípios constitucionais e são capazes de desequilibrar a relação jurídica em grave desfavor a pessoa da vítima [...]” (MENEZES; CARDOSO, 2020, p. 191). Discorrendo em maiores detalhes:

Na decisão ficou assentado que tanto a lesão a um interesse legítimo quanto a um direito subjetivo ou a outro interesse legalmente relevante justificaria a responsabilidade aquiliana (ou responsabilidade extracontratual nos termos do Artigo 2043 do Código Civil) e seria suficiente qualificar o dano como injusto. Observa-se que a decisão não representa uma rendição indiscriminada da responsabilidade civil aos danos derivados da violação aos interesses legítimos como categoria geral. Exige-se ainda que tal interesse seja digno de proteção constitucional e que a atividade administrativa lesante seja considerada ilegítima. O dever de indenização deriva do caráter de injustiça do dano e não da ilicitude da conduta, pois a função primordial da responsabilidade civil é compensar o dano sofrido. Em termos conclusivos, para qualificar o dano injusto é necessário transcender essas categorias qualificativas da conduta lesiva para apreciar a lesão sofrida pela vítima. Se esta atinge um interesse merecedor de tutela, gera uma assimetria em desfavor da vítima e, em nome da solidariedade social, justifica a indenização. Por meio desse raciocínio afasta-se a ideia de que apenas a ilicitude (*stricto sensu*) da conduta seria o pressuposto para a responsabilidade civil. Importa atribuir relevância ao dano-consequência e não apenas ao dano-evento. Este decorre diretamente do ilícito lesivo, parte da ideia de que é proibido lesar, do já citado princípio *neminem laedere*. Já o dano-consequência é o dano que agrava a lesão originária ou produz uma outra lesão de interesse protegido. Essa distinção de dano-evento e dano-consequência favorece a compreensão de que acontecimentos danosos não são necessariamente decorrentes de atos ilícitos (*stricto sensu*) ou de abuso de direito. As pessoas lesadas devem ser protegidas não porque o ato do agente é ilícito ou abusivo, mas porque atenta contra a unidade do sistema jurídico ainda no que diz respeito às consequências do dano causado por sua conduta. Na interpretação civil constitucional, a noção de merecimento de tutela constitui uma evolução conceitual que vai além da vedação ao ilícito e ao abuso de direito e também se presta a restringir a autonomia, integrando o conceito de legalidade. Os efeitos pretendidos pelos atos de livre escolha do sujeito devem ser merecedores de tutela, sob pena de não encontrarem o devido amparo legal. (MENEZES; CARDOSO, 2020, p. 193)

Houve, portanto, a desvinculação da noção de dano injusto com a de ilicitude: “o dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade da pessoa humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida.” (MORAES, 2017, p. 179).

Para além da função repressiva do ordenamento, que se materializa na identificação e sanção de atos ilícitos ou abusivos, há de se ter em conta a função promocional do Direito. As soluções emprestadas aos casos de antijuridicidade (ilicitude *stricto sensu* ou abuso de direito) se dão sem a necessidade de ponderação de eventual interesse contraposto, pois o ato em si mesmo considerado não encontra abrigo no sistema, que prevê, *prima facie*, a exclusão ou, pelo menos, a conformação do fato (no âmbito da eficácia) aos ditames legais. Se viola a norma ou é desconforme à função que legitima a situação jurídica, a conduta recebe tratamento sancionatório, tais como, invalidade, limitação de eficácia, ressarcibilidade, suprimento judicial de vontade etc. Não há necessidade, nesses casos, de juízo valorativo de merecimento de tutela: este juízo ganha relevância quando os atos são lícitos e não abusivos e, ainda assim, entram em rota de colisão, havendo a necessidade de avaliar qual deles promove mais os valores do ordenamento (SOUZA, 2015, p. 93-94).

Os denominados *hard cases* não são caracterizados pela necessidade em si de se buscar a solução a partir da ponderação de princípios, pois, mesmo havendo-a, em sendo possível uma resposta definitiva da controvérsia a partir da função repressiva do ordenamento (pela identificação de alguma ilicitude ou abusividade), não se está diante de um “caso difícil”. Em verdade, os *hard cases* são identificados nas hipóteses em que há necessidade de se recorrer à função promocional do Direito: no conflito entre dois atos lícitos e não abusivos, a autonomia privada sofre limitação para se prestigiar e tutelar aquele que melhor promova os valores do ordenamento. Dada sua configuração, resulta claro que não há resposta definitiva nesses casos, pois sempre dependente da ponderação casuística para se identificar qual deve prevalecer face à colisão particularmente verificada na hipótese sob exame. Portanto, o ato será merecedor de tutela sempre em termos relativos, ou seja, sempre o será *em relação a outro* que lhe é contraposto (SOUZA, 2015, p. 94). Em outras palavras:

No plano funcional, esse ato é plenamente conforme aos valores associados à sua tutela jurídica (i.e., à sua função); sua repressão decorre tão somente de uma incompatibilidade com outro ato, também obediente à respectiva função, mas que, à luz da totalidade do sistema, merecerá tutela preferencial. A medida da repressão do primeiro ato, assim, não será a sua própria função, mas a medida necessária para a tutela do outro, dito merecedor de tutela em sentido estrito. Não se pode afirmar, assim, que o primeiro ato seja *antijurídico* (ao menos, não no mesmo sentido em que se fala do ilícito e do abuso); não existisse uma posição particular contraposta que

promovesse melhor os valores do sistema, esse ato teria sua eficácia reconhecida. Em suma, todo ato lícito e não abusivo será, em sentido amplo, merecedor de tutela: o merecimento é, em regra, uma *consequência* da licitude e não abusividade do exercício; excepcionalmente, porém, exigir-se-á do intérprete um terceiro e último juízo valorativo para determinar se o ato terá seus efeitos protegidos. Em geral, as hipóteses desse juízo de merecimento de tutela em sentido estrito envolverão direitos absolutos (tais como os direitos reais e os chamados direitos da personalidade), que, por serem oponíveis *erga omnes*, sempre se contrapuseram a outros interesses juridicamente tutelados, ocasionando a necessidade de juízos valorativos capazes de solucionar a colisão entre eles. A questão se põe com menor frequência no âmbito dos direitos relativos justamente porque a contraposição, na prática, a interesses diversos dos perseguidos pelas partes é pouco usual e, quando ocorre, em geral já conta com norma específica, o que permite resolver a questão com o recurso aos juízos negativos de controle (licitude e não abusividade) (SOUZA, 2015, p. 94-95).

A dificuldade em se identificar os danos ressarcíveis, decorrentes de violações a situações jurídicas amparadas pelo ordenamento, seja em razão de direitos subjetivos, seja pela injustiça do dano verificado, seja, por fim, pelo juízo de merecimento de tutela, encontra ressonância na conceituação dos danos morais, cujo delineamento mostra-se controverso em virtude da sua própria natureza.

2.2 DANO MORAL

A definição de dano moral remanesce problemática em razão da sua natureza normativa. A desvinculação da noção de dano do aspecto patrimonial e admissão do seu reconhecimento em situações existenciais inaugurou intenso debate sobre quais bens estariam abrangidos pelo conceito. A tentativa, num primeiro momento, de se indenizar a desonra, a humilhação ou mesmo o sofrimento decorrente do ato ilícito encontrou forte resistência na doutrina tradicional, que, dentre outras objeções, apontavam suposta imoralidade em se precificar a dor humana.

Superada a oposição inicial, o esforço científico volta-se contra a insegurança jurídica que o excesso de subjetivismo da compensação *in pecunia* baseada no sentimento pessoal da vítima poderia causar. As denominadas teorias objetivas do dano moral buscaram densificar os critérios de identificação e aferição desse tipo de prejuízo e, apesar de não conseguirem se desvencilhar por completo do aspecto anímico do ofendido, ao menos lançaram índices que não se esgotavam na repercussão emocional do ato lesivo. Em que pese a evolução dogmática proporcionada, vislumbra-se a insuficiência dos denominados *conceitos positivos* ao

vincularem a tipologia do dano ao bem jurídico afetado e não ao prejuízo concretamente experimentado.

2.2.1 Dano moral e sua compensabilidade

Primeiramente, cabe pontuar que os instrumentos, via de regra, utilizados na tutela dos danos patrimoniais (ressarcitória ou restitutória) são inservíveis à proteção dos prejuízos imateriais.

Esses dois instrumentos não são idôneos a serem utilizados quando a lesão que se verifica atinge bem de natureza extrapatrimonial. Tome-se como paradigma, e apenas ilustrativamente, o *leading case* nacional em que se reconheceu a tutela do dano moral, analisado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 59.940, de relatoria do Ministro Aliomar Baleeiro, em abril de 1966. No caso, duas crianças – de 6 e 9 anos de idade – foram vitimadas num acidente de ônibus, cuja culpa da empresa fora reconhecida (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 360; MORAES, 2017, p. 149). Resulta claro a impossibilidade de se valer da tutela restitutória, pois impossível devolver à vida os menores. Da mesma forma, não há falar em ressarcimento, pois, na lição de Immanuel Kant (2005, p. 65), as coisas têm preço, as pessoas dignidade; portanto, estas não podem ser substituídas por algo equivalente, *in casu*, dinheiro.

O fato de o dano moral não ser dano (no sentido material) é um dos argumentos técnico-jurídicos historicamente apresentados pela doutrina a sustentar a impossibilidade de sua tutela (BREBBIA, 1950, p. 93-94).¹⁰³ Como decorrência lógica e

¹⁰³ Discussão semelhante permeou o debate sobre a noção de “equivalente” no que se refere à responsabilidade contratual quando da perda da prestação por culpa do devedor: “Mantendo-se coerente com a teoria da diferença, porém, Mommsen descrevia esse ‘equivalente’, por ele denominado justamente como *Interesse*, de tal modo que não se confundiria com o valor do objeto devido, mas consistiria, em vez disso, na diferença que o patrimônio do credor apresentaria não fosse o descumprimento; afirmava, ainda, que, em caso de impossibilidade culposa, o credor faria jus ao *Interesse* e não ao valor de mercado da coisa. A lição de Windscheid mostrava-se parcialmente dissonante: após uma definição de dano claramente fundada na ideia de diferença, o autor afirmava que, embora não implícita no conceito de interesse, a prestação do equivalente pecuniário seria um caso ‘especialmente frequente e particularmente importante’. Associava, porém, o ressarcimento desse valor pecuniário à ideia de *Schmerzensgeld* (reparação por um dano “moral”), pois reconhecia não haver, no caso, prejuízo patrimonial verdadeiro (à luz da noção de diferença que ele acabara de definir). O ponto é relevante, não apenas porque se distancia da noção de equivalente pecuniário, mas também porque a *communis opinio* da época, não apenas no sistema alemão como em outros países, era majoritariamente contrária à ocorrência de dano moral pela violação de obrigação contratual.” (SOUZA, 2023, p. 15).

jurídica dessa constatação, argumentava-se também que seria inviável quantificar o aventado dano (DIAS, 2006, p. 1001-1002), “já que evidentemente não há materialidade no dano moral” (TEPEDINO; SILVA, 2021, p. 260).

Compilando as objeções levantadas contra a compensabilidade dos danos morais, Wilson Melo da Silva (1969, p. 251-252) apresenta pelo menos treze argumentos contrários,¹⁰⁴ para em seguida rebater um a um. Os de maior relevância científica dizem respeito à impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro desse tipo de dano, à imoralidade de se compensar dor com dinheiro¹⁰⁵ e ao arbítrio concedido ao juiz em sua análise.

À impossibilidade de qualificar-se a lesão extrapatrimonial como dano, bem como de medir sua extensão não fora apresentada solução a contento. Contudo, desde pelo menos 1927 já havia vozes na doutrina nacional a sustentar a necessidade de se tutelar a lesão a bens jurídicos cuja repercussão não fosse estritamente patrimonial. Pontes de Miranda (apud BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 359) batia-se contra a “mal-entendida

¹⁰⁴ São eles: “As objeções contra a doutrina dos danos morais são muitas e várias. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, já referidos, as agrupam em três classes: 1.^a) A dos que reputam escandalosa a discussão, em Juízo, relativamente aos sentimentos íntimos de afeição e decôro, o que é inevitável em se tratando dos danos morais. 2.^a) A incerteza, nessa espécie de danos, de um verda- há lugar para as perdas e danos quando há diminuição do patrimônio, o que não se verifica em se tratando dos danos morais [sic]. 3.^a) A dos que acham inevitável, na apreciação desses danos morais, a interferência do arbítrio judicial. 127. PIRES DE LIMA, mais extenso e mais preciso, agrupa, em oito, o número dessas objeções: 1.^a) Falta de um efeito penoso durável. 2.^a) A incerteza, nessa espécie de danos, de um verdadeiro direito violado. 3.^a) A dificuldade de descobrir-se a existência do dano. 4.^a) A indeterminação do número das pessoas lesadas. 5.^a) A impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro. 6.^a) imoralidade de compensar-se uma dor com dinheiro. 7.^a) O ilimitado poder que se tem de conferir ao juiz. 8.^a) A impossibilidade jurídica de se admitir tal reparação. E ALFREDO COLMO aponta ainda uma nona objeção ao lembrar o enriquecimento sem causa, eis que o pretendido credor teria, com a reparação, um aumento em seu patrimônio econômico, sem que, antes, tivesse tido nenhum desembolso. Variante dessa objeção e com um aspecto mais impressionante é aquela que foi formulada por ALCINO PINTO FALCÃO ao interrogar: ‘Uma vez que o direito civil considere indenizável o prejuízo moral, a rigor deve admitir, em certas hipóteses, a *conditio* para haver o correspectivo de prazer de que terceiro se haja aproveitado? Por que só se dar indenização pela dor e não pelo prazer?’, finalmente pergunta em sua obra *Parte Geral do Código Civil* à pág. 300. Há quem fale, ainda, na inutilidade e mesmo na prejudicialidade da reparação dos danos morais, face à assertiva de que a dor, vez por outra, ao invés de gerar sofrimento, dá nascimento à própria alegria... E, em abono da tese esdrúxula, cita-se HOMERO quando se utiliza da expressão ‘gozar de sua dor’; OVÍDIO, com a sua volúpia do choro (*flere voluptas*), SENECA, com a sua *dulce tristitia*; Santo AGOSTINHO, para quem as lágrimas e as dores são doces; EBBING, com sua ‘felicidade da dor’; FONTENELLE, que era o primeiro a reconhecer que ‘amamos a dor’, e outros muitos que seguem a exaltar as excelências do sofrimento.” (SILVA, 1969, p. 251-252).

¹⁰⁵ “Os intérpretes do Código de Napoleão tinham admitido a possibilidade de indenização do dano moral. Nos séculos XVII e XIX, especialmente por influência da filosofia da ilustração, não se permitiu em muitos países a reparação deste tipo de dano, pois se pensava que a solução dada pelo Direito Penal a estas hipóteses era suficiente. Em certas regiões da Europa, onde o Código de Napoleão foi recebido havia, por vezes, uma resistência à reparação do prejuízo moral; não se tratava somente da dificuldade em estimá-lo, mas também de uma repugnância em admitir que o pagamento de uma soma pudesse desfazer o prejuízo causado à honra de um indivíduo. Se tomarmos como exemplo a Alemanha, verificaremos que em certas regiões o Código de Napoleão era aplicado e a reparação dos danos simplesmente morais era permitida. Mas quando veio a derrogação do Código de Napoleão, este tipo de reparação desapareceu completamente e de modo imediato.” (SILVA, 2015, item 2.3).

injustiça” que não dava valor ao dano imaterial; e arrematava: “o mais vulgarizado fundamento para não se conceder a reparação do dano imaterial é o de que não seria completo o ressarcimento. Mas não é justo, como bem ponderava Josef Kohler, que nada se dê, somente por não se poder dar o exato”.

O ressarcimento em sentido técnico-jurídico pressupõe equivalência, impossível de encontrar-se entre quantidades de natureza heterogênea: faltaria a unidade de medida. Nesse ponto, imbrica-se o argumento da imoralidade de se compensar o sofrimento com dinheiro. Não se poderia amalgamar valores de ordem econômica com os de ordem espiritual: qual seria o preço da dor? Contra essas objeções pondera-se que seria insensato pretender-se empregar à compensação dos danos morais os moldes usuais à reparação dos de natureza econômica. Afinal não se pode erigir uma dificuldade de fato em jurídica, sendo certo que o *neminem laedere* não diz respeito apenas aos danos economicamente avaliáveis. Se por um lado é verdade que os bens morais não são reduzíveis a moedas (o que seria imoral), por outro a dificuldade de estimação de valor não significa impossibilidade de ressarcimento; afinal os danos patrimoniais, por vezes, também são de difícil quantificação. Em sendo o objetivo precípuo da responsabilidade civil assegurar à vítima uma reparação, tal objetivo não pode ser descartado somente porque não possa chegar a uma indenização perfeita. A indenização não seria propriamente “o preço da dor” – “inexata antonomásia do dano moral” –, mas um *sucedâneo*,¹⁰⁶ uma *satisfação* nos limites do possível (SILVA, 1969, p. 270-274). Isso porque:

Em matéria de construções jurídicas (a advertência é de Ihering), o ideal inexistente. E o Direito haverá de ser sempre contingente, como contingente são os homens que lhe buscam moldar os institutos. E além do mais, para que a excelência de uma doutrina se justifique, não se faz mister seja ela afeiçoada à totalidade, mas, via de regra, tão-somente à maioria dos casos a que diga respeito. [...] À falta de reparação, mais adequada, do dano moral, de uma reparação ideal quase impossível na espécie, que não se deixe a vítima sem reparação qualquer. O contrário seria a negação dos próprios postulados, superiores, da Justiça. Dificuldade não é impossibilidade. E se se não pode

¹⁰⁶ A ilustrar o argumento: “As pequenas dificuldades da nossa vida, quase todas nós as resolvemos pela maneira indireta da compensação. Se não posso ir a um concerto, ouço-o pelo rádio. Se não posso viajar pelos países estrangeiros, hei de me contentar com o que o cinema, dêles, me reproduza ou com as descrições dos livros de viagens. Se não me é possível vestir pelo alfaiate X, da moda, de custo superior ao de minha bolsa, visto-me pelo alfaiate Y. E se não me é dado saborear, em jantar opíparo, as mais deliciosas iguarias, haverei de me contentar com o trivial de cada dia. Não vou, por essas impossibilidades, andar nu, ou morrer de fome, ou me ralar num desespero sem conta só porque não me foi facultado poder viajar ou assistir a um concerto. Se não obtenho ou não realizo o que, para mim, seria o ideal, o que me satisfaria plenamente, nem por isso deixo de atender as minhas necessidades, na medida do possível. O mesmo sucede com os danos morais. Se não se ressuscita o parente morto, se não mais recupera a donzela desonrada sua perda virgindade, nem por isso se pode recusar à família do defunto ou à infelicitada moça o conforto de alguma coisa, seja de que natureza fôr, que tenha o dom de aplacar ou diminuir a dor sentida. E a isso se costuma chegar pelo fornecimento de importâncias que facultem, por uma via indireta, a consecução dos instrumentos de *derivação* dos sofrimentos ou de sua amenização.” (sic) (SILVA, 1969, p. 276-277).

banir por completo, da alma do lesado, a grande dor sentida, que se procure, por todos os meios, uma atenuação, ao menos, para seu sofrimento. Que algo se faça em seu proveito, ainda que com a ajuda mesma, subsidiária, do dinheiro, com o qual se propicie a êle algum lenitivo, algum prazer, alguma distração, alguma sensação outra, neutralizadora, de euforia ou bem-estar (sic). (SILVA, 1969, p. 281-282).

No que se refere ao aventado arbítrio do juiz, rebate-se que seu “poder discricionário é inelutável, que decorre da incessante mobilidade da vida social, cujas contingências não quadram fatal e inevitavelmente com as previsões legislativas. Se o reconhecimento desse poder fosse um mal, seria, pois, um mal necessário.” (MARTINS, 1997, p. 129). Em não sendo o Direito “produto de laboratório”, o arbitrário é da própria essência da Justiça, que não se pode excluir sem que se altere antes o fator humano (SILVA, 1969, p. 284). A “arbitrariedade” a que se referem os autores, em verdade, diz respeito ao espaço de conformação irreduzível em toda decisão judicial ao aplicar a lei abstrata ao caso concreto, ao que Hans Kelsen (2003, p. 272) denominou “moldura da norma”.¹⁰⁷ A lei estabelece parâmetros gerais que, quando aplicados na resolução do caso, demandam sua concreção específica. De igual maneira, a aplicação de quaisquer institutos jurídicos, por mais bem delineados que sejam no âmbito dogmático, nunca esgotam seu significado no campo conceitual. Por seu caráter funcional, somente com seu efetivo uso sua compleição jurídica se aperfeiçoa. Por conseguinte, a denunciada “arbitrariedade” nada mais é do que o senso de equidade que permeia toda a ordem

¹⁰⁷ “A norma jurídica geral positiva não pode prever (e predeterminar) todos aqueles elementos que só aparecem através das particularidades do caso concreto. [...] No processo em que uma norma jurídica geral positiva é individualizada, o órgão que aplica a norma jurídica geral tem sempre necessariamente de determinar elementos que nessa norma geral ainda não estão determinados e não podem por ela ser determinados. A norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual.” (KELSEN, 2003, p. 272)

jurídica e que constitui, em essência, sua razão de ser.¹⁰⁸ A mediação humana na aplicação de institutos abstratos é o meio natural de se performar todo o Direito.¹⁰⁹

Com o passar das décadas, o sentimento jurídico e social da necessidade de se tutelar os danos morais fora recrudescendo. Nesse sentido, sustenta Maria Celina Bodin de Moraes (2017, p. 150) que “cada época tem os seus danos indenizáveis e, portanto, cada época cria o instrumental, teórico e prático, além dos meios necessários para repará-los.” Tal constatação se dá dentro da concepção de que “a primazia da ordem jurídica consubstancia-se na primazia das decisões políticas em face da natureza das coisas, cabendo ao legislador não

¹⁰⁸ Sobre as diversas acepções do termo equidade e sua intrínseca relação com o Direito: “A) Primeira acepção. O princípio da justiça é o princípio da igualdade, segundo o qual se deve dar a cada um aquilo que lhe pertence. É esse princípio que rege o estabelecimento das leis, cuja variedade existe em função dos multifários aspectos que, na vida real, assume a questão do meu e do seu. Por outro lado, o estabelecimento das normas positivas não pode ser tão variegado que atenda aos imperativos de todos os casos concretos, porque isto levaria o legislador à dispersão e à ‘elefantíase legislativa’. Por isso, também sob este aspecto, a lei é um preceito comum, uma norma geral. Entretanto, a vida sociojurídica não é composta de casos gerais, senão de casos concretos e os mais diversos, de onde a simples justiça que se supõe existir na lei nem sempre ser suficiente para atender equilibradamente a essa infinita casuística. Assim é por vezes de mister o suprimento do princípio de justiça contido na lei por intermédio de um outro princípio, àquele semelhante, mas sob outros aspectos mais extensos e mais altos, a saber, o princípio da equidade. Daí dizer Celso, segundo o fragmento de Ulpiano, que *ius est ars boni et aequi*. Daí dizer também Santo Tomás que a equidade, em grego denominada *epieikeia*, ‘de certo modo corresponde à justiça geral, estando compreendida nela e, de certo modo, a excede porque leva o aplicador da lei a não se prender aos estreitos limites do texto legal’. B) Segunda acepção. É conhecida a metáfora de Aristóteles utilizada para diferenciar a justiça da equidade. Dizia o filósofo que a primeira corresponderia a uma régua rígida, ao passo que a outra se assemelharia a uma régua maleável capaz de se adaptar às anfractuosidades do campo a ser medido. Sem quebrar a régua (que em latim é *regula, ae*, do mesmo modo que regra), o magistrado, ao medir a igualdade dos casos concretos, vê-se por vezes na contingência de adaptá-la aos pormenores não previstos e, não raro, imprevisíveis pela lei, sob pena de perpetrar uma verdadeira injustiça e, assim, contradizer a própria finalidade intrínseca das normas legais. A virtude de assim proceder é que corresponde à equidade no segundo sentido, visto que, em grego, *epieikeia* quer dizer também moderação. No direito romano corresponderia à *benignitas* ou *humanitas*. C) Terceira acepção. A essa virtude que, como tal, implica verdadeiro dever do magistrado corresponde ainda um direito, isto é, o direito natural de distribuir justiça equanimemente. Como observa Savatier, se a lei visa traduzir o direito natural, uma tradução mais pormenorizada é levada a efeito mediante o uso da equidade. D) Quarta acepção. Na acepção de ato de julgar, segundo o princípio acima examinado é que a equidade tem gerado a confusão concernente a considerá-la como forma de expressão do direito. Confundir-se-ia com uma certa variedade de ato jurisdicional, sentido esse que não nos parece muito vigoroso e no qual não deve a palavra ser usada na linguagem tecnológico-jurídica sem as devidas distinções. E) Quinta acepção. Finalmente, com o significado de jurisprudência, o vocábulo adquire uma largueza ainda maior, de onde também a maior inconveniência da sua utilização. É aquele que mais de perto se entende com a *Equity* da *Common law*, onde, como é sabido, constitui uma forma supletiva do direito comum.” (FRANÇA, 1997, p. 50-52).

¹⁰⁹ Nesse sentido: “Aliás, sem o prudente e ponderado arbítrio do juiz, que agirá, sempre, *ex bono et aequo*, como se haveria de proceder? Na prática, não existisse, sempre, êsse arbítrio, e a lei, possivelmente, talvez, não fosse uma coisa útil, e o direito uma realidade. Ou se permitiria, ao juiz, o seu arbítrio, embora dosado, não raro, ou nada teríamos de positivo no terreno da justiça. Faltar-nos-ia a balança na qual pesássemos nossas pendências e reclamássemos reparação. E se os próprios negadores da tese da reparabilidade reconhecem, como todos nós, que, mesmo diante dos cânones escritos e rígidos, deve assistir ao arbítrio judiciário uma certa maleabilidade no sentido de extrair da norma legal tôdas as suas conseqüências, evitando-se, dessa forma, a estratificação do direito, por que, incoerentemente, lhe haveríamos de negar, na reparação dos danos morais, o mesmo arbítrio?” (SILVA, 1969, p. 286).

apenas se esforçar por refletir a realidade, mas também, conscientemente, buscar a sua transformação.” (MORAES, 2017, p. 71).

Assim, percebeu-se a insuficiência do conceito de dano vinculado ao caráter patrimonial da lesão. A esse conceito, Clóvis V. do Couto e Silva (2015, item 1.1) denominou “noção naturalista de dano” e apontou para a necessária distinção com a “noção normativa” de dano. Esta última, consiste na seleção pela norma de uma fração do fato social para transformá-lo numa situação jurídica tutelada, cuja violação importaria na lesão a interesse juridicamente relevante e, portanto, em dano. E é nesse sentido que se pode denominar uma lesão extrapatrimonial como dano.

Hodiernamente a noção de *dano* está consolidada em sua formulação mais ampla, desvinculada de sua histórica relação com o patrimônio individual e mais relacionada a tutela de interesses juridicamente relevante merecedores de proteção.¹¹⁰ Mas é da própria definição de dano no sentido normativo que decorre a problemática questão da conceituação de dano moral, pois é justamente o contorno que se emprestar a essa noção que vai delimitar o objeto de tutela pelo ordenamento. Como o dano moral não é naturalista (deterioração ou perda, parcial ou total, de um bem patrimonial), seu delineamento depende exclusivamente da eleição pelo ordenamento dos interesses merecedores de tutela extraídos dos fatos sociais cuja proteção entende-se necessária. Essa decisão – escolha – é eminentemente político-filosófica e não técnico-jurídica (MORAES, 2017, p. 147). Daí porque a diversidade de conceitos propostos ao instituto do dano moral.

Da miríade de proposições, extraem-se grupos ou categorias que aglutinam as conceituações em teorias cujas denominações indicam o eixo que norteia o bem jurídico a que se procura emprestar tutela e usar como índice de reconhecimento do que se entende por essa espécie de lesão.

¹¹⁰ Nesse sentido: “Portanto, em um sentido amplo, dano é a violação a um interesse, patrimonial ou existencial, concretamente merecedor de tutela jurídica, entendido como aquele que historicamente foi construído por uma comunidade política como digno de proteção, de modo que não existe rol de interesses jurídicos pretensamente válido para todos os casos, havendo uma verdadeira cláusula geral de reconhecimento de danos a partir dos arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002 (Lei Federal n. 10.406/2002, de agora em diante CC/2002), que asseveram que aquele que causa dano a outrem comete ato ilícito e fica obrigado a reparar o dano, sem identificar como identificar o dano merecedor de tutela.” (BONNA; LEAL, 2019, p. 3).

2.2.2 Teorias subjetiva, objetivas e sua crítica

O esforço dogmático em se delimitar o conceito de dano moral e a evolução das teorias propostas ilustram a necessidade de se emprestar noção segura a esse tipo de prejuízo, oferecendo ao intérprete orientação sólida para resolução dos conflitos sociais que envolvam lesões de natureza não patrimonial.

A primeira concepção elaborada pela doutrina refere-se ao denominado conceito *negativo*, entendendo-se o dano moral como todo prejuízo que não seja patrimonial, o sofrimento que não culminasse em perda pecuniária; o instituto vinculava-se à dor extrema, sofrimento, humilhação, desconforto, em suma, ao estado anímico da vítima (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 82). Justamente por dizer respeito às consequências produzidas na vítima, convencionou-se chamar de *teoria subjetiva*.¹¹¹

As críticas lançadas contra esse posicionamento partem do elevado subjetivismo na aferição da ocorrência do dano, pois referente ao estado anímico da vítima. Nem todo sofrimento moral enseja indenização, por não preencherem os pressupostos da responsabilidade civil. Há fatos que interferem e sensibilizam o foro íntimo e consciência das pessoas, mas que não se mostram adequados a desencadear o mecanismo ressarcitório, a exemplo de transeuntes que testemunhem um atropelamento fatal: mesmo que alguns fiquem profundamente abalados com a brutalidade da cena, não se verificam efeitos danosos jurídicos (MONTEIRO FILHO, 2000, p. 30 e 34). Ressalta-se, também, o equívoco se tomar a consequência por causa, na medida em que a dor ou sofrimento são decorrências – eventuais – da lesão experimentada e não o dano em si mesmo (AMARAL; CASTRO, 2018, item 3). Em não sendo pressuposto ao desencadeamento da reparação, não se poderia tomar a afetação do estado anímico sequer como elemento accidental na ofensa aos direitos da personalidade a ensejar o aumento do *quantum* indenizatório (BESSA; REIS, 2020, p. 12). Isso porque a intensidade da dor em nada atenuaria seu subjetivismo, não podendo representar o elemento

¹¹¹ “Quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral. A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a bem material. Relewa observar, ainda, que a inestimabilidade do bem lesado, se bem que, em regra, constitua a essência do dano moral, não é critério definitivo para a distinção, convindo, pois, para caracterizá-lo, compreender o dano moral em relação ao seu conteúdo, que ‘[...] não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado’”. (DIAS, 2006, p. 992-993).

ontológico do dano moral, pois esbarraria nas já conhecidas objeções da impossibilidade teórica – em se adotando esse critério – do paciente comatoso, do masoquista ou da pessoa não desenvolvida (v.g., criança recém-nascida) serem vítimas desse tipo de dano (SCHREIBER, 2011, p. 131).

A tentar superar a insuficiência dessa concepção inicial concepção, surgem as denominadas *teorias objetivas* do dano moral, que buscam identificar a essência desse tipo de lesão na extrapatrimonialidade do bem jurídico afetado.

Nesse sentido, propôs-se entender o dano moral como a lesão ao *patrimônio ideal* (patrimônio moral), entendido esse em contraposição ao material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico. Em que pese ressaltar a necessidade de se atentar para a natureza do prejuízo final e não para o bem sobre que incidem, Wilson Melo da Silva (1969, p. 13-14) afirma que “seu elemento característico é a dor, tomado o termo em seu sentido amplo, abrangendo tanto os sofrimentos meramente físicos, como os morais propriamente ditos”. E exemplifica os danos morais como os “[...] decorrentes das ofensas à honra, decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida, à integridade corporal.” Percebe-se pelos exemplos trazidos pelo autor que, em última análise, o critério definitivo seria a afetação de bens não quantificáveis em termos econômicos.

Aventou-se também conceituar o dano moral como violação à direito da personalidade, a fim de se emprestar parâmetro mais seguro em sua identificação. Consagrados ambos em sede constitucional, “os direitos da personalidade, por serem não patrimoniais, encontram excelente campo de aplicação nos danos morais, que têm a mesma natureza não patrimonial.” (LÔBO, 2003, item 1). A ressarcibilidade dos danos morais seria, portanto, o mecanismo viável da compensação desse tipo de lesão, superando a dificuldade dos fundamentos patrimonialistas do direito civil que obstaculizavam a tutela adequada: era “o elo que faltava”. A proposição teria a dupla vantagem de não mais se relegar ao arbítrio do juiz em sua aferição, bem com dispensar o elemento psicológico, nomeadamente a dor.¹¹² Volvidas

¹¹² “De modo mais amplo, os direitos de personalidade oferecem um conjunto de situações definidas pelo sistema jurídico, inatas à pessoa, cuja lesão faz incidir diretamente a pretensão aos danos morais, de modo objetivo e controlável, sem qualquer necessidade de recurso à existência da dor ou do prejuízo. A responsabilidade opera-se pelo simples fato da violação (*damnu in re ipsa*); assim, verificada a lesão a direito da personalidade, surge a necessidade de reparação do dano moral, não sendo necessária a prova do prejuízo, bastando o nexo de causalidade. Por exemplo, a instituição financeira que promove a indevida inscrição de devedor em bancos de dados responde pela reparação do dano moral que decorre dessa inscrição; basta a demonstração da inscrição irregular. Portanto, se se admitir que não há incidência de danos morais além das hipóteses de direitos da personalidade, então o juízo de equidade, conferido ao juiz, ater-se-á ao quantum da indenização compensatória.” (LÔBO, 2003, item 1).

duas décadas da proposta inicial, após reconhecer o ganho científico da conceituação do dano moral como violação à dignidade da pessoa – o que será analisado a seguir –, Paulo Roberto Ciola de Castro (2021, p. 98-105) renova o esforço de se refinar a fluidez dessa acepção pela remissão aos direitos da personalidade, critério mais seguro porque positivado no ordenamento, ainda que de forma não exauriente. De todo modo, a tarefa do intérprete estaria “simplificada em razão das diretrizes pré-fixadas pelo legislador”.¹¹³

Maria Celina Bodin de Moraes (2017, p. 327), apresentando outra subteoria objetiva, conceitua dano moral com a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana, corporificada nos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade.¹¹⁴

A fim de emprestar maior concretude à noção de dignidade da pessoa humana e evitar o esvaziamento de sua tutela por excesso de vagueza do conceito, Luís Roberto Barroso (2010, p. 19) propõe a adoção de três pressupostos na construção da definição. O primeiro é afastá-la de doutrina abrangentes, que expressem visão unitária do mundo (religiões e ideologias), optando-se pela *laicidade*. O segundo é a *neutralidade política*, interditando sua absorção por qualquer espectro de pensamento, permitindo seu compartilhamento por liberais, socialistas, conservadores etc. O terceiro é a filiação a conteúdos *universalizáveis*, multiculturais, passíveis de perfilhamento por toda família humana.

¹¹³ “Em primeiro lugar, admite-se a possibilidade, portanto, de configuração do dano extrapatrimonial, a partir da violação ao direito da personalidade ou personal. Apareta ser esse um critério mais seguro, por não vulnerar princípios constitucionais e também por reduzir o grau de subjetivismo das análises jurisdicionais. Ainda, duas premissas devem ser fixadas antes da elaboração de um sistema de seleção dos direitos e manifestações dignos de tutela: haverá espaço à discricionariedade judicial e essa tomará sempre por base a norma legal. Tais constatações, [...] longe de serem banais, decretam a inevitável impropriedade de todos os critérios que, já descartados ou não em seu conteúdo, não encontrem no ordenamento jurídico seu fundamento’ (SCHREIBER, 2015, p. 140)”. (CASTRO, 2021, p. 104-105).

¹¹⁴ “1. Constitui dano moral a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana dignidade esta que se encontra fundada em quatro substratos e, portanto, corporificada no conjunto dos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade. 2. Circunstâncias que atinjam a pessoa em sua condição humana, que nequem esta sua qualidade, serão automaticamente consideradas violadoras de sua personalidade e, se concretizadas, causadoras de dano moral a ser reparado. 3. Não será, portanto, o sofrimento humano ou a situação de tristeza, constrangimento, perturbação, angústia ou transtorno, que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetarem a dignidade humana pela violação de um ou mais, dentre os substratos referidos. 4. Para que exista dano moral, não é preciso que se configure lesão a algum direito subjetivo da pessoa da vítima, ou a verificação de prejuízo por ela sofrido. A violação de qualquer situação jurídica subjetiva extrapatrimonial em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora da tutela jurídica, será suficiente para gerar a reparação. 5. A lesão à situação jurídica subjetiva protegida poderá decorrer de ação ou de omissão, por culpa ou por risco. A tutela da dignidade humana da vítima tem que significar a mais ampla proteção da pessoa. No entanto, com relação à culpa levíssima, será permitido ao juiz ponderar: a exigência de cuidados excepcionais e diligência incomum ofereceriam um forte incentivo chamada ‘indústria do dano moral’, além de, do ponto de vista da consciência coletiva, contribuir significativamente para o incremento do processo de vitimização social.” (MORAES, 2017, p. 327).

Desses pressupostos, possível extrair três conteúdos essenciais da dignidade: valor intrínseco, autonomia e valor social da pessoa humana. O valor intrínseco é o elemento ontológico da dignidade, ligado à natureza do ser, comum a todos os seres humanos, baseado, portanto, na concepção de Immanuel Kant (2005, p. 65).¹¹⁵ Assim:

Do valor intrínseco da pessoa humana decorre um postulado anti-utilitarista e outro anti-autoritário. O primeiro se manifesta no imperativo categórico kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos sociais de outros; o segundo, na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário. [...] No plano jurídico, o valor intrínseco da pessoa humana impõe a inviolabilidade de sua dignidade e está na origem de uma série de direitos fundamentais. O primeiro deles, em uma ordem natural, é o *direito à vida*. [...] Em segundo lugar, o *direito à igualdade*. [...] Do valor intrínseco resulta, também, o *direito à integridade física* [...]. E, por fim, o *direito à integridade moral ou psíquica*, domínio no qual estão abrangidos o direito de ser reconhecido como pessoa, assim como os direitos ao nome, à privacidade, à honra e à imagem. (BARROSO, 2010, p. 21-23).

A autonomia constitui o elemento ético da dignidade e envolve a capacidade de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade, estando subjacente às declarações de direitos em geral, tanto internacionais quanto do constitucionalismo nacional. Na dimensão privada, manifesta-se nos direitos individuais e na proibição de interferências indevidas na liberdade da pessoa. Na dimensão pública, manifesta-se nos direitos políticos de participação no processo democrático e nos direitos sociais materialmente fundamentais, tais como o mínimo existencial (BARROSO, 2010, p. 24-25).

Por fim, o valor comunitário abriga o elemento social da dignidade, funcionando como verdadeiro limitador heteronômico de seu conteúdo. Trata-se de restrição a liberdade individual, moldando seu limite: “A dignidade como valor comunitário destina-se a promover objetivos diversos, dentre os quais se destacam: a) a proteção do próprio indivíduo contra atos autorreferentes; b) a proteção de direitos de terceiros; e c) a proteção de valores sociais, inclusive a solidariedade.” (BARROSO, 2010, p. 27-28).

¹¹⁵ Em complemento: “Os seres, cuja existência não assenta em nossa vontade, mas na natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, um valor meramente relativo, como meios, e por isso denominam-se coisas, ao passo que os seres racionais se denominam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo o arbítrio (e é um objeto de respeito). [...] O fundamento deste princípio é: a natureza racional existe como fim em si. É assim que o homem se representa necessariamente a sua própria existência; e neste sentido, esse princípio é um princípio subjetivo das ações humanas. [...] O imperativo prático será, pois, o seguinte: age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.” (KANT, 2005, p. 59).

No direito estrangeiro, constata-se que o tratamento dispensado à dignidade é semelhante ao acima proposto, mesmo que abordada com conceitos-chave sob denominações diferentes:

Reconhecendo que não há, até hoje, uma definição completa do termo, Lothar Michael e Martin Morlok, sob a perspectiva alemã, propõem que esses e outros aspectos da definição de dignidade sejam abordados segundo as teorias: (i) da ‘fórmula-objeto’ (a pessoa não pode ser reduzida a mero objeto); (ii) do dote (o homem é dotado de qualidade especial, seja ela de origem divina, como propunha Agostinho, ou derivada da autonomia moral, como também se pode depreender de Kant); (iii) do desempenho (ganha-se dignidade com o livre desenvolvimento da personalidade); e (iv) da comunicação (a dignidade deriva do acordo da comunidade). (CORREIA; CAPUCHO; FIGUEIREDO, 2019, p. 27).

Nesse contexto, compreende-se mais facilmente os quatro substratos da dignidade apresentados por Maria Celina Bodin de Moraes. O primeiro deles é o direito à igualdade, encarado em seu duplo aspecto. O formal refere-se à vedação ao tratamento discriminatório, assegurando-se a todos direitos iguais (todos são iguais perante a lei). O aspecto substancial prevê a necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com sua desigualdade (MORAES, 2017, p. 86). O segundo substrato da dignidade – integridade psicofísica – veda, tradicionalmente, a tortura e garante, na esfera cível, numerosos direitos da personalidade (vida, nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade pessoal), abrangendo também o direito à existência digna (MORAES, 2017, p. 94). O terceiro substrato – liberdade – consubstancia-se na perspectiva da vida privada, em poder realizar as próprias escolhas individuais como melhor convier, sem interferências de qualquer gênero (MORAES, 2017, p. 107). Por fim, a solidariedade deriva da consciência racional dos interesses de cada membro da vida comunitária em não fazer ao outro o que não se deseja que lhe seja feito; uma forma de reciprocidade, ao ser reconhecer a interdependência do indivíduo na sociedade (MORAES, 2017, p. 111-112).

Ao explicitar as virtudes de sua proposta conceitual, sustenta a autora que os critérios de aferição se tornam mais objetivos no tocante à análise dos fatores individuais ao se proceder ao juízo de reparação, ficando “desde logo excluídos quaisquer critérios que tenham como parâmetro as condições econômicas ou o nível social da vítima, não se coadunando com a noção de dignidade, extrapatrimonial na sua essência, critérios patrimoniais no juízo de reparação.” (MORAES, 2017, p. 190). Coerente com sua definição, essa corrente doutrinária exclui do âmbito de proteção dos danos morais as pessoas jurídicas, uma vez que somente os seres humanos são detentores dignidade, sofrendo aquelas, no máximo, “dano institucional”. (MORAES, 2017, p. 191).

Em reforço argumentativo, sustenta-se a impossibilidade de pessoa jurídica sofrer dano moral, na medida em que a proteção dada pelo art. 52 do Código Civil¹¹⁶ estende àquela não os direitos subjetivos inerentes à personalidade (direitos informados por valores inerentes à pessoa humana), mas “a aplicação por empréstimo da técnica da tutela da personalidade – e apenas no que couber – à proteção da pessoa jurídica” (TEPEDINO, SILVA, 2021, p. 262). Isso porque todo e qualquer dano à “imagem” da pessoa jurídica seria, em última análise, um dano a sua lucratividade e, portanto, dano material. Em relação as pessoas jurídicas sem fins lucrativos, o dano a prejudicar sua atividade institucional atingiria as pessoas físicas responsáveis pela atividade que integram seus quadros (TEPEDINO; SILVA, 2021, p. 263).

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça, em que pese a súmula nº 227 reconhecer a possibilidade de pessoa jurídica sofrer dano moral, afastou esse tipo de ressarcimento a condomínio edilício, em razão da sua natureza de ente despersonalizado, destituído, portanto, de honra objetiva (STJ, 3ª T., REsp. 1.736.593, Rel. Min. Nancy Andrichi, julg. 11.02.2020). Consabido é que, de fato, condomínio edilício não é pessoa jurídica. Contudo, a exemplo desse ente fictício, inegavelmente mostra-se possível vislumbrar dano a boa imagem do conjunto habitacional, com consequências econômicas inclusive, como a perda do valor de mercado. A alegação que tal tipo de dano seria de natureza patrimonial não é suficiente a afastar o argumento, haja vista a mácula à “honra objetiva” da pessoa jurídica também culmina, em última análise, em dano dessa natureza, sendo um dos argumentos contrários à súmula editada pelo Tribunal.

A crítica que pode ser endereçada a essa concepção é seu caráter restritivo. Ao se colocar como pressuposto do juízo procedente de reparação do dano moral a violação à dignidade da pessoa humana, os casos em que se mostram possíveis reconhecer-se a lesão seriam drasticamente reduzidos, além de não se coadunarem com entendimento já consolidado da compensabilidade desse tipo de dano às pessoas jurídicas, objeto, inclusive, do verbete nº 227 da súmula da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.¹¹⁷

As teorias objetivas surgem, como visto, na tentativa de se superar o subjetivismo da conceituação do dano moral como sofrimento psíquico. Contudo, para além de

¹¹⁶ “Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.”

¹¹⁷ Nesse sentido: “A definição do dano moral como lesão à dignidade humana não se esquivava da crítica ora apontada, porquanto esse atributo humano, invariavelmente, será consolidado por outros interesses tutelados normativamente (p. ex., direito à integridade física, à honra etc.), consistindo sua violação, de modo idêntico, ao dano-evento, que poderá resultar, conforme já mencionado, em danos de ordem patrimonial ou não. Além disso, esse conceito também não se harmoniza com a possibilidade de as pessoas jurídicas sofrerem danos morais.” (SCRAMIM, 2019, p. 63). Ainda: Súmula nº 227 do STJ: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”

não conseguirem se desvencilhar da dor como elemento (eventual) constitutivo do instituto, pecam por relacionar a natureza do dano ao bem jurídico lesado.

Entender o dano moral como afetação do patrimônio ideal, dos direitos da personalidade ou da dignidade da pessoa humana, em que pese delimitar o espectro conceitual, não deixa de contemplar o sofrimento.¹¹⁸ Ilustrativamente, ao se exemplificar violações à integridade psicofísica (direito da personalidade e substrato da dignidade), cita-se “o dano pela perda de ente querido, o assédio sexual, o assédio moral, a morte de animal de estimação, o diagnóstico errôneo etc.” (MOARES, 2017, p. 101). Trata-se, inegavelmente, de situações geram sofrimento extremo e por isso mesmo configuram a afetação do equilíbrio psíquico da vítima. Afinal, se o falecido não era pessoa querida ou animal vitimado não era de estimação (entendendo-se como vínculo afetivo com o dono), não se cogitaria de dano moral na hipótese.

Ademais, associar o conceito de dano moral à natureza do bem afetado não se mostra adequado, na medida em que “[...] tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de ofensa ao bem não patrimonial, como dano moral por efeito da lesão a bem material.” (AMARAL; ZERBINI, 2017, p. 37). Tome-se, como exemplo, as hipóteses de danos à mão ou aos olhos, nas quais, em que pese evidenciada a não-patrimonialidade do bem afetado, vislumbra-se a repercussão econômica pela eventual diminuição de renda a quem trabalha ou dirige negócios (MIRANDA, 2008, p. 119).

Nesse sentido, José de Aguiar Dias (2006, p. 992) sustenta que “a distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado”. Em última análise, possível vislumbrar dano material em decorrência de lesão a bem imaterial, da mesma forma que dano moral em razão de ofensa a bem patrimonial. Ilustrativamente, pode-se pensar em danos à saúde da vítima (bem imaterial) que importem em despesas médicas para seu restabelecimento,

¹¹⁸ Mesmo com as conceituações positivas, dano moral entendido como dor ou sofrimento psíquico não foi de todo abandonado pela doutrina contemporânea. Ilustrativamente: “De ressaltar que o dano moral não se confunde com outros tipos de dano, como o dano estético e o psíquico. A doutrina admite que um mesmo fato possa dar origem a danos estéticos, psíquicos e morais, ensejando três parâmetros de reparação. A reparação pelo dano estético pelo ‘enfeimento’ da pessoa; a reparação pelo dano psíquico se, por exemplo, houver dano à psique do indivíduo em decorrência do dano estético (estado de depressão) e pelo dano moral, pela dor causada. O dano moral ofende a honra subjetiva do ofendido, portanto atinge sua integridade psíquica, causando-lhe mal-estar, enquanto o estético caracteriza-se pela deformidade corporal, externa. A doutrina e jurisprudência têm entendido distintos os dois institutos, configurando-lhes como independentes um do outro, podendo ensejar reparações distintas e cumuláveis. O dano moral, de forma ampla, é a agressão à dignidade humana, que pode decorrer de lesão à honra, à dor sentimental ou física e de tudo o que afete a paz interior do indivíduo e cause abalos a sua personalidade. Já o dano estético pode ser definido como a alteração corporal externa que cause desagrado e repulsa ao próprio ofendido e a quem o observa.” (AMARO, 2009, p. 165-166).

culminando, portanto, um dano extrapatrimonial em dano patrimonial indireto, passível de ressarcimento – reembolso do que fora gasto (LARENZ, 1958, p. 195). Assim, estabelecer a delimitação do dano moral pelo bem jurídico afetado constitui “[...] inadequado limitador, já que exclui indevidamente realidades que devem ser abrangidas pelo conceito, além de, tecnicamente, confundir os momentos do dano (dano-evento e dano-prejuízo).” (SCRAMIM, 2019, p. 62). Em síntese conclusiva:

O conceito de dano moral como prejuízo não patrimonial decorrente de uma lesão a interesse juridicamente tutelado revela-se tecnicamente o mais exato, porquanto não padece dos problemas anteriormente apontados, já que trata essa espécie de dano na esfera do dano-prejuízo, não o confundindo com o dano-evento, além de poder abranger, dentro de seus limites, todos os possíveis prejuízos não econômicos protegidos pelas normas e, também, todas as possíveis vítimas, inclusive a coletividade e as pessoas jurídicas. (SCRAMIM, 2019, p. 64).

Constata-se, por conseguinte, que os *conceitos positivos* de dano moral, entendidos como aqueles elegem *a priori* os bens jurídicos que caracterizam esse tipo de prejuízo, incorrem na inexatidão dogmática de atribuir o caráter não patrimonial às violações que eventualmente repercutem economicamente na vítima. A tipologia do dano somente pode ser dada, portanto, por uma *fórmula* cuja aplicação seja capaz de abarcar qualquer evento lesivo sem alterar a própria estrutura do enunciado e sem que a conceituação seja imprecisa, ora por abranger menos que o pretendido, ora por deixar escapar o que se procura englobar.

A identificação dos interesses passíveis de tutela cabe ao ordenamento como um todo, não se podendo restringir ao conceito de dano moral os bens não patrimoniais protegidos. O dano moral não é dano-evento, mas sim dano-consequência, devendo ser conceituado levando-se em conta essa sua natureza. Logo, se entendido como prejuízo não patrimonial decorrente de lesão a interesse juridicamente tutelado (*fórmula*), afasta-se, de plano, o potencial equívoco de não expressar o conceito bens cuja violação possam gerar esse tipo de lesão (e. g. direito de propriedade), bem como a inexatidão de se apontar interesses cuja vulneração não repercutam no âmbito extrapatrimonial, limitando-se o prejuízo à esfera material da vítima.

A fim de se emprestar maior precisão científica na identificação do tipo de dano experimentado pela vítima, há de se abordar a teoria dos efeitos da lesão. Trata-se de modo de se perspectivar o dano desdobrando-se os momentos de averiguação – abstrato e concreto – que auxiliam não apenas a compreensão das já sedimentadas categorias da lesão patrimonial e extrapatrimonial, como também para se entender o surgimento dos chamados *novos danos*.

2.3 TEORIA DOS EFEITOS DA LESÃO

A superação do conceito de dano como mero decote patrimonial culminou não apenas na expansão dos bens jurídicos tuteláveis, como também no refinamento da análise científica desse elemento da responsabilidade civil. A noção normativa ou jurídica do dano possibilitou a percepção desse fenômeno em sua complexa e dupla faceta: dano-evento e dano-prejuízo.

Trata-se de elementos que se complementam na medida em que a verificação de “um deles isoladamente não é capaz de ativar o mecanismo do ressarcimento.” (FLUMIGNAN, 2009, p. 14). A premissa fundamental da *teoria dos efeitos da lesão* sobre a conceituação de dano parte da distinção entre *lesão* e *dano*, entendido este como consequência daquela. No direito continental, essa diferenciação é amplamente verificada, apenas com denominações distintas: na Espanha, *daño* e *perjuicio*; na França, o projeto de reforma do Código Civil proposto em 2017, na redação do art. 1.235, identifica o *dommage* como lesão a interesse lícito (*lésion d'un intérêt licite*).¹¹⁹ Na vizinha Argentina, sustenta-se que o relevante para o Direito quando se perquire a reparação não é lesão intrinsecamente considerada, mas as consequências concretas – econômicas ou espirituais – que aquela inflige na vítima (MONTEIRO FILHO, 2021, p. 568-569).

O dano-evento, portanto, é a lesão a direito subjetivo ou interesse juridicamente tutelado. Corresponde à noção de violação a algum interesse juridicamente relevante, patrimonial ou extrapatrimonial, concretamente merecedor de tutela (BONNA; LEAL, 2019, p. 3). Nesse ponto, indiferente o sistema adotado: seja o da *tipicidade* dos ilícitos civis, como na *common law*, desenvolvido a partir do sistema histórico de ações, herdado da

¹¹⁹ Nesse sentido, Patrice Jourdain (2021, p. 131, tradução nossa): “Já foi dito que o dano ou prejuízo é condição indispensável da responsabilidade civil. Se esses termos costumam ser considerados sinônimos tanto pelo Código Civil, que os emprega indiferenciadamente, quanto pelos tribunais, uma doutrina recente, que tem influenciado os autores de projetos de reforma da responsabilidade civil, prefere distinguir dano, que representa a violação ao patrimônio ou uma pessoa, e o(s) prejuízo(s) resultante(s) (falamos também das consequências prejudiciais da violação). Se aderirmos a esta distinção, cujos interesses mal aparecem, são os prejuízos, e não os danos, que são reparáveis. Consistem na lesão de interesses patrimoniais ou extrapatrimoniais da vítima.” No original: “On a déjà dit que le dommage ou préjudice est une condition indispensable de la responsabilité civile. Si ces termes sont habituellement considérés comme synonymes tant par le Code civil, qui les emploie indifféremment, que par les tribunaux, une doctrine récente, qui a influencé les auteurs des projets de réforme de la responsabilité civile, préfère distinguer le dommage, qui représente l'atteinte à un bien ou à une personne, et le (ou les) préjudice(s) qui en découlent (on parle aussi des conséquences préjudiciables de l'atteinte). Si l'on adhère à cette distinction, dont les intérêts n'apparaissent guère, ce sont les préjudices, plutôt que le dommage, qui sont réparables. Ils consistent en la lésion d'intérêts patrimoniaux ou extrapatrimoniaux de la victime.”

tradição jurídica inglesa – desde o século XIX ampliado jurisprudencialmente pelo desenvolvimento do *tort of negligence* (LEITÃO, 2019, p. 15) – ou, na *civil law*, ilustrativamente o alemão, que encampou uma lista de interesses protegidos (*tätbestande delituais*) – também ampliada a partir da década de 50 do século XX pela jurisprudência, para proteger os chamados “direitos gerais da personalidade” – *allgemeines Persönlichkeitsrecht* (CASALS, 2011, p. 42; ZANINI, 2020, p. 738);¹²⁰ seja o da *cláusula geral aberta* de responsabilização, a exemplo do sistema brasileiro; o que importa para a caracterização do dano-evento é a sua contrariedade ao direito (FLUMIGNAN, 2009, p. 68).

O dano-prejuízo, por sua vez, é a consequência dessa lesão, que somente pode ser aferida em concreto. Refere-se à repercussão da lesão ao interesse jurídico protegido (CASALS, 2011, p. 41). Portanto, o primeiro seria dano imediato e o segundo mediato.

A dualidade e distinção entre *lesão* (dano-evento) e *dano* (dano-prejuízo ou dano-consequência)¹²¹ remete à elaboração conceitual de dois tipos denexo de causalidade: um no sentido natural, relacionado à etiologia do ato ilícito;¹²² e outro jurídico, relacionado aos efeitos dano-evento (MONTEIRO FILHO, 2021, p. 568). Ressalva-se, contudo, que tanto o dano-evento como o dano-prejuízo são resultados da conduta do agente; porém, “o nexode causalidade é uma relação entre o fato e o resultado. O nexode correlação é o liame entre o dano-evento e o dano-prejuízo.” (FLUMIGNAN, 2009, p. 55).¹²³

¹²⁰ Os sistemas de responsabilização civil da *common law* e alemão serão tratados com mais vagar adiante, respectivamente nas seções 3.1 e 3.2.2.

¹²¹ As expressões entre parênteses equivalem às em itálico. Nesse sentido: “A aparente ambiguidade entre o dano-evento e o dano-prejuízo pode ter explicação no próprio vocábulo. As línguas latinas em geral atribuem aos termos lesão e dano o significado do que se denomina de dano-evento e dano-prejuízo. Esta ambiguidade é lembrada por Philippe leTourneau-Loïc Cadiet para os termos *dommage* (originada do vocábulo latino *damnum*) e *préjudice*.” (FLUMIGNAN, 2015, item 1.1).

¹²² Sobre a noção etiológica da causalidade, Adriano De Cupis (1979, p. 215, tradução nossa) afirma que se trata de “[...] vínculo que se interpõe entre dois fenômenos distintos, assumindo um a posição de efeito em relação ao outro: quando um fenômeno existe em razão da existência de um outro fenômeno, aquele se diz ‘causado’ por esse, a indicar que uma relação de causalidade se estabelece entre ambos. Mais precisamente, relação de causalidade é o nexo etiológico material (ou seja, objetivo e externo) que liga um fenômeno a outro; no que concerne ao dano, esse se constitui no fator da sua imputação material ao sujeito humano”. No original: “[...] il legame che intercede tra due diversi fenomeni, per cui l'uno assume figura di effetto rispetto all'altro: quando un fenomeno sussiste in ragione dell'esistenza di un altro fenomeno, esso si dice ‘causato’ da questo, ad indicare che un rapporto di causalità si inserisce a entrambi. Più precisamente, rapporto di causalità è il nesso eziologico materiale (ovverosia, oggettivo od esterno) che lega un fenomeno ad un altro; esso, per quanto concerne il danno, costituisce il fattore della sua imputazione materiale al soggetto umano”.

¹²³ Conforme se observa, a denominação dos dois tipos de nexovaria: Silvano José Gomes Flumignan (2009, *passim*) atribui à expressão “nexode causalidade” o referente ao liame natural e “nexode correlação” o que aponta o elo jurídico. Mafalda Miranda Barbosa (2019, *passim*), por sua vez, utiliza as expressões “causalidade fundamentadora da responsabilidade” e “causalidade preenchedora da responsabilidade”, respectivamente, baseando-se na doutrina alemã.

De maneira semelhante, no Direito alemão a análise do nexo de causalidade passa pelo crivo de três questões distintas: “a) A qualificação do facto lesivo como *conditio sine qua non* do dano; b) A determinação da existência de um *nexo de causalidade adequada* entre esse facto e dano superveniente;¹²⁴ e c) A recondução deste ao *escopo da norma violada*,¹²⁵ quando ela existia.” (VICENTE, 2018, p. 449). Percebe-se claramente que os dois primeiros filtros se referem à causalidade natural desdobrada (mas aglutináveis), enquanto o terceiro diz respeito à causalidade jurídica (nexo de correlação), culminando na concepção binária do elo causal: causalidade fundamentadora da responsabilidade e causalidade preenchedora da responsabilidade, respectivamente (BARBOSA, 2019, p. 236).

Com base nessa concepção binária da causalidade, Mafalda Miranda Barbosa (2019, p. 246-248) propõe, no âmbito do Direito português, uma análise funcionalizada da violação do direito e da concepção do dano patrimonial ressarcível, que somente se verificaria quando traduzido numa *nota de utilidade*. Deve-se, num primeiro momento, vislumbrar-se quais as potenciais faculdades inerentes ao direito violado considerado em abstrato; posteriormente, verificar-se se alguma posição jurídica concreta do titular foi afetada. Haveria, portanto, duas esferas, imageticamente, a serem consideradas: uma de utilidade geral, referente às diversas faculdades inerentes ao direito titularizado; e outra de utilidade particular, referente ao que o titular da posição concretamente se propõe realizar.

Tal critério mostra-se consentâneo com o nosso ordenamento. Em verdade, somente desdobrando-se o dano analiticamente em suas duas facetas, mostra-se possível compreender por que o mesmo evento danoso gera repercussões distintas a depender da situação concreta da vítima. Mais do que isso: a teoria dos efeitos da lesão é importante instrumento científico na delimitação da *extensão* do prejuízo.

Ilustrativamente, tome-se como paradigma o direito de propriedade. Consabido é que tal direito confere ao seu titular as faculdades jurídicas de usar, fruir/gozar, dispor e reivindicar/reaver. Portanto, trata-se de direito *complexo*, mas unitário, consistindo num feixe de direitos consubstanciados nas faculdades referidas (GOMES, 1978, p. 99). Contudo, nem todos os proprietários de bens valem-se, em concreto, das faculdades que abstratamente lhe são conferidas.

¹²⁴ Sobre a causalidade adequada no Direito alemão, cf. LARENZ, 1958, p. 198-203.

¹²⁵ Sobre essa noção: “Será o exame da norma jurídica que foi violada: será a sua *ratio legis* que esclarecerá quais são os valores e interesses tutelados, quais são em especial os danos que podem ser reparados e quais são as pessoas que a norma intenta proteger.” (NORONHA, 1993, p. 22)

Imagine-se, por exemplo, a violação ao direito de propriedade em razão de acidente automobilístico (dano-evento). Para se identificar os danos passíveis de ressarcimento, há que se perquirir quais faculdades jurídicas a vítima efetivamente utilizava e, dessa forma, o prejuízo concretamente experimentado (dano-consequência). Se o dono usava seu veículo apenas para locomoção pessoal (faculdade de uso), tem-se que lhe é indenizável o conserto do carro. Entretanto, se o proprietário, para além da faculdade de uso, fruía de seu bem prestando serviços de táxi, o mesmo evento danoso importará em repercussão distinta na esfera jurídica do ofendido, na medida em que, para além da indenização pelo conserto, fará *jus*, na hipótese, ao ressarcimento pelo lucro cessante.

O lucro cessante, que não se refere à diminuição do patrimônio atual da vítima, mas sim ao que ela razoavelmente deixou de ganhar (DINIZ, 1994, p. 482-483), somente tem cabimento quando o ofendido se vale, *in concreto*, da faculdade jurídica de fruir/gozar de seu bem. Por conseguinte, a análise do dano-evento, por si só, não é suficiente para se delimitar a medida da reparação da vítima.

Assim, infirma-se o argumento de que a distinção analítica do evento danoso seria irrelevante para a responsabilidade civil, sob o fundamento de que somente as consequências danosas do fato seriam passíveis de ressarcimento. Sustenta-se que a diferenciação nada mais seria do que sua observação por distintos pontos de vista: dano-evento referir-se-ia ao agente ou atividade que produz a lesão; e o dano-consequência ao efeito sentido pela vítima (SANTOS, 2018, p. 127). Contudo, não se pode descuidar que o dano-evento, em verdade, identifica o bem jurídico violado, podendo consubstanciar-se na pessoa, seu patrimônio, sua honra ou figura social etc.; o dano-consequência, por sua vez, somente pode ser material ou moral, enquanto prejuízo concretamente experimentado em razão do primeiro (AZEVEDO, 2013, p. 11).

A diferenciação, portanto, não é despicienda, sendo justamente a falta de desdobramento da análise do dano que culmina na inexactidão dogmática das teorias positivas do dano moral, as quais identificam como *espécies* desse tipo de prejuízo o que, em verdade, podem ou não o ser. Não se pode confundir, entretanto, o meio de reparação do dano-prejuízo com sua natureza. Ao contrário do que sustentado por Romualdo Baptista dos Santos (2018, 128-129), o dano-consequência não necessariamente deve revestir-se de patrimonialidade ou

economicidade.¹²⁶ O fato de o dano-prejuízo de índole extrapatrimonial ser passível de compensação em pecúnia não lhe adere o atributo da economicidade. Isso porque o dano extrapatrimonial não necessariamente será compensado em dinheiro, podendo valer-se a vítima de tutelas outras, tais como obrigação de fazer consistente em publicação de nota de desagravo ou retratação. O lenitivo não altera a natureza do dano-consequência.

A importância da teoria dos efeitos da lesão repercutiu na jurisprudência europeia, designadamente sobre a indenizabilidade da perda de valor de mercado de veículo automotor envolvido em colisão. O *Bundesgerichtshof* – BGH (Tribunal de Justiça Federal alemão), até a década de 1960, entendia que somente seria passível de ressarcimento esse tipo de dano caso o proprietário alienasse o veículo, ou seja, utilizasse, em concreto, da faculdade jurídica em abstrato que o direito de propriedade lhe conferia. Contudo, em julgado de 01 de outubro de 1961, mudou seu posicionamento, admitindo a indenização independentemente da destinação do bem: continuidade no uso ou pretensão à alienação. De igual maneira, posicionaram-se a *Cour de Cassation* francesa em outubro de 1966 e a *Corte di Cassazione* italiana em junho de 1972, anotando ambas a prescindibilidade de perquirir o destino que o proprietário vai dar ao bem. No mesmo sentido, manifestou-se o *Oberster Gerichtshof* austríaco em 1957, sob o fundamento de que um veículo reparado vale sempre menos, em razão dos defeitos escondidos que o podem afetar (BARBOSA, 2019, p. 258-259).

Em revisão crítica às soluções acima apontadas, Mafalda Miranda Barbosa (2019, p. 260-262) observa que desconsiderar-se a – pelo menos previsível – destinação do bem (futura alienação) incorre no inconveniente de não se poder reconduzir ao núcleo de utilidade do direito violado (propriedade) a indenização pretendida, desvinculando-a do comportamento ilícito. Isso porque a perda de valor de mercado não implica na supressão da faculdade de

¹²⁶ O trecho na íntegra: “Do que vimos até aqui se extrai que nem todo prejuízo é suscetível de reparação, mas somente os danos, assim definido como prejuízo injusto e heterônomo que, por essas razões, a vítima não está obrigada a suportar nem por força de lei nem em virtude de contrato. A ideia de reparação comporta temperamentos, uma vez que raramente o dano pode ser integralmente reparado, no sentido de restituir a vítima ao *statu quo ante*. O que se consegue na maioria dos casos é a restituição da coisa subtraída, o conserto da coisa danificada, a reposição de seu equivalente em dinheiro ou o pagamento de uma compensação quando se trate de bens imateriais. Em todos esses casos, porém, é inquestionável que o dano deixa uma espécie de arrasto na esfera de interesses da vítima, o qual nunca é totalmente reparado. Isso porque, enquanto fenômeno que se passa na relação tempo-espço, o dano é uma experiência que pode ser reparada, mas não pode ser removida da vida da vítima nem do agente causador. Essa é a razão pela qual se exige que o dano-prejuízo se revista de patrimonialidade ou de economicidade, no sentido de que deve ser conversível em dinheiro. Se o dano-evento pode atingir bens e interesses materiais ou imateriais da pessoa, o dano-prejuízo corresponde a sua expressão econômica. Dano ressarcível, portanto, é o dano-prejuízo, isto é, o desfalque sofrido pela vítima em virtude da conduta culposa praticada ou da atividade de risco desempenhada por outrem, ao qual é atribuída expressão econômica.” (SANTOS, 2018, p. 128-129).

disposição, apenas na repercussão patrimonial negativa caso ela seja efetivamente usada. A necessidade de avaliação do dano em concreto demanda, portanto, mais do que a análise da afetação da faculdade jurídica em abstrato, reclamando saber se a utilidade particular que o sujeito dela retirava foi posta em causa. E ilustra seu posicionamento com a hipótese em que o veículo danificado seja muito antigo e não tenha valor de negociação relevante, cujo destino previsível seja o abate. Arremata que a solução seria diversa caso o defeito permanecesse no bem, embora não afetasse sua utilidade, pois vulneraria o próprio gozo da coisa, porquanto “necessariamente mais permeável a destruições futuras”.

A jurisprudência brasileira, *grosso modo*, empresta solução que se aproxima da europeia, não perquirindo a destinação futura do bem. O tratamento dado ao tema, contudo, não se vale de presunções tais como um veículo consertado sempre vale menos que um incólume ou que haveria defeitos escondidos que o pudessem afetar.

Na apelação cível nº 1098494-10.2019.8.26.0100, em acórdão exarado pela 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Des. Rel. Luis Fernando Nishi, j. 15.02.2022, constatou que o serviço mal realizado de conserto do veículo – após colisão – culminou na subsistência de significativas avarias na região traseira do veículo. O automóvel foi reprovado em vistoria veicular e perdeu metade do valor de mercado. No caso, realizou-se perícia, constatando-se que os reparos de baixa qualidade comprometeram a segurança dos ocupantes. Ponderou-se que a indenização pela desvalorização do carro deveria ser mantida, ressaltando-se o fato de o autor ter continuado na posse e o uso do automóvel, vez que, quando do acidente, contava com 37.481km rodados (2016) e, no momento do exame pericial, com 144.780km (2020). Dessa forma, determinou-se o abatimento de 20% no valor da indenização, haja vista que o autor continuou a usar o veículo por pelo menos quatro anos e, portanto, o ressarcimento pelo valor integral importaria em enriquecimento sem causa do proprietário, que estava usufruindo do bem.

A apelação cível nº 0022059-51.2017.8.19.0205, em acórdão exarado pela 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Des. Rel. João Batista Damasceno, j. 03.05.2023, tratou de caso em que o autor, após adquirir veículo zero quilômetro, teve que submeter o automóvel a conserto por problemas mecânicos com apenas um mês de uso. Dentre outros pedidos, postulou-se dano material pela perda do valor de mercado. O carro foi submetido à perícia, a qual constatou que o motor do veículo estava funcionando perfeitamente, razão pela qual não se verificou perda no valor do bem.

Por fim, na apelação cível nº 0001517-46.2014.8.16.0190, em acórdão exarado pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, Des. Rel. Marcos Sergio

Galliano Daros, j. 28.06.2022, o autor da ação envolveu-se em acidente de trânsito com veículo do Município de Maringá. O pedido de indenização pela desvalorização da motocicleta do demandante não foi acolhido, pois a parte não requereu a avaliação do bem nem trouxe nenhum elemento a corroborar sua alegação.

Dos três julgados acima (tomados por amostragem e apenas ilustrativamente), extrai-se que não se cogita presunção de desvalorização pelo veículo ter se envolvido em acidente. A perda de valor de mercado somente mostra-se indenizável se efetivamente comprovado, notadamente por laudo pericial. Ademais, não se discutiu em nenhum deles a destinação efetiva do bem, ou seja, se o proprietário iria permanecer no uso ou se iria alienar. No primeiro julgado, verifica-se que o dono do automóvel continuou a usar seu veículo por quatro anos, o que, inclusive, foi considerado na mensuração da indenização devida.

Em se tratando de veículo automotor, a análise condensada do dano efetivamente constatado, sem investigar-se a faculdade jurídica concretamente afetada pelo ato ilícito (disposição), no mais das vezes não gerará repercussão significativa no tratamento da perda de valor de mercado. Isso porque é de comum sabença que, de ordinário, os proprietários de automóveis usam por alguns anos seu bem e depois o alienam. Assim, a discussão sobre a destinação do veículo acaba por ter sua relevância esmorecida.

Contudo, maior precisão científica emprestar-se-ia a essas hipóteses se desdobradas analiticamente. Imagine-se situação posta em juízo envolvendo colecionador cujo intenção é transmitir seu carro aos filhos, assim como o recebera de seu pai. Há proprietários que nutrem grande afeição pelo seu automóvel clássico e/ou esportivo e que, resolutamente, não pretendem aliená-lo. Em sendo esse o caso, a faculdade jurídica de disposição, em que pese abstratamente afetada, não o foi concretamente para a vítima.

Alterando-se o exemplo, vislumbra-se com maior clareza o argumento. Se o objeto danificado pelo ato ilícito for bem cuja destinação ordinária é o uso por toda sua vida útil, percebe-se que a postulação por indenização em razão da perda de valor de mercado causaria estranheza. Justamente porque nessas hipóteses – no comum das vezes – não há alienação enquanto o bem for útil ao fim a que se destina, não se cogita de pleitear ressarcimento pela desvalorização do produto. É o que se verifica com bens tais como máquina de lavar ou aparelho televisor. Nada impede, entretanto, que, se após o conserto do objeto, ele for efetivamente vendido, em se constatando que o preço auferido foi menor que o de mercado em razão da conduta ilícita que danificou e submeteu o produto a conserto, seja postulado ressarcimento pela diferença. Mas, nesse caso, o que se tem é a afetação concreta da faculdade jurídica de disposição.

O critério da *utilidade*, contudo, é inservível como método de recondução de danos não patrimoniais ao núcleo de influência do direito violado. Em não sendo aplicável a teoria da diferença pela própria natureza do dano, a ligação se dá por via da dimensão valorativa da componente jus-subjetiva e a compensação é determinada por equidade.¹²⁷ Isso porque os direitos da personalidade ou mesmo os de natureza pessoal de um modo em geral não são dotados de um conteúdo de destinação patrimonial perfeitamente identificável, representando uma subjetivação do poder de autodeterminação do ser humano. Daí invocar-se a noção de razoabilidade – “homem médio” – a fim de se aferir se o impacto invocado atende ao padrão de ressarcibilidade (BARBOSA, 2019, p. 252-253).

O arcabouço dogmático apresentado mostra-se fundamental para se compreender a origem dos denominados *novos danos*. Foi justamente a distinção entre dano-evento e dano-consequência que permitiu à jurisprudência e doutrina italianas inaugurar a tutela ressarcível de bens jurídicos que, apesar de protegidos pelo ordenamento, não recebiam, de ordinário, a chancela da indenizabilidade.

¹²⁷ No mesmo sentido: “A maneira mais adequada para uma justa indenização no momento da fixação dos danos morais é a indagação que deve ser realizada pelo magistrado nesse tormentoso instante: ‘Estaria eu nessa situação (lesado) reparado (conformado) se recebesse esse valor indenizatório?’ Embora outros temas sejam fundamentais nesse momento, tais como a situação econômica do agressor e da vítima, a extensão da lesão e sua natureza, entre outras, essa pergunta é essencial para se aquilatar se houve proporção, razoabilidade no arbitramento do *quantum* devido. Facilitar essa árdua tarefa é propiciar mecanismos de fixação dos danos morais que atendam à justa indenização.” (DONNINI, 2015, p. 99).

2.4 OS NOVOS DANOS

A acepção normativa de dano admite a conformação de sua abrangência ao sentimento de justiça prevalecente na comunidade em dado momento histórico. Como exposto, a seleção pelo ordenamento dos bens tuteláveis a partir da identificação de fatos sociais merecedores de proteção varia no tempo e no espaço. Dado seu maior dinamismo se comparado com o do legislador, a jurisprudência, não raras vezes, assume papel de vanguarda no alargamento da esfera de amparo jurídico a situações até então tidas como não abrangidas pelo espectro do Direito.

Precisamente nesse contexto que os tribunais italianos passaram a albergar os chamados *novos danos*, sobretudo em razão das características próprias daquele ordenamento. Isso porque, ao contrário do nosso, o sistema de reparação de danos morais é típico ou fechado, preceituando o art. 2.059 do Código Civil italiano (CCI) que somente se indeniza o dano não patrimonial nos casos determinados na lei. Nesse contexto, “diante da rigidez legislativa, a doutrina italiana teve que inovar a ponto de criar novas categorias de danos que escapassem à proibição normativa.” (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 372).

Na verdade, a rigidez do sistema italiano foi fruto mais da interpretação jurisprudencial emprestada à norma do que propriamente do sistema positivado. Quando da promulgação do CCI, sustentou-se que a opção do legislador teria representado um meio-termo entre a elasticidade do sistema francês e a rigidez do alemão. Contudo, até o início da década de 1980, os tribunais associavam a norma do art. 2.059 do CCI ao art. 185 do Código Penal, entendendo o dano moral no sentido tradicional – *danno morale-soggettivo* –, identificado com a dor, física e psíquica, cuja ressarcibilidade era concedida apenas nas hipóteses de crime (SCHREIBER, 2011, p. 109-111).

A mudança de entendimento foi inaugurada com a sentença n. 3.675/1981 da Suprema Corte italiana, na qual fixou-se a possibilidade de indenização do dano biológico independentemente da afetação patrimonial dele decorrente. Conjugando-se o art. 2.043 do CCI – que trata do dano injusto – com o art. 32 da Constituição italiana,¹²⁸ estabeleceu-se a tutela ressarcível da saúde, direito fundamental do indivíduo (MILONE, 2003, item 1).

¹²⁸ O dispositivo tem a seguinte redação (tradução nossa): “A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, e garante tratamentos gratuitos aos indigentes. Ninguém pode ser obrigado

A partir desse momento, reconheceu-se um sistema “tripolar” na Itália, pois ao lado do dano patrimonial (art. 2.043 do CCI) e do moral (art. 2.059 do CCI), inaugurou-se o dano à pessoa (abrangendo o biológico e o à saúde), que não ostenta caráter patrimonial, mas cujo fundamento jurídico foi identificado no art. 2.043, que trata desse tipo de dano. Ao termo “injustiça do dano” referida no art. 2.043 do CCI passou-se a atribuir duplo caráter: “(i) *contra ius*, a revelar o atentado a um interesse tutelado pelo ordenamento; e (ii) *non iure*, correspondente à ausência de direito do agente de praticar a conduta lesiva.” (SCHREIBER, 2011, p. 109). As expressões em latim espelham dois aspectos da antijuridicidade (a primeira, positiva; a segunda, negativa), cujo desdobramento auxilia na identificação de hipóteses que, apesar de não expressamente proibidas pela norma, são antijurídicas, representando as duas fases espécie de *síntese orgânica* do fenômeno (SILVA, 2019, p. 361).¹²⁹

A noção de dano biológico inicialmente adotada pelas Cortes italianas – posteriormente positivada na lei n. 57/2001, que trata da responsabilidade civil decorrente da circulação de veículos automotores – era eminentemente médico-legal. Em outras palavras, sua constatação bem como a medição de sua extensão se dava por meio de perícia, que deveria aferir a duração da incapacidade temporária e/ou porcentagem da incapacidade permanente (MILONE, 2003, item 2).

O parâmetro médico-legal, no entanto, mostrou-se insuficiente a efetivamente identificar os impactos concretos do ato lesivo na vida da vítima, pois fatos semelhantes repercutiam de forma distinta a depender das circunstâncias pessoais. Nesse contexto, vários julgados passaram a acolher a pretensão indenizatória relativamente a consequências não pecuniárias do evento danoso, mesmo na ausência ou independentemente de comprovação médica. Ilustrativamente, a *Corte Suprema di Cassazione*, na sentença n. 6607 de 11/11/1986, reconheceu o denominado “dano sexual” ao cônjuge da vítima da lesão, porque não pôde mais ter relação sexual com o parceiro: em que pese não ter sofrido nenhum dano-evento nem

a um determinado tratamento sanitário, salvo disposição de lei. A lei não pode, em hipótese alguma, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana.”

¹²⁹ O trecho na íntegra: “No âmbito da responsabilidade civil, essas ínsitas dificuldades em se identificar a antijuridicidade do ato em determinada hipótese específica, já que muitas vezes este não está expressamente proibido por norma jurídica, podem ser melhor visualizadas no entendimento da antijuridicidade em seu aspecto positivo e negativo: (i) observa-se o aspecto positivo com a violação de interesse juridicamente tutelado, representado por essa contrariedade do ordenamento jurídico como totalidade (*contra ius*); (ii) enquanto o aspecto negativo da antijuridicidade evidencia-se pela inexistência de justificação para o ato antijurídico violador de interesse juridicamente tutelado, centrando a análise na teoria das pré-excludentes da antijuridicidade (*sine iure*). Não seria totalmente correto afirmar que a antijuridicidade ocorre pela soma das duas fases apresentadas, mas antes elas representam uma *síntese orgânica* da avaliação da existência da antijuridicidade.” (SILVA, 2019, p. 361).

prejuízo pericialmente verificável, experimentou o *danno conseguenza* de natureza não patrimonial, consistente na afetação da vida amorosa (GONZÁLES; MAMANI, 2018, p. 48; MILONE, 2003, item 2).

O reconhecimento do dano biológico em seu aspecto mais amplo, como dano à pessoa em suas mais diversas formas de manifestação, ensejou a identificação do dano existencial como categoria autônoma em relação àquele.¹³⁰ Com essa evolução conceitual, a jurisprudência italiana passou a acolher pretensão ressarcitória cumulativa do dano moral, biológico e existencial relativamente ao mesmo dano-evento (GONZÁLES; MAMANI, 2018, p. 50). Assim:

De fato, com a intenção declarada de dar continuidade aos desenvolvimentos mais recentes na jurisprudência de legitimidade sobre o assunto (Cass. Civ. 20 de novembro de 2012, n. 20292; Cass. Civ. 22 de agosto de 2013, n. 19402; Cass. Civ. 23 de janeiro de 2014, n. 1361), o Collegio Supremo estabelece que ‘danos biológicos, imateriais e danos às relações’ [*rectius* danos existenciais (visto que o dano a ser indenizado deve ser proporcional apenas ao ‘dano-consequência’, enquanto o dano por perda da relação parental constitui um ‘dano-evento’, que por sua vez pode dar origem ao primeiro)] - respondem a diferentes perspectivas de avaliação do mesmo evento lesivo, que pode causar, na vítima e sua família, um dano medicamente comprovado, uma dor interior e uma alteração da vida quotidiana, pelo que o juiz de origem deve avaliar todos os aspectos da causa danosa, evitando duplicação, mas também indenizações ‘vazias’ e, em particular, para a danos causados por lesão à relação parental, deve apurar, com o ônus da prova a cargo dos familiares do falecido, se, em consequência do fato lesivo, os sobreviventes têm uma perturbação dos hábitos normais de modo a impor opções de vida radicalmente diferentes. (CENDON, 2014, p. 18, tradução nossa).¹³¹

Em outro julgado (Cass. civ., Sez. III, 26 maggio 2011, n. 11609, pres. Petti, rel. Giacalone), reconheceu-se o dano existencial à vítima que nadava na praia de Messina e foi

¹³⁰ Sobre a imbricação das espécies de danos: “Para a doutrina italiana moderna o dano psíquico é uma patologia e, portanto, entra no âmbito do dano biológico, seja constituindo dano autônomo, seja ainda consequência de uma patologia física. O dano psicológico, como dano à sintomatologia subjetiva e relativo à modificação da personalidade do indivíduo, pode ser um ulterior componente dinâmico do dano biológico, seja dano moral subjetivo (art. 2.059 do CC italiano), seja enfim dano existencial se manifesta-se em renúncia a atividades quotidianas de qualquer gênero, em comprometimento da esfera de atuação pessoal. Ou seja, o dano psíquico comporta, enquanto patologia, uma modificação do viver e da existência.” (AMARO, 2009, p. 163-164).

¹³¹ No original: “Difatti, con la dichiarata intenzione di dare continuità ai più recenti sviluppi della giurisprudenza di legittimità sull'argomento (Cass. civ. 20 novembre 2012, n. 20292; Cass. civ. 22 agosto 2013, n. 19402; Cass. civ. 23 gennaio 2014, n. 1361), il Supremo Collegio sancisce che “il danno biologico, il danno morale ed il danno alla vita di relazione [*rectius* il danno esistenziale (posto che il danno da risarcire va commisurato ai soli “danni – conseguenza”, mentre il danno da perdita del rapporto parentale costituisce un “danno - evento”, che a sua volta può dar luogo ai primi)] - rispondono a prospettive diverse di valutazione del medesimo evento lesivo, che può causare, nella vittima e nei suoi familiari, un danno medicalmente accertato, un dolore interiore e un'alterazione della vita quotidiana, sicché il giudice di merito deve valutare tutti gli aspetti della fattispecie dannosa, evitando duplicazioni, ma anche “vuoti” risarcitori e, in particolare, per il danno da lesione del rapporto parentale, deve accertare, con onere della prova a carico dei familiari della persona deceduta, se, a seguito del fatto lesivo, si sia determinato nei superstiti uno sconvolgimento delle normali abitudini tale da imporre scelte di vita radicalmente diverse.”

atingida por uma lancha. Para além dos graves ferimentos e da epilepsia pós-traumática residual (dano biológico), o ofendido não pôde mais exercer atividade física atlética, a profissão de contabilista, nem cultivar a vida de relação e social, dados os frequentes ataques de epilepsia e crises depressivas (CENDON, 2014, p. 22).

O dano existencial representa, portanto, o abandono de uma rotina incorporada, a renúncia compulsória e indesejada de atividades cotidianas, afetando o indivíduo na realização de sua esfera pessoal, no seu bem-estar ou seu projeto de vida, prejudicando suas atividades total ou parcialmente, de forma permanente ou temporária (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 195).¹³² A toda evidência, a amplitude do que se entende por dano existencial inspirou na doutrina italiana certa preocupação quanto à “identificação e seleção dos interesses juridicamente tutelados” (SCHREIBER, 2011, p. 115), sendo sua indeterminação conceitual uma das objeções apontadas contra seu reconhecimento (MILONE, 2003, item 4). Não por outra razão que no direito alemão adota-se o filtro da teoria do escopo da norma violada, cuja razão de ser reside “[...] na limitação pelo ordenamento jurídico do princípio da reparação ampla e geral de todos e quaisquer danos, a todas e quaisquer pessoas lesadas.” (NORONHA, 1993, p. 22).

O alerta contra a excessiva abrangência da noção de dano existencial também fora lançado por parte da doutrina nacional, sobretudo pela proliferação de hipóteses – os *novos danos* – que serviriam para ilustrar esse tipo de lesão. Passou-se a aventar diversas situações fáticas, tais como renúncia forçada de *hobbies* ou ocasiões felizes (praticar de esportes, tocar instrumentos musicais etc.), emissões de ruídos em excesso, dano por férias estragadas (*danno da vacanza rovinata*, na expressão corrente na doutrina italiana), danos decorrentes de perseguições (*bullying, stalking, mobbing* e *sexual harrassment* etc.), dentre outros (TEPEDINO; SILVA, 2021, p. 244-245).

¹³² O dano existencial é tutelado em outros países, mas com denominação e/ou fundamentos diversos. Nesse sentido: “A este tipo de dano temos figuras jurídicas correspondentes em outros países, mas não com os mesmos fundamentos. Na França, chama-se *préjudice d’agrément*. Nos Estados Unidos e no Reino Unido fala-se em *loss of amenities of life*. Na Alemanha, com a reforma do BGB em 2002, foi acrescentado ao S 253 inciso que estabelece a indenização por dano ao corpo, à saúde, à liberdade e autodeterminação sexual, além de compensação em dinheiro por danos não patrimoniais. No Peru, já no Código Civil (LGL\2002\400) de 1984, há a proteção à vítima de *daño al proyeto de vida*. O *Proyecto* de Código Civil (LGL\2002\400) y *Comercial* argentino, Dec. 191/2011, em seu art. 1738, ao tratar da indenização, prevê consequências na violação dos direitos personalíssimos da vítima, de sua integridade pessoal, de sua saúde psicofísica, de suas afeições espirituais legítimas e naquelas que resultam da interferência em seu projeto de vida.” (LOPEZ, 2014, item 3).

A proliferação indiscriminada de novas figuras¹³³ tem o prejudicial efeito de fragmentar o tratamento de um fenômeno jurídico cuja sistematização mostra-se aconselhável, justamente por sua natureza problemática quanto à delimitação do objeto. A enunciação de vazios normativos eventualmente pode representar problema mais grave do que a mera revisão da dogmática consolidada, pela releitura dos institutos já conhecidos pela civilística (TEPEDINO; SILVA, 2019, p. 71).¹³⁴

Independentemente do debate sobre a definição dos danos existenciais, sua incorporação ao sistema jurídico brasileiro mostra-se inegável, seja no âmbito doutrinário, seja no legislativo¹³⁵ ou no jurisprudencial¹³⁶. Em consequência, inaugurou-se intensa discussão dogmática sobre a necessidade de se rever a taxonomia dos danos não patrimoniais, sobretudo no tocante a qual seria o correto enquadramento dos novos danos no sistema jurídico nacional.

O ordenamento jurídico ostenta, dentre outras características, a marca da sistematicidade, o que implica no tratamento orgânico de seus institutos. A importância de se adotar adequada taxonomia reside em conferir coerência aos temas objetos da ciência do Direito. Desde que se reconheceu a reparabilidade dos danos de natureza não patrimonial, a doutrina vem debatendo qual seria o melhor critério de classificação e identificação desse tipo de lesão.

De início, a separação dava-se singelamente de forma binária: dano material e dano moral. Como visto, o primeiro relaciona-se ordinariamente ao desfalque de natureza econômica; o segundo aos danos que não trazem em si a nota da patrimonialidade. Portanto, o termo “moral” era utilizado com a finalidade de apontar o tipo de lesão a que se refere, distinguindo-se da patrimonial: “a expressão ‘dano moral’ foi admitida e assente porque não se queria mais do que se afastar a patrimonialidade.” (MIRANDA, 2008, p. 117).

A própria nomenclatura utilizada gera controvérsia. Há muito aponta-se a

¹³³ Ilustrativamente, na tipologia proposta por Carlos A. Ghersi (1997, p. 63), tem-se o dano econômico, subdividido em: a) à pessoa humana: 1) capacidade laborativa, 2) capacidade potencial para instrução, educação etc.; b) às relações econômicas; c) ao patrimônio resultante da acumulação privada; d) outras hipóteses. E o dano extraeconômico, subdividido em: a) à pessoa humana: 1) dano moral, 2) dano psíquico, 3) dano biológico, 4) dano aos direitos personalíssimos, 5) dano estético, 6) dano à religiosidade, 7) outras hipóteses; b) ao patrimônio: 1) destruição de uma carta recordatória de um fato afetivo, 2) destruição de uma foto, 3) outras hipóteses.

¹³⁴ Essa advertência foi lançada pelos autores em crítica às propostas de criação de novas soluções jurídicas (desde legislativas – microssistemas, ou mesmo criação de novo ramo do Direito) aos danos causados por mecanismos de inteligência artificial; mas o raciocínio aplica-se às propostas doutrinárias de reconhecimento autônomo de inúmeros novos danos, fragmentados em situações particularizadas.

¹³⁵ Sobre a incorporação legislativa, cf. a lei nº 13.467/2017, que incluiu, dentre outros, os arts. 223-A e segs. na Consolidação da Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5.452/1943).

¹³⁶ Sobre a incorporação pela jurisprudência nacional, cf. TEPEDINO; SILVA, 2021, p. 248-249.

polissemia do termo na língua portuguesa, bem como a carga axiológica que traz ínsito.¹³⁷ O ministro Francisco Rezek, em seu voto no RE nº 172.720,¹³⁸ chamou a atenção para o que denominou de “sublimação” do adjetivo “moral” por sua “alta carga ética” no idioma nacional. Ressaltou que a essa palavra “[...] tem menor estatura nos demais idiomas. As pessoas jurídicas, em língua francesa, são chamadas de 'pessoas morais'. Há vários empregos, em língua inglesa, do adjetivo 'moral' para coisas desvestidas da alta carga ética que tem a mesma palavra em língua portuguesa.”

Essa observação encontra ressonância na doutrina, pois para Fernando Noronha (2013, p. 223), “só a designação extrapatrimonial deixa claro que unicamente terá esta natureza o dano sem reflexos no patrimônio do lesado [...]. Nem sempre o dano extrapatrimonial terá natureza moral: a palavra ‘moral’ tem carregado conceito ético.” Avançando na crítica terminológica, chama-se a atenção para a má técnica da redação do direito positivo nacional, na medida em que contrapõe danos *materiais* e *morais*, o que sugere que estes seriam *imateriais*; contudo “[...] bens imateriais (como a energia elétrica) são bens patrimoniais (isto é, dotados de valor patrimonial), e não extrapatrimoniais. O acertado seria discernir entre o dano patrimonial e o extrapatrimonial.” (MARTINS-COSTA, 2014, p. 7.075).

Dentro do conturbado cenário de diversas propostas político-filosóficas de eleição do objeto a ser abrangido pelo instituto – conforme visto na seção 2.2.2 –, surge, recentemente no Brasil, nova controvérsia, referente à suficiência das proposições acima indicadas à tutela dos bens jurídicos imateriais. Em razão da alegada precariedade que a noção de dano moral apresenta para se proteger de forma satisfatória a pessoa humana em sua integralidade, paulatinamente tem-se incorporado os chamados novos danos ao ordenamento nacional. A reboque da integração dessa figura no âmbito da reponsabilidade civil têm sido propostos rearranjos na taxonomia das lesões de natureza não patrimoniais.

Aventa-se, por exemplo, o gênero dano extrapatrimonial, do qual decorrem

¹³⁷ Nesse sentido: “A expressão ‘dano moral’ foi admitida e assente porque não se queria mais do que se afastar a patrimonialidade. Sociologicamente, e defeituosa, por sua estreiteza; mas o conceito jurídico encheu-se de todos os danos não-patrimoniais (morais, religiosos, artísticos, políticos, jurídicos, científicos e outros mais). Não há absurdo em se conservar a expressão, posto que melhor fosse evitar-se o senso larguíssimo, sociologicamente errado, de moral. Ofensa ao corpo ou à psique não é, necessariamente, causa de dano a que corresponda um dos elementos dos processos sociais de adaptação. No entanto, são, no todo ou em parte, não-patrimoniais.” (MIRANDA, 2008, p. 117).

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 172.720/RJ. Relator: Min. Marco Aurélio. **Diário da Justiça**, 21 fev. 1997. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur20370/false>. Acesso em: 17 out. 2022.

quatro espécies: dano moral, dano estético, dano à imagem e dano existencial. Argumenta-se que autonomia dos danos estéticos e à imagem já estão consolidadas no âmbito jurisprudencial, sintetizadas nas súmulas 387 e 403 do Superior Tribunal de Justiça. Os pressupostos de configuração também não se confundem: o primeiro consubstancia-se em um significativo desequilíbrio corporal infligido à vítima; o segundo na captação não autorizada da imagem alheia, independentemente de lesão à honra ou à vida privada (ROSENVALD, 2020).

O dano existencial foi recentemente positivado no ordenamento pela reforma trabalhista (lei nº 13.467/17) e consiste na modificação relevante na vida de uma pessoa decorrente de um fato danoso. A distinção entre dano moral, estético e à imagem seria qualitativa: toda lesão a interesse existencial merecedor de tutela que não configure a segunda e terceira hipótese, será dano moral (opera-se por exclusão). A diferenciação entre essa espécie de dano e o existencial, por outro lado, seria quantitativa: no primeiro, as circunstâncias deletérias da violação à personalidade circunscrevem-se ao evento; o segundo implica “na permanência da eficácia danosa sobre a operosidade, dinamismo e qualidade de uma vida.” (ROSENVALD, 2020).

Ainda no contexto de novas proposições taxonômicas, argumenta-se que o avanço científico-tecnológico deu ensejo a violações a novos aspectos da pessoa, alguns, inclusive, que eram desconhecidos, mas que passaram a ser objeto de tratamento e/ou manipulação e, por conseguinte, passíveis de sofrerem lesão. É o que se verifica, por exemplo, com o aprofundamento do conhecimento e do mapeamento genético, que para além de permitir obter informação sobre o indivíduo estudado – e, portanto, constatar ou antecipar patologias – também ensejou a manipulação dos próprios genes, para obtenção de resultados específicos, possibilitando a escolha de características humanas antes relegadas ao acaso – ilustrativamente, o sexo. Daí porque sustentar-se a necessidade de se reconhecer uma nova e autônoma categoria de dano extrapatrimonial: o dano genético. (PAVÃO; ESPOLADOR, 2019, p. 101-102).

A premissa dessa nova tipologia é distinção entre dano moral e dano extrapatrimonial, que não são tomados como sinônimos. À primeira nomenclatura, atribui-se a afetação lesiva da “moral do indivíduo”; à segunda, afetação de outros aspectos da personalidade e vida. Delineando melhor a diferenciação, aponta-se que o dano moral deve ser definido como a violação à integridade psíquica ou moral da pessoa (um dos substratos da dignidade da pessoa humana), sua subjetividade, envolvendo aspectos externos – como a pessoa é vista na sociedade: nome, honra, privacidade e imagem – e internos – o equilíbrio psicológico. O gênero extrapatrimonial englobaria outros componentes da dignidade humana, a exemplo do dano genético – que vulnera a integridade genética (PAVÃO; ESPOLADOR, 2019, p. 107-

108).

O dano genético seria, portanto, espécie de dano extrapatrimonial, cuja tutela encontra albergue no art. 8º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos.¹³⁹ Como corolário jurídico da normativa internacional tem-se que “[...] os genes compõem a integridade genética da pessoa, assim, não podem ser violados, tanto no seu aspecto físico como íntimo, podendo citar por exemplo o caso de uma pessoa que não deseje a divulgação sobre a portabilidade de um gene causador de uma doença.” (PAVÃO; ESPOADOR, 2019, p. 104-105).

Os novos danos, contudo, não se limitam a aspectos desconhecidos da pessoa pela ciência, tampouco guardam relação estrita com a evolução tecnológica. Algumas categorias surgem da percepção de merecimento de tutela de situações que antes não eram vistas como geradoras potenciais de responsabilização civil, dentre as quais, pode-se apontar o *dano temporal*.

Sustenta-se a autonomia desse tipo de dano, qualificando-o como espécie de dano extrapatrimonial. O fundamento legal para a nova categorização encontra-se estampado nos arts. 948 e 949 do Código Civil, em razão das expressões “sem excluir outras reparações” e “além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”. Dessa abertura no texto positivado, extraem-se “lacunas normativas que permitem compreender que o legislador apresentou rol apenas exemplificativo quando falou das espécies de danos extrapatrimoniais – parâmetros nos quais se guarda apoio para a instituição, também autônoma, do dano temporal [...]”. (VERBICARO; QUARESMA, 2019, p. 56).

A noção de tempo como bem jurídico é extraída de sua perspectiva *estática*, enquanto valor, consubstanciado em bem passível de tutela jurídica porque dá suporte à vida, como tributo da personalidade, e o desperdício do tempo vital, produtivo ou existencial de modo indesejado, por não recuperável, ensejaria prejuízo reparável ao titular. Não se confunde, portanto, com sua perspectiva *dinâmica*, fato jurídico *stricto sensu*, como decurso natural, tempo físico que determina efeitos nas relações jurídicas. (VERBICARO; QUARESMA, 2019, p. 59-60).¹⁴⁰

¹³⁹ Dispõe a referida norma: “Cada indivíduo terá direito, conforme a legislação nacional ou internacional, à justa indenização por qualquer dano sofrido resultante, direta ou indiretamente, de intervenção sobre seu genoma.”

¹⁴⁰ Na perspectiva dinâmica, tem-se: “A influência que o tempo tem sobre as relações jurídicas é bastante grande, bem como a que tem sobre todas as cousas humanas. E além de grande é também bastante variada. Direitos que não podem surgir senão em dadas contingências de tempo; direitos que não podem ter senão uma duração preestabelecida, quer fixada pela lei, quer pela vontade privada; direitos que não podem exercer-se fora de certo prazo; direitos que se adquirem e direitos que se perdem em consequência do decurso de um certo período de

O reconhecimento da vulneração do tempo como prejuízo extrapatrimonial decorre de dois fenômenos: “o tempo é um recurso produtivo limitado que não pode ser acumulado nem recuperado ao longo da vida das pessoas; e ninguém pode realizar, simultaneamente, duas ou mais atividades de natureza incompatível ou fisicamente excludentes [...]”. (DESSAUNE, 2019, p. 26). O dano, portanto, decorreria da lesão esse bem jurídico inacumulável e irrecuperável e consiste no desperdício do tempo vital da vítima, desviando-a de qualquer atividade planejada ou desejada, enquanto interesse existencial.¹⁴¹

No mesmo sentido, sustenta Rogério Ferraz Donnini (2015, p. 148) que o lazer desempenha três funções fundamentais: repouso, divertimento e desenvolvimento físico e mental. Avança que o transtorno constante, com a perda do tempo livre e, conseqüentemente, do lazer, representaria dissabor que, reiterado, implicaria em menos tempo livre para usufruir os bons momentos da vida e, por conseguinte, em lesão passível de reparação.

A reparabilidade da lesão ao tempo não se limita, contudo, às relações consumeristas. A dignidade da pessoa humana, eleita como um dos fundamentos da República, imprimiu lógica humanista a toda e qualquer relação jurídica – pública ou privada, patrimonial ou extrapatrimonial –, culminando no reconhecimento e expansão de diversos novos interesses não previstos pelo legislador, mas merecedores de tutela, porquanto intimamente entrelaçados com as potencialidades emanadas daquele fundamento (MONTEIRO FILHO, 2023, p. 126). Assim, em qualquer relação jurídica, inclusive paritária, a lesão ao tempo, em razão da sua ininterruptibilidade, intangibilidade e irreversibilidade, poderá gerar dano, pois “[...] o titular

tempo — destes e de outros modos o elemento tempo manifesta a sua importância, posto que freqüentemente êle não seja apenas o único factor que produz tais efeitos, mas com êle concorram outros, como o comportamento de uma pessoa, a sua abstenção ao exercício de um poder, a condição subjectiva da boa fé, a existência ou inexistência de um facto, de uma obra, de um sinal, etc. Não é possível constituir uma regra geral com o modo como a lei trata este importantíssimo elemento, dada a disparidade da sua função de caso para caso. Há, no entanto, alguns princípios de character geral que se referem à sua determinação e ao seu cômputo.” (RUGGIERO, 1934, p. 316-317).

¹⁴¹ No direito estrangeiro, o tempo como bem jurídico também vem sendo reconhecido como elemento apto a desencadear a tutela indenizatória. Ilustrativamente, na Itália, o tema fora abordado na relação do particular com a Administração Pública: “Na sentença nº 1368/2010, decidiu-se que a demora na conclusão de qualquer procedimento é sempre um custo, pois o fator tempo constitui variável essencial na predisposição e na atuação dos planos e da conveniência financeira das partes. Nessa mesma linha, no julgamento da Sentença nº 340, Cons. Stato, Sez. V, 21 junho 2013, desenvolveu-se a orientação segundo a qual o tempo deve ser considerado bem da vida autônomo, cuja lesão é relevante para fins de ressarcimento. Chega-se à noção de *danno da ritardo* ou dano decorrente da demora. Essa categoria comporta três hipóteses distintas: a) a adoção tardia de um provimento com conteúdo favorável ao particular; b) a ação tardia de provimento legítimo, porém desfavorável ao particular; e c) a mera inércia, a falta de adoção de qualquer provimento. No primeiro caso, a indenização corresponde à compensação pela mora na concessão do bem da vida. Nas demais hipóteses, o particular não faz jus ao bem da vida, mas é lesado pela demora na constatação do não-direito. Sobre as duas últimas hipóteses, a doutrina italiana há muito se ocupa. A jurisprudência, ao contrário, apenas admite sua ocorrência em algumas aberturas, sem admitir suscetível de proteção como regra geral”. (BRUSCO, 2023, p. 28-29).

da situação jurídica, ao tentar exercê-la, pretende, em última análise, concretizar sua liberdade individual e a contraparte por sua vez, tem o dever contraposto, imposto pela solidariedade social, de cooperar, sempre que possível, para a concretização de tal pretensão.” (MONTEIRO FILHO, 2023, p. 127-128).

A autonomia dessa nova categoria assenta-se, para parte da doutrina, na distinção entre dano moral *lato sensu* e *stricto sensu*.¹⁴² Aquele seria sinônimo de dano imaterial, entendido como danos sem consequência patrimonial direta; esse como danos à personalidade. A cisão desses dois grandes grupos de danos morais encontraria fundamento normativo tanto na Constituição quanto na legislação infraconstitucional, ilustrativamente, nos art. 5º, V, da Constituição Federal, art. 186 do Código Civil e no art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor. Defende-se que estes dispositivos “servem para assegurar a autonomia dos danos extrapatrimoniais e à medida que os nomeia (‘dano material, moral ou a imagem’, ‘morais, individuais, coletivos e difusos’) explicita que o legislador compreendeu o dano extrapatrimonial como gênero e os demais como espécies [...]”. (VERBICARO; QUARESMA, 2019, p. 57).

Conforme se verifica, o reconhecimento dos novos danos é secundado pela defesa do rearranjo da taxonomia das lesões extrapatrimoniais, relegando-se ao termo “dano moral” ora sua noção subjetivista de abalo à integridade psíquica, ora o caráter subsidiário de prejuízo que não configure vulneração ao aspecto existencial da pessoa. Contudo, mesmo em se incorporando essas novas figuras à responsabilidade civil, não mostra possível enquadrá-las *a priori* na categoria de lesão não patrimonial e, por conseguinte, em espécie de dano extrapatrimonial.

Quando se busca qualificar o dano como patrimonial ou extrapatrimonial o que se está a investigar são as repercussões concretas da ação lesiva na vítima, que são definidas pelo dano-consequência, independentemente da natureza do bem jurídico atingindo – dano-

¹⁴² “Desenham-se, no sistema jurídico brasileiro, expressivas controvérsias acerca da lesão ao tempo. A primeira diz respeito à qualificação do dano decorrente da lesão, vale dizer, se possui natureza de dano moral, material ou categoria autônoma. Os autores mostram-se divergentes quanto à natureza do ‘dano cronológico’. Para alguns, trata-se de uma categoria autônoma relativamente aos danos material e moral. Outros, em posição dissonante, sustentam que a perda de tempo útil possui, na verdade, natureza jurídica de dano moral.” (MONTEIRO FILHO, 2023, p. 134-135). Mais adiante, o autor esclarece seu posicionamento, o qual adotamos: “Cumpre registrar que neste ensaio se defende que a perda de tempo não é nem um *tertium genus* de dano, ao lado do material e do moral, nem tampouco uma espécie, ou hipótese de dano moral. Na esteira do que, em outra sede, já se disse acerca do chamado dano estético, a caracterização do dano decorre do efeito que ele produz na vítima, e não da natureza do interesse juridicamente tutelado. Ou seja, a sua real qualificação variará conforme os reflexos da lesão ao interesse juridicamente protegido, os quais, no sistema brasileiro, podem ser de duas ordens: patrimonial ou moral.” (MONTEIRO FILHO, 2023, p. 136).

evento –, que pode ser o corpo, o patrimônio ou aspectos existenciais do ofendido (AZEVEDO, 2000, p. 46-47). A natureza de um não corresponde necessariamente a do outro: podem ou não coincidir (FLUMIGNAN, 2009, p. 45). Essa conclusão não é influenciada por quaisquer das definições sobre dano moral que se adote. Independentemente da corrente escolhida, o bem jurídico atingido pela lesão (dano-evento) não será o fator determinante a se estabelecer a natureza do dano experimentado, somente aferível pela análise da repercussão concreta (dano-prejuízo).

Tome-se como exemplo a lesão ao tempo.¹⁴³ Uma pessoa que, em razão da falha na prestação de serviço de um fornecedor, tenha que aguardar por uma hora para ser atendido. A análise do dano-evento (desperdício indesejado de tempo vital), por si só, não é suficiente à identificação do tipo de lesão experimentado. Suponha-se que a vítima do exemplo, em virtude da demora no atendimento, tenha se ausentado de importante reunião profissional, culminando na não celebração de contrato empresarial economicamente vantajoso – cuja celebração certamente aconteceria caso comparecesse.¹⁴⁴ Sem dúvida, nessa hipótese o desvio produtivo configurou dano patrimonial. Situação distinta dar-se-ia se o atraso no atendimento – suponha-se mais demorado, cerca de duas horas – privasse a vítima de participar da formatura escolar do filho. Nesse caso, constata-se ausência de afetação patrimonial, sendo possível vislumbrar-se apenas eventual dano extrapatrimonial.

Nesse sentido, a qualificação do dano pela perda de tempo como espécie ou hipótese de dano extrapatrimonial resta afastada. Dentro dessa concepção, impossível saber de antemão a natureza do dano que decorre desse tipo de ilícito, uma vez que somente perquirindo os efeitos concretos da lesão ao interesse juridicamente tutelado mostrar-se-ia possível definir

¹⁴³ A lesão ao tempo já foi reconhecida no ordenamento brasileiro como bem jurídico tutelado em sede legal: “Nessa direção, cite-se, como interessante exemplo, Lei do Estado do Amazonas (Lei AM nº 5.867/22), que, na esteira do defendido nos parágrafos anteriores, reconheceu o tempo da pessoa como bem objeto de tutela jurídica e adotou explicitamente a denominação proposta desde a publicação originária deste artigo para o momento patológico da situação jurídica enfocada, isto é, ‘lesão ao tempo’. Seu artigo 3º prevê que ‘o tempo humano, bem integrante da personalidade humana, deve ser considerado para fins de reparação integral dos danos ao consumidor’ e, em seu artigo 6º, estabelece que ‘a compensação do dano extrapatrimonial decorrente de lesão temporal ao consumidor, seja individual ou coletiva, poderá ocorrer independentemente da ocorrência de dano patrimonial ou de dano moral com base na dor psicológica’. Já o artigo 7º, finalmente, elenca, de maneira ampla, os suportes fáticos para a responsabilização do fornecedor pela lesão ao tempo do consumidor independentemente da demonstração de utilidade do tempo gasto, referindo-se, expressamente, no inciso VII, à ‘violação abusiva do direito à desconexão, lazer e descanso’.” (MONTEIRO FILHO, 2023, p. 139).

¹⁴⁴ A observação foi acrescentada apenas para se evitar, nesse ponto da exposição, o debate sobre a natureza da indenização pela perda da chance, que não é objeto do presente do estudo. Sobre o tema, cf. AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. **Responsabilidade civil pela perda da chance**: natureza jurídica e quantificação do dano. Curitiba: Juruá, 2015.

se de ordem patrimonial ou moral. Não é, portanto, a natureza do interesse protegido que define a tipologia do dano (MONTEIRO FILHO, 2021, p. 569).

A constatação do tipo de lesão pela repercussão na vítima é consentânea com a origem histórica dos novos danos. Como visto, seu reconhecimento iniciou-se justamente pela análise não mais adstrita ao dano-evento, mas com a perquirição no caso concreto dos efeitos deletérios do fato na esfera jurídica do lesado (dano-consequência), inclusive de pessoas próximas a ele que não sofreram nenhum dano-evento – como no caso do denominado “dano sexual”.

Por conseguinte, a proposição de rearranjos na taxonomia dos danos não patrimoniais em razão da identificação de novas situações lesivas não se mostra necessário e/ou adequado, haja vista que não se pode categorizar em abstrato a natureza do prejuízo. Sedimentadas essas premissas, possível avançar-se na análise dos denominados danos imorais.

3 DANO IMORAL

Antes de se abordar diretamente o instituto do *dano imoral*, importante delinear a estrutura dos principais sistemas de reponsabilidade civil no direito estrangeiro, notadamente pelas recíprocas influências e aproximações entre eles. Apesar de ostentarem características próprias, contextos sociais peculiares e funções distintas, os modelos de responsabilização civil inglês, francês e alemão apresentam progressiva convergência ao longo de sua evolução.

As três matrizes apontadas são as fontes dos demais países ocidentais: o inglês para os da *Common Law* e o francês e o alemão para os da *Civil Law*. No sistema brasileiro, verifica-se a influência mais acentuada destes dois últimos.¹⁴⁵

A opção por abordar esses três sistemas (com acréscimo de considerações sobre o norte-americano) se deu pelo fato de serem as matrizes dos demais, pela grande tradição que ostentam e a marcada influência sobre outros países.¹⁴⁶ Naturalmente, cada ordem jurídica possui as especificidades do seu próprio desenvolvimento histórico-científico, mas essencialmente é possível, sobretudo na parte ocidental do globo, reconduzir a estrutura de cada ordem a um (ou mais) dos referidos modelos.

¹⁴⁵ “No Direito Comparado, os autores alemães classificam o Direito brasileiro, normalmente, como pertencente à chamada família romana de direitos. Neste grupo de ordens jurídicas, o grande modelo legislativo, a grande influência em matéria de codificações, foi o *Code Civil* francês de 1804. Mesmo assim, parece ser pacífico na doutrina brasileira e alemã que o Código Civil Brasileiro (CCBr.), ao lado das influências do *Code Civil*, também sofreu influências das Codificações portuguesa, espanhola e italiana, assim como dos Códigos alemão e suíço. Igualmente a forte influência da doutrina jurídica alemã do século XIX sobre os projetos de Código e o próprio Código Civil Brasileiro de 1916, assim como o germanismo da Escola de Recife, são fatos históricos que não podem ser negados” (MARQUES, 1997, p. 71-72). Naturalmente, não se pode descurar da influência do Direito português, notadamente no Código Civil de 1916: “A primeira e mais importante destas fontes é a portuguesa, através da ‘Verpflanzung’, isto é, a incorporação, o aporte, enxerto ou recepção forçada, do direito português no Brasil durante o tempo colonial. O direito português trouxe consigo o direito romano incorporado, isto é, o *jus commune* europeu, do *Corpus Juris Civilis* trabalhado pelos Glossadores e Pós-glossadores. O direito português trouxe consigo, igualmente, uma forte influência do direito canônico da época e uma reduzida influência do direito germânico, no que se refere à autonomia de vontade do indivíduo e a alguns princípios morais. Na opinião de jus historiadores brasileiros e portugueses encontra-se o Código Civil Brasileiro de 1916 mais próximo de sua origem portuguesa que o próprio Código Civil Português de 1867. O direito civil português vigorou no Brasil do descobrimento até 1917, e terá decisiva influência na tendência de nossa ordem jurídica de *Continuidade, Formalismo e Unidade*.” (MARQUES, 1997, p. 73-74).

¹⁴⁶ “Common law has influenced the laws of Cyprus, Ireland, and Malta. French tort law has left traces in Belgium, Hungary, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Poland, Romania, and Spain; and German tort law is linked to Austrian, Bulgarian, Czech, Greek, Latvian, Portuguese, Slovakian, and Slovenian law. Outside this sphere are the closely connected Nordic legal systems of Denmark, Finland, and Sweden.” (DAM, 2013, p. 9).

Ademais, a distinta abordagem que cada um desses sistemas apresenta, no que se refere à responsabilidade civil, enriquece a visão geral sobre o tema que se busca expor a seguir. O francês caracteriza-se pelo foco na compensação da vítima, possui muitas hipóteses de responsabilização objetiva e é informado pelo princípio da justiça distributiva. O inglês, por outro lado, assenta-se predominantemente na conduta do agente e privilegia a liberdade de ação, com reduzidas hipóteses de imputação sem culpa. O alemão, por fim, representa um meio-termo entre os dois precedentes, pois apesar de emprestar grande importância para a análise da conduta do autor do dano, também é inspirado pelo princípio distributivo. Não menos importante, o sistema teutão é tido como o mais elaborado e sistematizado da Europa (quicá do mundo), apresentando-se como rica fonte de estudos e investigação para ciência do Direito.¹⁴⁷

3.1 SISTEMAS INGLÊS E NORTE-AMERICANO DE RESPONSABILIDADE CIVIL: COMMON LAW

Pertencentes à família jurídica da *Common Law*, os Direitos inglês e norte-americano possuem marcadas diferenças com os sistemas continentais. Esse fato, contudo, não impede aproximações – quase – constantes entre os sistemas e as recíprocas influências ao longo do seu desenvolvimento.

A ressalva acima referente à constância explica-se pelo fato de ser impensável, até aproximadamente o século XVIII, a imbricação dos modelos romanistas na *Common Law*. Três fatores concorreram para esse isolamento. O primeiro diz respeito à diferença estrutural entre os sistemas, dificultando a inserção dos institutos de um em outro. O segundo decorre da inexistência, à época, de literatura jurídica inglesa sintetizada em tratados ricos em definições, como estavam habituados os continentais. O terceiro advém da convicção dos juristas continentais de que seu sistema era superior ao inglês, porque racional e romano, ao contrário do empirismo da *Common Law*. A situação ganha novos contornos de forma embrionária, a partir do século XVIII, momento em que o constitucionalismo inglês passa a ser admirado e influencia modelos políticos europeus. Entretanto, a verdadeira mudança ocorre apenas no século XX, no pós-Segunda Guerra, quando da constatação que os modelos norte-

¹⁴⁷ Nesse sentido, cf. DAM, 2013, p. 9-10.

americano e inglês foram eficientes na proteção dos valores liberais e democráticos, mostrando-se mais resilientes ao autoritarismo que vingou em países como Alemanha, Itália e tantos outros, inclusive na América Latina (SACCO, 2001, p. 294-296).

A convicção de superioridade não era exclusiva dos continentais contudo. Os juristas ingleses tomam consciência muito cedo da originalidade do seu Direito por encontrar sua unidade antes dos sistemas continentais. As primeiras obras de direito comparado escritas por anglo-saxões – século XV – são facciosas e laudatórias: com inescandível vaidade, tem-se menos uma comparação rigorosa e objetiva do que um panegírico do sistema inglês (CONSTANTINESCO, 1998, p. 74-75).

Dois são os grandes ideais que informam essa família jurídica: a liberdade e a igualdade. Justamente em razão desses vetores axiológicos que se extraem algumas características distintivas desses sistemas, ilustrativamente o julgamento de causas cíveis e criminais por corpo de jurados, recrutamento de juízes entre advogados experientes e adoção do princípio acusatório em processo cível. A noção de solidariedade tem menor expressividade nesses sistemas (VICENTE, 2018a, p. 71; WIEACKER, 1967, p. 571).

Não obstante, a exemplo da família da *Civil Law*, vige o princípio do Estado de Direito (*rule of law*), caracterizado por três elementos fundamentais: subordinação do Estado ao Direito (primazia da lei); subordinação de todos os cidadãos ao Direito e à jurisdição dos tribunais comuns (igualdade perante a lei); e as regras da Constituição não são a fonte, mas a consequência das decisões pelas quais os tribunais definem os direitos individuais (VICENTE, 2018a, p. 70).

A jurisprudência tem proeminência nesses sistemas e o caráter vinculante dos precedentes (*doctrine of binding precedent*)¹⁴⁸ alçam-na como fonte primordial do Direito. Nos julgamentos, procura-se não uma norma aplicável ao caso, mas precedentes que enfrentaram situações análogas, que servem de guia para a solução da questão posta em juízo.¹⁴⁹ A ênfase

¹⁴⁸ A força vinculante era tamanha que até mesmo Suprema Corte inglesa (*A Supreme Court* substituiu o *Judicial Committee of the House of Lords* em 2009; cf. DAM, 2013, p. 95) era obrigada a seguir seus próprios precedentes. Esse cenário apenas foi modificado no ano de 1966, com o famoso *Practice Statements 3 All E77*, no qual reconheceu-se que a “[...] adesão excessivamente rígida ao precedente poderia culminar em injustiça no caso concreto e também em indevido engessamento do desenvolvimento adequado do Direito.” (DAM, 2013, p. 94, tradução nossa).

¹⁴⁹ A importância dos precedentes, apesar de não vinculantes conforme verificado no Direito inglês, também marca historicamente o desenvolvimento do Direito brasileiro: “O papel decisivo do direito dos juízes (*Richterrecht*) na evolução e desenvolvimento do direito brasileiro fica claro quando se observa que, até 1917, as fontes legislativas do direito civil eram muito lacunosas e esparsas. O juiz português ou brasileiro utilizava, direta ou indiretamente (através das Glosas) o direito romano, como fonte subsidiária oficial para suprir as lacunas das Ordenações Manuelinas (de 1521) e das Ordenações Filipinas (de 1603). Forma-se aqui, portanto, uma característica do jurista

se dá na comparação dos fatos da causa e não na busca de uma regra ou padrão abstrato aplicável à espécie (DAM, 2013, p. 93). Baseia-se, portanto, sobre a tradição, a experiência e a razão prática, e não ideias e princípios (WIEACKER, 1967, p. 572).

Nesse sentido, afirmou Oliver Wendell Holmes (apud VICENTE, 2018a, p. 71) que “a essência do Direito não é a lógica, mas antes a experiência”. A tônica, portanto, não é um conjunto de normas abstratas, mas de “remédios jurídicos” criados casuisticamente pelos tribunais, o que implica na evolução do ordenamento pelas decisões judiciais em compasso com as necessidades da vida, prescindindo de grandes reformas legislativas. Disso decorre que a prioridade na formação das regras se dá da “base para o topo” e não o contrário, exurgindo a primazia da autorregulação das relações pelos próprios interessados (VICENTE, 2018a, p.71). Desta forma, pode-se afirmar que permaneceu estranha ao direito anglo-saxônico¹⁵⁰ uma racionalização absoluta, “que, no continente, tinha sido proposta pela ciência romanística em ligação com o Estado absoluto.” (WIEACKER, 1967, p. 571).

A Inglaterra, portanto, não tem código civil, desenvolvendo-se seu direito privado basicamente através dos casos julgados dos tribunais, em um sistema que remonta ao século XI, quando da conquista normanda na Batalha de Hastings (ano 1066). Daí em diante, o *Common Law* trouxe unidade, sob os auspícios de um rei soberano, ao sistema legal nacional, cuja origem medieval implica na relevância atual para a prática forense de casos que foram julgados há séculos (DAM, 2013, p. 93). A introdução de um poder forte e centralizado implicou no término da era tribal e na instauração do feudalismo (DAVID, 1973, p. 244).

Naturalmente, o processo não se deu de forma singela e estanque. Desenvolveu-se dialeticamente numa relação tensional entre a “[...] invasão das estruturas típicas da sociedade centralizada e a fidelidade a esquemas tradicionais orientados à descentralização: juízo baseado na iniciativa da parte, ordália, júri, juízo dos pares, vínculo político-jurídico baseado em pactos pessoais (feudal), e assim por diante.” (SACCO, 2001, p. 243).

brasileiro: uma predileção especial por Opiniões e Argumentos de Autoridade e pela jurisprudência sumulada ou pacificada, como forma de orientar-se no caos – por abundância ou vácuo – legislativo.” (MARQUES, 1997, p. 76).

¹⁵⁰ O emprego da expressão “direito anglo-saxônico” para se referir aos sistemas de *Common Law* mesmo de países que não integram o continente europeu é feito apenas a título de uso de expressão equivalente para se evitar repetição de termos, haja vista que, de um modo em geral, os autores pesquisados assim o fazem. Não se desconhece a crítica lançada por René David (1973, p. 243), o qual sustenta que “El empleo de la palabra *anglosajón* para designar el actual Derecho de ingleses o americanos se considera, con razón, absurdo fuera del continente europeo.”

Até os *Judicature Acts* aprovados entre 1873-1875 (reforma do sistema judiciário), vigia o sistema da tipicidade das ações. O acesso aos tribunais reais não era propriamente um direito, mas um privilégio concedido apenas aos que conseguiam um *writ*, que consistia numa ordem emitida pelo chanceler em nome do rei certificando a existência de uma ação apropriada à pretensão do autor. Assim os *writs* como as ações que lhes correspondiam (*forms of action*) eram típicos; daí a máxima “*no writ, no right*” (VICENTE, 2018a, p. 238-239; DAM, 2013, p. 100; DAVID, 1973, p. 246).¹⁵¹

O *writ*, a bem da verdade, não era uma simples autorização para ajuizamento da ação perante o tribunal. Consubstanciava, em termos técnicos, um mandato outorgado pelo rei a seus agentes para que estes ordenem o demandado a conformar sua conduta a pretensão do demandante, cuja desobediência implicaria em resistência a um mandamento da administração real (DAVID, 1973, p. 251).

No período que mediou a conquista normanda e o início da dinastia Tudor (1485-1603) consolidou-se o *Common Law* em sentido estrito. O “direito comum” o era em oposição aos costumes locais, mas sua prevalência não se deu somente por ato de autoridade, mas também pela busca voluntária das jurisdições reais pelos interessados. Até então os julgamentos eram feitos pelas assembleias dos homens livres (*County Courts* ou *Hundred Courts*), as quais aplicavam os costumes locais e métodos menos racionais, inclusive com recurso a ordálias (VICENTE, 2018a, p. 237; DAVID, 1973, p. 244).

Inicialmente, os tribunais reais possuíam competência jurisdicional restrita a “alta justiça”, casos tidos pelo rei como excepcionais que justificariam sua intervenção, a exemplo de causas em que a paz do reino estaria ameaçada ou em que as circunstâncias do caso tornavam impossível o julgamento pelos procedimentos ordinários. Não funcionavam, portanto, sequer como instância recursal, conhecendo basicamente três espécies de litígios: relativos ao fisco (Tribunal da fazenda: *Exchequer*), à propriedade imobiliária e territorial (Tribunal das causas comuns: *Common pleas*) e causas penais graves que poderiam colocar em risco a paz do reino (Tribunal do assento real: *King’s bench*). Fora dessas três categorias, os julgamentos continuavam a ser realizados pelos *County Courts* (DAVID, 1973, p. 245).

¹⁵¹ “The origins of tort law can be found in old English procedural law. To file an action in court one needed a writ, which could only be obtained from the head of the judiciary, the Lord Chancellor. ‘Where there was no writ there was no right’. The number of writs was restricted, and the art of litigation was to use the correct writ. Each writ had its own procedural rules and substantive requirements and, if the claimant used the wrong writ, the claim was dismissed even if it could have been awarded on the basis of another writ.” (DAM, 2013, p. 100).

Contudo, a jurisdição dos tribunais reais foi progressivamente alargada, por pressão dos súditos e em razão de suas próprias características, haja vista serem os únicos que contavam com meios efetivos de executar suas decisões e obrigar o comparecimento de testemunhas. Ademais, somente o rei – para além da Igreja – poderia obrigar a testemunha a prestar juramento, possibilitando, inclusive, a modernização do procedimento com a submissão do julgamento a um corpo de jurados, superando o sistema probatório arcaico anterior (DAVID, 1973, p. 246).

A princípio, o chanceler real examinava cada caso a fim de verificar a possibilidade da concessão do *writ*. Com o passar do tempo, para certas situações os éditos eram concedidos sem prévio exame, estabelecendo-se uma lista – *brevia de cursu* – à disposição dos particulares e, uma vez preenchidos os requisitos para conhecimento do litígio, bastava pagar à chancelaria a taxa correspondente à ação para seu ajuizamento. O movimento paulatino de expansão da jurisdição real sofreu parcial contrafluxo em razão da resistência apresentada pelos barões, que queriam manter os benefícios da aplicação do Direito por suas cortes locais. Na tentativa de acomodar os interesses antagônicos, na esteira dos compromissos assumidos na Magna Carta de 1215, surge o Segundo Estatuto de Westminster em 1285 (*Statute of Westminster II*), cuja proposição fundamental era conservar o *status quo* do sistema judiciário. No acordo entre o rei e os senhores estabeleceu-se que os *writs* já existentes seriam preservados, mantendo-se a competência das cortes reais já reconhecida, proibindo-se, contudo, a criação de novos éditos no futuro, admitindo-se, excepcionalmente, a expedição de *writ in consimili casu*, ou seja, conhecimento de casos muito parecidos com outros já analisados e deferidos pela chancelaria (DAVID, 1973, p. 247).

Na prática, o Segundo Estatuto de Westminster teve pouca relevância na evolução do Direito inglês, na medida em que os *writs in consimili casu* foram pouco usados. Em verdade, a extensão da competência dos tribunais reais se deu por meio de outra técnica, os chamados *super casum (actions on the case)*. A parte apresentava sua demanda narrando os detalhes da ação cujo *writ* pretendia e instava a corte levar em conta as particularidades do caso para dele conhecer. Com o tempo, essas ações foram ganhando nomes especiais, dentre as quais tem-se as de *negligence*, que será abordada mais adiante (DAVID, 1973, p. 248).

A partir do século XV, os litigantes inconformados com decisões proferidas com base na *Common Law* passaram a se dirigir diretamente ao rei pleiteando a revisão das que entendiam injustas. Essa reanálise se dava sobretudo para se corrigir eventual injustiça na recusa de um *writ* ou quando se verificava a inexistência de ação típica para a pretensão deduzida. Aos remédios jurídicos concedidos pela chancelaria real deu-se o nome de *Equity*, que não se

confunde com a noção de equidade dos sistemas romano-germânicos, pois trata-se de um conjunto de normas fixadas em precedentes que prevalecem sobre as decisões da *Common Law*¹⁵² (VICENTE, 2018a, p. 242-243).

A estrutura de funcionamento dos tribunais reais os expunha ao risco de não poderem se desenvolver com liberdade suficiente para atender à realidade social que ia se desenhando ao longo dos séculos. O rigorismo formal esclerosava a jurisprudência e o progressivo enfraquecimento e desaparecimento das cortes locais acabava por tornar necessária a busca por novo recurso a desafiar as decisões injustas. Daí porque recorrer em apelo direto ao rei, “fonte de toda justiça e graça”, fundamento último do próprio tribunal real (DAVID, 1973, p. 254; HESPANHA, 2019, p. 171).

O termo *Equity* surge precisamente do fato de o chanceler revisar as sentenças “jurídicas” dos tribunais reais com base no princípio de equidade – na esteira de Aristóteles e do direito canônico, como forma de compatibilizar o Direito com a variabilidade dos tempos e das situações (HESPANHA, 2019, p. 171) – que deveria nortear aquele caso particular que lhe fora trazido à apreciação. O absolutismo dos Tudor acabou por, sobretudo no século XVI, se basear nessa prerrogativa, o que culminou na expansão considerável dessa nova jurisdição revisora. Inspirada nos princípios do Direito romano e canônico, a *Equity* significou, em certa medida, importante renovação ao sistema arcaico e engessado da *Common Law*, atendendo ao sentimento de justiça pela maleabilidade das soluções apresentadas (DAVID, 1973, p. 254-255).

Contudo, a exemplo do contrafluxo experimentado pelos tribunais reais, o tribunal da chancelaria também teve sua expansão contida no século XVII.¹⁵³ Quando o rei quis desenvolver excessivamente a *Equity*, os *common lawyers* perceberam o perigo da criação de

¹⁵² “A criação mais significativa da *Equity* é o chamado *trust*. Este consiste na situação jurídica resultante de um ato, praticado *inter vivos* ou *mortis causa*, pelo qual uma pessoa - o instituidor (*settlor*) - coloca certo ou certos bens sob o controlo de outra pessoa - o gestor fiduciário (*trustee*) -, que fica obrigada a administrá-los em benefício de um terceiro ou do próprio instituidor - o beneficiário (*beneficiary*)-, ou tendo em vista certa finalidade específica, e porventura também a retransmiti-los após a verificação de certo facto. Os bens do *trust* constituem um património separado e não integram o património do gestor.” (VICENTE, 2018a, p. 243-244). “Outras criações da *Equity* incluem: a) As *injunctions*, isto é, as medidas (originariamente decretadas apenas pelo Chanceler) destinadas a prevenir ou impedir a comissão futura de um ato ilícito; b) A *specific performance*, ou seja, a execução específica de uma obrigação (que o *Common Law* não admitia, pois, segundo as disposições deste, a parte que obtivesse ganho de causa numa ação por incumprimento de uma obrigação apenas teria direito a uma indemnização); c) A anulabilidade de um contrato concluído sob *undue influence*, i.é, coação moral; e d) A *discovery*, que consiste no procedimento pelo qual uma das partes num processo judicial ou arbitral pode exigir da outra a revelação de informações ou a apresentação de documentos com interesse para o julgamento da causa.” (VICENTE, 2018a, p. 245).

¹⁵³ O *Bill of rights* foi jurado em 1689 e previa, dentre outras disposições, a ilegalidade de ato régio no sentido de suspender ou negar vigência a qualquer lei sem o consentimento do parlamento (HESPANHA, 2019, p 253).

um Direito novo e imprevisível, capaz de lesar os direitos dos cidadãos, restringi-los ou condicioná-los. Já existia na Inglaterra um Direito formado sem intervenção “legislativa” – enquanto ato pessoal de manifestação de vontade –, que assim deveria ser preservado para se evitar inovações inesperadas e prejudiciais (SACCO, 2001, p. 245-246). Assume o rei, nesse contexto, o compromisso de não mais interferir na jurisdição da *Common Law*, respeitados apenas os precedentes já fixados, conformando verdadeiro sistema dual no Direito inglês, assumindo a *Equity* o significado hoje sedimentado (DAVID, 1973, p. 255-256). A percepção da sociedade inglesa era que sua liberdade repousava no escasso poder dos juízes em explicar, alterar ou estender o sentido das leis, e na exatidão com que essas tinham que ser aplicadas: observadas no sentido literal das suas palavras (HESPANHA, 2019, p. 170).

Mesmo com a abolição da tipicidade das ações promovida pela reforma do século XIX, a influência desse modelo perdurou, notadamente pela tipicidade dos delitos extracontratuais (*torts*).¹⁵⁴ Por tal razão, não há no Direito inglês – tampouco no norte-americano – uma cláusula geral de responsabilidade civil, verificando-se, em verdade, um sistema de causas de pedir típicas (*causes of action*), o que significa que o reconhecimento de uma pretensão depende não de um direito subjetivo, mas de uma causa de pedir apropriada (VICENTE, 2018a, p. 240-241; DAM, 2013, p. 101; FRAZÃO, 2011, p. 24). Há, portanto, prevalência do procedimento sobre as normas substantivas, cuja relação é sintetizada no adágio *remedies precede rights* (DAVID, 1973, p. 248).

Em que pese não haver promulgado um código civil, o parlamento inglês publicou diversas leis esparsas, inclusive versando sobre responsabilidade civil. A fim de preservar a soberania da casa legislativa, os diplomas aprovados têm por característica serem minuciosos e detalhistas, evitando-se conceitos abertos ou normas gerais, tudo a restringir a liberdade de interpretação pelos tribunais. Somente em casos excepcionalíssimos, a jurisprudência afasta-se da interpretação literal, valendo-se da denominada *mischief rule*, cuja aplicação desloca a atenção para a intenção do legislador e a *ratio* da norma em detrimento da fiel subsunção ao quanto positivado, a se evitar inconsistência grave ou solução aberrante (DAM, 2013, p. 97-98).¹⁵⁵

¹⁵⁴ Nas palavras de Maitland (apud DAVID, 1973, p. 250): “Hemos abolido las formas de acción, pero nos siguen gobernando desde sus tumbas.”

¹⁵⁵ Ilustrativamente, em 1993, ao decidir o caso *Pepper v Hart*, o *House of Lords* admitiu a consulta ao *Hansard*, registro oficial das discussões parlamentares da casa legislativa inglesa. (DAM, 2013, p. 98).

Esse fenômeno de modificação do estilo jurídico no círculo anglo-saxônico verificado nas últimas décadas aproxima-o do modelo abstrato e racional do continente, manifestando-se na tendência de codificações parciais (*consolidations*) ou em súmulas de jurisprudência em *restatements* oficiosos (EUA).¹⁵⁶ Dentre as causas que se vislumbram, tem-se, na Inglaterra, o enfraquecimento da influência das oligarquias sobre a política e o avanço de valores e medidas de cunho social; nos Estados Unidos, o avanço de um racionalismo planificador (WIEACKER, 1967, p. 573-574).

Nos Estados Unidos da América o Direito inglês exerceu grande influência e exerce até os dias atuais. Em sendo a maioria dos colonos dos treze novos Estados originária da Inglaterra, os juristas locais formaram-se naquela ciência, que gozava de grande prestígio. Ainda hoje, séculos após a independência, verifica-se a recepção material da *Common Law* inglesa em alguns estados, a exemplo da Califórnia, cuja seção 22.2 de seu Código Civil prevê o direito comum da Inglaterra como regra de decisão para todos os tribunais do ente federativo naquilo que não contrastar com a Constituição dos Estados Unidos, com a do próprio estado ou com as leis deste (VICENTE, 2018a, p. 287). Nesse sentido:

O approach, os conceitos, os princípios fundamentais do Direito dos Estados Unidos da América são, por isso, ainda hoje os do Direito inglês: ideias como as de governo limitado e representativo e de *rule of law*, o princípio *stare decisis*, a distinção entre *Common Law* e *Equity*, a relevância conferida ao júri no julgamento de certas causas civis e criminais, etc. - tudo isso são manifestações da influência duradoura que o Direito inglês exerceu sobre o dos Estados Unidos. (VICENTE, 2018a, p. 287).

A bem da verdade, a recepção do direito inglês no sistema americano deu-se a contragosto. Thomas Jefferson, pai da declaração de independência em 1776, pretendia a adoção do sistema francês no novo país, seja pela rivalidade política com os ingleses, seja pelo prestígio que o Código de Napoleão emprestou ao sistema continental. Entretanto, por razões práticas, a pretensão fora abandonada, uma vez que o Direito inglês tinha a dupla vantagem da língua em comum e de já ser conhecido pelos juristas americanos (CONSTANTINESCO, 1998, p. 78).

A difusão da *Common Law* inglesa no território das colônias foi dificultosa, haja vista a grande disparidade da realidade social, da composição da população (formada por imigrantes ingleses, alemães, holandeses, irlandeses, suecos, escoceses etc.), do cenário

¹⁵⁶ Sobre o que constitui o *restatement of the law*, cf. ROMANO, Rogério Tadeu. O *restatement of the law* norte-americano. **Jus.com.br**. 17 maio 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57806/o-restatement-of-the-law-dos-norte-americanos> Acesso em: 26 nov. 2022.

histórico-político, diversidade de religiões praticadas (anglicanos, batistas, huguenotes, presbiterianos, puritanos, *quakers*, católicos etc.) e das condições de vida (MEHREN; MURRAY, 2007, p. 33-34;). As próprias colônias eram independentes e completamente diferentes em sua conformação política: algumas eram províncias reais, administradas por governador diretamente apontado pelo rei; outras eram províncias dominiais, administradas por proprietário ou grupo de proprietários investidos nessa condição por concessão real; havia também províncias corporativas que contavam com alvará real e não sofriam quase nenhuma interferência da Coroa (FARNSWORTH, 1996, p. 1).

A Inglaterra, há muito unificada, formou seu Direito no contexto de uma sociedade feudal, numa ilha que mantinha relações intensas com diversas nações e estava estruturado num regime monárquico. Até o século XVII, o Direito inglês era visto com muita desconfiança pelos colonos – muitos dos quais emigraram por estar sendo perseguidos. De início, o Direito aplicado era muito primitivo, em alguns locais extraídos da Bíblia, mas em toda parte aplicado com grande discricionariedade pelos magistrados. Contra esse arbítrio, tentou-se uma reação de “codificação” – desde Massachusetts em 1634 até Pennsylvania em 1682 –, cujo relevo reside em apontar a preferência americana pela lei escrita, em contraponto à convicção inglesa (DAVID, 1973, p. 310-311). Nesse sentido:

Havia pelo menos três obstáculos à aceitação imediata do Direito inglês no início do período colonial. O primeiro foi a insatisfação com alguns aspectos da justiça inglesa por parte de muitos dos colonos, que haviam migrado para o Novo Mundo para escapar do que consideravam condições intoleráveis na metrópole. Isso era particularmente verdadeiro para aqueles que vieram em busca de liberdade religiosa, política ou econômica. Um segundo e mais significativo obstáculo foi a falta de advogados treinados, que continuou a retardar o desenvolvimento do Direito americano ao longo do século XVII. A vida penosa nas colônias pouco atraía os advogados ingleses. Os livros jurídicos ingleses não estavam facilmente disponíveis e poucos entre os primeiros colonos tinham qualquer treinamento jurídico. O terceiro obstáculo foi a disparidade das condições nas duas terras. Particularmente no começo, a vida era mais primitiva nas colônias e as familiares instituições inglesas que eram copiadas geralmente produziam imitações brutas, na melhor das hipóteses. Os primeiros colonos não estavam imbuídos do Direito inglês em sua totalidade quando chegaram, e o processo pelo qual ele foi absorvido em face desses obstáculos não foi simples.¹⁵⁷ (FARNSWORTH, 1996, p. 6-7; tradução nossa).

¹⁵⁷ No original: “There were at least three impediments to the immediate acceptance of English law in the early colonial period. The first was the dissatisfaction with some aspects of English justice on the part of many of the colonists, who had migrated to the New World in order to escape from what they regarded as intolerable conditions in the mother country. This was particularly true for those who had come in search of religious, political, or economic freedom. A second and more significant impediment was the lack of trained lawyers, which continued to retard the development of American law throughout the seventeenth century. The rigorous life in the colonies had little attraction for English lawyers. English law books were not readily available, and few among the early settlers had any legal training. The third impediment was the disparity of the conditions in the two lands. Particularly in the beginning, life was more primitive in the colonies and familiar English institutions that were

Após a independência sedimentada em 1783, a França havia se convertido em aliada e o sistema romano-germânico parecia atender melhor a conformação política norte-americana, que adotou a república presidencialista, favorecendo o movimento de se criar um Direito nacional e codificado. O conflito interno sobre qual sistema adotar durou cerca de meio século e, apesar de vários territórios anexados à União terem experimentado a aplicação dos ordenamentos francês, espanhol e/ou mexicano, a *Common Law* acabou por prevalecer, mesmo em estados submetidos a regime diverso, tais como Texas (em 1840) e Califórnia (em 1850). Dentre as razões apontadas, têm-se o parco conhecimento pelos colonos daqueles sistemas, aliado ao fato de que os conceitos, técnicas e a identidade de línguas favoreceram a manutenção do Direito Comum. Soma-se, ainda, a fundamental contribuição de dois grandes juristas, Joseph Story e James Kent, profundos conhecedores do Direito francês, que afiançaram sua semelhança com o inglês, porque baseados nos mesmos princípios de Direito natural (CONTANTINESCO, 1998, p. 78-79; DAVID, 1973, p. 312-313).

O sistema jurídico norte-americano ganhou tamanha autonomia face ao inglês, que atualmente sustenta-se guardando maior aproximação com os romano-germânicos do que com o que lhe dera origem. A uma, pela influência dos colonos espanhóis (Flórida), franceses (Luisiana) e holandeses (Nova Iorque). A duas, pelo influxo do pensamento romanista. A três, porque, em razão do espírito igualitário de uma sociedade que se organizou a si mesma da base para o topo, várias instituições jurídicas inglesas de raiz medieval não sobreviveram, a exemplo do direito de primogenitura, distinção entre *solicitors* e *barristers*, e a monarquia. A quatro, pelo seu caráter marcadamente inovador em diversas matérias (VICENTE, 2018a, p. 288; MEHREN; MURRAY, 2007, p. 34-35).

Nos Estados Unidos, onde a tradição não tem o mesmo *status* que na Inglaterra, os juízes sentem-se mais à vontade para superar precedentes e avançar soluções novas aos casos que lhe são apresentados; os magistrados ingleses, por outro lado, tem maiores dificuldades em encontrar a decisão adequada em razão da jurisprudência tida por vinculante – *deemed immovable*. A concepção americana de *stare decisis* é menos restritiva e permitiu mais acentuada inovação jurisprudencial comparativamente à Inglaterra (DAM, 2013, p. 95; MEHREN; MURRAY, 2007, p. 36) Atualmente, os tribunais ingleses são muito reticentes com

qualquer sugestão no sentido de continuar a obra da Chancelaria nos séculos XV e XVI no que se refere a elaboração de novas doutrinas com base na equidade (não mais denominada *equity*, mas *natural justice*); concebem a *Equity* como conjunto de normas – precedentes – incorporados ao Direito vigente, cuja função de correção de injustiças encontra-se bem delimitada na história, cabendo hodiernamente ao Parlamento o papel de adaptação e renovação do ordenamento, em respeito à segurança jurídica (DAVID, 1973, p. 257). Nesse sentido:

O conhecedor do direito anglo-saxónico deveria fazer ressaltar, dentro deste círculo, diferenças muito nítidas entre o espírito do direito inglês e o do direito americano. Estas diferenças radicam em parte na diferença das ideologias jurídicas histórica e jusnaturalista, mas sobretudo na relação naturalmente oposta das duas nações anglo-saxónicas relativamente à tradição. Em termos muito grosseiros, pode dizer-se que na organização jurídica americana se encontra uma consciência jurídica muito mais fortemente marcada no plano da ideologia e do espírito de missão, pelo optimismo revolucionário e, ao mesmo tempo, um controle da constituição e uma possibilidade do seu desenvolvimento mais intensos pelos juizes; em contrapartida, na Inglaterra, esta evolução era até há pouco ditada pela confrontação dos grupos políticos de uma sociedade tradicional, sob a influência mediadora da coroa. (WIEACKER, 1967, p. 572).

Dentre outras diferenças em relação ao sistema inglês, no norte-americano verifica-se a concorrência do Direito federal com Direitos estaduais. A dualidade interna do ordenamento suscitou, ao longo de pelo menos dois séculos, intenso debate sobre qual seria a conformação da *Common Law* estadunidense. Em outras palavras, discutiu-se se haveria um Direito Comum geral (nacional) passível de reconhecimento ou se o país seria constituído por diversos *Common Laws* estaduais isolados.

No precedente *Swift v. Tyson* (1842), a Suprema Corte decidiu que a jurisdição federal deveria estatuir um *general Common Law* (nacional) e não seguir os entendimentos dos estados. A orientação sofreu viva resistência, na medida em que, na prática, acabava por criar soluções distintas para litígios idênticos, a depender da jurisdição que analisasse o caso (federal ou estadual). Do ponto de vista constitucional, havia o inconveniente de se estabelecer uma espécie de hierarquia da jurisdição federal sobre as estaduais, o que ia de encontro com espírito da Constituição (DAVID, 1973, p. 323-324). No caso *Erie Railroad Company v. Tompkins* (1938), a solução apresentada foi diametralmente oposta. O Tribunal, por maioria, acolheu a tese de que não haveria uma *Common Law* federal – “*There is no federal general Common Law*”, nas palavras do juiz Brandeis (apud DAVID, 1973, p. 325) –, devendo-se aplicar o Direito de cada estado particular.

A afirmação é forte, mas não abalou a unidade do sistema jurídico norte-americano. Em verdade, o que se sedimentou ao longo das décadas foi um sentimento

espontâneo de unidade na *Common Law* americana, advindo do próprio comportamento dos juristas. Ao se deparar com um caso, buscam-se as soluções dadas em outros estados da federação mais do que qualquer análise puramente racional/doutrinária. A dedução é extraída dos diversos precedentes estudados e adaptada às peculiaridades do litígio cuja solução se perquire. Em havendo sentenças contraditórias, a tendência é identificar qual está mais bem fundamentada e rechaçar a considerada incorreta (*bad law*); mais que isso, buscar-se-á superar o entendimento tido por inadequado no próprio estado em que sedimentado. Em outras palavras, da mesma forma que não se pode falar em *Common Law* federal, tampouco vislumbra-se o concurso de cinquenta *Common Laws* estaduais, mas uma *Common Law* unitária formada pela gama de decisões de todos os estados (DAVID, 1973, p. 326-327).

A estrutura federativa, a ampla competência e autonomia dos estados no tratamento do direito privado poderia gerar uma inconveniente pletora de decisões e doutrinas distintas ou até incompatíveis pelo país. Contudo, a variedade de soluções judiciais nas cortes estaduais acabou sendo considerada a força política do próprio federalismo e verdadeiro “laboratório da democracia”, na medida em que culminou no aprimoramento da ciência jurídica, enriquecendo a abordagem dos temas postos a julgamento e possibilitando a adoção da melhor decisão por todos os demais entes (MEHREN; MURRAY, 2007, p. 39). Os fatores que concorreram para esse fenômeno podem ser assim resumidos:

Em última análise, essa divergência na *common law*, bem como na legislação entre os estados, nunca foi enfraquecedora. Nos últimos anos, diminuiu muito devido a uma série de fatores-chave. Primeiro, a cultura americana é amplamente unitária, com uma língua comum e valores e identidade nacionais amplamente comuns. Em segundo lugar, o governo federal assumiu a competência de certas áreas-chave, como aquelas que afetam diretamente o comércio interestadual e estrangeiro, onde a diversidade entre estados causaria problemas reais. Em terceiro lugar, as escolas de direito nacionais e uma cultura jurídica nacional contribuíram para uma harmonização das abordagens das questões jurídicas que promove a convergência. Em quarto lugar, o American Law Institute (ALI), por meio de seus *Restatements* das principais matérias da *common law*, forneceu uma estruturação útil dos melhores princípios da *common law* que levam à harmonia, se não à uniformidade (MEHREN; MURRAY, 2007, p. 39, tradução nossa).¹⁵⁸

¹⁵⁸ No original: “Ultimately, this divergence in common law as well as statutory doctrine among the states has never been crippling. In recent years, it has greatly diminished due to a number of key factors. First, American culture is largely unitary, with a common language and largely common national values and identity. Second, the national government has taken cognizance of certain key areas, such as those directly affecting interstate and foreign commerce, where state-by-state diversity would otherwise cause real problems. Third, national law schools and a national legal culture have contributed to a harmonization of approaches to legal questions that promotes convergence. Fourth, the American Law Institute (ALI), through its *Restatements* of the chief areas of the common law, has provided a helpful structuring of the best common law principles that leads to harmony if not uniformity.”

As três principais fontes obrigacionais no Direito inglês são os contratos (*contracts*), o enriquecimento indevido (*unjust enrichment*) e os “atos ilícitos” ou “delitos” (*torts*).¹⁵⁹ Existem diversos tipos de *torts*, com campos de aplicação próprios e requisitos específicos, falando-se, portanto, em *law of torts*, apesar de já surgirem vozes defendendo um *law of tort*, em razão da paulatina sistematização do tema (DAM, 2013, p. 100).¹⁶⁰ De todo modo, há de se ressaltar que *tort* não encontra correspondência no direito romano-germânico, na medida em que, apesar de serem condutas ensejadoras de responsabilidade civil extracontratual, não são propriamente *atos ilícitos*, pois há casos em que não se exige averiguação da culpa ou sequer ocorrência de dano a desencadear a *liability* (FRAZÃO, 2011, p. 23; DAM, 2013, p. 4-5).

Percy Henry Winfield (WINFIELD; JOLOWICZ, 2006, p. 5) define *tort* como a quebra de um dever estabelecido primariamente pelo direito, dever esse voltado às pessoas em geral, cuja inobservância é remediável através de uma ação indenizatória.¹⁶¹ No direito norte-americano, E. Allan Farnsworth (1996, p. 125) esclarece que o campo de abrangência do *tort* refere-se a “ilícitos” (*civil wrongs*), que não o descumprimento contratual, que atingem a pessoa, a propriedade, reputação ou vantagens comerciais ou sociais. Apesar de concisas, as definições se prestam sobretudo para distinguir essa fonte obrigacional da responsabilização contratual ou de outros ramos do Direito.

¹⁵⁹ De maneira semelhante, verifica-se na doutrina contemporânea brasileira a proposta de tripartição funcional das fontes das obrigações: “Falar na diversidade de funções que desempenham as obrigações que acabamos de caracterizar como autônomas, é o mesmo que nos reportarmos à diversidade de interesses que são prosseguidos em cada uma delas. Assim, a tripartição entre obrigações negociais, de responsabilidade civil e de enriquecimento sem causa constitui a divisão fundamental das obrigações, do ponto de vista dos interesses tutelados.” (NORONHA, 2013, p. 167). No mesmo sentido e apontando a compatibilidade com a perspectiva civil-constitucional: “Avançando mais um passo, uma classificação bastante contemporânea das fontes de obrigações na doutrina brasileira propõe a tripartição da maior parte dos deveres obrigacionais entre aqueles oriundos da vontade convencional, da responsabilidade civil e da vedação ao enriquecimento sem causa. Essa classificação revela-se particularmente compatível com a perspectiva civil-constitucional ora adotada, na medida em que traduz uma análise inerentemente funcional: o primeiro grupo tem por escopo a promoção de determinado programa negocial; o segundo, a reparação de um dano injusto; o terceiro, a restituição de uma vantagem patrimonial injustificada. Identificado esse perfil funcional, descortina-se diante do intérprete a lógica subjacente ao inteiro regime jurídico dessas famílias obrigacionais.” (SOUZA, 2023, p. 5).

¹⁶⁰ A questão é controversa: “Segundo Deakin, Johnston e Markesinis (op. cit., p. 30), é melhor falar em *law of torts* do que em *law of tort*, pois não há um conjunto comum de características que todos os *torts* possuam. Alguns poucos são aperfeiçoados sem dano, como é o caso do *trespass* e *libel*, motivo pelo qual são considerados *per se*, hipótese em que a função do *Tort Law* é de assegurar os direitos e não necessariamente compensar a vítima, ainda que ela possa ser compensada se tiver sofrido danos. Outros *torts* são aperfeiçoados sem *fault* (*blameworthiness*), embora seja uma exceção.” (FRAZÃO, 2011, p. 23).

¹⁶¹ No original: “Tortious liability arises from de breach of a duty primarily fixed by law; this duty is towards persons generally and its breach is redressible by an action for unliquidated damages”.

Dentre os inúmeros *torts* identificáveis, alguns resumam maior importância, a exemplo do *tort of negligence*, *tort of trespass (to the person)*¹⁶², *to land*¹⁶³ e *to goods*¹⁶⁴ e *nuisance torts*¹⁶⁵. A maioria dele exige dolo (*intention*) ou culpa (*negligence*) para sua caracterização; alguns, contudo, prescindem de desses elementos subjetivos, ou mesmo dano, para seu reconhecimento, como no caso dos *torts of trespass*, que são acionáveis *per se*.

Em que pese a relevância dos *torts* acima enumerados, a *negligence* acabou por assumir posição central no sistema de responsabilização civil anglo-saxônico, sobretudo a partir da primeira metade do século XX, dada sua plasticidade, exercendo função equiparável a de cláusula geral. Isso porque tem como pressuposto a violação (*breach*) de um dever de cuidado (*duty of care*) do qual resulte um dano (*damage ou injury*), em regra relacionado à vida, à integridade física e à propriedade. Esse dever de cuidado, contudo, foi sendo paulatinamente alargado para abranger situações menos específicas, tornando esse tipo de *tort* mais flexível e, portanto, residual (FRAZÃO, 2011, p. 24-25; DAM, 2013, p. 103). Ainda assim, há de se observar se o dever violado está abrangido pelo escopo de proteção que lhe é inerente e se o dano experimentado pela vítima é consequência da conduta do agente, além de ser previsível – *foresseeable* (WINFIELD; JOLOWICZ, 2006, p. 132).

O dever de cuidado encerra algum tipo de relação prévia entre as partes – autor e vítima –, sendo o elemento mais controvertido do *tort of negligence*. Se por um lado

¹⁶² “Trespass to the person involves direct and intentional interference with a person's body or liberty. Torts in this field concern battery, assault, harassment (the Protection from Harassment Act 1997), *the Rule in Wilkinson v Downton*’, malicious prosecution, false imprisonment, defamation (libel and slander), and breach of confidence.” (DAM, 2013, p. 110).

¹⁶³ “Trespass to land is ‘the name given to that form of trespass which is constituted by unjustifiable interference with the possession of land’. An action for an injunction or for damages on the basis of trespass to land only requires that the trespasser acted voluntarily and caused the damage directly. There is trespass to land if a person sets foot on another person's land without permission, if he throws something onto land that does not belong to him, or pastures his cattle on that land. In these cases, the trespass implies liability; intention is not required.” (DAM, 2013, p. 117).

¹⁶⁴ “Trespass to goods is physical interference with goods that are in possession of another without lawful justification. The main remedy is an injunction, which enables an owner to stop unauthorized use of his properties or possessions; for example, the mere touching of objects such as waxworks or exhibits in a gallery or museum. A trivial interference, such as moving a coat on a stand to reach one's own, may not be actionable. The tort is considered to be mainly of a strict nature: intention or negligence is not required.” (DAM, 2013, p. 119).

¹⁶⁵ Os *nuisance torts* dividem-se *public nuisance* e *private nuisance*. “According to Lord Denning, *public nuisance* ‘covers a multitude of sins, great and small’. Like many other torts, it is also a crime. Public nuisance implies an unlawful act or omission causing annoyance to the general public but the nuisance needs to be so widespread that it would not be reasonable to expect one person to bring proceedings. Examples are failing to repair a highway, carrying on an offensive trade, keeping a disorderly house, selling food unfit for consumption, or holding a poorly organized pop festival.” (DAM, 2013, p. 120-121). Em relação ao *private nuisance*, tem-se: “*Private nuisance* is an act that is not trespass and interferes with a person in the enjoyment of his land or premises or a right he has over the land of another person. Examples are producing smoke, noise, or smells, or causing crowds to assemble and thus preventing others from entering their land or premises. Private nuisance may also play a role in liability for damage to the environment (Section 1414-1).” (DAM, 2013, p. 122).

resulta claro que é mais adequado ser cuidadoso do que descuidado, por outro não se pode considerar todo e qualquer descuido ato ilícito.¹⁶⁶

O *leading case* na concepção do dever geral de cuidado foi o *Donoghue v Stevenson* (1932). Em ação indenizatória, pretendeu a senhora Donoghue ver-se ressarcida em razão de ter encontrado uma lesma em decomposição dentro de uma garrafa de cerveja de gengibre que havia comprado em uma cafeteria em Glasgow, o que lhe causou dores estomacais e abalo emocional. A *House of Lords* reconheceu por maioria de votos (3-2) a responsabilização do fabricante, sob o fundamento de que, para além da obrigação contratual junto ao comprador (comerciante), ele também tinha dever de cuidado para com o consumidor final. Nesse julgado, Lord Atkin foi além da mera análise da responsabilização consumerista e avançou a tese que ficou conhecida como a *Atkinian neighbour principle*, consistente numa espécie de dever geral de cuidado que todos devem ter em relação a pessoas próximas (física ou geograficamente), que possam ser vítimas de algum dano direto e razoavelmente previsível relacionado a ação ou omissão do agente (DAM, 2013, p. 103-104).

Ao longo das décadas a jurisprudência inglesa experimentou mudanças de entendimento sobre os pressupostos de caracterização do *duty of care*, adotando, mesmo que brevemente, o *Wilberforce principle* (1978), segundo o qual haveria o dever de cuidado sempre que não houvesse motivo razoável para excluir a responsabilização. Em 1990, esse precedente foi superado e substituído pelo *Caparo test*. Aplicável apenas em situações nas quais não se identifique um julgado análogo, os requisitos para se reconhecer o dever de cuidado em dada situação seriam: a) o dano deve ser razoavelmente previsível; b) deve haver relação de “proximidade” entre autor e réu; c) a imposição do dever de cuidado deve justa, razoável e proporcional (DAM, 2013, p. 105). Como adiantado, a liberdade é um dos principais vetores axiológicos do sistema da *Common Law*, razão pela qual constata-se essa constante flutuação de entendimento, ora para abranger ora para restringir a responsabilização civil:

Fica claro, pelo exposto, que o critério aparentemente objetivo do dever de cuidado abriga uma importante discussão política: ‘É, penso eu, no fundo uma questão de política pública que nós, como juízes, devemos resolver. Essa conversa de ‘dever’ ou ‘nenhum dever’ é simplesmente uma forma de limitar o alcance da responsabilidade por negligência.’ A relutância da *House of Lords* parece ser inspirada por uma série de fatores: medo de abrir as comportas para ações judiciais, medo de consequências

¹⁶⁶ Nas palavras do Lord Edmund Davies (apud DAM, 2013, p. 103): “In most situations it is better to be careful than careless, but it is quite another thing to elevate all carelessness into a tort. Liability has to be based on a legal duty not to be careless”. No mesmo sentido: “It is not for every careless act that a person may be held responsible in tort law, nor even for every careless act that causes damage. He will only be liable in negligence if he is under a legal duty to take care.” (WINFIELD; JOLOWICZ, 2006, p. 133).

de longo alcance de conceitos gerais e um desejo de retornar às categorias tradicionais e de pequena escala de situações distintas e reconhecíveis como guias para a existência de um dever de cuidado. O fator comum nessas considerações é uma abordagem política que, em comparação com as abordagens francesa e alemã, tende mais frequentemente a proteger a liberdade de agir sobre os interesses da vítima (DAM, 2013, p. 106; tradução nossa).¹⁶⁷

O *tort law* norte-americano assemelha-se ao inglês. Em que pese prevalecer a competência dos estados em detrimento do direito federal – o que implica na variação de tratamento –, os casos ensejadores de *liability* também se dividem em três grandes categorias (*intent*, *negligence* ou *strict liability*). Os bens jurídicos tutelados acabam por se referir à proteção da pessoa, de imóveis (*lands*) ou bens (*goods*) em geral – patrimônio. Os conceitos fundamentais e caracterizadores desses “ilícitos” são semelhantes entre os ordenamentos da *Common Law*. Da mesma forma, em compasso inclusive com a evolução verificada nos sistemas romano-germânicos, a responsabilidade civil objetiva (*strict liability*), que de início restringia-se a situações que envolviam riscos exponenciados ou anormais (por exemplo, guarda de explosivos), paulatinamente foi sendo ampliada a novas hipóteses, ilustrativamente aos produtores e comerciantes de produtos defeituosos (FARNSWORTH, 1996, p. 126-127).

Em que pese o *tort law* inglês e norte-americano serem norteados pelo propósito de reparação de danos, constata-se que a estrutura deste último prestigia mais acentuadamente às funções punitiva e aflagante da responsabilização civil (FRAZÃO, 2011, p. 24, nota 39). Daí porque, em alguns casos, sobretudo envolvendo danos à pessoa, culminam na fixação de indenizações milionárias pelo júri (FARNSWORTH, 1996, p. 127).

De todo modo, tanto em um como em outro, notou-se, no último século, a expansão da aplicação do *tort of negligence* para hipóteses até então vinculadas a outros *torts* (*trespass*, *conversion*, *nuisance* etc.), apresentando-se como remédio preferencial na responsabilidade civil extracontratual. Rodolfo Sacco (2001, p. 135) ressalva, contudo, que esse alargamento se deu, especialmente, em determinados âmbitos, nomeadamente danos à propriedade e à integridade física, o “que faz pensar” no § 823 do BGB (Código Civil alemão), diploma integrante da família do *Civil Law*.

¹⁶⁷ No original: “It is clear from the foregoing that the seemingly objective criterion of the duty of care houses an important policy discussion: It is, I think, at bottom a matter of public policy which we, as judges, must resolve. This talk of “duty” or “no duty” is simply a way of limiting the range of liability for negligence.” The House of Lords’ reluctance seems to be inspired by a number of factors: fear to open the floodgates to claims, fear of far-reaching consequences of general concepts, and a desire to return to the traditional, small-scale categories of distinct and recognizable situations as guides to the existence of a duty of care. The common factor in these considerations is a policy approach which, compared to the French and German approaches, is inclined more often to protect freedom to act over the interests of the victim.”

3.2 SISTEMA DO CIVIL LAW: A FAMÍLIA JURÍDICA ROMANO-GERMÂNICA

As origens históricas da família jurídica romano-germânica remontam à Grécia antiga. Não houve propriamente o desenvolvimento de uma refinada ciência jurídica entre os séculos 800 e 300 a.C., sendo o costume a fonte primordial do Direito grego à época. Contudo, as reflexões, sobretudo dos filósofos, sobre os fundamentos do Direito e sua delimitação em relação a outras ordens normativas, bem como os ideais e instituições daquela sociedade influenciaram notavelmente o Direito Romano e, posteriormente, a cultura jurídica europeia.

O racionalismo grego é o embrião da secularização do Direito, até então concebido como originário da ordem divina ou consuetudinária. O reconhecimento de uma esfera de autonomia pessoal, à subordinação voluntária às leis e a origem da ordem jurídica – como obra – humana permitiram entrever sua mutabilidade no tempo e espaço. A ideia de soberania das leis encontra forte ressonância nessa época, inclusive no notório episódio da submissão espontânea de Sócrates à sentença que lhe fora imposta, ainda que considerada injusta (VICENTE, 2018a, p. 97-99).

O Direito Romano, por sua vez, em que pese contar com séculos de desenvolvimento (de VIII a.C. até V d.C. no ocidente e XV d.C. no oriente), teve seu maior florescimento nos dois primeiros da era cristã (HESPANHA, 2019, p. 119).¹⁶⁸ A compilação levada a cabo por determinação do Imperador Justiniano no século VI d.C. formou o denominado *Corpus Iuris Civilis*, constituído por: *Institutiones*, manual com noções fundamentais; *Digesto* ou *Pandectas*, excertos das obras dos principais juristas romanos; *Codex*, compilação das leis imperiais; *Novellae*, compilação de leis novas, publicadas entre a publicação do *Codex* e a morte de Justiniano. Essa importante obra fora objeto de intensos

¹⁶⁸ Com a *Lex Aebutia de formulis* (149 a.C.), atribui-se ao pretor a possibilidade de criar ações não previstas na lei. “Cada ação consiste numa *formula*, espécie programa de averiguação dos factos e da sua valorização jurídica. A partir daí, é a fórmula elaborada para cada situação jurídica típica, e não a lei, que dita a solução para o caso em análise. Com isto, a jurisprudência dos pretores autonomiza-se completamente das leis e torna-se uma fonte imediata de direito. [...] O direito ganha, desta forma, um carácter casuístico que incentiva uma averiguação muito fina da justiça de cada caso concreto. [...] Isto explica, porventura, o desenvolvimento de uma enorme produção literária de juristas, treinados na prática de aconselhar as partes e o próprio pretor, que averigam e discutem a solução mais adequada para resolver casos reais ou hipotéticos. Designam-se a si mesmo como técnicos na distinção entre o justo e o injusto, sabedores práticos do direito (*iuris-prudentes*) e produzem, na época áurea de sua atividade (entre 130 a.C. e 230 d.C.) centenas de milhares de páginas de consultas e opiniões, de resolução de questões, de regras de direito, de comentários ao édito do pretor.” (HESPANHA, 2019, p. 118-119)

estudos, interpretações e aplicações nas sociedades europeias continentais, sobretudo a partir do século XII, sendo considerada verdadeira *ratio scripta*.¹⁶⁹ A recepção do Direito Romano variou de intensidade no espaço e tempo, contudo até o século XIX verifica-se sua grande influência nas ciências jurídicas de países como Itália, França, Alemanha, Espanha, Portugal e Holanda (VICENTE, 2018a, p. 100-105; HESPANHA, 2019, p. 120). O interesse no *Corpus Iuris* não se limitava ao seu aspecto técnico-científico, concorrendo, dentre os fatores de sua recepção, elementos do direito natural estóico nele recolhidos, compatíveis com a cosmovisão predominante e servíveis como “[...] um fundamento mais seguro para uma ética político-social dessa época.” (WIEACKER, 1967, p. 45).

Sustenta-se que, do ponto de vista científico, somente é dado falar-se em “sistema romano-germânico” a partir do século XII. Até então o que se tinha seria algo como um acúmulo de material que posteriormente daria nascimento aquela família, mas que assim ainda não poderia ser encarado, haja vista que lhe faltava justamente uma síntese e uma sistematização. O renascimento dos estudos de Direito Romano nas Universidades foi marco decisivo (DAVID, 1973, p. 23). Sua redescoberta em Bolonha marca sua “paternidade” para com a ciência jurídica europeia e seu primado sobre os Direitos antigos é indiscutível, inclusive sobre o grego, com o qual não fora associado, haja vista sua notória superioridade do ponto de vista qualitativo (CONSTANTINESCO, 1998, p. 12-13).

O ensino universitário europeu entre os séculos XII e XVIII desempenhou importante papel na disseminação do Direito Romano. Com efeito, para além do seu enorme prestígio, outros fatores concorreram para tanto, dentre os quais a necessidade de se ministrar ensino jurídico minimamente coerente em seus princípios fundamentais num contexto de diversos costumes e leis conflitantes vigentes espalhados pelo território da Europa: “superabundância e fragmentação das fontes e dos poderes”, cuja competência era dividida entre nobres, comunidades laicas ou eclesiásticas, dando lugar a regulamentações conflitantes (SACCO, 2001, p. 260). Ademais, o ordenamento romano era o único tido como universal e passível de ser lecionado no âmbito do ensino superior, constituindo objeto mais apropriado de estudo. Em reforço, tem-se a facilidade proporcionada tanto pelo fato de estar escrito em latim

¹⁶⁹ Segundo Franz Wieacker (1967, p. 43), “uma expressão característica da inserção do *Corpus Iuris* na tradição cultural é constituída pela frequente glorificação do Imperador Justiniano em Dante (*Paradiso*, VI, 1 ss.)”. Da obra de Dante Alighieri (2019, p. 43-44), colhe-se o seguinte trecho sobre Justiniano: “Depois que Constantino a águia voltou contra o curso do céu que, aos tempos seus, seguira quem Lavinia conquistou; cem e cem anos mais, a ave de Deus lá, junto aos montes que deixou primeiro, permaneceu, nos confins europeus: e, na sombra do seu voo altaneiro, o poder, ao passar de mão em mão, para a minha chegou, do mundo inteiro. Sou Justiniano, e César fui então; que, por querer do Deus que eu acalento, o supérfluo das leis tirei, e o vão.”

– língua difundida na Europa pela Igreja – quanto pela compilação de suas fontes em virtude da determinação justinianeia (VICENTE, 2018a, p. 106; DAVID, 1973, p. 29).

A influência do Direito Romano não foi estancada pelas grandes codificações que se iniciaram no século XIX. Pelo contrário, traços dessa ciência foram incorporados nos ordenamentos contemporâneos, a exemplo da classificação quadripartida das fontes das obrigações,¹⁷⁰ atribuída em larga medida ao desenvolvimento conferido, na França, por Robert Joseph Pothier (SILVA, 2019, p. 133). De fato, em sua obra *Tratado das obrigações*, Pothier (2002, p. 29) apresenta como “causas das obrigações [...] os *contratos*, os *quase-contratos*, os *delitos*, os *quase-delitos* e, às vezes, a lei ou a simples equidade”. Da mesma forma Bernhard Windscheid, na Alemanha, empreendeu esforços de ordenação e sistematização dos textos romanos, cujos estudos encontraram ambiente favorável ante a inexistência de um Direito Civil unificado por ausência de poder político centralizado (VICENTE, 2018a, p. 108).

Os Direitos dos povos germânicos (Francos, Lombardos, Visigodos etc.), por sua vez, ganham relevância na formação da família jurídica sob análise a partir da invasão bárbara e queda o Império Romano ocidental. Marcadamente consuetudinárias, as leis bárbaras variavam de tribo a tribo, eram pouco estáveis e não foram objeto de compilação em obra jurídica, mas vislumbres de sua conformação foram acessados graças a algumas obras literárias, historiadores da Igreja e de cronistas, documentos vários como certidões ou genealogias (DAVID, 1973, p. 24; WIEACKER, 1967, p. 23).¹⁷¹

¹⁷⁰ “Usualmente atribui-se às Institutas de Gaio a primeira classificação de fontes das obrigações de relevo considerável para a doutrina moderna (PEPPE, 2007, p. 94 e ss.). Segundo a formulação de Gaio, toda obrigação nasceria do contrato ou do delito – *omnis obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto*. [...] Do próprio Gaio se veio a colher, em formulação posterior, o reconhecimento de que a mera bipartição não seria suficiente para abarcar todas as hipóteses de obrigações, o que justificou o recurso a uma expressão de ordem genérica – *ex variis causaram figuris* – capaz de abranger todas as possíveis fontes das obrigações (RODRIGUES, 1964, p. 19). Tal percepção de insuficiência parece ter se intensificado à medida que, ainda no âmbito do Direito romano, restringiram-se os conceitos de contrato e de delito, para limitá-los, respectivamente, aos atos decorrentes de acordo de vontade e aos atos dolosos (LOPES, op. cit., p. 29). Não por acaso se conceberam, em construção atribuída à obra de Justiniano, duas novas categorias de fontes, correspondentes a fatos que, embora lícitos, não fossem convencionais, e a fatos que, embora ilícitos, não fossem dolosos (MONTEIRO, 1967, p. 40). Formularam-se, assim, respectivamente, as categorias dos quase-contratos e dos quase-delitos, que, em complemento aos contratos e aos delitos, vieram a compor a célebre classificação quadripartida romana das fontes das obrigações (BARASSI, 1964, p. 1-2; PERLINGIERI, 2014, p. 294-295; e PEPPE, op. cit., p. 96 e ss.)”. (SILVA, 2019, p. 128-129). Sobre a classificação quadripartida, cf. BRUGI, 1946, p. 302-316; POTHIER, 2002, p. 111-116. A adoção dessa divisão quadripartida também se verifica no sistema italiano: nesse sentido, cf. BARBERO, 1967b, p. 335-337.

¹⁷¹ “O facto de, deste modo, o conjunto interno da ordem jurídica europeia se ter subtraído por muitos séculos à documentação directa, coloca o historiador da alta Idade Média perante difíceis problemas; ele tem muitas vezes que reconstruir a ordem jurídica – sobretudo a germânica mas, em geral, toda a ordem jurídica profana – através do recurso a premissas gerais ou a fontes mais tardias.” (WIEACKER, 1967, p. 23).

A queda do último imperador, contudo, não acarretou a cessação da vigência do Direito Romano, em razão da prática denominado *professio iuris*: o sistema da *personalidade das leis* implicava na escolha pelos interessados – seja no julgamento de uma causa, seja na celebração de um ato jurídico – do ordenamento a ser aplicado. Entretanto, a partir do século X o princípio da *territorialidade* ganha relevo em detrimento do da personalidade, haja vista o fracionamento do poder político, a importância da riqueza imobiliária e a vinculação dos indivíduos à comunidade local (VICENTE, 2018a, p. 111-112; DAVID, 1973, p. 24).

A rigor, não se mostra perfeitamente delineável saber em que medida o *direito erudito* (fruto das compilações) prevaleceu ou foi substituído e adaptado pelo *direito vulgar*, aplicado espontaneamente, enquanto normas de convivência social. Segundo René David (1973, p. 25-26), no período denominado Alta Idade Média (século V ao XI), verifica-se um certo retrocesso a um estado mais primitivo, no qual não há mais uma autoridade a impor normas ditas jurídicas; normas de comportamento social confundem-se com o que se poderia ter como “jurídicas”; a jurisdição competente não é fácil de ser identificada; o processo é permeado com concepções sobrenaturais e o sistema de provas não é racional (juízo de Deus, juramentos, ordálias ou simplesmente a arbitrariedade de uma autoridade local). Daí porque o autor falar em “fim do reinado do Direito”.

Como adiantado, a retomada dos estudos do Direito Romano pelas Universidades foi o ponto de inflexão na história do desenvolvimento da ciência jurídica europeia continental. Primeiramente, constitui-se no esforço de delinear os institutos e leis romanas a partir das compilações justinianeias (*glosadores*).¹⁷² Posteriormente, por volta do século XIV, a escola dos *pós-glosadores* busca superar o casuísmo e o empirismo daquele Direito, abandonam o descobrimento de “soluções romanas” para empreender a sistematização racional e unificadora, adaptada às novas condições sociais, aperfeiçoam aquela ciência para dotar “os juristas com categorias, conceitos e métodos que lhes orientem na busca de soluções justas [...]” (DAVID, 1973, p. 31): fenômeno denominado *usus modernus Pandectarum*.

O ensino universitário culminou na formação do “direito comum” (*ius commune*) continental, assim denominado não por sua homogeneidade – que, de fato, não

¹⁷² Para o aprofundamento sobre como os glosadores desenvolveram seus trabalhos, cf. WIEACKER, 1967, p. 50-56.

havia¹⁷³ –, mas pela adoção de cânones comuns do mesmo objeto de estudo (Direito Romano) sobre o qual debruçavam-se as pesquisas, disseminados por literatura escrita em língua universal (latim). Naturalmente, a tendência de unidade desse Direito era mais acentuada no círculo universitário, cuja adoção e aplicação na prática era bastante problemática, em razão da força dos costumes locais e da pouca penetração dos estudos da alta cultura na vida cotidiana das populações com particularidades jurídicas regionais (HESPANHA, 2019, p. 115).

Nesse ambiente, ganha força a Escola do Direito natural¹⁷⁴ (sobretudo nos séculos XVII e XVIII), que preconiza justamente investigar princípios jurídicos universais e racionais, imutáveis, comuns a todos os povos e tempos. Em consequência, a comunidade jurídica europeia (continental) se fortalece com a adesão e acesso aos mesmos princípios. Esse traço ganha relevo na medida em que, ao contrário do *Common Law* – cujo desenvolvimento se deu em grande parte em razão da existência de um poder real e tribunais centralizados¹⁷⁵ –, o sistema romano-germânico fundou-se sobre uma comunidade de *cultura*, independentemente

¹⁷³ Sobre a heterogeneidade dos Direitos aplicados no continente, o grau de recepção do Direito Romano nos diversos locais, a variação da influência dos estudos universitários e a relação tensional entre o Direito erudito e o vulgar (costumes locais), cf. DAVI, 1973, p. 37-46; HESPANHA, 2019, p. 119 e 131-133.

¹⁷⁴ A expressão *direito natural*, nesse ponto da exposição, foi empregada no sentido mais conceitual e menos histórico, tal como o fez Alberto Trabucchi (1968, p. 10-11) ao estabelecer a distinção dessa noção com a de direito positivo: um complexo de regras que surge da natureza intrínseca das relações humanas e não da vontade do legislador. No sentido moderno, ressalva o autor, o direito natural conhece e aceita a história, superando a concepção de eterna imutabilidade de princípio; vive na consciência do povo e, individualmente, na razão humana; também representa o ideal de justiça a que os homens aspiram. Aqui não se pretende fazer uma explanação da evolução histórica do *jusnaturalismo*, por não ser o escopo da exposição. Sobre o tema, cf. GOYARD-FABRE, 2007, p. 5-57; VILLEY, 2009, *passim*; HESPANHA, 2019, p. 301-332. Mesmo a noção moderna de direito natural não é unívoca: “Ao rejeitar a concepção metafísica de um direito natural em que os clássicos decifravam a norma ou o arquétipo do direito positivo das Cidades, o *jusnaturalismo* do século XVII de forma alguma realiza um movimento unívoco. Embora seja verdade que seu conceito já não refere à ‘natureza das coisas’ e sim à ‘natureza do homem’, essa discriminação é insuficiente para caracterizá-lo. Evoquemos, título de exemplo, o tratamento da idéia de *jus naturae* nas obras de Hobbes e de Spinoza. Embora em ambas as obras essa idéia pareça ter a mesma conotação, na medida em que o direito de natureza permite ao indivíduo perseverar em sua vida, tem no entanto ressonâncias filosóficas diferentes que evidentemente deixam sua marca na teorização do direito político pelos dois filósofos.” (GOYARD-FABRE, 2007, p. 51-52). Discorrendo longamente sobre Hugo Grócio, o “fundador do moderno *jusnaturalismo*”, e a influência de sua obra no direito privado, sobre institutos como origem, conteúdo e transmissão da propriedade, declaração de vontade, justiça contratual e casamento, cf. WIEACKER, 1967, p. 322-337.

¹⁷⁵ Nesse sentido também, Leontin-Jean Constantinesco (1998, p. 30): “De um lado, há uma vigorosa centralização do poder político: graças aos conquistadores normandos não acontece uma ‘uma feudalização da justiça’. A Inglaterra não conhece a fragmentação do poder e da soberania entre os senhores feudais, que, na França, a monarquia superará depois de vários anos. A Alemanha supera o fracionamento político somente na vigília do século XX. A Inglaterra tampouco conhece a fragmentação do Direito entre os costumes locais. Mediante uma centralização da administração da justiça, a monarquia cria as Cortes do Rei que desempenham papel determinante na elaboração e na unificação do Direito.”

da conformação *política* de cada lugar (DAVID, 1973, p. 28 e 32; HESPANHA, 2019, p. 119; BRUGI, 1946, p. 5).¹⁷⁶

Outro relevante elemento constitutivo da família romano-germânica é o Cristianismo. “Através do cristianismo, todo o direito positivo entrou numa relação ancilar com os valores sobrenaturais, perante os quais ele tinha sempre que se legitimar.” (WIEACKER, 1967, p. 18). O reconhecimento do valor transcendente do homem, criado à imagem de Deus e participante de Seus atributos, confere-lhe a *dignidade* reconhecida amplamente nos ordenamentos dessa família jurídica, seja no âmbito do Direito Privado, seja no Constitucional. Especificamente no Direito Civil, a incorporação dessa noção traduziu-se na atribuição de personalidade jurídica a todas as pessoas, a proteção aos direitos da personalidade e vedação de distinções decorrentes de origem, raça, sexo, credo etc. (VICENTE, 2018a, p. 112-113).¹⁷⁷

No âmbito das relações patrimoniais também se constata o impacto da concepção cristã. Concorrendo com a noção de liberdade de agir (ideia subjacente à liberdade contratual e de contratar), tem-se o valor da *solidariedade*. A consideração dos interesses da contraparte inspirou o delineamento do princípio da boa-fé e, conseqüentemente, a tutela e o reconhecimento dos deveres pré-contratuais, o respeito à equivalência das prestações, a revisão contratual quando da alteração das circunstâncias que deram ensejo ao negócio jurídico entabulado, proibição de usura etc. (VICENTE, 2018a, p. 115-116).

A influência da Igreja não se limitou aos valores que propugnava. O Direito Canônico exerceu papel fundamental para a conformação tanto do Direito material quanto para o processual da família jurídica sob análise, seja pelas matérias que lhe eram reservadas (matrimônio, por exemplo), seja por sua aplicação subsidiária e complementar (BRUGI, 1946,

¹⁷⁶ “Deste modo, a *iurisprudencia* romana clássica, se contribuiu para unificação dos direitos europeus até os dias de hoje, não foi por causa da sua difusão pelo Império, no período do seu maior brilho, mas porque constituiu um tesouro literário em que, mais tarde, se vieram a inspirar os juristas europeus.” (HESPANHA, 2019, p. 119).

¹⁷⁷ Os sistemas jurídicos em todas as fases da civilização romano-cristã, em maior ou menor escala, sempre interditarão atentados contra a pessoa. Condições mínimas de respeito ao indivíduo enquanto integrante da sociedade foram objeto de tutela dos ordenamentos, que, cada qual a sua maneira, protegiam a vida, a integridade física e moral. Os direitos da personalidade em si não foram concebidos na história recente da ciência jurídica. A novidade reside no tratamento que vem sendo dado a eles, pois foram incorporados modernamente de forma estruturada: “objeto de considerações de juristas, o que em verdade constitui a nova tendência é sua sistematização [...]”. (PEREIRA, 2004, p. 238). Formas de proteção à pessoa já podiam ser extraídas do direito grego (*kakegorias dike*) ou do romano (*vindicatio libertatis*, *potestas in se ipsum* e *actio iniuriarum aestimatoria*). Contudo, não se pode atribuir a esses institutos o *status* de tutela de direitos da personalidade como atualmente são abordados, haja vista que não havia na antiguidade clássica proteção à pessoa numa perspectiva integrada, correndo-se o risco de anacronia ao se estabelecer um paralelo acrítico (DONEDA, 2021, p. 74-76). O caráter relativamente novo de sua construção teórica implicou em acentuadas divergências quanto a uma conceituação global, natureza, extensão, especificação, até a própria existência. Entretanto, a evolução que se constata no pensamento científico permite fixar orientações básicas sobre a teoria dos direitos da personalidade e seus respectivos contornos (BITTAR, 2015, p. 30).

p 4-5). Em relação ao primeiro, destaca-se a atenuação do formalismo contratual que caracterizava o Direito Romano (*nuda pactio obligationem non parit*) a partir do princípio do consensualismo, emprestando tutela jurídica aos acordos de vontade sem forma específica (*nudo consensu*).¹⁷⁸ De igual maneira, é de uma glosa ao *Decreto* de Graciano¹⁷⁹ que surge a cláusula *rebus sic stantibus*, “nos termos da qual os contratos de longa duração apenas vinculam se e na medida em que se mantenham as circunstâncias contemporâneas à sua conclusão.” (VICENTE, 2018a, p. 118). Aponta-se, ainda, a valorização das soluções por equidade em detrimento do direito estrito e desformalização do direito das coisas – preeminência da posse sobre a propriedade (HESPANHA, 2019, p. 143). No aspecto processual, colheu-se do ordenamento Canônico a vedação das ordálias como instrumento probatório (IV Concílio de Letrán em 1215),¹⁸⁰ a atribuição de competência a um juiz profissional (com formação acadêmica) para julgamento das causas, distribuição dos ônus entre as partes de suas alegações,

¹⁷⁸ “[...] ‘aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.’ This was the systematic subdivision upon which Gaius based his exposition of the law of contractual obligations. We have, by now, made our way through all the four categories mentioned. We have seen that an obligation could arise either on the basis of certain formal arrangements between the parties or by virtue of the real act of handing over an object. One of the most significant achievements of the Roman lawyers was, however, that they were prepared to grant an action even in cases where nothing more than a mere agreement had intervened. These were the consensual contracts. But their number was limited. Only if the (informal) arrangement between the parties could be classified as *emptio venditio*, *locatio conductio*, *mandatum* or *societas* was it enforceable. This was the *numerus clausus* of contracts concluded (*nudo*) *consensu*. Conversely, then, a mere *pactum*, that is, an agreement that did not fit into one of these categories, was not actionable: ‘*nuda pactio obligationem non parit*’, as Ulpianus put this *regula iuris*.” (ZIMMERMANN, 1996, p. 508).

¹⁷⁹ “Durante a Idade Média, foi muito grande a relevância do Direito Canônico na Europa. Para tal contribuiu não apenas o papel nuclear desempenhado pela Igreja nos domínios espiritual e social, o qual lhe permitiu preencher o vácuo criado pelo colapso do Império Romano, mas também a circunstância de esse Direito ter sido reduzido a escrito muito cedo. As suas disposições fundamentais foram coligidas nos meados do século XII pelo monge italiano João Graciano (tido como o «pai» do Direito Canônico) no tratado intitulado *Concordia Discordantium Canonum* («Concordância de cânones discordantes»), também dito *Decreto* de Graciano, mais tarde incorporado no *Corpus Iuris Canonici*, do qual constitui a primeira parte. O *Decreto* foi, a par das *Decretais* dos Papas, um dos mais relevantes textos jurídicos produzidos na Idade Média. Recolhem-se nele, à imagem do *Digesto*, várias centenas de fragmentos de autoridades religiosas e seculares, que o autor procurou sistematizar, interpretar e conciliar entre si. Apenas foi substituído como principal fonte reveladora do Direito Canônico em 1917, aquando da promulgação do primeiro *Código de Direito Canônico* (*Codex Iuris Canonici*) pelo Papa Bento XV.” (VICENTE, 2018a, p. 117). No mesmo sentido, cf. HESPANHA, 2019, p. 141.

¹⁸⁰ Sobre a importância desse Concílio, René David (1973, p. 35) afirma: “La idea de que la sociedad debe regirse por el Derecho se impone en el siglo XIII. Un acontecimiento de singular importancia pone de manifiesto la necesidad de retornar a la idea de Derecho que se sintió en aquel tiempo: una resolución del Concilio IV de Letrán (1215) prohíbe a los clérigos intervenir en procesos en los que se recurriese a las ordalías o al juicio de Dios. Esta decisión supone un cambio decisivo. La sociedad civil no estaría regida por el Derecho mientras los procesos dependiesen de una intercesión de lo sobrenatural; el propio estudio del Derecho carecería de interés práctico mientras la solución de los litigios estuviese abandonada a un sistema no racional de pruebas. La decisión del Concilio IV de Letrán, al excluir tal sistema probatorio, supondrá, en los países de la Europa continental, la adopción de un nuevo procedimiento, de tipo racional, cuyo modelo será suministrado por el Derecho canónico; se abren así las puertas al reinado del Derecho.”

o processo escrito e a ampla recorribilidade da sentença (VICENTE, 2018a, p. 119; DAVID, 1973, p. 35-36).

Não se pode descurar, tampouco, da importância da Reforma protestante e seu impacto na concepção do Direito europeu (ocidental). A separação entre fé e razão inscrita na doutrina dos “dois reinos” de Martinho Lutero deu ensejo a um progressivo distanciamento do Direito Natural – como aquele acessível pela razão humana – e abriu caminho para, futuramente, o positivismo jurídico. O Direito era tido como matéria eminentemente mundana e de pouca importância (VICENTE, 2018a, p. 122-123; VILLEY, 2009, p. 309; WIEACKER, 1967, p. 296). Não se trata propriamente de negar a utilidade do ordenamento temporal, mas de se lhe desvalorizar como obra humana terrena, cujo papel dentro da teologia luterana estaria reduzido à contenção da desordem pela *força*. Em suma, fossem todos cristãos e seguissem a Palavra, o Direito não seria necessário; contudo, em sendo os homens em sua esmagadora maioria grandes pecadores, deixá-los em liberdade irrestrita, guiados pela própria consciência moral e religiosa, significaria a impossibilidade da vida em sociedade. Assim:

Então, primeiro, temos a *finalidade* do direito reduzida a esse objetivo transitório e puramente instrumental: a *repressão* dos pecadores, a fim de preservar um pouco de *ordem* neste mundo terrestre. Como já havíamos notado ser a tendência do agostinismo, Lutero pensa o direito sobretudo sob o aspecto do direito penal, do direito repressivo. O que desapareceu dessa noção da arte jurídica, em comparação com o direito natural clássico, é a justiça ‘particular’, o “*suum cuique tribuere*”, a atribuição a cada um de sua justa parte, como finalidade do direito. Como poderá o jurista continuar sendo, para Lutero, padre da justiça, *sacerdos justitiae*, segundo a fórmula romana? Culto idólatra, culto pagão. A justiça reveste-se para Lutero de um sentido totalmente diferente, que não tem mais lugar neste reino terrestre onde só se situa o direito. Atribuir a cada um o que lhe corresponde não interessa a esse velho monge para quem os únicos valores que contam são os da salvação, e nada significa para ele. Ele está condenado a dar à arte jurídica essa finalidade, aliás vaga e que ele, sem perda de tempo, esvazia – a salvaguarda de uma ordem temporal pela correção dos maus – e separa do valor eterno que era a justiça. Na verdade, não é mais no direito que Lutero pensa, mas em servir a moral e a política. A essa sombria interpretação da função do direito levaram-no a tradição da Sagrada Escritura e o texto da *Epístola aos Romanos*: “Não é em vão que o príncipe empunha o gládio, sendo ministro de Deus, encarregado de castigar quem pratica o mal.” (VILLEY, 2009, p. 315-316).

A partir do século XVII, a família romano-germânica experimenta crescente emancipação em relação à moral religiosa e busca a sistematização das leis sob a chave de um *jusracionalismo* distinto do tomista, pois descolado da noção de Direito conformado pelo *Logos* divino acessível pela razão humana: é esta própria que dita as máximas jurídicas, não mais derivadas da natureza das coisas (WIEACKER, 1967, p. 323). Esse novo espírito manifesta-se nas codificações, que inicialmente limitavam-se à compilação de regras e não tinham a unidade e a sistematicidade que marcam os verdadeiros *códigos* (VICENTE,

2018a, p. 125).¹⁸¹ Somente com a promulgação do Código Civil francês de 1804 o movimento ganha força e duradoura referência.

3.2.1 Sistema francês de responsabilização civil

O esforço de elaboração de um *sistema* inaugura um período de intensa racionalização do Direito no continente europeu. Afastando-se progressivamente da construção de institutos a partir de casos concretos – como o fazia a *iurisprudencia* romana e como, ainda, verificava-se na *Common Law* –, as máximas da razão substituem o empirismo, consolidam-se em princípios gerais e são assentadas em códigos, de cuja estabilidade e unidade pretende-se extrair a solução das lides.

Jean-Étienne-Marie Portalis (2007, p. 24),¹⁸² em seu famoso *discurso preliminar* (1801), torna evidente o jusnaturalismo racionalista como vetor axiológico que inspira o projeto do Código Civil francês,¹⁸³ ao afirmar o Direito como “razão universal”, “suprema razão fundada sobre a natureza mesma das coisas”, moralmente obrigatório, verdadeira “bússola”, sendo as leis o “compasso”. Mesmo objeto de diversas alterações,¹⁸⁴

¹⁸¹ “Entre os primeiros esforços no sentido da codificação sobressaem os que tiveram lugar na Alemanha – não por ação revolucionária, mas antes sob o impulso de governantes que se haviam por *déspotas esclarecidos*. Assim, em 1756 foi publicado na Baviera o *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis*; e em 1794 foi posto em vigor na Prússia o *Allgemeines Landesrecht*, o qual, aliás, não tinha exclusivamente por objeto o Direito Privado, pois ocupava-se também de matérias de Direito Público. Não se tratava, em qualquer destes casos, propriamente de códigos na aceção acima referida, mas antes de compilações de regras (a primeira das quais, aliás, com caráter meramente subsidiário relativamente aos Direitos territoriais). Por outro lado, enquanto expressões de uma razão imposta autoritariamente, não se mostravam aptas a fim de conquistar a adesão das populações a que se dirigiam.” (VICENTE, 2018a, p. 125).

¹⁸² Portalis foi nomeado por Napoleão Bonaparte para compor uma comissão de renomados juristas com o objetivo de redigir o projeto do Código Civil (DAM, 2013, p. 51).

¹⁸³ “Apesar da imagem legalista que se criou desta escola [da exegese], os juristas que lhe correspondem oscilam entre a fidelidade aos novos códigos e uma substancial adesão ao jusnaturalismo que dominava na segunda metade do século XVIII. Logo no discurso de apresentação do projeto do Código Civil ao Conselho de Estado, Jean-Etienne-Marie Portalis salienta que, afinal, o novo código não seria mais do que a redução a artigos das aquisições de gerações de juristas que, possuidores de uma especial capacidade de reflexão sobre o direito e da autoridade que daí provinha, tinham podido sondar na razão natural as melhores máximas para regular a sociedade.” (HESPANHA, 2019, p. 404).

¹⁸⁴ *Ordonnance* n° 2006-346, de 23 de março 2006, que introduziu no Código o Livro IV sobre as garantias; Lei n° 2008-561, de 17 de junho de 2008, que alterou os arts. 2219 e seguintes relativos ao regime da prescrição; *Ordonnance* n° 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016, reformou o Direito dos Contratos e o regime geral e da prova das obrigações. Sobre as alterações, cf. VICENTE, 2018a, p. 126.

promulgado em 1804 (com vigência desde janeiro de 1806), o *Code*¹⁸⁵ permanece ainda em vigor, contando com mais de dois séculos de aplicação.

Apesar de refletir o espírito da Revolução Francesa (1789) – proclamando princípios como igualdade civil, liberdade individual, separação de poderes e garantia da propriedade privada –, o Código Napoleão é fruto da consolidação de séculos de desenvolvimento do Direito gaulês,¹⁸⁶ apresentando elementos do Direito Romano, Canônico, costumes locais e as contribuições dos juristas Domat, Pothier e Bourjon, sobretudo o esforço de sistematização (DAM, 2013, p. 51; DIAS, 2006, p. 30). Contudo, não se pode negar a originalidade não apenas do Diploma legislativo em si, mas também das circunstâncias que ensejaram sua promulgação. Há uma clara solução de continuidade com os projetos codificadores anteriores. No plano político, o *Code* advém de ato de transformação revolucionária. No plano filosófico, constitui inédita consolidação de planificação global da sociedade através de ordenação sistemática e inovadora do Direito, empreendimento cujo pressuposto “[...] é constituído pela convicção, própria do iluminismo, de que a atuação morigeradora e racional dos governantes ou da vontade comunitária geral criaria por si só uma sociedade melhor.” (WIEACKER, 1967, p. 366). Assim:

Os códigos aparecem agora, é certo, como instrumentos de renovação da sociedade, mas esta renovação consiste na instauração de uma ordem global, sistemática, duradoura, correspondente a um saber certo e evidente acerca da natureza do homem. [...] Depois, os códigos manifestam o espírito do jusracionalismo quanto ao sentido das suas disposições, porque eles tendem a apresentar-se como conjuntos de disposições libertas das contingências do tempo e da política e, por isso, tendencialmente universais e eternos. Como escreverá um dos comentadores do *Code civil* francês de 1804, a sua validade universal decorreria de que ele gozaria da ‘autoridade da razão, onde não pudesse valer-lhe a autoridade da lei’, Locré de Roissy, 1805). Por isso também é que as matérias mais circunstanciais e mutáveis deviam ficar fora dos códigos. (HESPANHA, 2019, p. 337-338).

A caracterizar o novo Código, destaca-se, em linhas gerais, o *individualismo liberal* (por exemplo, o dogma da vontade), *laicismo* (efeitos concedidos apenas o casamento civil, possibilidade de divórcio e adoção), adoção do modelo de *família patriarcal* (dever de obediência da mulher em relação ao marido e sua incapacidade relativa negocial) (VICENTE, 2018a, p. 128). Ao se desvencilhar do modelo econômico feudal, ganha corpo no ordenamento

¹⁸⁵ Referido por Mario G. Losano (2022, p. 59) como “novo texto sagrado”; por Cees van Dam (2013, p. 52) como “um dos monumentos da nação francesa”.

¹⁸⁶ Segundo Cees van Dam (2013, p. 51): “In contrast to the German BGB (Section 401-1) the French *Code civil* confirmed rather than created legal unity.”

jurídico francês o preceito da liberdade contratual – e o respeito ao que pactuado: *pacta sunt servanda* –, a proteção do uso autônomo da propriedade e a livre concorrência econômica (ROPPO, 2009, p. 41).¹⁸⁷ A liberdade individual manifesta-se não apenas nos contratos, mas também na sucessão hereditária, não mais dinástica (LOSANO, 2022, p. 61-62; SILVA; MATOS, 2015, p. 1.566).

No âmbito da responsabilidade civil, a estrutura do *Code* é “bastante simplista”.¹⁸⁸ Da síntese apresentada por Cees van Dam (2013, p. 52), extrai-se três categorias de responsabilização: subjetiva por ato próprio, objetiva pelas coisas e por atos de terceiros.

A primeira é regulada pelos artigos 1.240¹⁸⁹ e 1.241¹⁹⁰, cujos requisitos de configuração são dano (*dommage*),nexo de causalidade (*lien de causalité*) e *faute* (consistente

¹⁸⁷ “Se atentarmos na disciplina que o legislador francês de 1804 ditou para a matéria contratual, e sobretudo se a confrontarmos com a contida no código italiano vigente, um elemento ressalta antes de qualquer outro: o relativo à sua *colocação sistemática*, e, portanto, à posição que tal disciplina ocupa no complexo corpo do código, e as suas relações com os outros institutos, com as outras matérias que neste encontram a sua regulamentação jurídica. Enquanto no nosso código o contrato é disciplinado num livro próprio (o quarto, que se refere as obrigações – e por isso as relações entre devedor e credor – das quais o contrato constitui justamente a fonte mais importante), no *code civil*, ao invés, os artigos que lhe dizem respeito encontram-se num livro (o terceiro) dedicado em geral aos «diversos modos de aquisição da propriedade». Desta forma, o instituto do contrato assume, num certo sentido, uma *posição não autônoma, mas subordinada, servil, relativamente à propriedade*, que se apresenta como instituto-base, em torno do qual e em função do qual são ordenados todos os outros: o contrato, em suma, surge na consideração do legislador só no seu papel de instrumento (um dos instrumentos, a colocar ao lado de outros susceptíveis de desempenhar a mesma função, como por exemplo a sucessão *mortis causa*, que não por acaso são contemplados no mesmo livro) de transferência de direitos sobre coisas, e, portanto, em primeiro lugar, o direito de propriedade. As razões deste estreitíssimo nexos, instituído já em sede sistemática, entre contrato e propriedade não poderiam ser mais claras: o contrato e o poder de contratar livremente são assim perspectivados, nas enunciações ideológicas de princípio, como meios de expressão da liberdade pessoal do indivíduo, finalmente liberto dos antigos vínculos; mas, mais ainda, são considerados, no concreto da disciplina positiva da lei, como *instrumentos de circulação da riqueza* (e, portanto, da propriedade, que representa o seu símbolo jurídico). Entre os dois aspectos, por outro lado, não parecia existir contradição, tanto mais que a ideologia dominante procedia ao seu harmônico posicionamento num quadro no qual os mesmos se integravam e completavam reciprocamente. Em toda uma tradição do pensamento jurídico-político oitocentista, destinada a perpetuar a sua influência também no século seguinte, *liberdade e propriedade* estavam, de facto, associadas à maneira de um binômio indissolúvel: a propriedade (privada) é o fundamento real da liberdade, o seu símbolo e a sua garantia relativamente ao poder público, enquanto, por sua vez, a liberdade constitui a própria substância da propriedade, as condições para poder usá-la conformemente com a sua natureza e com as suas funções; sem propriedade, em suma, não há liberdade, mas inversamente, não pode haver propriedade dissociada da liberdade de gozá-la, de dela dispor, de transferi-la e fazê-la circular sem nenhum limite (e portanto dissociada da liberdade de contratar).” (ROPPO, 2009, p. 41-43).

¹⁸⁸ No mesmo sentido que Cees van Dam, sustenta Mafalda Miranda Barbosa (2018, p. 10): “O que se extrai da breve leitura do regime ainda vigente em matéria de responsabilidade civil extracontratual, em França, é o caráter simultaneamente sincopado da disciplina legal, a exigir um esforço de redensificação dos critérios à jurisprudência e à doutrina, e uma polarização do sistema na violação do dever. Por outro lado, a ainda clara matriz jusracionalista do modelo delitual influenciou a necessidade sentida pela doutrina de propor uma modernização deste setor do direito civil.”

¹⁸⁹ “Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.” Tradução livre: “Qualquer ato do homem, que cause dano a outrem, obriga aquele por cuja culpa [*faute*] ocorreu, a repará-lo.”

¹⁹⁰ “Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.” Tradução livre: “Todos são responsáveis pelos danos que tenham causado não só pelo seu ato, mas também por sua negligência ou sua imprudência.”

em conduta negligente). Com o passar do tempo, a responsabilidade subjetiva vai perdendo espaço para novas hipóteses de responsabilização objetiva, notadamente envolvendo situações de morte, dano à pessoa e à propriedade. O próprio Código Civil francês prevê em seus artigos 1.242 a 1.244 hipóteses de responsabilização civil independente de culpa, dentre as quais danos causados por crianças, empregados, prédios e animais (BARBOSA, 2018, p. 9). Nesse ponto fundamentada na teoria do risco, a responsabilização “cria uma consciência mais clara da solidariedade” e protege o interesse das vítimas, garantindo a segurança contra empreendimentos nocivos (RIPERT, 1937, p. 215).

De toda forma, o Código francês, ao contrário do alemão – baseado no *Enumerationprinzip*, em que apenas determinados bens indicados pela lei (§ 823 I BGB) são objeto de tutela (BARBOSA, 2018, p. 2; TEIXEIRA NETO, 2017, p. 1176-1177) –, não condicionou a responsabilização civil à violação de determinados interesses ou direitos subjetivos, tampouco apresentou definição legal do que se consideraria *faute*, maleabilidade que transferiu à jurisprudência a densificação dos elementos caracterizadores das hipóteses de indenizabilidade (FRAZÃO, 2011, p. 19).

Originariamente, o artigo 1.382 (atual 1.240)¹⁹¹ seria aplicável para atos comissivos e o 1.383 (atual 1.241) para os omissivos, distinção que progressivamente foi perdendo relevância, na medida que esses dois dispositivos foram sendo utilizados como regras gerais de responsabilização civil, espécie de “rede de segurança”. Mesmo em se invocando outras normas de atributivas de responsabilidade, pode o magistrado valer-se, de ofício, dos mencionados artigos a fim de assegurar ao demandante a indenização que lhe é devida, sobrepondo-se estatutos de regência.

Como visto, os pressupostos para configuração do dever de indenizar são *faute, dommage e lien de causalité*. O primeiro requisito constitui-se, em linhas gerais, pela não observância de um padrão de cuidado, culminando em conduta negligente. Ao contrário do Direito inglês, não se exige um *dever* de cuidado prévio,¹⁹² alargando-se, portanto, as situações de responsabilização. Nesse sentido, Georges Ripert (1937, p. 205) sustenta que não se pode chegar a uma definição satisfatória de *faute*, chamando-a de “Proteu”, deus marinho da mitologia grega que tinha o dom de assumir a forma que quisesse.

¹⁹¹ A renumeração dos artigos se deu após a reforma do Código Civil francês em 2016 com o escopo de modernização do direito dos contratos.

¹⁹² “Contrast French law, where the concept of ‘duty’ is entirely absent from the *Code civil* and the case law.” (WINFIELD; JOLOWICZ, 2006, p. 134, nota 12).

A importância desse elemento reside na identificação dos prejuízos reconduzíveis a pessoa causadora do dano, pois, via de regra, em não havendo *faute*, a vítima suportaria o ônus da perda. Distingue também as hipóteses em que não seria possível a imputação, a caracterizar eventual caso fortuito ou força maior (SAVATIER, 1974, p. 285). Define-se a *faute* como “[...] a violação de um dever que o agente teve a possibilidade de conhecer e observar.” (SAVATIER, 1974, p. 287, tradução nossa).¹⁹³

Dentre as diversas formas de se estabelecer a *faute*,¹⁹⁴ aponta-se comumente a violação de um dever legal (*violation d’un devoir legal*), considerado em seu aspecto absoluto, ou seja, mesmo que o escopo da norma não seja a proteção daquela vítima específica, toda violação que implique em dano a alguém ensejará o ressarcimento ao ofendido. Os conceitos abstratos de bom pai de família (*le bon père de famille*), homem justo e cauteloso (*l’homme droit et avisé*) ou bom profissional (*le bon professionnel*) elaborados pela doutrina também são usados como referência na identificação de *faute*. O cometimento de crime culposos, independentemente do desfecho na seara criminal, é outra hipótese em que se vislumbra a caracterização da *faute*, em razão da autonomia das instâncias. Ainda, afigura-se como elemento caracterizador o abuso do direito (*abus de droit*), para cuja verificação exigia-se, num primeiro momento, a intenção de prejudicar ou má-fé (*intention de nuire, faute dolisive* ou *mauvaise foi*), mas que também passou a ser reconhecido em situações mais amplas de conduta fora do que razoavelmente se espera – *reasonable man* (DAM, 2013, p. 57-59).¹⁹⁵

¹⁹³ O trecho original: “Elle doit se définir comme la violation d’un devoir que l’agent avait la possibilité de connaître et d’observer.” (SAVATIER, 1974, p. 287).

¹⁹⁴ Segundo Cees van Dam (2013, p. 58), Albert Rabut apontou 23 definições de *faute* na literatura jurídica francesa.

¹⁹⁵ A noção de *faute* é tão cara ao sistema de responsabilização civil francês, que já foi identificada, inclusive, com as hipóteses de descumprimento contratual: “Mas, estando a responsabilidade aquiliana no direito francês profundamente atrelada à noção de *faute* (à semelhança do que aconteceu com o ato ilícito na experiência brasileira), a designação das perdas e danos como hipótese de responsabilidade civil associou-se à consolidação da ideia de que também a inobservância de um dever contratual implicaria uma *faute*. Há quem afirme ter sido Marcel Planiol o futor da noção de responsabilidade contratual na França, justamente por ter reconhecido nos contratos a mesma *faute* caracterizada nos delitos – muito embora o autor não pretendesse autonomizá-la, e sim negar a existência de um dever contratual de segurança, de modo a reconduzir os danos por acidentes corporais na execução dos contratos à *faute* aquiliana.” (SOUZA, 2023, p. 11). Sobre as origens históricas do tratamento distinto dispensado à responsabilização civil aquiliana e contratual, tem-se: “Parece aplicável à tradição codificada brasileira a ponderação que Giorgio GIORGI fazia a respeito do *Code* francês e do Código italiano original, de 1865. Indagava o autor: ‘Mas se a reparação do dano por força de inadimplemento das obrigações nada mais é do que uma das tantas maneiras de reparação por fato ilícito, por que o legislador delas tratou de forma separada a propósito das obrigações mais importantes [isto é, as reparações por inadimplemento contratual]?’ Respondia o autor que os juristas romanos jamais consideraram uma obrigação nova a que nasce do inadimplemento contratual, mas a viam como uma continuação da anterior. A despeito da superação dos motivos procedimentais que o justificavam, ‘esse método sobreviveu ao direito romano por tradição constante, e é a primeira razão pela qual os legisladores modernos trataram nos Códigos das obrigações ao ressarcimento do dano por inadimplemento contratual em sede separada das obrigações ao ressarcimento dos danos por delito ou quase-delito’ (*Teoria delle*

A culpa, no Direito francês, envolve tanto o ato doloso quanto o culposo. A análise do dolo se dá sempre *in concreto*, enquanto a culpa *in abstracto*. O primeiro verifica-se nas circunstâncias concretas para se extrair da subjetividade do agente sua *intenção*. A segunda é deduzida da comparação do comportamento do autor com o padrão de conduta esperado nas mesmas circunstâncias. Já a culpa grave assemelha-se e é equiparada ao dolo, quando o legislador não distingue o tratamento, seja na responsabilidade civil delitual seja na contratual. Parte-se da máxima latina *culpa lata dolo aequiparatur; magna culpa dolus est*. A ideia subjacente, extraída das interpolações ao texto romano, é que “um estúpido é, talvez, mais perigoso que um malvado”. Apesar das vivas críticas a essa equiparação, sustenta-se que, em não havendo a assimilação, os malvados sempre alegariam estupidez, fugindo ao regime mais rigoroso de responsabilização (MAZEAUD; MAZEAUD, 1969, p. 111-113).

A *faute* é integrada por dois elementos: um objetivo, consistente na violação de um padrão de cuidado; e um subjetivo, a imputabilidade (SAVATIER, 1974, p. 287; DIAS, 2006, p. 59).¹⁹⁶ Esse segundo elemento tem gerado intenso debate sobre seu significado. Por um lado, parte da doutrina identifica a imputabilidade como a consciência de discernir o *fautif* do *non fautif*.¹⁹⁷ Tradicionalmente, sustentava-se que “[...] só as pessoas dotadas de razão são

obbligazioni nel diritto moderno italiano, vol. II, cit., pp. 118-119. Tradução livre.” (SOUZA, 2023, p. 30, nota 204).

¹⁹⁶ Em posição crítica, José de Aguiar Dias (2006, p. 59): “Em compensação, porém, é chocante a maneira por que a massa dos doutrinadores resiste, fiel às idéias hereditárias, contra aqueles dois elementos construtivos do direito, não querendo aceitar senão a culpa como princípio natural e legítimo da responsabilidade civil. Sua ingênua convicção é de que a culpa, encarada nos artigos do Código Civil, é a mesma culpa subjetiva do direito justinianeu. Essa interpretação errônea se deve ao uso ambíguo, mais ou menos inconsciente, dos dois sentidos da palavra *faute* (senso objetivo: infração à maneira de agir de um tipo-modelo determinado; e senso subjetivo: censura moral imputável ao agente), e nesse equívoco incorre o próprio legislador. Acresce que essa interpretação se opera por um sistema artificial de presunção, as mais das vezes de ficções de culpa. Assim, tem-se como estabelecida a culpa a cargo de pessoas ou grupo de pessoas a quem não se poderia formular a menor censura.”

¹⁹⁷ A noção de imputabilidade que informa a *faute* não se confunde com maioridade civil ou capacidade: “É impossível definir-se precisamente a idade em que o ser humano alcança o uso da razão e, por conseguinte, seja capaz para a maldade, alguns desfrutando disso antes que outros; sendo assim é que a questão deve ser avaliada segundo as circunstâncias. Porém, desde que uma pessoa tenha o uso da razão, e que se verifique, no ato pelo qual causou algum dano a outro, premeditação ou maldade, esse ato é um delito, e a pessoa que o cometeu, mesmo que não tenha alcançado ainda a idade da puberdade, contrata a obrigação de reparar o dano causado. Daí nasce esta máxima: *Neminem in delictis aetas excusat*. A imprudência é desculpada muito mais facilmente nos jovens.” (POTHIER, 2002, p. 114). Da mesma forma, o Direito civil italiano: “Presupposto della colpevolezza è l'imputabilità. L'imputabilità è regolata nell'art. 2046 nel senso che non è responsabile del fatto illecito chi non aveva la capacità di intendere o di volere al momento in cui lo ha commesso. Beninteso, purché lo stato di incapacità non derivi da sua colpa, come sarebbe dell'ubriaco che volesse addurre la sua ebbrietà come scusa per sottrarsi alle conseguenze degli atti compiuti. Dall'art. 2046 si ricava che l'atto illecito non si applicano le regole comuni sulla capacità di agire: e sarà responsabile il minore quando sia capace di intendere e di volere, così come l'interdetto in un periodo di lucido intervallo, mentre al contrario dovrà talora ritenersi incapace anche il maggiore di età non interdetto: si deve guardare in concreto di caso in caso. Quando il fatto dannoso è compiuto da un soggetto incapace di intendere o di volere risponde delle conseguenze la persona che ne aveva la sorveglianza: art. 2047.” (TRABUCCHI, 1968, p. 218-219). Tradução livre: “Pressuposto da culpabilidade é a imputabilidade. A

capazes para cometê-los [delitos ou quase-delitos], pois os que não a têm, como crianças e insensatos, não são capazes nem para a maldade, nem para a imprudência.” (POTHIER, 2002, p. 113).

A jurisprudência já vinha atenuando a irresponsabilidade dos menores e deficientes mentais, situando como critério decisivo o *discernimento*. Após firmar o entendimento que, em regra, não seriam responsáveis civilmente, as Cortes francesas temperaram esse princípio com a identificação de algumas exceções. Ilustrativamente, se a insanidade decorresse da culpa do insensato (e.g. alcoolismo), deveria responder pelos danos causados em razão dessa culpa. Para eximir o “louco”, exigia-se que a demência fosse total, além de se lhe carrear o ônus de comprovar que, no momento do ato, estaria desprovido de sua capacidade de autodeterminação (MAZEAUD; MAZEAUD, 1969, p. 116-117).

Por outro lado, advoga-se, atualmente, a objetivação da categoria, encarando-se a *faute* como um conceito social, sem conteúdo moral, desvinculando a imputabilidade da capacidade de discernimento do agente, possibilitando a responsabilização de criança ou deficiente mental. No centro da controvérsia, tem-se o artigo 489-2¹⁹⁸ do Código Civil francês, que estabelece a responsabilização da pessoa que cause um dano mesmo acometida de transtorno mental (BARBOSA, 2018, p. 3-4, notas 2 e 3).

Introduzido no *Code* em janeiro de 1968, o referido artigo foi celebrado pelo então Ministro da Justiça como uma “pequena revolução legal” (DAM, 2013, p. 271). A Corte de Cassação passou a conjugar a aplicação do artigo 489-2 com a regra geral do artigo 1.240 a fim de não mais exigir discernimento à responsabilização do agente que cause um dano, estendendo sua abrangência aos menores de idade. Em 1984, a *Cour de cassation* julgou o caso de uma criança de cinco anos de idade que teria sido morta atropelada após correr inopinadamente para o meio da rua. A indenização devida aos pais da criança (autores da ação) foi reduzida pela metade sob o fundamento de que o comportamento objetivamente imprudente

imputabilidade é regulada no art. 2.046 no sentido de que quem não teve capacidade de entender ou querer no momento em que o cometeu não responde pelo ato ilícito. Claro, desde que o estado de incapacidade não decorra de sua culpa, como seria para o bêbado que quisesse alegar sua embriaguez como justificativa para escapar das consequências dos atos que cometeu. Do art. 2.046, resulta que ao ato ilícito não se aplicam as regras comuns sobre a capacidade de agir: e será responsável o menor quando for capaz de entender e querer, bem como o interditado em período de intervalo lúcido, enquanto, ao contrário, às vezes terá de se considerar incapaz o maior de idade não interditado: deve-se analisar concretamente caso a caso. Quando o ato lesivo for praticado por pessoa incapaz de compreender ou querer, as consequências correm por conta de quem o fiscalizou: art. 2047.”

¹⁹⁸ “Celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation.” Tradução livre: “Quem haja causado um dano a outrem encontrando-se sob efeito de um transtorno mental não é menos obrigado à reparação.”

do menor contribuiu para o desfecho danoso, ponderando-se a irrelevância de sua capacidade em discernir as consequências de seu ato. Da mesma forma, uma criança de sete anos de idade foi responsabilizada pelos danos que causou ao colega de escola depois de tê-lo empurrado contra um banco. O padrão de referência utilizado não foi o de pessoas da sua idade, mas do comportamento adulto – o bom pai de família: *le bon père de famille* (DAM, 2013, p. 272-273).

Verifica-se nas últimas décadas, em síntese, a tendência de objetivação da *faute*, abandonando-se a culpabilidade como elemento caracterizador. O referencial passa a ser padrão de conduta objetivamente constatável, aplicável a qualquer um, independentemente da capacidade mental ou nível de discernimento (DIAS, 2006, p. 60).

O dano (*dommage*), a exemplo da *faute*, não foi objeto de delimitação pelo Código Civil francês, relegando-se seu delineamento aos juristas. Ao contrário do sistema alemão (*interest-orientated*), não há no gaulês a enumeração de interesses tutelados cuja violação caracterizaria dano ressarcível (*damage-orientated*). A princípio, os requisitos básicos para sua configuração limitam-se a que o dano seja certo, pessoal ao demandante, subsistente (não tenha sido reparado) e atinja interesse legítimo (MAZEAUD; MAZEAUD, 1969, p. 55). Justamente em razão dessa conformação, já se questionou se o sistema francês não seria o “jardim do éden para as vítimas de danos” (BARBOSA, 2018, p. 4, notas 4 e 5; DAM, 2013, p. 353).

A terminologia utilizada pelo *Code* não distingue dano e prejuízo, valendo-se das expressões de forma intercambiável. Nessa linha, sustenta a doutrina tradicional serem os termos sinônimos (MAZEAUD; MAZEAUD, 1969, p. 58-59).¹⁹⁹ Contudo, contemporaneamente propõe-se diferenciar as expressões, referindo-se o dano à violação do bem jurídico (patrimônio ou pessoa) e o prejuízo às consequências dessa violação (JOURDAIN, 2021, p. 131).²⁰⁰

¹⁹⁹ “No es necesario definir el perjuicio, porque el sentido jurídico del término no es otro que su sentido corriente. Perjuicio es hoy sinónimo de *daño*. En su origen, ambas expresiones tuvieron una significación diferente: el *damnum* de la ley Aquilia era el ataque a la integridad de una cosa; ese ataque estaba sancionado sin que hubiera que averiguar si le infería perjuicio al propietario; y ningún otro perjuicio se hallaba sancionado. Los jurisconsultos romanos se esforzaron por sustituir la noción de *damnum* por la de perjuicio. En el lenguaje jurídico actual, como en el lenguaje corriente, daño significa perjuicio. A veces se emplea el término de daño en un sentido diferente: la reparación consiste generalmente en el abono de una suma de dinero, que se denomina en francés “*dommages-intérêts*” o “*dommages et intérêts*”. La palabra “*dommages*” (daños) no se refiere entonces al perjuicio, sino a la indemnización del perjuicio, al “resarcimiento” (en francés “*dédommagement*”), tal como lo explicaba DOMAT.” (MAZEAUD; MAZEAUD, 1969, p. 58-59).

²⁰⁰ Sobre a distinção, cf. seção 2.3, nota de rodapé nº 119.

Os requisitos à caracterização do *dommage* não são rígidos. Em relação à certeza, admite-se que o dano seja provável o suficiente para ser tomado em consideração. Nesse sentido, a teoria da perda da chance (*la perte d'une chance*)²⁰¹ é amplamente acolhida no direito francês, considerando-se certo o dano decorrente, não obstante baseado em probabilidade da ocorrência do evento vantajoso cuja perda se alega (MAZEAUD; MAZEAUD, 1969, p. 62). Ilustrativamente, a Corte de Cassação reconheceu a procedência da pretensão indenizatória de um criador de equinos que ficou impossibilitado, por dois anos, de treinar suas éguas de corrida – e que, portanto, não puderam disputar a competição – em razão de acidente sofrido por culpa do demandado (DAM, 2013, p. 338 e 353).

O fundamento da pretensão pela perda da chance encontra amparo nas duas normas gerais de responsabilização civil do Código francês (artigo 1.231-4: contratual; artigo 1.240: aquiliana). Entretanto, há previsão expressa de hipótese em que a perda da chance não é indenizável, estampada no artigo 1.112²⁰² do *Code*. Trata-se da ocorrência de *faute* durante as negociações de um contrato, situação na qual os prejuízos daí decorrentes não poderão englobar as vantagens visadas com o contrato que não foi entabulado, nem a perda da oportunidade em obter essas vantagens.

De igual forma, a pessoalidade do dano acaba por não se limitar à vítima direta. Admite-se o denominado dano por ricochete, que atinge esfera jurídica de terceiro que não suportou a ação injusta do agente – *victime par ricochet*.²⁰³ Em sendo um dos fatores de

²⁰¹ Sobre o tema, cf. AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. **Responsabilidade civil pela perda da chance**: natureza jurídica e quantificação do dano. Curitiba: Juruá, 2015.

²⁰² “L’initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d’obtenir ces avantages.” Tradução livre: “A iniciativa, o desenvolvimento e o término das negociações pré-contratuais são livres. Devem imperativamente atender aos requisitos da boa-fé. Em caso de negligência [*faute*] cometida nas negociações, a indenização pelos prejuízos daí resultantes não pode ter por objetivo compensar a perda das vantagens esperadas do contrato não celebrado, nem a perda da oportunidade de obter essas vantagens.”

²⁰³ Sobre a distinção que parte da doutrina francesa faz entre dano indireto e dano por ricochete: “Entendemos por *daño directo* el agravio sufrido por la víctima inmediata; y por *daño indirecto* el menoscabo soportado por otra persona distinta del damnificado inmediato. El daño que se ocasiona a los parientes de la víctima, fallecida como consecuencias de la comisión de un hecho ilícito, constituye el tipo clásico de daño indirecto. Esta especie de daño es conocida en la doctrina y jurisprudencia francesas con el nombre de ‘*dommage par ricochet*’, pero es de advertir que en el derecho francés la denominación de daño indirecto no corresponde al criterio sustentado en estas líneas. Para la mayoría de los autores franceses, daño indirecto es aquel *que no tiene una conexión inmediata con el hecho generador de responsabilidad*. De aquí, pues, que sea corriente entre dichos autores franceses la afirmación de que el daño indirecto no es indemnizable, y que Givord, por ejemplo, sostenga que el ‘*dommage par ricochet*’ es un daño directo y, por tanto, resarcible. Estimamos poco feliz el ensayo de los tratadistas franceses referente a la distinción entre daños directos e indirectos en base a la relación causal mediata o inmediata existente entre el hecho ilícito y el daño sufrido. El problema de la causalidad no debe confundirse con el de la naturaleza del daño sufrido, toda vez que ésta no varía en relación a la conexión existente entre hecho ilícito y agravio. El daño resultante de

limitação da responsabilização civil, a identificação do ofendido deve ser mediada pelo critério de proximidade, a se evitar a ampliação desmesurada do espectro de abrangência. Em regra, os familiares, vítima secundárias, são elegíveis ao ressarcimento (SILVA, 2015, item 1.3). Contudo, a condição de parente, por si só, não é suficiente. Por exemplo, não se reconheceu à avó direito à indenização pela morte dos pais do neto – cuja guarda lhe coube após o acidente – por se entender que sua compensação dar-se-ia pelo ressarcimento da criança (DAM, 2013, p. 354).

Distingue-se, na seara dos danos indiretos, os patrimoniais dos extrapatrimoniais. Os primeiros são reconhecidos àqueles que sofreram uma perda de subsídio (*perte des subsides*) que a vítima lhes pagava (v.g. pais, filhos, coabitantes, idosos etc.). De um modo geral, refere-se aos familiares da vítima direta, que necessariamente deve ter falecido, pois entende-se que, caso contrário, a indenização que vier a receber já restauraria completamente seus recursos, inclusive em relação aos dependentes. Os tribunais franceses são particularmente exigentes quanto à prova desse dano, exigindo-se não apenas a comprovação da efetiva dependência (a prestação do subsídio) como também uma probabilidade razoável de que os pagamentos continuariam após a morte da vítima. Os danos extrapatrimoniais, por sua vez, referem-se a dor pela perda de um ente querido. O problema enfrentado foi a multiplicidade das possíveis vítimas indiretas e, para conter o “fluxo de enlutados”, os tribunais passaram a estabelecer condições que restringiam o direito à reparação (JOURDAIN, 2021, p. 135-137).

A linha evolutiva no tocante a legitimação ativa a postular a pretensão indenizatória inicia-se com o reconhecimento de ampla gama de elegíveis, para em um segundo momento restringir em demasia os possíveis afetados. Atualmente, conciliando-se os entendimentos das fases anteriores, entende-se haver uma presunção de dano às pessoas ligadas ao ofendido por vínculo de parentesco, sujeitando-se os demais interessados ao ônus de comprovar ter padecido de grande sofrimento, dor ou prejuízo. Mais especificamente, a presunção socorre os filhos (maiores ou menores) e o cônjuge, submetendo-se os demais parentes ao ônus de demonstrar no caso concreto a afetação de sua esfera jurídica (SILVA; RODRIGUES JUNIOR, 2016, p. 220-221).

As hipóteses de prejuízo reflexo normalmente se verificam em casos de dano corporal, nos quais as vítimas secundárias possuem relação de afeto com o ofendido direto. O

una vinculación directa entre hecho y evento puede ser el mismo que el producido por un hecho ilícito no conectado de manera directa con el agravio.” (BREBBIA, 1950, p. 66-67).

“caso clássico” de dano por ricochete é o de homicídio, amplamente aceito nos ordenamentos estrangeiros como indenizável, seja por expressa previsão legal – como em Portugal ou no Brasil –, seja pelas cláusulas gerais de responsabilização, sem disposição específica, como na França e na Itália. Contudo, apesar do marcado desenvolvimento do dano por rebote, na França somente em situações excepcionais admite-se o reembolso por gastos funerários, haja vista que inevitavelmente os parentes arcariam com esse custo, independentemente do ilícito praticado contra a vítima, pois sua morte inapelavelmente e em algum momento ocorreria (SILVA; RODRIGUES JUNIOR, 2016, p. 213-217).

Por fim, o prejuízo não é ressarcível se entendido como interesse ilegítimo ou ilícito. Essas noções também acabam por sofrer variações com o desenvolvimento da ciência do Direito e as modificações nas relações sociais. Tome-se por paradigma a impossibilidade, até a década de 1970, de companheiros não casados serem indenizados pela morte do convivente. De igual forma, apenas recentemente passou-se a acolher o pleito ressarcitório por dano causado a parceiro amoroso do mesmo sexo (DAM, 2013, p. 367). De toda maneira, o requisito da lesão a interesse lícito (patrimonial ou extrapatrimonial) manifesta a tomada de posição no debate acerca da compensação pela perda de um bem ou rendimento ilicitamente obtido (BARBOSA, 2018, p. 24). Admite-se, também, o ressarcimento por despesas para se prevenir ocorrência de dano iminente, evitar seu agravamento ou atenuar suas consequências, na forma do que dispõe o artigo 1.251²⁰⁴ do *Code*.

O nexo de causalidade foi tratado originariamente no artigo 1.151²⁰⁵ do *Code*, pertencente à Seção IV, que cuida dos danos decorrentes da inexecução de contrato. Em que pese a topografia, o entendimento sedimentado é que tal regra também vale para a responsabilidade civil aquiliana, constituindo a noção geral de causalidade adotada pelo ordenamento civil. Estabelece o dispositivo que somente os danos que forem “consequência direta e imediata da inexecução” (*que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention*) são passíveis de ressarcimento. No âmbito extracontratual, “esta idéia de

²⁰⁴ “Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage, pour éviter son aggravation ou pour en réduire les conséquences constituent un préjudice réparable.” Tradução livre: “As despesas efetuadas para prevenir a ocorrência de dano iminente, para evitar seu agravamento ou para atenuar suas consequências constituem prejuízo reparável.”

²⁰⁵ “Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention.” Tradução livre: “Nos casos mesmo onde a inexecução da convenção resulta do dolo do devedor, os danos e interesses devem compreender, com respeito à perda provada pelo credor e ao ganho do qual ele foi privado, o que for uma consequência direta e imediata da inexecução da convenção.”

causalidade está nítida no artigo 1382 [atual 1.240]. Uma das condições da responsabilidade civil cuja observância é controlada pela C orte de Cassa o   a existência dum laço entre a culpa e o prejuízo.” (RIPERT, 1397, p. 214).

Determinar o caráter imediato e direto do prejuízo acabou por mostrar-se tarefa dificultosa   doutrina e   jurisprudência.²⁰⁶ Segundo Cees van Dam (2013, p. 319), o tratamento dispensado a essas no es se deu, frequentemente, de forma bastante “generosa”, reconhecendo-se liame causal em situa es tais como a da companhia de vagonetes, que teve o pleito ressarcitório acolhido face ao causador de um acidente automobilístico que obstruiu os trilhos da empresa, impedindo o desenvolvimento de sua atividade. A Corte de Cassa o reconheceu a indenizabilidade pelo lucro que a companhia deixou de auferir em razão da suspensão do serviço. Ainda de acordo com o mesmo autor, os juristas franceses não se debruçaram sobre a questão do *lien de causalit * a ponto de desenvolver teorias aprofundadas, limitando-se a elabora o de doutrinas de pequena escala (*small-scale*), nenhuma das quais angariando consenso razoável, sendo em larga medida desconsideradas pela jurisprudência. O problema da defini o da causalidade intensifica-se na responsabilidade objetiva, na qual a culpa não exerce o papel refratário de identifica o do agente responsável na cadeia dos atos que precedem o ilícito, sustentando Georges Ripert (1937, p. 219), em posicionamento crítico, tratar-se de questão “insolúvel”.²⁰⁷

²⁰⁶ Essa dificuldade também se apresentou no âmbito do direito italiano: “Pero es cierto, igualmente, que no se soluciona dicha cuestión aplicando a la letra 15 la disposición reproducida en el art. 1223 del nuevo código, en virtud del cual el resarcimiento sólo se debe por daños que sean respecto del incumplimiento como ‘consecuencia inmediata y directa’. El concepto así expresado es muy a menudo inservible. Pongamos un ejemplo: yo doy un martillazo (hecho imputable); el efecto (consecuencia inmediata y directa), es la ruptura, la deformación o el estropeamiento del objeto sobre el cual aquél ha caído,  Cu l es el daño resarcible? A la luz de aquel criterio, no sería más que el valor - o la disminución del valor - del objeto destruido deformado o estropeado -. Pero en la práctica, muchas veces esto sería irrisorio. Supongamos que la cosa destruida es un vaso de mucho valor; el propietario queda resarcido cuando recibe su valor, y hasta aquí estamos de acuerdo: no hay, o no aparece, otro daño resarcible. Pero supongamos que la cosa fuese el modelo de un invento listo para ser registrado, o una mercadería destinada a alimentar una industria, y que a causa de la destrucción quedara comprometida la patente o registro del invento (por haber precedido, en ese tiempo la patente de otro modelo id ntico) o se hubiera detenido la industria: si el resarcimiento se limitase al valor de la materia de que estaba hecho el modelo o al valor venal de la mercadería, sería irrisorio en el primer caso e insuficiente de todos modos en el segundo. Pero, por otra parte, para comprender en él algo más, hay que superar el nexo de ‘consecuencialidad directa e inmediata’, ya que no hay duda de que la no patentizaci n y la pausa industrial no son ‘efectos’ del martillazo (hecho imputado), sino de la conseguida destrucción, del no arribo de la cosa a destino; y si tamb n es probable (probable, de todos modos, pero no cierto, ya que nadie puede establecer que no hubiera ocurrido otro incidente fortuito) que la destrucción o el no arribo no hubiesen existido de no haber ocurrido aquel primer hecho, precisamente esta deducción prueba, sin embargo, que el ‘nexo de causalidad’ entre el primer hecho y el último efecto no es inmediato, sino mediato: es decir, mediato por los efectos intermedios”. (BARBERO, 1967b, p. 82-83).

²⁰⁷ Defensor da teoria da culpa, repugna   Georges Ripert a responsabiliza o objetiva. Nesse sentido, afirma que a teoria do risco “tira   responsabilidade civil o elemento moral de que éste princípio extrai sua força e regula sua limita o. [...] Quando a teoria do risco entende fazer derivar a lei de responsabilidade da lei de causalidade, destrói a idéia moral que   a única que pode justificar a responsabilidade. [...] Tentando transportar para o mundo jurídico

A ilustrar as diversas concepções elaboradas, Gisela Sampaio da Cruz (2005, p. 96-111) apresenta algumas teorias cujo escopo foi o de tentar delimitar o que se poderia entender por causa “direta e imediata”. Propondo a Teoria da Causalidade Jurídica, Tomaso Mosca reputa apenas como juridicamente relevante as causas que constituem atos ilícitos, afastando o nexa decorrente de fatos naturais ou atos voluntários lícitos.²⁰⁸ Coviello, por sua vez, propõe exercício imaginativo de supressão do ato do devedor, autor do primeiro dano, a se verificar a subsistência do novo dano subsequente. O nexa romper-se-ia em caso positivo. A dificuldade dessa teoria reside na necessidade de se valorar qualitativamente o grau de relevância das concausas (“medir força”), o que culminaria em eventual inexatidão de soluções. Por fim, dentre as mais notórias tentativas de se emprestar interpretação adequada a noção de causa “direta e imediata”, tem a doutrina da *necessariedade*:

[...] criada por Dumoulin e Pothier, contou com o apoio de Colin et Capitant, Huc, Giorgi, Polacco, Chironi e Gabba. De acordo com a escola da *necessariedade*, o dever de reparar só surge quando o evento danoso é efeito necessário de determinada causa. Questionou-se, a princípio, se havia diferença de significado entre os termos "direto" e "imediato". Para a subteoria da *necessariedade*, a expressão "direto e imediato" deve ser interpretada, em conjunto, como "necessário". Segundo esta escola, ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, este só responde pelos danos que são consequência necessária do inadimplemento, mas não pelos originados de outras consequências não necessárias, de mera ocasião. Excluem-se, pois, os danos ulteriores, oriundos de novas causas, sempre que estas não sejam efeito imediato e direto do inadimplemento da obrigação. Assim, embora muitos sejam os fatores que contribuem para a produção do dano; nem por isso se deve chamar de causa todos eles, mas tão-só os que se ligam ao dano em uma relação de *necessariedade*, a romper o equilíbrio existente entre as outras condições. A Teoria do Dano Direto e Imediato

uma lei física de causalidade eficiente, a teoria do risco, cedendo a um falso espírito científico, introduziu realmente no direito um espírito materialista que me parece evidente.” (RIPERT, 1937, p. 216-219). Discorrendo sobre o debate, José de Aguiar Dias (2006, p. 72): “Não se pode negar a inspiração do positivismo penal em alguns partidários da doutrina do risco. Mas é preciso, desde logo, estabelecer que essa influência não foi tão grande como parece aos Mazeaud e a outros defensores da teoria da culpa, empenhados em atribuir à corrente objetivista uma tendência materialista, que repugna, de imediato, ao espírito jurídico. De que não é decisiva nem essencial aquela influência, temos prova no fato de ser precisamente à equidade, ao sentimento de solidariedade social, à revolta em face da desigualdade de fortuna, influenciando nos direitos reclamados pelas partes, as principais invocações com que se procura justificar a chamada teoria do risco. E, coisa curiosa, são precisamente os adeptos da doutrina tradicional, fervorosos defensores da dignidade da pessoa humana, supostamente sacrificada na teoria do risco, que chegam a escarnecer da equidade e da solidariedade social, classificadas como formas de mera caridade.”

²⁰⁸ "(...) quando no complexo dos elementos naturais e voluntários, sem os quais um acontecimento danoso não se teria verificado, há um fato ilícito, este é, juridicamente, causa do mesmo evento, e todos os outros elementos responsáveis não são senão simples condições. Se, pois, os fatos ilícitos são vários, o último se reputa causa direta e imediata e os outros, causa indireta e mediata do evento." (MOSCA apud CRUZ, 2005, p. 98). A explicar essa concepção: “Na perspectiva de Mosca, a causa direta e imediata seria tão-somente aquela relacionada ao último ato ilícito, sendo as demais causas consideradas simples condições do resultado, ou seja, ‘se um novo dano origina-se de fato natural, ou de pessoa não imputável, subsiste a responsabilidade do causador do primeiro dano; se o causador do segundo dano é pessoa imputável e o ato é ilícito, desaparece a responsabilidade do primeiro’. Dessa forma, a teoria não engloba os danos indiretos e aumenta a dificuldade por não levar em consideração os casos fortuitos e os fatos naturais como excludentes da causalidade e é exatamente neste ponto que repousa a crítica desta formulação.” (KÖHLER, 2009, p. 40).

distingue, então, entre o conjunto de antecedentes causais, a causa das demais condições. Se várias condições concorrem para o evento danoso, nem todas vão ensejar o dever de indenizar, mas apenas aquela elevada à categoria de causa necessária do dano. (CRUZ, 2005, p. 100-102).

Após a reforma de 2016, o nexo de causalidade passou a ser tratado no artigo 1231-4,²⁰⁹ com redação alterada em relação à original (artigo 1.151). Em que pese mais enxuta, a norma continua a estabelecer como critério de identificação do nexo a “consequência direta e imediata do descumprimento”, subsistindo, portanto, o debate sobre a forma adequada de delimitar essas expressões.²¹⁰

A responsabilidade civil objetiva, por sua vez, é tratada em diversos dispositivos do Código Civil francês. Pode advir de um fato de terceiro, nos termos do artigo 1242, que estabelece a responsabilização dos pais pelos danos causados pelos filhos menores que vivam consigo, enquanto exerçam o poder familiar; dos empregadores por atos de seus empregados; dos professores e artesões (mestres) por ato de seus alunos e aprendizes, enquanto estiverem sob sua vigilância. O artigo 1.243 versa sobre responsabilidade por guarda de animais; o artigo 1.244 por ruína de prédio. Prevê-se, igualmente, hipótese de responsabilidade objetiva nos artigos 1245 e seguintes (responsabilidade do produtor) e lida-se, a partir das normas dos artigos 1246 e seguintes, com uma categoria especial de dano: o ecológico. À exceção desse último tipo de dano, os precedentes já estavam previstos na redação original do

²⁰⁹ “Dans le cas même où l'inexécution du contrat résulte d'une faute lourde ou dolosive, les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution.” Tradução livre: “Ainda que o descumprimento do contrato resulte de culpa [faute] grave ou dolosa, a indenização abrange apenas o que for consequência imediata e direta do descumprimento.”

²¹⁰ De igual maneira, o Código Civil italiano: “L'art. 1223, richiamato dall'art. 2056, parla di «conseguenze immediate e dirette». La dottrina è però ormai concorde nel non prendere alla lettera questa espressione, ed è incline ad adottare il concetto della «causalità adeguata». Per essa sono conseguenze collegate da un nesso di causalità giuridicamente rilevante quelle che in base alla comune esperienza era oggettivamente presumibile derivassero dall'azione. Se io ferisco una persona, dovrò pagare non solo le spese sostenute per le cure, ma dovrò risarcire anche l'interrotto fluire dei guadagni che il ferito si sarebbe procurato se non fosse stato costretto a sospendere il suo lavoro e la sua attività. Ma non dovrò risarcire i danni che non rientrano nell'ordine normale e regolare di consequenzialità del fatto causato. Se, per esempio, si potesse pur dimostrare che lo stare a letto in seguito alle ferite riportate ha impedito un incontro, un'occasione, o la partecipazione a un affare straordinario che sarebbe stato di particolare giovamento, tutto questo rimarrà estraneo al risarcimento.” (TRABUCCHI, 1968, p. 214-215). Tradução livre: “O art. 1223, a que se refere o art. 2056, fala de «consequências imediatas e diretas». No entanto, a doutrina agora concorda em não tomar essa expressão literalmente, e tende a adotar o conceito de «causalidade adequada». Para ela, as consequências ligadas por um nexo de causalidade juridicamente relevante são aquelas que, com base na experiência comum, eram objetivamente presumidas decorrentes da ação. Se eu ferir uma pessoa, terei de pagar não só os custos do tratamento, mas também terei de compensar a interrupção do fluxo de rendimentos que o lesado teria obtido se não tivesse sido forçado a suspender o seu trabalho e sua atividade. Mas não terei que indenizar por danos que não se enquadrem na ordem normal e regular de consequencialidade do fato causado. Se, por exemplo, puder ser demonstrado que o acamado após seus ferimentos impediu um encontro, uma ocasião ou a participação em um caso extraordinário que teria sido de grande benefício, tudo isso não terá relação com a indenização.”

Code, nos artigos 1.384 e seguintes, respeitada a ordem sequencial de apresentação. Em que pese tratadas desde a promulgação do Diploma, a construção da responsabilidade objetiva nos referidos casos se deu paulatinamente, evoluindo desde concepção subjetiva – e, portanto, exigindo a *faute* à sua caracterização – até culminar na assunção da teoria do risco, dispensando-se esse elemento.

Da síntese desse processo, apresentada por Alvin Lima (1999, p. 113-116), extrai-se o concurso de fatores de ordem material, social e moral. Os dois primeiros decorrem da evolução tecnológica e das mudanças na composição da sociedade iniciadas com a Revolução Industrial, seguindo-se no decorrer do século XX. Verificou-se a crescente densidade populacional, aliada as novas formas de exploração do solo e das riquezas, concomitante a invenções criadoras de perigos que ameaçavam a segurança das pessoas, a exemplo de trens, automóveis, eletricidade, radioatividade, aviões etc., tudo a exponenciar novos riscos e lesões até então desconhecidos. Grandes empresas surgiram nesse contexto, com poderio econômico considerável, contrastando muitas vezes com a escassez de recursos das vítimas, em verdadeira “luta díspar”.

A responsabilidade civil fundada na culpa (*faute*), face ao agravamento dos riscos e a criação de novos tipos de danos, acabou por se mostrar inservível a emprestar a contento tutela ressarcitória aos ofendidos. Elemento moral de aproximação da responsabilização civil com a criminal, a culpa tornou-se empecilho à reparação das vítimas, dada a dificuldade de sua comprovação nesse cenário de novas atividades econômicas exploradas em massa e de impessoalidade das relações.

O fator moral decorreu do sentimento de equidade ferido em razão de se imputar à vítima ônus de suportar prejuízo a que não deu causa, por atividade econômica da qual não extraía nenhum proveito. Assim, ganha força a corrente doutrinária que sustentava a possibilidade de responsabilidade fundada apenas na relação de causalidade entre o fato gerador e o dano decorrente.²¹¹ Nas palavras de Raymond Saleilles (apud LIMA, 1999, p. 117): “É preciso materializar o direito civil, por abaixo o lado psicológico.”

²¹¹ Nesse sentido: “No que interessa à responsabilidade civil, a revolução industrial trouxe enorme *agravação dos riscos* a que as pessoas antigamente estavam sujeitas, fazendo crescer as demandas no sentido de eficaz reparação deles. A exigência, feita no século XIX, de uma conduta culposa, como pressuposto da responsabilidade, não se coaduna com necessidade social de assegurar a reparação desses danos, ainda que o causador tenha procedido sem culpa. O direito tinha de deixar de preocupar-se só com o comportamento da pessoa responsável, precisava olhar o lado do lesado, tinha de se orientar, como afirma Jourdain [1992, p. 11], na direção do ‘objeto da responsabilidade civil: a reparação dos danos’.” (NORONHA, 2013, p. 212).

Sem dúvida, a concepção da responsabilidade civil atrelada à liberdade humana – quem age livremente deve responder pelas consequências de sua ação – “[...] marcou a passagem das civilizações primitivas para as modernas, onde o homem, ao dominar o movimento das forças naturais que seus ancestrais endeusaram, as escravizou à sua liberdade.” (SAVATIER, 1974, p. 278, tradução nossa).²¹² Dentro dessa evolução, o mundo industrializado potencializou e multiplicou os riscos a que expostas as pessoas, mas mais do que isso: anonimizou o autor de eventual falha que engendrou o dano. Indaga-se, nesse sentido, quem seria o responsável pela barragem que cede ou pela direção do veículo que quebra: o engenheiro ou operário? Se subordinada a responsabilidade civil à identificação do culpado – único responsável –, cada vez mais as vítimas ver-se-iam impossibilitadas de reparação. Mesmo supondo que o culpado seja descoberto, seus recursos geralmente seriam insuficientes para o volume de prejuízo a ser reparado (SAVATIER, 1974, p. 278).

O reclamo doutrinário encontrou guarida na jurisprudência. Em um primeiro momento, passou a emprestar interpretação extensiva ao artigo 1.384 do Código Civil francês (atual 1.242) e ao artigo 1.385 (atual 1.243), estabelecendo que, nos danos referentes à guarda de coisa ou de animal, haveria uma presunção de culpa (*faute*), primeiro relativa (*iuris tantum*), posteriormente absoluta (*iuris et de iure*). A ilustrar essa evolução:

Foi ela deslizando timidamente na jurisprudência apresentando-se como uma banal presunção de falta; parecia lógico que o guarda dum coisa inanimada tivesse a mesma responsabilidade que o guarda dum animal. A Côte de Cassação acolheu-a sem grande entusiasmo, permitindo primeiro ao guarda da coisa provar que não tinha cometido nenhuma falta, conservando assim à regra o seu caráter de regra de prova. Depois, sob a influência da doutrina e tomado dum espírito de lógica jurídica, a Côte de Cassação assimilou as duas presunções de falta dos artigos 1384 e 1385. Não permite ao guarda da coisa fazer prova da ausência de culpa; exigiu que êle, para livrar a sua responsabilidade, mostrasse que o acidente tinha sido motivado por uma causa estranha. Falava-se sempre de presunção. Tornada absoluta, ela só servia para disfarçar uma regra de direito. Houve casos em que o guarda, que não tinha decerto cometido nenhuma falta, não conseguia mostrar a verdadeira causa do prejuízo. Foi dado por responsável e a doutrina pôde então declarar que a responsabilidade deixava de assentar sôbre a culpa. (RIPERT, 1937, p. 210-211)

Em 1932, o legislador acrescentou ao artigo 1.384 um parágrafo²¹³ estabelecendo claramente a responsabilidade subjetiva do dono do prédio onde se iniciou um

²¹² O trecho na íntegra: “Cette conception de la responsabilité, attachée à la liberté humaine, avait marqué le passage des civilisations primitives aux civilisations modernes, où l’homme, en dominant le mouvement de forces naturelles que ses ancêtres divinisaient, les avait asservies à sa liberté.” (SAVATIER, 1974, p. 278).

²¹³ “Toutefois, celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l’immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s’il est prouvé qu’il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable.” Tradução

incêndio. A alteração foi recebida como confirmação do que já se estava a defender; fez-se necessário estabelecer exceção expressa, na medida em que a regra é a responsabilização sem culpa: segundo Louis Josserand (apud LIMA, 1999, p. 122), não se derroga o que não existe.

A ideia de responsabilização sem culpa encontrou, inicialmente, forte resistência em parte da doutrina francesa,²¹⁴ contudo atualmente está assentado o caráter objetivo da imputação nas hipóteses previstas nos artigos 1.242 e seguintes do *Code*. Ilustrativamente, pode-se mencionar a reponsabilidade dos pais pelos filhos. O artigo 1.242 [antigo 1.384] estabelece que os pais não serão responsabilizados caso comprovem que não puderam evitar o fato que deu causa à responsabilização.²¹⁵ Assim, “[...] se não lhes foi possível impedi-lo, não são responsáveis: *Nullum crimen patitur is qui non prohibet, quum prohibere non potest* (L. 109, D. de Reg. Jur.), mesmo quando se cometeu o delito em sua presença, ou dele tiveram conhecimento.” (POTHIER, 2002, p. 115). Entretanto, a Corte de Cassação, em 1997, afastou a possibilidade dessa causa de exclusão de imputação, à revelia do que previsto no texto da lei, aplicando a norma geral de responsabilização por ato de terceiros, demonstrando a liberdade e autoridade da Corte no desenvolvimento do tema na França (DAM, 2013, p. 71).

Sem dúvida alguma, o sistema francês é uma das referências ocidentais em termos de construção do Direito, espraiando sua influência em diversos países, notadamente pelo pioneirismo na codificação do direito privado. Não menos importante, contudo, tem-se o

livre: “No entanto, quem for proprietário, a qualquer título, da totalidade ou parte do prédio ou dos bens móveis em que se iniciou o incêndio, só responderá perante terceiros pelos danos causados por esse incêndio se ficar provado que deve ser imputado à sua culpa ou por culpa das pessoas pelas quais é responsável.”

²¹⁴ Sobre o tema, cf. Alvinho Lima (1999, p. 190-191), trecho no qual discorre sobre os autores e os argumentos lançados por eles contra a responsabilização objetiva. Em apertada síntese, tem-se: “a) A teoria do risco é resultante da influência de idéias positivistas; é uma concepção materialista do direito, porque regula relações entre os patrimônios, abstraindo-se das pessoas. [...] b) A teoria do risco se apóia na socialização do direito, estando impregnada de idéias socialistas. [...] c) A teoria do risco é a estagnação da atividade individual, paralisando as iniciativas e arrastando o homem à inércia, visto como, diante da responsabilidade sem culpa, de nada valem a prudência, a conduta irreprovável, as precauções e cautelas, porquanto o agente deverá assumir a responsabilidade de todos os danos que possam resultar das suas ações lícitas e necessárias. [...] d) A teoria do risco é a aplicação das primitivas concepções materiais da responsabilidade, quando o homem, sem o desenvolvimento necessário, não tinha atingido ainda a perfeição de adotar como critério da responsabilização a culpabilidade, fundada em idéias de ordem moral. [...] e) Se a teoria do risco proclama a obrigação de arcar com o risco criado em virtude dos proveitos auferidos pela atividade humana [...], tal responsabilidade não se justifica se não houver proveito. E se o indivíduo, como consequência de sua atividade, deve responder pelo risco criador do dano, deveria também ter direito aos proveitos que terceiros venham a auferir de sua atividade. f) A teoria do risco não tem posição verdadeira e definida no terreno jurídico. O direito se funda em noções precisas e não sobre noções de aspecto filosófico ou econômico, de contorno mal definido. Não há um princípio fixo, porquanto o conceito de proveito é incerto e mal definido, ao passo que na noção de culpa há instrumento de controle preciso. A teoria do risco compromete gravemente a própria ordem social.”

²¹⁵ “La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.” Tradução livre: “A responsabilidade acima ocorre, a menos que o pai e a mãe e os artesões provem que não puderam impedir o fato que dá origem a essa responsabilidade.”

sistema alemão, cujo Código Civil, apesar de ter entrado em vigor quase um século depois do gaulês, também acabou por se transformar em referência dentro da família do *Civil Law*.²¹⁶

3.2.2 Sistema alemão de responsabilização civil

O Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB) foi promulgado em 1896, mas entrou em vigor somente em 1º de janeiro de 1900, fruto de vinte e seis anos de elaboração por uma comissão de juízes e acadêmicos (*professors*).²¹⁷ Historicamente, o surgimento desse diploma apenas foi possível após a unificação da Alemanha em 1871, sagrando-se vitorioso o Reino da Prússia na batalha contra os franceses (Guerra Franco-Prussiana: 1870-1871), terceiro e último grande conflito – precedido pela Guerra dos Ducados (1864) e Guerra Austro-prussiana (1867)²¹⁸ – do processo de sedimentação do Estado-nação alemão.

²¹⁶ “Com todas estas rupturas internas, o novo Código Civil, tal como um sino mal fundido, não podia dar o tom a uma época. A nação aceitou-o sem grande participação; as memórias e as obras históricas só raramente o referem. Diferentemente, foi mais intensa a sua ressonância científica, quer dentro quer fora das fronteiras alemãs. De facto, como contribuição da técnica jurídica, o Código Civil Alemão constitui uma obra prima; então ele era a ordem jurídica mais jovem e mais moderna da Europa. Na realidade, ele foi saudado como o código mais progressivo de todo o mundo da época e passou a constituir, e não apenas na Europa, uma peça do mesmo nível do *Code Civil*, até então tomado como modelo exclusivo. Se o *Code Civil* tinha até então dominado, não apenas nos países românicos da Europa, mas também na Europa Central e Meridional, nas Américas Central e do Sul e mesmo no Próximo Oriente, o BGB entrou em fértil despique com ele nos países que ainda preparavam um código civil. Neste plano, favoreceu-o o prestígio científico adquirido pela pandectística alemã no séc. XIX.” (WIEACKER, 1967, p. 554).

²¹⁷ “Na presidência estava um destacado prático, *Pape*, o presidente do *Reichsoberhandelsgericht*, que subsistiu até 1878. Práticos eram ainda outros sete membros, dentre os quais se destacava Gottlieb *Planck*; professores eram apenas von *Roth*, von *Mandry*, qualificados peritos em direito patrimonial da família, e Windscheid, que influiu decisivamente no espírito e na forma do primeiro projecto. Foram também práticos quem elaborou os livros particulares: *Gebhard*, a Parte Geral, *Johow*, o direito das coisas, *Planck*, o direito da família e v. *Schmitt*, o direito sucessório. O projecto de Dresden de 1865 estava na base do direito das obrigações. Esta comissão, na qual dominava o vigor intelectual de Windscheid, aprontou um Primeiro Projecto, que foi publicado em 1887 com cinco volumes de «motivos»: no bom e no mau, constitui um documento característico do positivismo científico, agora a atingir o seu termo.” (WIEACKER, 1967, p. 537-538). O termo “prático” é utilizado por Franz Wieacker (1967, p. 542) para designar “juízes dos tribunais superiores e funcionários ministeriais.” Rudolf von Jhering acabou não compondo a comissão por seu “temperamento vivo” e “teimosa originalidade”. Windscheid, por outro lado, era caracterizado “pelo sentido de dever”; seu “extraordinário vigor intelectual [...] não era o de um criador dotado de tenacidade, mas antes o do prestimoso conservador das soluções adquiridas.” (WIEACKER, 1967, p. 543).

²¹⁸ “Com esse exército excepcional, e de acordo com a vontade de Cavour e com seus próprios projetos, Bismarck lançou uma campanha contra a Áustria, no momento em que ela era atacada na Itália. Seu objetivo era excluir o imperador da Áustria da Confederação Germânica para que a Prússia se tornasse o país mais poderoso e pudesse colocar-se à frente da Alemanha. Em Königgrätz, na Boémia, depois de uma batalha violenta, Bismarck aniquilou

Tido como um dos símbolos da unificação ultimada, o BGB também atendeu a necessidade econômica de uniformização do tratamento dispensado ao regime comercial que ultrapassava as fronteiras dos reinos e ducados que compunham a Confederação Germânica,²¹⁹ estabelecida em 1815 pelo Congresso de Viena.²²⁰

Em termos gerais, o BGB é caracterizado pelo seu marcado grau de abstração conceitual, o que lhe rendeu elogios por sua “impecável lógica interna” e críticas pela dificuldade de compreensão, haja vista seu “pedantismo teórico” (DAM, 2013, p. 74). Quanto às últimas (endereçadas ao primeiro projeto apresentado em 1887), Franz Wieacker (1967, p. 538) afirma que foram “tempestuosas”, censurando “sua linguagem pesada e complicada, o doutrinário do sistema e o espantoso número de referências legislativas”, mais intensamente sobre “o caráter livresco e alheado da vida”. Reformulada a comissão,²²¹ fora apresentado um segundo projeto ao conselho federal (*Bundesrat*) em 1895, que recebeu melhor acolhida, mas subsistindo alguns dos defeitos apontados no primeiro: “uma linguagem conceitual demasiado

as tropas austríacas e o imperador Francisco José foi obrigado a ceder. A Áustria saiu da Confederação Germânica.” (GOMBRICH, 2001, p. 306-307).

²¹⁹ “The BGB was intended to be one of the symbols of new German unity; however, the codification was also an economic necessity since the second half of the nineteenth century had seen an expanding economy increasingly operating on a supra-regional level.” (DAM, 2013, p. 73).

²²⁰ “O Império Alemão já não existia desde que Napoleão, em 1806, tinha aniquilado o que restava do Sacro Império Romano-Germânico. Os diversos países de língua alemã tinham se associado para formar o que se chamava então Confederação Germânica, de que faziam parte não só a Prússia, a Baviera, a Saxônia, Hanover, Frankfurt, Brunswick e muitas outras regiões como também a Áustria. Essa Confederação Germânica constituía uma organização incrivelmente complexa e multiforme. Cada pequeno território tinha seu príncipe e cada principado se diferenciava dos outros por sua moeda, seus selos, pelos uniformes de seus funcionários.” (GOMBRICH, 2001, p. 301)

²²¹ “O *Reichsjustizamt* [Ministério da Justiça], no âmbito do qual se desenvolvia o trabalho legislativo, não encerrou as críticas neste ponto; mandou reunir e ordenar as tomadas de posição e criou, em 1890, uma Segunda Comissão, na qual tiveram assento, ao lado dos dez membros «permanentes», doze membros «eventuais», na sua maior parte figuras conhecidas do mundo da economia. Os membros «permanentes» eram conhecidos práticos e dois juristas teóricos, entre os quais de novo von Mandry; entre os membros «eventuais» contava-se Rudolf von *Sohm*.” (WIEACKER, 1967, p. 539).

abstracta e doutrinária, uma predominância das soluções do direito das pandectas²²² e uma técnica de remissões complicadíssima.”²²³ (WIEACKER, 1967, p. 540).

Enquanto *codificação*, o BGB surge com o propósito de compilação final e exaustiva da sua matéria, através de estrutura conceitual rigorosa e renúncia à casuística. Em alguns pontos, adotou *cláusulas gerais*, linhas de orientação que ao mesmo tempo vinculam o juiz e lhe dão liberdade, com referências à boa-fé, bons costumes, hábitos do tráfico jurídico, justa causa etc., habilitando o Código para mutações, tornando-o mais duradouro (WIEACKER, 1967, p. 545-546).

Dividido em cinco livros, a responsabilidade civil (contratual e aquiliana) é tratada predominantemente no segundo, intitulado Direito das obrigações (*Recht der Schuldverhältnisse*: § 241-853). Nessa parte, tem-se a regulamentação das regras gerais das obrigações (§ 241-304), da indenização em dinheiro (§ 251) e definição de ilícitos dolosos e culposos (§ 276). A partir do § 823 encontram-se os dispositivos que tratam da responsabilização extracontratual, desde as regras gerais até específicas, tais como responsabilidade por atos de menores e deficientes mentais (§ 827-829) e por danos causados por animais (§ 833). A exemplo do que observado no ordenamento francês, verifica-se a expansão gradativa de hipóteses de responsabilidade objetiva no sistema alemão, contudo tais acréscimos se deram em legislação extravagante, a fim de se preservar a unidade do Código (DAM, 2013, p. 75).

²²² Sobre a Jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*) ou Pandectística (*Pandektenwissenschaft*): “De alguma forma, a sistematicidade do direito decorria do facto de ele ser uma emanção de um todo orgânico, o espírito do povo. As instituições jurídicas teriam uma ‘alma’ (a ‘alma do povo’, *Volksseele*), sentidos ou princípios orientadores que lhes dariam unidade. Princípios esses que, induzidos a partir da observação (descrição) das normas jurídicas concretas, permitiriam que a exposição dos institutos - e, no fim, de todo o direito nacional - fosse feita de forma orgânica e sistemática, organizada por princípios gerais. Destes princípios se extrairiam depois, agora por dedução, outros princípios inferiores - a tal ‘pirâmide conceitual’ de que falava um dos grandes juristas da Escola, Georg Friedrich Puchta (1798- 1846), bem como soluções para casos concretos. [...] Justamente porque os princípios eram realmente existentes (embora implícitos na miríade de normas de que tinham sido destilados), o jurista, ao formulá-los, não estava a criá-los arbitrariamente, em função dos seus pontos de vista filosóficos, morais ou políticos. Apenas os estava a identificar e descrever, neutralmente, como observador. Por isso, como dizia Bernhardt Windscheid (1817-1892), ‘considerações de carácter ético, político ou económico não são assuntos próprios dos juristas, enquanto tais’. O saber jurídico devia, justamente, garantir a sua cientificidade por meio deste formalismo, ou seja, desta recusa de, na construção jurídica, ultrapassar as preocupações de rigor de observação e de rigor conceitual, envolvendo-se em considerações pessoais sobre a justiça material dos resultados.” (HESPANHA, 2019, p. 413 e 417). Segundo António Manuel Hespanha (2019, p. 420-421), alguns resultados característicos dessa doutrina são a *teoria da subsunção*, o dogma da *plenitude lógica do ordenamento jurídico* e a interpretação objetivista.

²²³ A título ilustrativo, tem-se: “[...] a subsunção jurídica de uma relação real tão corriqueira como o contrato de compra e venda exige uma referência a cinco domínios normativos diferentes: à Parte Geral (§§ 116 ss.; 145 ss.), às disposições gerais sobre a relação obrigacional (v.g., § 275); às disposições gerais sobre as relações obrigacionais *contratuais* (§§ 305 ss.; v. g., 323) e, finalmente, ao contrato de compra e venda (§ 433 ss.; v.g., § 446).” (WIEACKER, 1967, p. 545).

Os atos ilícitos em sentido estrito, também denominados delitos civis, consistem nas violações de certos deveres gerais impostos pela lei que não são reconduzíveis a uma relação jurídica anterior entre autor e vítima, mas que engendram *ex novo* obrigação de ressarcir, de se abster de perturbação futura ou de cessar perturbação presente. O delito, em regra, consiste em ato positivo que invade esfera jurídica alheia, podendo também consistir em omissão de quem, por lei, deveria agir (VON THUR, 1934, p. 263-264).

O primeiro esboço do BGB continha duas regras gerais de responsabilização civil, delineando verdadeiro sistema aberto de imputação, em desenho próximo ao *Code* francês. Tal conformação, no entanto, foi criticada e rechaçada, pelo receio gerado em razão da insegurança que a excessiva abertura implicaria. O elemento político também se fez presente, na medida em que os traços fundamentais do BGB foram concebidos quando da conflagração da Guerra Franco-prussiana, aflorando o sentimento nacionalista dos alemães, os quais repeliram a incorporação de algumas noções do *Code* inimigo.²²⁴ Por outro lado, mostrava-se inviável a adoção de regras específicas e hipóteses típicas fechadas de responsabilização, tal como no sistema inglês, o que culminou na eleição de um modelo intermediário, dotado de três regras gerais com escopo de aplicação bem delimitado (DAM, 2013, p. 79; FRAZÃO, 2011, p. 22).

Tais regras estão previstas nos § 823 I²²⁵, § 823 II²²⁶ e § 826²²⁷ do BGB. Desses três dispositivos, extraem-se os requisitos para a responsabilização civil: violação a uma hipótese positivada – tipicidade – (*Tatbestandswidrigkeit*), ilicitude (*Rechtswidrigkeit*),²²⁸ culpabilidade (*Verschulden*), nexos de causalidade (*Kausalität*) e dano (*Schaden*).

²²⁴ “During the preparatory work for the BGB it was even said that ‘the German legal conscience which alone is relevant has no room for the notions of the code civil’.” (DAM, 2013, p. 79).

²²⁵ “Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.” Tradução livre: “Aquele que, dolosa ou culposamente, viole ilicitamente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou qualquer outro direito de outra pessoa, é obrigado a indenizá-la pelos danos causados.”

²²⁶ “Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.” Tradução livre: “A mesma obrigação se aplica a qualquer pessoa que viole uma lei destinada a proteger outra pessoa. Se, de acordo com o conteúdo da lei, a violação desta for também possível sem culpa, a obrigação de indenizar só ocorre em caso de culpa.”

²²⁷ “Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.” Tradução livre: “Quem dolosamente causar dano a outrem de forma contrária aos bons costumes é obrigado a indenizar o outro pelo dano.”

²²⁸ O termo foi traduzido para “ilicitude” para fins de maior aproximação com o vocabulário brasileiro, haja vista que a noção de “antijuridicidade” é mais abrangente e não se restringe ao regime delitual. A tradução do termo para línguas latinas gera controvérsia: “O termo antijuridicidade é fruto do desenvolvimento observado na dogmática penal alemã. Quando os autores passaram a abandonar o latim e escrever em alemão, vários foram os

O primeiro requisito (*Tatbestand*) implica na impossibilidade de se reclamar exitosamente indenização apenas com fundamento em conduta dolosa ou negligente, dano e nexos causal. Há de se demonstrar que o prejuízo alegado decorre da violação de alguma hipótese positivada no BGB. Assim, a aplicação do § 823 I pressupõe a vulneração de algum dos direitos (*rectius* bens jurídicos) ali tutelados: corpo, vida, liberdade, propriedade, saúde ou outro direito da pessoa. O § 823 II, por sua vez, somente se aplica em se comprovando a violação à alguma lei (norma) destinada à proteção da vítima. O § 826, por fim, demanda conduta dolosa vulneradora dos bons costumes (*contra bonos mores*).

Observa-se, portanto, certa preeminência do § 823 I sobre as demais cláusulas gerais, dado seu escopo de aplicação, apesar de o § 823 II vir ganhando paulatinamente mais espaço de aplicação. Comparativamente ao § 826, tem-se que o § 823 I é simultaneamente mais amplo e restrito em seu campo de incidência. Mais restrito “objetivamente”, na medida que somente se mostra aplicável quando da violação de algum dos interesses nele previstos. Mais amplo “subjetivamente”, por englobar condutas dolosas e culposas.

O § 823 II depende da noção que se empresta à “lei protetiva” (*Schutzgesetz*) – comumente de natureza criminal, mas não apenas²²⁹ –, com a ressalva de que, mesmo em dispensando a norma invocada culpa para configuração de sua violação, a responsabilização civil somente terá guarida em se comprovando esse elemento (MARKESINIS; BELL; JANSSEN, 2021, p. 29). Contudo, adverte Karl Larenz (1959, p. 595) que, se a lei protetora exige culpabilidade qualificada (dolo ou culpa grave, por exemplo), esse requisito também será aplicável ao regime de imputação.

Para além de algumas disposições criminais (injúria, violação de correspondência, incêndio, apropriação indébita etc.), dentre as normas jurídicas que podem ser citadas como “leis protetoras”, tem-se, no BGB, a proibição do abuso do direito (§ 226),

termos utilizados para expressar o ato contrário ao direito, tais como *Unrecht*, *Rechtswidrigkeit* ou *Widerrechtlichkeit*. As primeiras traduções do instituto feitas para algumas línguas latinas, como o espanhol, ocorreram somente no século XX. Desde essa época, as complexidades foram notadas, principalmente em relação ao instável relacionamento semântico entre os termos ilicitude e antijuridicidade, muitas vezes tidos por sinônimos e outras tantas vezes utilizados para marcar diferenças conceituais.” (SILVA, 2019, p. 351).

²²⁹ “Esclarece Dannemann (op. cit., p. 60) que, para efeitos do § 823, II, do BGB, não importa se a norma de proteção pertence ao direito público, privado ou criminal, desde que tenha a finalidade de proteger a vítima como indivíduo ou como parte de certo grupo de indivíduos, não se destinando ao público em geral. Markesinis e Unberath (op. cit., p. 885) ensinam que o termo *Gesetz* (lei), utilizado pelo § 823, II, do BGB, é considerado em sentido amplo, a fim de abarcar todo tipo de lei de direito público ou privado, bem como atos normativos infralegais, tais como decretos governamentais e atos normativos locais, desde que pretendam proteger direitos legais essenciais ou valores, proibam determinados comportamentos considerados perigosos ou pretendam proteger determinadas situações pessoais, incluindo interesses econômicos.” (FRAZÃO, 2011, p. 21, nota 24).

proibição da turbação da posse (§ 858) e os preceitos do direito de vizinhança (§§ 906 a 909); em outros diplomas, as de proteção do trabalhador e das atividades econômicas. A violação à *Schutzgesetz* somente dá lugar ao dever de indenização quando o dano haja recaído sobre o bem jurídico protegido por aquela norma e a vítima pertença ao grupo de pessoas cuja proteção o dispositivo visa (LARENZ, 1959, p. 595). Nesse sentido, a doutrina alemã estabelece três critérios a serem atendidos para se saber se a norma pode ser tida como “protetiva” a ensejar a subsunção ao citado artigo: escopo pessoal de proteção – a norma protege a categoria de pessoas a qual pertence o demandante; escopo material de proteção – a norma protege a categoria do dano invocado; escopo modal de proteção – a norma protege o dano produzido nas circunstâncias alegadas (MARKESINIS; BELL; JANSSEN, 2021, p. 73-74).

A ilicitude (*Rechtswidrigkeit*) – que a lei não define – consiste na violação de preceitos da ordem jurídica, referindo-se ao ordenamento em geral, seja civil, penal ou administrativo. O ato ilícito, via de regra, não viola apenas uma norma, mas atinge concomitantemente um direito subjetivo alheio, comumente um direito *absoluto*, que confere ao titular um poder jurídico que todos devem respeitar (e. g. direito de propriedade, direito autoral, marcário etc.). Os direitos *relativos*, por sua vez, por se referirem à uma relação jurídica interpessoal, apenas vinculam os envolvidos por esse liame, cujo descumprimento não constitui propriamente um delito, mas inadimplemento obrigacional (contratual, por exemplo). De todo modo, em havendo interferência indevida de terceiro nessa relação, caracterizado está o ato ilícito, exurgindo dever reparatório entre autor e vítima. Mas para a configuração do delito não se mostra necessária a violação a um direito subjetivo, pois toda conduta culposa que infrinja uma norma da ordem jurídica obriga à indenização dos prejuízos causados pelo agente, mesmo que à vítima não assista nenhum direito pessoal (VON THUR, 1934, p. 265 e 268).

Esse elemento funciona como complementar ao primeiro (tipicidade). Tradicionalmente, entende-se que, em se comprovando a subsunção a alguma hipótese legal, a conduta danosa, a princípio, mostra-se ilícita,²³⁰ salvo se incidente causa de exclusão, a exemplo

²³⁰ “How far these two concepts can actually be kept apart is a matter of considerable controversy and what follows is a bird’s eye view of one of the most hotly debated – but essentially – theoretical areas of the German law of torts. The traditional school of thought on the matter, which still enjoys much support with the courts, takes the view that the element of unlawfulness is automatically satisfied whenever one of the named rights or interests in § 823 I BGB has been violated.” (MARKESINIS; BELL; JANSSEN, 2021, p. 49).

da legítima defesa (§ 227²³¹), estado de necessidade (§228²³² e § 904²³³), autotutela (§ 229²³⁴ e § 859²³⁵), aquiescência da vítima, ato do poder público ou de pessoa com atribuições jurídicas para o ato (VON THUR, 1934, p. 270-274). Diferentemente do sistema francês, o Código alemão manteve apartadas as noções de culpabilidade (*Verschulden*) e ilicitude (*Rechtswidrigkeit*), concebendo-se a primeira como conduta dolosa ou culposa geradora de dano e a segunda a violação de alguma norma, desemparada de quaisquer fundamentos de justificação (*Rechtfertigungsgrund*) (DAM, 2013, p. 80; MARKESINIS; BELL; JANSSEN, 2021, p. 49; FRAZÃO, 2011, p. 20-21).

A ilustrar a relação problemática entre os dois primeiros elementos, tem-se a tutela dos direitos da personalidade. O Código Civil alemão não acolheu expressamente essa

²³¹ “(1) Eine durch Notwehr gebotene Handlung ist nicht widerrechtlich. (2) Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.” Tradução livre: “(1) Um ato praticado em legítima defesa não é ilícito. (2) Legítima defesa é a defesa necessária para repelir um ataque atual e ilícito contra si ou outra pessoa.”

²³² “Wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht widerrechtlich, wenn die Beschädigung oder die Zerstörung zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist und der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht. Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist er zum Schadensersatz verpflichtet.” Tradução livre: “Qualquer pessoa que danifique ou destrua a propriedade de outra pessoa para evitar uma ameaça a si mesma ou a outra pessoa não está agindo ilícitamente se o dano ou destruição for necessário para evitar o perigo e o dano não for desproporcional ao perigo. Se o agente for responsável pelo perigo, ele é obrigado a pagar uma indenização.”

²³³ “Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist. Der Eigentümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen.” Tradução livre: “O proprietário de uma coisa não tem o direito de proibir a ação de outro sobre a coisa se a ação for necessária para evitar um perigo iminente e o dano iminente for desproporcional ao dano causado ao proprietário pela ação. O proprietário pode exigir uma compensação pelos danos sofridos.”

²³⁴ “Wer zum Zwecke der Selbsthilfe eine Sache wegnimmt, zerstört oder beschädigt oder wer zum Zwecke der Selbsthilfe einen Verpflichteten, welcher der Flucht verdächtig ist, festnimmt oder den Widerstand des Verpflichteten gegen eine Handlung, die dieser zu dulden verpflichtet ist, beseitigt, handelt nicht widerrechtlich, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde.” Tradução livre: “Quem subtrai, destrói ou danifica coisa para autotutela, ou quem, para efeito de autotutela, prende um obrigado suspeito de fuga ou elimina a resistência do obrigado a uma ação que lhe é obrigado a tolerar, não está agindo ilícitamente, se a ajuda oficial não puder ser obtida em tempo hábil e se não houver intervenção imediata, existe o risco de a realização da pretensão ser frustrada ou dificultada significativamente.”

²³⁵ “(1) Der Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren. (2) Wird eine bewegliche Sache dem Besitzer mittels verbotener Eigenmacht weggenommen, so darf er sie dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter mit Gewalt wieder abnehmen. (3) Wird dem Besitzer eines Grundstücks der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen, so darf er sofort nach der Entziehung sich des Besitzes durch Entsetzung des Täters wieder bemächtigen. (4) Die gleichen Rechte stehen dem Besitzer gegen denjenigen zu, welcher nach § 858 Abs. 2 die Fehlerhaftigkeit des Besitzes gegen sich gelten lassen muss.” Tradução livre: “(1) O possuidor pode usar a força para se defender contra interferência proibida. (2) Se uma coisa móvel for subtraída do possuidor por meio de um ato proibido, ele pode usar a força para recuperá-la do infrator que foi pego em flagrante ou que estava sendo perseguido. (3) Se o possuidor de um lote de terra for privado dessa posse por atos ilegais, ele pode, imediatamente após o esbulho, recuperar a posse expulsando o esbulhador. (4) Os mesmos direitos têm o possuidor contra quem, nos termos do n.º 2 do § 858, deva permitir que o vício da posse seja alegado contra si.”

categoria, enumerando apenas os bens vitais mais importantes (VON THUR, 1934, p. 266; SCHREIBER, 2014, p. 6). A propósito, a doutrina e jurisprudência alemãs acabaram por desenvolver um *direito geral da personalidade* (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*) em seu sistema, conjugando o diploma civil com a Lei Fundamental (VICENTE, 2018a, p. 177).

O § 823 I do Código Civil alemão (BGB) estabelece que a violação intencional ou por negligência da vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou um outro direito de outra pessoa, importará na obrigação da reparação dos danos decorrentes. A doutrina debateu se a norma positivou direitos da personalidade ou apenas elencou bens jurídicos a serem tutelados,²³⁶ sob o argumento de que ninguém poderia ter direitos sobre si mesmo (ZANINI, 2020, p. 734). Outro fator limitativo do ordenamento alemão decorre do § 253 I²³⁷ do BGB, que estabelece que a compensação por danos extrapatrimoniais somente seria possível nas hipóteses previstas em lei,²³⁸ recebendo a crítica de reduzir a pretensão a poucos casos (LARENZ, 1958, p. 232).

Apesar da expressão “ou um outro direito” (*oder ein sonstiges Recht*) estampada no § 823 I do BGB ter dado abertura ao acréscimo de outros bens jurídicos para além dos elencados, a jurisprudência do Tribunal Federal de Justiça (BGH – *Bundesgerichtshof*) estabeleceu um direito geral da personalidade a partir da leitura dos artigos 1º (dignidade da pessoa humana)²³⁹ e 2ª (livre desenvolvimento da personalidade)²⁴⁰ da Lei Fundamental, o que

²³⁶ “*Protección de otros derechos de la personalidad*. – La doctrina hasta hace poco absolutamente predominante consideraba como exhaustiva la enumeración de los cuatro ‘bienes vitales’; los demás derechos de la personalidad los consideraba protegidos sólo a través del § 823, p. II, cuando habían sido reconocidos por normas legales especiales – como el derecho al nombre en el § 12 –.” (LARENZ, 1959, p. 580).

²³⁷ “Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.” Tradução livre: “No que concerne aos danos não patrimoniais, a compensação monetária somente pode ser reivindicada nos casos especificados por lei.”

²³⁸ “As legislações que quiseram restringir as hipóteses de reparação dos danos extrapatrimoniais, mesmo por motivos históricos, não escaparam às exigências dos tempos novos. Assim, o §254 do CC alemão não permite a indenização dos danos morais senão nos casos previstos pela lei. O Tribunal Federal alemão (BGH), em diversas decisões, criticou esta disposição, e permitiu, pelo menos, a partir da decisão de 14.2.68, a reparação deste tipo de dano, no caso que se tornou célebre, do ‘Herrenreiter’, hipótese de utilização abusiva de uma fotografia de uma pessoa conhecida, de um desportista, num anúncio de um elixir revitalizante.” (SILVA, 2015, item 2.3).

²³⁹ “(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. (2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt. (3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.” Tradução livre: “(1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.”

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

fora posteriormente confirmado pelo Tribunal Federal Constitucional (BVerfG) (ZANINI, 2020, p. 738).²⁴¹

Mesmo com essa construção, as hipóteses de tutela dos direitos da personalidade na Alemanha são muito restritas, haja vista que a violação por si só de um desses direitos não acarreta a procedência da pretensão indenizatória. Isso porque a análise passa por processo de ponderação (*Güterabwägung*), reconhecendo-se a ilicitude da conduta somente se o direito da personalidade atingido sobrepuser o outro direito ou interesse em contraposição. E para facilitar a ponderação, criam-se “grupos de casos” (*Fallgruppen*) “que concretizam e orientam a aplicação do direito geral da personalidade, mas, ao mesmo tempo, não traçam limites definitivos, o que garante a flexibilidade necessária diante de novos desenvolvimentos”. (ZANINI, 2020, p. 740).

A partir da década de 1990 notou-se uma gradativa ampliação dos casos que ensejariam compensação por danos extrapatrimoniais, emprestando-se maior efetividade à proteção dos direitos da personalidade, na tentativa de superar a taxatividade prevista no § 253 do BGB, afastando-se a interpretação literal da norma pela leitura conjugada com a Lei Fundamental. Contudo, somente seria possível a compensação por danos extrapatrimoniais em se verificando uma violação substancial do direito de personalidade, decorrente de conduta intencional do infrator, aliada a reprovabilidade social desta (CORRÊA, 2021, p. 59-60).

O terceiro elemento da responsabilização civil extraído das normas gerais é a culpabilidade (*Verschulden*), entendida, em linhas gerais, como comportamento doloso ou culposo do agente.²⁴² O conceito de culpa (negligência: *Fahrlässigkeit*) encontra-se estampado no § 276 II²⁴³ do BGB: “Atua negligentemente quem não observa o cuidado necessário nas

Gesetzes eingegriffen werden.” Tradução livre: “(1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral. (2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei.”

²⁴¹ A partir da promulgação da Lei Fundamental, desenvolveu-se com maior vigor na Alemanha a doutrina da eficácia dos direitos fundamentais no Direito privado: “As teorias sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações intersubjetivas privadas se deflagraram na Alemanha em 1949, com a Lei Fundamental de Bonn e o desenvolvimento da doutrina do *Drittwirkung* (eficácia perante terceiros). A expressão estrangeira representa a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica civil, e analisa ‘sob que pressupostos um comportamento lesivo da esfera jurídica de uma pessoa pode ser apreciado segundo os padrões normativos dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados’.” (MOMO; BONE; MOMO, 2023, p. 8).

²⁴² “Establishing fault first requires the (regularly given) finding of the tortfeasor's culpability. The difference which sets German law apart can be found in its tendency to analyse the problems of fault in a highly abstract manner and to categorise the various types of fault under five, arguably six, different headings. Thus, a distinction is drawn between: (i) *dolus directus* (direkter Vorsatz); (ii) *dolus eventualis* (bedingter Vorsatz); (iii) gross negligence (grobe Fahrlässigkeit); (iv) ordinary negligence (mittlere Fahrlässigkeit); and (v) light negligence (leichte Fahrlässigkeit).” (MARKESINIS; BELL; JANSSEN, 2021, p. 53).

²⁴³ Tradução livre. No original: “Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.”

relações.” A definição de dolo (intenção: *Vorsatz*) não foi positivada pelo legislador, relegando a tarefa à doutrina e jurisprudência, as quais ampliam a noção para abranger também o dolo eventual. Daí porque falar-se em “leve imprecisão” do termo, haja vista que quem atua com *dolus eventualis* não tem a intenção de causar o dano, apenas assume o risco de sua ocorrência (DAM, 2013, p. 227). Como regra geral, exige-se, portanto, que o agente deva ter consciência da possibilidade de ocorrência do dano e que, pelo menos, assuma o risco de sua consumação. O erro de fato exclui o dolo; o erro de direito acaba por receber tratamento similar pelo BGH e pela doutrina,²⁴⁴ remanescendo, em ambos os casos, análise de eventual culpa (VON THUR, 1934, p. 276; DAM, 2013, p. 228).

Por outro lado, se o prejudicado contribui culposamente para o dano, descuidando do próprio interesse, desaparece o dever de indenizar do agente. Para tanto, a conduta do prejudicado tem que constituir *concausa* do dano, ao menos em maior volume. A *culpa* da vítima, nessa hipótese, é assim chamada em sentido impróprio, uma vez que não se trata verdadeiramente da violação de um dever jurídico previsto para proteção de terceiro, mas da infringência ou omissão de diligência exigíveis no tráfico jurídico para atender seu próprio interesse (ENNECCERUS, 1947, p. 79).

O critério de aferição da negligência é objetivo e abstrato, pois a lei demanda que o indivíduo se atenha, ao agir, não à sua percepção pessoal, mas ao que uma pessoa razoável acreditaria obrigada naquelas circunstâncias. A natureza do ato também influencia na determinação dos deveres na de cuidado, porquanto os que implicam em maiores riscos, reclamam mais elevado grau de diligência (VON THUR, 1934, p. 277; WAGNER, 2021, p. 50).

As cortes alemãs valem-se de parâmetros objetivos ou típicos para estabelecer o padrão de cuidado devido em cada caso (*objektiverter* ou *typischer Fahrlässigkeitmaßstab*). Em outras palavras, o decisivo não é o conhecimento ou habilidade pessoal do agente, mas o que comumente se espera (típico) do grupo social, profissional, etário etc. a que ele pertence. Assim, se a um médico é imputada conduta negligente, o parâmetro de cuidado a ser utilizado

²⁴⁴ Nesse sentido: “Excluye el dolo la ignorancia de los hechos a que responde la ilicitud, como cuando, por ejemplo, el deudor desconoce la obligación que sobre él pesa o el autor del deterioro o destrucción de un objeto lo tenía por suyo propio. También excluye el dolo el error de derecho, y principalmente la ignorancia de la norma que conmina la sanción penal, ya que ésta, la sanción, no es necesario que la conozca. Sin embargo, la conciencia de faltar al orden jurídico o a las buenas costumbres se la infundirá al culpable, por regla general, su propia experiencia; si bien, por lo que a las buenas costumbres se refiere, dado lo vago de este concepto, puede ocurrir que el culpable obre inconscientemente.” (VON THUR, 1934, p. 276).

é o ordinariamente esperado de médicos. Falhas ou limitações pessoais não são levadas em consideração. A doutrina costuma ilustrar esse ponto com o exemplo do motorista que está aprendendo a dirigir: se o erro cometido seria evitado por motorista experiente, configurada está a quebra do dever de cuidado (MARKESINIS; BELL; JANSSEN, 2021, p. 54).

As razões pelas quais os tribunais não levam em conta os elementos pessoais de cada indivíduo, além de normativas, são pragmáticas. Haveria grande dificuldade em se estabelecer o potencial de gerenciamento de risco de cada réu levado a julgamento, sobretudo porque este teria todos os motivos para subestimar suas próprias habilidades. Ordinariamente, verifica-se que ninguém é envolvido em situações perigosas por acaso, mas, por opção pessoal, decide-se a quais situações de risco estar-se-á exposto e quais conhecimentos e habilidades precisa-se adquirir antes de correr riscos. Dessa forma, se o residente de medicina se propõe a exercer esse mister, deve refinar sua formação profissional e não prejudicar o paciente, respondendo civilmente por eventual negligência tendo-se como parâmetro o especialista já formado (WAGNER, 2021, p. 51).

Em que pese o ônus da prova recair sobre o autor da ação (vítima), se a ilicitude decorre da violação de um dever de cuidado (*Verkehrspflicht*) ou de uma norma protetiva, dos quais possa-se extrair de forma especificada a conduta diligente exigida, o BGH tem invertido referido ônus, devendo o causador do dano, nessas hipóteses, comprovar que não era possível antever o risco ou prevenir a consumação do prejuízo (DAM, 2013, p. 232).

Os denominados deveres de cuidado (*Verkehrspflichten*) foram criados jurisprudencialmente, em razão da lacuna do BGB na regulamentação a contento das condutas omissivas. Da leitura dos § 823 I e II, verifica-se que o foco do primeiro é o comportamento comissivo, enquanto o segundo não seria suficiente para lidar com todas as omissões possíveis. Assim, o BGH passou a decidir, a partir de 1902, que nos casos de responsabilidade civil por omissão, para além do *Tatbestand* (violação a algum dos interesses positivados), há de se verificar a quebra de um dever de cuidado. Dessa forma, alguns deveres não escritos foram sendo reconhecidos pela jurisprudência. Contudo, à caracterização do ilícito nessas hipóteses não se mostra suficiente a ocorrência de algum acidente: há de se demonstrar que o responsável não tomou as medidas de segurança adequadas, tais como prevenir a situação perigosa, providenciar material/equipamento de segurança ou colocar avisos/placas de advertência (DAM, 2013, p. 85-86). Afinal, “não existe um dever geral de se proteger outrem contra danos possíveis, já que um dever tão amplo não seria cumprível na prática; seria ilimitado.” (LARENZ, 1959, p. 591-592; tradução nossa).

A noção fundamental que informa esses deveres é a de que, se uma pessoa, em razão de suas atividades ou por meio de sua propriedade, cria fonte potencial de danos aos direitos e interesses de terceiros, obrigada está a assegurar sua proteção contra os riscos que criou. Se o obrigado omite culposamente essas precauções, terá que indenizar os prejuízos decorrentes de sua inércia (LARENZ, 1959, p. 592). Em que pese haver debate doutrinário sobre a correta categorização e tratamento desse tema (se no âmbito da ilicitude, da culpabilidade ou mesmo do nexo de causalidade), o efeito prático do reconhecimento do dever de cuidado não sofre influência. Em última análise, busca-se estabelecer em que situações a alguém pode-se imputar a responsabilidade por ato omissivo e qual o limite dessa imputação. Diversos elementos são considerados, tais como gravidade do prejuízo, probabilidade da ocorrência, custos de prevenção etc. Em decorrência, tem-se rica casuística, com numerosos julgados das cortes alemãs, nos quais os delineamentos são dados a cada situação concreta, dificilmente replicáveis como normas gerais (MARKESINIS; BELL; JANSSEN, 2021, p. 56).

Por fim e parcialmente coincidente com o francês, no sistema alemão exige-se a *imputabilidade* do agente para se aferir sua culpabilidade; contudo, não se confunde aquela noção com a de capacidade de fato. Por imputabilidade entende-se a possibilidade de agir com pleno domínio das faculdades mentais e em condições, portanto, de se ater aos mandamentos da ordem jurídica. O elemento chave para o Direito civil teutão é o *discernimento*, consistente na aptidão de medir racionalmente a importância e alcance dos próprios atos (VON THUR, 1934, p. 278).²⁴⁵ O próprio BGB faz uma espécie de escala de responsabilização dos menores em seu § 828. Estabelece o item (1)²⁴⁶ da norma que quem não completou sete anos de idade não responde pelo dano que causar a outrem. O item (2)²⁴⁷ dispõe que quem completou sete anos, mas não atingiu dez, não responde pelos danos que causar em acidente com veículo

²⁴⁵ Sobre a proposta da adoção do *discernimento* como índice de validade para a prática de negócios jurídicos por menores de absolutamente incapazes no Direito brasileiro, veja-nos permitir remeter a: NESPOLI, Arthur Lutiheri Baptista; GUIMARÃES, Nádia Carolina Brencis; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Funcionalização da teoria da capacidade: o discernimento como índice de validade dos negócios jurídicos praticados por menores absolutamente incapazes. In: PITSICA, Helena Nastassya Paschoal; MARQUES JÚNIOR, William Paiva. (coord.). **Direito civil contemporâneo**. Florianópolis: CONPEDI, 2022. p. 68-88.

²⁴⁶ “(1) Wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat, ist für einen Schaden, den er einem anderen zufügt, nicht verantwortlich.” Tradução livre: “Aquele que não completou sete anos de idade não é responsável pelo dano que causar a outrem.”

²⁴⁷ “(2) Wer das siebente, aber nicht das zehnte Lebensjahr vollendet hat, ist für den Schaden, den er bei einem Unfall mit einem Kraftfahrzeug, einer Schienenbahn oder einer Schwebbahn einem anderen zufügt, nicht verantwortlich. Dies gilt nicht, wenn er die Verletzung vorsätzlich herbeigeführt hat.” Tradução livre: “Aquele que completou sete anos de idade, mas não dez, não é responsável pelo dano que causar a outrem em um acidente de automóvel, ferrovia ou teleférico. Isso não se aplica se ele causou a lesão intencionalmente.”

automotor, ferrovia ou teleférico, salvo se o fizer de forma dolosa. O item (3)²⁴⁸ estabelece que, quem ainda não completou dezoito anos, não responde pelos danos que causar a outrem caso não tenha o discernimento necessário para reconhecer sua responsabilidade, a menos que esta seja excluída pelos itens anteriores.²⁴⁹

O quarto elemento da responsabilização civil é o nexa de causalidade, o qual não recebeu definição legal. A exemplo dos demais sistemas, o problema da *Kausalität* no Direito alemão gerou intenso debate e diversas teorias.²⁵⁰ O ponto de partida se dá pelo aspecto naturalístico desse elemento, em se perquirindo a condição sem a qual o dano não teria se consumado. Denominada teoria da *conditio sine qua non* (ou *Äquivalenztheorie*), esse teste mostra-se relevante para se estabelecer o liame material entre uma conduta e um resultado, falhando, contudo, na limitação da regressão ou na delimitação dos responsáveis – *regressus ad infinitum* (NORONHA, 2003, item 4.1; LARENZ, 1958, p. 199). O encadeamento de fatores sem a distinção de relevância jurídica acaba por levar a análise de causas, como de ordinário se alude, à Adão e Eva. Outra deficiência decorre de se considerar todas as conseqüências da causa, independentemente de serem prováveis, previsíveis, diretas ou remotas. Donde se conclui que a teoria da *conditio sine qua non* considera a “causação *factual*”, enquanto a questão da limitação do nexa (seleção das causas relevantes) ostenta caráter “jurídico” (DAM, 2013, p.

²⁴⁸ “(3) Wer das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, ist, sofern seine Verantwortlichkeit nicht nach Absatz 1 oder 2 ausgeschlossen ist, für den Schaden, den er einem anderen zufügt, nicht verantwortlich, wenn er bei der Begehung der schädigenden Handlung nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat.” Tradução livre: “Aquele que ainda não completou dezoito anos de idade, contanto que não tenha sua responsabilidade excluída pelos itens 1 e 2, não é responsável pelo dano que causar a outrem se não tiver o discernimento necessário para reconhecer a responsabilidade ao cometer o ato danoso.”

²⁴⁹ Orlando Gomes (1986, p. 342-343) noticia, ainda, a chamada “responsabilidade por equidade”: “Mas, apesar dos progressos da teoria da *responsabilidade objetiva*, não se pretendeu, jamais, tomasse o lugar da *responsabilidade subjetiva*. Sempre se advogou a sua adoção nas hipóteses em que o princípio da responsabilidade fundada sobre a culpa se revela insuficiente. A bem dizer, os casos de responsabilidade baseada no risco, por mais numerosos que sejam, continuam a ser exceções abertas ao postulado tradicional da responsabilidade subjetiva. Por outro lado, a chamada responsabilidade de equidade, consagrada no Cód. Civil alemão, e aceita pelo Cód. Civil italiano, constitui, por igual, exceção à regra da responsabilidade baseada na culpa. Admitem esses Códigos que, em circunstâncias especiais, o juiz, levando em consideração a situação da vítima, pode condenar o autor do dano a repará-lo, ainda que o considere irresponsável. As disposições legais que conferem esse poder à autoridade judicial firmam preceito de evidente caráter excepcional, embora tenham aberto profunda brecha no sistema tradicional da responsabilidade, ao admitirem a eliminação da imputabilidade, permitindo que a obrigação de indenizar o dano seja imposta, por exemplo, a um alienado, vale dizer, abstraindo a idéia de culpa, descabível que é nas pessoas que não têm capacidade de querer e entender.” O autor refere-se ao § 829 do BGB, que dispõe que os inimputáveis dos §§ 827 e 828 responderão pelos danos que causarem se a equidade reclamar que as vítimas sejam compensadas e na medida em que não forem privados de recursos razoáveis para sua própria manutenção.

²⁵⁰ “French lawyers, paraphrasing Voltaire's dictum about the existence of God, have often teased the Germans by saying that if causation did not exist as a subject it would have to be invented so that German lawyers would have something to exercise their minds.” (MARKESINIS; BELL; JANSSEN, 2021, p. 60).

311; ENNECCERUS, 1947, p. 66).²⁵¹ Por fim, aponta-se a insuficiência da *Äquivalenztheorie* no tratamento da causalidade relativa à responsabilidade por omissão, haja vista que a eliminação hipotética (*Hinwegdenken*) não é adequada a se verificar a subsistência do fato danoso, uma vez que não há conduta anterior a desencadear materialmente a lesão (MARKESINIS; BELL; JANSSEN, 2021, p. 61).

No sistema teutão, distingue-se, portanto, dois aspectos desse elemento: a causalidade fundamentadora da responsabilidade (*haftungsbegründede Kausalität*) e a causalidade preenchedora da responsabilidade (*haftungsausfüllende Kausalität*).²⁵² A primeira refere-se à relação entre a conduta e a violação de algum interesse tutelado (dano-evento). A segunda diz respeito à extensão dos danos concretamente experimentados a partir da lesão ao interesse (dano-consequência).

A fim de se estabelecer critérios limitativos referente à causalidade jurídica (preenchedora da responsabilidade), desenvolveu-se a teoria da *adequação* (*Adäquanztheorie*), ramificada em diversas subespécies. A adequação da *causa* para essa conceituação é delimitada por uma “questão científica de probabilidade”. Parte-se de um critério eliminatório de condições menos relevantes, resultando na identificação do fator causal como aquele que se verifica “no curso normal das coisas”, segundo sua natureza geral e as regras da vida corrente (ENNECCERUS, 1947, p. 66; PEREIRA, 2018, p. 109). Logo, o juízo que prevalece é o abstrato, fundado “em um princípio de normalidade. Imputa-se ao agente as consequências que, em um determinado momento histórico, segundo o estado da ciência e da técnica, são ‘normais’ consequências de seu comportamento” (SCHREIBER, 2011, p. 58). Essa teoria fora desenvolvida doutrinariamente em duas formulações distintas: a positiva, entendendo a causa adequada de um fato como “aquela que normalmente conduz a este último como uma consequência previsível”; e a negativa, como causa que não é adequada aquela indiferente ao resultado produzido (SOUZA, 2018, p. 25).

A doutrina alemã desenvolveu algumas subespécies da *Adäquanztheorie*, variando a ênfase no aspecto percebido pelos respectivos autores como sendo o mais relevante. Nesse sentido, alguns propugnavam pela adoção do critério da razoável previsibilidade do dano

²⁵¹ “Tanto más cuanto que, en primer lugar, en el problema jurídico de la causa no se trata para nada de causa y efecto en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como *fundamento jurídico suficiente* para la atribución de consecuencias jurídicas, o sea de la relación de fundamento a consecuencia.” (ENNECCERUS, 1947, p. 66)

²⁵² A nomenclatura, para além de ser tradução literal das expressões em alemão, é encampada doutrinariamente. Nesse sentido, cf. BARBOSA, 2019, *passim*. Sobre o tema, ver seção 3.3 supra.

(von Kries); outros investigando se a causa era adequada (não extraordinária, conforme a experiência geral de vida) a criar o dano; houve também o foco no aumento da chance (probabilidade) de ocorrência do dano (Traeger) (MARKESINIS; BELL; JANSSEN, 2021, p. 64-65).²⁵³ Em síntese, as diferentes abordagens são reconduzíveis ao princípio de que o “[...] demandado somente é obrigado a ressarcir consequências danosas que eram razoavelmente esperadas ou previsíveis ou não muito improváveis a um observador objetivo e ideal.” (DAM, 2013, p. 313; tradução nossa). Denominado *prognóstico objetivo ulterior*, nesse teste não se leva em consideração o conhecimento ou a previsibilidade pessoal do responsável pelo dano, mas a de um observador ou julgador perspicaz, para o qual eram cognoscíveis todas as circunstâncias, não apenas as notórias (LARENZ, 1958, p. 200).

O amplo espectro de variações (e critérios tidos por relevantes) acabou por tornar essa teoria inservível a resolver o problema da causalidade de forma clara e segura,²⁵⁴ o que culminou na elaboração da denominada *teoria do escopo da norma (Schutzzweck der Norm)*.²⁵⁵ Assim:

²⁵³ “For von Kries - the originator of the theory - the valuation should be undertaken on the basis of all the circumstances which were known, or ought to have been known, to the originator of the condition at the time of its entry (ex ante) and also taking into account *general practical knowledge* (ex post) based on experience. Rümelin ('Die Verwendung der Causalbegriff in Straf- und Civilrecht' 90 *AcP* (1900) 171), on the other hand, advanced the theory of 'objective hindsight. For him consideration should be given to the whole empirical knowledge of mankind and all the circumstances anywhere to hand at the time the condition occurred, whether they were recognisable by the most *superior* discernment *or* had first become recognisable ex post from events following the condition in question. Von Kries's 'individual foresight' approach proved too narrow for private law cases of objective (no fault) liability and contractual liability; Rümelin's 'objective hindsight' theory was, on the other hand, too wide to exclude with certainty the inequitable results of the condition theory. [...] So a compromise solution was proposed by yet another author - Traeger (*Kausalbegriff im Zivil- und Strafrecht* (1904) para 159) - and this came to be adopted by the courts. According to this view, an event is an adequate condition of a consequence if it has in a general and appreciable way enhanced the objective possibility of a consequence of the kind coming about. In deciding this, account is to be taken of (i) all the circumstances recognisable by an 'optimal' observer *at the time the event occurred* and, (ii) the additional circumstances known to the originator of the condition. The factual situation so established must be examined in the light of the whole human experience available at the time the decision is made, to see whether it appreciably favoured the occurrence of the damage-producing event.” (MARKESINIS; BELL; JANSSEN, 2021, p. 64-65).

²⁵⁴ “O conceito de causa adequada é algo fluídico e que admite distinções várias, de acordo com este ou aquele autor. Decerto, se, por um lado, a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais não dá margem para que o juiz aprecie bem os fatos; por outro, a Teoria da Causalidade Adequada depende muito do arbítrio do julgador para ser aplicada em concreto. Mas o fato é que quase todas as teorias dependem, por assim dizer, de um certo arbítrio do magistrado.” (CRUZ, 2005, p. 83).

²⁵⁵ “In view of this ambiguity, it is not surprising that court decisions have shown a marked inclination to state that the problem they have to solve is not 'exactly one of causality but rather the discovery of a corrective device which can limit the purely logical consequences in the interests of equity' (see BGH, BGHZ 3, 261 and also BGH, BGHZ 30, 154). Seen in this light, the adequacy theory has proved an inefficient controlling device. Von Caemmerer has thus argued that an exhaustive examination of the case law of the RG shows that only in a handful of cases was the Court able (or willing) to deny the existence of a causal link on the basis of this theory ('Das Problem des Kausalzusammenhangs' in *Gesammelte Schriften* I, 395, 403 ff). An effort to combine the adequate cause theory with a more normative theory of causation was thus inevitable; the development of the 'scope of the rule' theory was its result.” (MARKESINIS; BELL; JANSSEN, 2021, p. 65).

Um autor alemão, Rabel, já em 1936 sustentava que se deveria considerar a função de proteção de cada norma que impusesse o dever de ressarcir danos, para que se pudesse determinar quais seriam os suscetíveis de reparação. Esta ideia ganhou a adesão da generalidade dos juristas alemães do após-guerra e, depois de convencer a jurisprudência alemã, conheceu rápida expansão por outros países não latinos, como a Suíça, a Holanda, a Inglaterra e os Estados Unidos: a determinação do âmbito de proteção da norma é que nos permitiria descobrir a efetiva finalidade desta e quais os interesses e pessoas que com ela se procuram tutelar. Tal determinação é que nos diria que danos, dentre todos os ligados ao fato por um nexo de causalidade adequada, seriam reparáveis, e ainda que pessoas, dentre todas as lesadas, teriam direito à reparação. Fala-se, a este respeito, no princípio, ou na teoria, *do escopo da norma violada*. [...] Quando se trata de determinar quais são os danos que devem ser reparados, há que partir do exame da norma jurídica que foi violada: será a sua *ratio legis* que esclarecerá quais são os valores e interesses tutelados, quais são em especial os danos que podem ser reparados e quais são as pessoas que a norma intenta proteger. Assim, a ação de reparação deve ser reservada às pessoas que a norma violada intenta proteger e deve ter por objeto apenas os danos visados pela mesma. Como afirma Esser [1961, p. 492], só se devem conceder indenizações quando haja ‘vínculo teleológico entre a extensão da sanção e a finalidade protetora da norma jurídica’, isto é, só serão indenizáveis ‘os danos causados aos bens que a ordem jurídica queria proteger e pelas lesões que ela queria prevenir’. (NORONHA, 2013, p. 241).

A finalidade protetiva da norma, portanto, deve ser levada em consideração ao se analisar a imputação do dano. Se o causador da lesão não observou determinada norma de comportamento, a responsabilidade pela respectiva indenização somente poderá ser atribuída ao agente se o objetivo da norma violada era evitar precisamente o tipo de prejuízo gerado. As normas de comportamento devem ser formuladas caso a caso para situações específicas, tendo em conta a natureza do bem jurídico em questão (WAGNER, 2021, p. 81-82).

A ilustrar a aplicação dessa teoria, Cees van Dam (2013, p. 314) cita um caso julgado pelo BGH: houve um acidente na rodovia e autoridade administradora foi demandada por um motorista que não se envolveu na colisão, mas que, em razão dessa, atrasou-se para um compromisso e sofreu perda financeira. O BGH afastou a responsabilização da autoridade no caso, sob o fundamento de que a norma que determina o dever de manutenção do tráfego seguro na rodovia visa proteger a incolumidade dos usuários, mas não tutelar perdas puramente econômicas de terceiro estranho ao fato em razão de eventual atraso gerado pelo acidente.

De igual maneira, Andreas Von Thur (1934, p. 268-269, nota 5), em que pese nominar de causalidade “adequada”,²⁵⁶ traz mais um exemplo de aplicação da teoria do escopo

²⁵⁶ A utilização de uma teoria nominando-a por outra é fenômeno não raro. No Brasil, apontando essa confusão por parte da jurisprudência: “Como podemos ver, muito embora façam menção expressa às teorias do nexo causal, em especial a da causalidade adequada e a da causa direta e imediata, as definições das quais partem aos julgados não se alinham, de fato, ao que essas teorias apresentam. No primeiro precedente, elas são consideradas de forma intercambiável, o que, como vimos, não reflete os desenvolvimentos teóricos na matéria. No segundo, elas são tidas de forma alternativa, o que, na prática, esvazia a escolha de política legislativa (afinal, teria sido adotada qual

da norma: se alguém fere ou mata outra pessoa ao cortar uma árvore, não se lhe pode pretender a responsabilização pela aplicação das leis de polícia florestal, pois destinadas exclusivamente à proteção dos bosques.

A importância dessa teoria reside, sobretudo, nas hipóteses de responsabilização objetiva, na medida em que se mostra menos apropriado limitar suas consequências sob o fundamento da “previsibilidade” do dano, mais adequada ao regime aquiliano. Admitir-se o requisito da previsibilidade culminaria em incorporar, por via oblíqua (no âmbito do nexo causal), a culpa na responsabilização objetiva.²⁵⁷ Por outro lado, a *Schutzzweck der Norm* abrange consequências improváveis ou não previstas, tais como a vulnerabilidades especiais da vítima ou consequências remotas, salvo se comprovado pelo demandado que eram apenas a materialização “dos riscos gerais da vida” (*das allgemeine Lebensrisiko*). As soluções dadas em casos “fronteiriços” variam. Em determinado caso, o BGH reconheceu a responsabilização do demandado causador de um acidente em razão do qual, após a vítima ser socorrida, a ambulância que a transportava sofreu novo acidente, agravando o dano. Em outro, a mesma Corte afastou a responsabilização pelo infarto sofrido pelo ofendido após uma pequena discussão com o agente (DAM, 2013, p. 316).

Naturalmente, essa teoria também tem seus pontos de deficiência. Se por um lado mostra-se bastante útil para delimitação do nexo causal nas hipóteses de violação de leis particulares prescritivas deveres, por outro falha quando o escopo de proteção da norma é amplo

teoria? Ou será que teriam sido adotadas as duas?). No terceiro precedente, por fim, além de fazer referência de maneira idêntica às duas teorias - o que nos parece equivocado -, o julgado ainda se inclina, ao mesmo tempo, para a teoria da causa eficiente, ao indicar que o nexo causal deve ser reconhecido quando a ação/omissão do agente for “determinante” para o prejuízo, como se houvesse algum potencial intrínseco das inúmeras condições operantes que permitisse essa avaliação.” (DIAS; AZEVEDO, 2021, p. 352). Em recente decisão, mais uma vez o Superior Tribunal de Justiça tratou as teorias da causalidade adequada e do dano direto e imediato como se sinônimas fossem: “Nesse caso, em que pese se tenha reconhecido a falha na prestação de serviço hospitalar, concluiu-se, adotando a teoria da equivalência dos antecedentes, que a prematuridade extrema e o baixo peso foram predominantes para as implicações causadas pela infecção hospitalar. A Corte local aplicou à espécie a teoria *conditio sine qua non*, todavia não é essa a posição majoritária da doutrina e jurisprudência pátria, as quais adotam, nessa hipótese, a teoria da causalidade adequada (ou dano direto e imediato), conforme se extrai dos preceitos supramencionados.” (Informativo de jurisprudência nº 778, Processo em segredo de justiça, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª T., j. 06.06.2023).

²⁵⁷ “Requiring foreseeability for causation in cases of strict liability would let in a negligence element via the backdoor of causation. Hence, the scope of the rule theory does, indeed, seem to be a better way of limiting the consequences of strict liability.” (DAM, 2013, p. 315). Divergindo dessa conclusão, Karl Larenz (1958, p. 201) afirma: “Al responsable del hecho solamente le pueden ser imputadas y tenidas en cuenta en la determinación del daño aquellas consecuencias ‘adecuadas’ al hecho generador de la responsabilidad. Se trata, por consiguiente, de una imputación *objetiva* de las consecuencias producidas, no de una imputación *subjetiva* a título de culpa. La sentencia que declara adecuado un efecto al hecho base de la responsabilidad y por ello declara que el agente ha de responder de él, no contiene reproche alguno de culpa.”

e difícil de identificação. Por exemplo, o § 826 do BGB, que estabelece a responsabilização por violação dos bons costumes (MARKESINIS; BELL; JANSSEN, 2021, p. 66).

Em que pese o intenso debate acadêmico, as Cortes alemãs não assumem posição sobre qual teoria a mais adequada a ser adotada, valendo-se dos argumentos que melhor sirvam a solução de cada caso apresentado. Em algumas situações, encontram-se soluções iguais para casos análogos com fundamento em teorias distintas. Ilustrativamente, Karl Larenz (1958, p. 198) sustenta que o agente que fere levemente a vítima, mas que, em virtude de infecção hospitalar, tem seu membro amputado, deve responder pelo dano mais grave por ser consequência “adequada” – pelo liame causal com o primeiro evento e ser fato apropriado a aumentar o risco do segundo. Em caso semelhante, sustentou-se também a aplicação da teoria do escopo da norma violada (DAM, 2013, p. 316). O problema da causalidade acaba sendo resolvido, conforme reconhecido inclusive pela própria jurisprudência alemã, por “bom senso e equidade” (MARKESINIS; BELL; JANSSEN, 2021, p. 60).²⁵⁸ Nesse sentido, sustenta Ludwig Enneccerus (1947, p. 67) que essa questão não poderá ser resolvida satisfatoriamente por regras abstratas e que, em caso de dúvida, deve o juiz resolver por sua livre convicção ponderando as circunstâncias concretas.

O quinto elemento da responsabilização civil é o dano (*Schaden*). O BGB passou por recente e modesta reforma legislativa nesse tema (*Zweites Gesetz zur Änderung schadenersatzrechtlicher Vorschriften*²⁵⁹ de 2002), apontando-se como uma das importantes alterações a introdução da possibilidade de compensação por dano moral em casos de responsabilidade objetiva. Anteriormente, havia a necessidade de se fundamentar a pretensão nas disposições de reponsabilidade subjetiva aquiliana (§§ 823 ou 826) (DAM, 2013, p. 355).

Os §§ 249 a 254 contém disposições gerais sobre indenização que se aplicam a todos os tipos de responsabilidade, independentemente da fonte obrigacional (contratual, aquiliana ou enriquecimento indevido). Regulam-se nesse trecho, ilustrativamente, a natureza e extensão dos danos (249), lucros cessantes (252), danos morais (253) e concorrência de culpa (254). Nos §§ 842-845, trata-se especificamente dos ressarcimentos devidos por danos à pessoa, desde a fixação de pensão à vítima (843) ou seus dependentes (844, II) até compensação ao

²⁵⁸ Sobre a relação entre o nexo de causalidade e o senso de equidade no direito brasileiro, seja-nos permitido remeter à: NESPOLI, Arthur Lutiheri Baptista; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Nexo de causalidade e juízo de equidade: da certeza à mera possibilidade. *Civillistica.com*. Rio de Janeiro, a. 11, n. 2, 2022. Disponível em: <<http://civilistica.com/nexo-de-causalidade-e-juizo/>>.

²⁵⁹ Tradução livre: Segunda lei para alteração das regulamentações de compensação por danos.

empregador do ofendido que tenha experimentado prejuízo na privação dos serviços devidos (845).

Dano é conceituado como toda desvantagem experimentada em algum bem jurídico, como a vida, a saúde, propriedade, liberdade, honra, crédito, bem-estar, capacidade aquisitiva etc. A medida da compensação, atualmente, não mais é dada pelo valor corrente comum do bem lesado (*pretium commune*), mas pelo seu valor singular para seu titular (*pretium singulare*), cuja repercussão concreta do prejuízo pode afetar, por exemplo, a desvalorização de outros objetos conexos ao perdido ou afetado. Em que pese as fontes romanas tratem o termo indenização preferentemente como prestação em pecúnia, no BGB esse termo abarca tanto essa espécie quanto a reposição *in natura* de forma intercambiável (ENNECCERUS; 1947, p. 61-62).²⁶⁰ A extensão do dever de indenizar coincide, em geral, com o problema do nexo de causalidade, na medida em que há de se averiguar a conexão do prejuízo com os fatos que fundamentam a obrigação de ressarcir e sua influência sobre a situação patrimonial da vítima (ENNECCERUS, 1947, p. 85).

A regra, no Direito alemão, é a reparação *in natura*. Conforme estabelece o § 249 I²⁶¹ do BGB, em sendo possível, o responsável deverá restabelecer a situação do ofendido ao *status quo ante*, como se o fato que deu origem ao dever reparatório nunca tivesse acontecido (*Naturalrestitution*). A norma diz respeito, portanto, não apenas ao objetivo e extensão da reparação do dano, como também ao modo de o fazer. O padrão geral para a determinação do prejuízo é a chamada hipótese da diferença (*Differenzhypothese*): o dano existe se o lesado estiver em situação pior do que estaria se não ocorresse o fato que obriga a indenizar. A comparação se faz entre a situação atual real e a hipotética situação caso o comportamento do agente observasse a diligência necessária. Dessa forma, identifica-se a existência e extensão do dano (WAGNER, 2021, p. 260; ZIMMERMANN, 1996, p. 824).²⁶²

²⁶⁰ “Por conseguinte, indemnización quiere decir: poner a uno en tanto sea posible en la misma situación patrimonial en que se encontraría, si no se hubiera producido el acontecimiento que obliga a la indemnización.” (ENNECCERUS, 1947, p. 62).

²⁶¹ “Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.” Tradução livre: “Quem for obrigado a pagar uma indenização deve restabelecer a situação que existiria se não tivesse ocorrido a circunstância que obriga à indenização.”

²⁶² “Before concluding this chapter, we still have to say something about what a plaintiff could claim in case of breach of contract – more particularly, about the crucial concepts of ‘quod interest’ or, as the modern lawyer would put it, of ‘damages’. The loose equation of ‘quod interest’ and ‘damages’ must, however, not lead us to the conclusion that both are in fact the same. The focal point of the modern German law of damages is a uniform and comprehensive concept of damages, as embodied in the famous ‘Differenztheorie’. In terms of this ‘theory’, the recoverable loss is defined as the difference between the plaintiff’s position as in fact it is and as it would have been but for the interference of the damaging event. Since, as a rule, only material damages are recoverable, this

Somente não terá lugar a restituição *in natura* se dano gerado for de natureza estritamente pecuniária (por exemplo, lucro cessante) ou por insuficiência/impossibilidade desse tipo de tutela em razão do bem lesado (por exemplo, saúde, privação de coisa ou mesmo sua destruição). A ilustrar a insuficiência, Karl Larenz (1958, p. 230) cita a perda do valor do bem lesado²⁶³ ou a diminuição de sua utilidade.

Na prática forense, contudo, os demandantes postulam, na ampla maioria dos casos, o valor correspondente ao dano. Valem-se do § 249 II²⁶⁴ do BGB, transformando a exceção em regra. A segunda exceção à regra da restituição *in natura* está prevista no § 251 I,²⁶⁵ o qual dispõe em sendo impossível ou insuficiente à reparação do dano, o credor pode pleitear indenização em dinheiro. O § 251 II,²⁶⁶ por sua vez, estabelece que a indenização também será em dinheiro quando os custos para reparação do bem danificado foram excessivos (desproporcionais: *unverhältnismäßig*) relativamente ao seu valor. A segunda parte do mesmo dispositivo ressalva que tal critério não se aplica ao tratamento de animais feridos. Trata-se de obrigação alternativa (*facultas alternativa*), cabendo ao devedor o exercício da faculdade de escolha (LARENZ, 1958, p. 230).

Mesmo que o cumprimento específico da obrigação seja possível, é facultado ao credor exigir o equivalente em dinheiro se, após conceder prazo razoável ao devedor

involves a comparison of the actual value of the plaintiff's assets after the damaging event with their hypothetical value, established." (ZIMMERMANN, 1996, p. 824). No Direito romano, não se admitia a execução específica do contrato. Uma vez descumprida a obrigação, à parte cabia apenas reclamar um montante em dinheiro (*omnis condemnatio pecuniaria*). A soma poderia ser quantificada de duas formas: a primeira, em sendo possível avaliar objetivamente, pelo valor da coisa em si (*quanti ea res est*); a segunda, em não sendo possível essa avaliação, caberia a quantificação por equidade (*id quod interest*), analisando-se as circunstâncias do caso concreto (pelo *iudex*), variando, portanto, as soluções. (ZIMMERMANN, 1996, p. 825-826).

²⁶³ Sobre o dano pela perda do valor do bem e o debate que se instalou na Europa, cf. BARBOSA, 2019, p. 256-262.

²⁶⁴ "Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen. Bei der Beschädigung einer Sache schließt der nach Satz 1 erforderliche Geldbetrag die Umsatzsteuer nur mit ein, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist." Tradução livre: "Se os danos devem ser pagos devido a lesão a uma pessoa ou dano a um objeto, o credor pode exigir a quantia necessária em vez de reparação. No caso de dano a um item, a quantia exigida de acordo com a sentença 1 inclui apenas o imposto sobre vendas se e na medida em que tenha sido efetivamente incorrido."

²⁶⁵ "Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen." Tradução livre: "Se a restauração não for possível ou não for suficiente para compensar o credor, o responsável deve indenizar o credor em dinheiro."

²⁶⁶ "Der Ersatzpflichtige kann den Gläubiger in Geld entschädigen, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist. Die aus der Heilbehandlung eines verletzten Tieres entstandenen Aufwendungen sind nicht bereits dann unverhältnismäßig, wenn sie dessen Wert erheblich übersteigen." Tradução livre: "O responsável pode indenizar o credor em dinheiro se a restauração somente for possível com despesas desproporcionais. As despesas incorridas com o tratamento curativo de um animal ferido já não são desproporcionais se excederem significativamente o seu valor."

proceder à restituição *in natura*, a restauração não se der tempestivamente (§ 250²⁶⁷). Esgotado o prazo, não se mostra mais cabível o pedido restitutivo, dando-se a compensação em pecúnia.

O § 253 I do BGB, como já visto, limita a compensação por danos morais aos casos especificados na lei. O § 253 II²⁶⁸ estabelece, por outro lado, que se o dano disser respeito à violação do corpo, saúde, liberdade ou autodeterminação sexual, ao ofendido poderá ser arbitrada quantia razoável em dinheiro a compensar prejuízo que não tenha natureza pecuniária. Antes da reforma de 2002, havia previsão semelhante no § 847 (atualmente revogado), mas cuja aplicação era limitada à responsabilidade civil delitual. Assim:

Qualquer coisa que cause dor física ou moral a uma pessoa, ou lhe cause indignação ou mortificação, afeta-a talvez mais intensamente do que a deterioração patrimonial; mas não pode ser expressa, como esta, em uma quantia em dinheiro nem compensada mediante o pagamento da mesma. A "compensação monetária", no sentido acima referido, não é o que se tem conta. Só é possível conceder uma espécie de satisfação ao prejudicado deste modo na forma de compensação econômica fixada segundo a equidade que represente pelo menos uma compensação indireta pela injustiça sofrida, na medida em que lhe dê a possibilidade de aplicá-la a seu critério. Especialmente pode reivindicar o chamado "dinheiro de dor" ("Schmerzensgeld") (§ 847, parágrafo I) quem foi lesionado por outro em seu corpo, saúde ou liberdade (§ 823, parágrafo I). Mas estas disposições aplicam-se apenas quando a reivindicação é baseada em um ato ilícito do agente, e não quando é baseada em responsabilidade por risco (exceto no caso do § 833) ou em uma violação contratual.²⁶⁹ (LARENZ, 1958, p. 231-232; tradução nossa)

²⁶⁷ “Der Gläubiger kann dem Ersatzpflichtigen zur Herstellung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, dass er die Herstellung nach dem Ablauf der Frist ablehne. Nach dem Ablauf der Frist kann der Gläubiger den Ersatz in Geld verlangen, wenn nicht die Herstellung rechtzeitig erfolgt; der Anspruch auf die Herstellung ist ausgeschlossen.” Tradução livre: “O credor pode conceder ao devedor um prazo razoável para a restauração, com a declaração de que recusará a restauração após o termo do prazo. Decorrido o prazo, o credor pode exigir uma indenização em dinheiro, caso a restauração não ocorra tempestivamente; a reivindicação de restauração é excluída.”

²⁶⁸ “Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.” Tradução livre: “Se a indenização deve ser paga por danos ao corpo, saúde, liberdade ou autodeterminação sexual, uma compensação razoável em dinheiro também pode ser exigida por danos que não sejam prejuízos financeiros.”

²⁶⁹ No original: “Todo aquello que produce en una persona un dolor corporal o moral, o le ocasione indignación o mortificación, le afecta quizá más intensamente que el menoscabo patrimonial; pero no puede ser expresado, como éste, en una suma de dinero ni compensado mediante el pago de la misma. La "indemnización dineraria", en el sentido antes expuesto, no se tiene ahora en cuenta. Al perjudicado de este modo solamente es posible concederle una especie de satisfacción en forma de una compensación económica fijada según la equidad que represente al menos una compensación indirecta por la injusticia sufrida, en cuanto le confiere la posibilidad de aplicarla a su arbitrio. Especialmente puede reclamar el llamado "dinero del dolor" ("Schmerzensgeld") (§ 847, párr. I) aquel que ha sido lesionado por otro en su cuerpo, salud o libertad (§ 823, párr. I). Pero estos preceptos rigen sólo cuando la pretensión esté fundada en un acto ilícito del agente, y no cuando lo esté en la responsabilidad por riesgo (excepto en el caso del § 833) o en una infracción contractual.”

Há muito a doutrina já vinha criticando os reduzidos limites em que BGB admitia a compensação por danos morais.²⁷⁰ Após a modificação legislativa, o espectro de abrangência dessa hipótese foi ampliado para responsabilidade contratual, especialmente em casos de negligência médica. Normas similares admitindo compensação em dinheiro por danos não econômicos são encontradas na legislação extravagante, a exemplo das leis que tratam da responsabilidade por produtos e tráfego em rodovias (DAM, 2013, p. 356). Antes restrita ao regime subjetivo, atualmente verifica-se a possibilidade de compensação por dano moral também no regime objetivo de responsabilização (MARKESINIS; BELL; JANSSEN, 2021, p. 151).

Como acima já ponderado, a jurisprudência do BGH ampliou a compensação por danos morais, flexibilizando a rigidez do BGB, ao reconhecer um *direito geral de personalidade*, em leitura conjugada com a Lei Fundamental. Dada a superioridade hierárquica da Constituição, o Código Civil foi interpretado conforme (*verfassungskonforme Auslegung*) os comandos de proteção à dignidade da pessoa. Nesse ponto, a reforma não alterou esse direito criado pela jurisprudência, tampouco houve sua previsão legal, temendo o legislador causar mais confusão do que clareza (DAM, 2013, p. 357).

A responsabilização objetiva no sistema alemão encontra regulamentação em diversas leis extravagantes, que foram sendo promulgadas ao longo do desenvolvimento de novas tecnologias, que culminaram na criação ou agravamento de riscos às pessoas. Ilustrativamente, tem-se a *Reichshaftpflichtgesetz* (RHPfG) de 1871, que estatuiu o regime objetivo a danos (morte ou lesão) sofridos por pessoas na operação de ferrovias; a *Straßenverkehrsgesetz* (StVG) em 1909 o fez em relação a veículos automotores; a *Luftverkehrsgesetz* (LuftVG) em 2007, no tocante ao tráfego aéreo.

O tratamento dispensado a esse regime, em que pese as peculiaridades de cada normativa, caracteriza-se pela previsão de algumas normas comuns. A primeira delas diz

²⁷⁰ Nesse sentido: “Se ha censurado la ley porque admite tal pretensión sólo en tan reducidos límites. En efecto, sería oportuna, por lo menos, una compensación pecuniaria para la ofensa sufrida, la tortura o el dolor moral ocasionados, aunque mediante ellos no se produzca daño en la salud, cuando el causante del daño ha obrado con dolo o culpa grave. Pero esto presupondría una consideración de las graduaciones de la culpa que es ajena al BGB, cuyo criterio es no influir con ideas de expiación en las normas sobre la indemnización de daños. También hemos de tener en cuenta que en caso de una mayor extensión del ‘dinero del dolor’, más de un perjudicado por ofensas reales o supuestas trataría después de obtener provecho de tal regulación; además, ello no sería tampoco conveniente, porque daría lugar a un semillero de pleitos. Pese a ello, la reglamentación que trazó el BGB no puede considerarse acertada, porque a tenor de la misma en muchos casos no se puede obtener un resultado satisfactorio.” (LARENZ, 1958, p. 232).

respeito à fixação de teto indenizatório, a exemplo do que se verifica no § 37²⁷¹ da LuftVG. O limite legal refere-se ao *quantum* que poderá ser pleiteado no regime objetivo de responsabilização. Contudo, admite-se em todos os casos em que houve essa restrição, a busca de indenização complementar por danos subsistentes não abrangidos e/ou danos morais pelo regime subjetivo de responsabilização (v.g., o § 16²⁷² da StVG).

Essa previsão era particularmente importante antes da reforma de 2002, na medida em que, pelo sistema anterior, não era possível ao ofendido ver-se compensado por danos morais no regime objetivo de responsabilização. Em razão da nova redação do § 253, essa limitação não mais se verifica, subsistindo, contudo, a utilidade da remissão ao sistema geral a fim de se possibilitar o pleito de indenização suplementar por prejuízo não ressarcido em razão da insuficiência do valor previsto na lei (MARKESINIS; BELL; JANSSEN, 2021, p. 151).

Outra disposição comum à legislação que trata do regime objetivo é a previsão da mitigação ou exclusão da responsabilidade por conduta concorrente da vítima. É o

²⁷¹ “(1) Der Ersatzpflichtige haftet für die Schäden aus einem Unfall: a) bei Luftfahrzeugen unter 500 Kilogramm Höchstabflugmasse nur bis zu einem Kapitalbetrag von 750.000 Rechnungseinheiten, b) bei Luftfahrzeugen unter 1.000 Kilogramm Höchstabflugmasse nur bis zu einem Kapitalbetrag von 1,5 Millionen Rechnungseinheiten, c) bei Luftfahrzeugen unter 2.700 Kilogramm Höchstabflugmasse nur bis zu einem Kapitalbetrag von 3 Millionen Rechnungseinheiten, d) bei Luftfahrzeugen unter 6.000 Kilogramm Höchstabflugmasse nur bis zu einem Kapitalbetrag von 7 Millionen Rechnungseinheiten, e) bei Luftfahrzeugen unter 12.000 Kilogramm Höchstabflugmasse nur bis zu einem Kapitalbetrag von 18 Millionen Rechnungseinheiten, f) bei Luftfahrzeugen unter 25.000 Kilogramm Höchstabflugmasse nur bis zu einem Kapitalbetrag von 80 Millionen Rechnungseinheiten, g) bei Luftfahrzeugen unter 50.000 Kilogramm Höchstabflugmasse nur bis zu einem Kapitalbetrag von 150 Millionen Rechnungseinheiten, h) bei Luftfahrzeugen unter 200.000 Kilogramm Höchstabflugmasse nur bis zu einem Kapitalbetrag von 300 Millionen Rechnungseinheiten, i) bei Luftfahrzeugen unter 500.000 Kilogramm Höchstabflugmasse nur bis zu einem Kapitalbetrag von 500 Millionen Rechnungseinheiten, j) bei Luftfahrzeugen ab 500.000 Kilogramm Höchstabflugmasse nur bis zu einem Kapitalbetrag von 700 Millionen Rechnungseinheiten.” Tradução livre: “(1) O responsável por danos resultantes de um acidente: a) para aeronaves com peso máximo de decolagem inferior a 500 quilos somente até o valor do capital de 750.000 unidades de conta, b) para aeronaves com peso máximo de decolagem peso fora inferior a 1.000 quilogramas somente até um valor de capital de 1,5 milhões de unidades de conta. c) para aeronaves com massa máxima de decolagem de 2.700 kg somente até um valor de capital de 3 milhões de unidades de conta, d) para aeronaves sob 6.000 kg de massa máxima à decolagem apenas até um montante de capital de 7 milhões de unidades de conta, e) para aeronaves com menos de 12.000 kg de massa máxima à decolagem apenas até um capital de 18 milhões de unidades de conta, f) para aeronaves sob MTOM de 25.000 quilos somente até um valor de capital de 80 milhões de unidades de conta, g) para aeronaves abaixo de 50.000 quilos MTOM somente até um valor de capital de 150 milhões de unidades de conta, h) para aeronaves sob 200.000 quilos MTOM somente até um valor de capital de 300 milhões de unidades de conta, i) para aeronaves abaixo de 500.000 quilos MTOM somente até um valor de capital de 500 milhões de unidades de conta, j) para aeronaves de 500.000 quilos MTOM somente até um capital montante de 700 milhões de unidades de conta.”

²⁷² “Unberührt bleiben die bundesrechtlichen Vorschriften, nach welchen der Fahrzeughalter für den durch das Fahrzeug verursachten Schaden in weiterem Umfang als nach den Vorschriften dieses Gesetzes haftet oder nach welchen ein anderer für den Schaden verantwortlich ist.” Tradução livre: “Os regulamentos federais segundo os quais o proprietário do veículo é responsável pelos danos causados pelo veículo em maior extensão do que os regulamentos desta lei ou segundo os quais outra pessoa é responsável pelos danos permanecem inalterados.”

que se verifica, por exemplo, no § 4²⁷³ da (*Haftpflichtgesetz – HaftPflG*), o qual faz expressa remissão ao § 254²⁷⁴ do BGB. Pondera-se, portanto, o grau de contribuição da conduta da vítima na geração do dano, havendo-se de sopesar em que medida os riscos inerentes à atividade foram exponenciados em razão do comportamento do ofendido. Em casos extremos, possível que o demandante não receba indenização alguma pelo dano sofrido ou, mesmo em havendo contribuição, mas não expressiva, consiga ver-se ressarcido integralmente (MARKESINIS; BELL; JANSSEN, 2021, p. 151).

O termo *culpa (Verschulden)* utilizado no § 254 há de ser tomado, adverte Karl Larenz (1958, p. 220) em sentido figurado. Isso porque pode significar a noção de culpa no estrito sentido jurídico (negligência, imprudência ou imperícia), mas também deve ser admitida no sentido mais amplo de conduta que não observa noções mais gerais (de diligência no tráfico pessoal) de se evitar a causação de danos a outrem ou a si mesmo. A culpa, nessa hipótese, liga-se a ideia de imputação pessoal de conduta, de concausa no dano, até porque, em sendo objetivo o regime, o elemento *culpa* (em sentido estrito) não é requisito para configuração do dever de indenizar, razão pela qual falar-se em *concorrência de culpa* seria inadequado.

Estabelecidos os delineamentos gerais do sistema de responsabilização civil da Alemanha, possível abordar o instituto do *dano imoral* em sua particularidade.

²⁷³ “Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt, so gilt § 254 des Bürgerlichen Gesetzbuchs; bei Beschädigung einer Sache steht das Verschulden desjenigen, der die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt, dem Verschulden des Geschädigten gleich.” Tradução livre: “Se o lesado tiver culpa no momento da ocorrência do dano, aplica-se o artigo 254.º do Código Civil; em caso de dano a um bem, a culpa da pessoa que efetivamente exerce o controle sobre o bem é igual à culpa do lesado.”

²⁷⁴ “Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.” Tradução livre: “Se o dano tiver sido causado por culpa do lesado, a obrigação de indenizar e o valor da indenização a pagar depende das circunstâncias, nomeadamente da medida em que o dano foi predominantemente causado por uma ou outra parte.”

3.3 DANO IMORAL NA ALEMANHA

O Código Civil alemão é dotado de três cláusulas gerais. O § 823 I e II diz respeito à responsabilização civil por danos relativos a direitos subjetivos ou infração de normas protetoras. A terceira cláusula é o § 826, que trata especificamente do dano imoral,²⁷⁵ consistente no prejuízo causado, por violação aos bons costumes, dolosamente a outrem.

Trata-se de medida repressiva que se verifica em todas as grandes codificações europeias, não sendo propriamente uma exclusividade do ordenamento alemão. Advém da tradição romanista, na qual suprimiam-se os negócios jurídicos (*transactions*) *contra bonos mores*, perpetuada em cláusulas gerais nos códigos da família romano-germânica, sancionadas com a previsão de nulidade. A liberdade contratual não é, portanto, limitada apenas por normas imperativas-proibitivas, mas também conformada por padrões extra-legais de moralidade, vedando-se a imposição de obrigações que firam o senso de decência dos “homens justos e razoáveis”. (ZIMMERMANN, 1996, p. 706). A essência do *ius privatum* é a autonomia privada, autorização para que o indivíduo realize e desenvolva sua vida com liberdade. Contudo, os pactos não tinham força contra o direito público, contra as proibições legais e valores vinculantes estabelecidos pela lei, tais com os bons costumes e a boa-fé (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 36). Essa noção foi estendida ao regime delitual por expressa previsão legal.

Ao contrário do sistema da *common law*, em que se optou pelo aumento do número de *torts* específicos, o alemão arrematou seu regime de responsabilização com essa cláusula “residual”, apta a acomodar a expansão futura e o desenvolvimento do regime delitual. A ideia inicial do legislador foi conferir proteção aos danos econômicos e direitos da personalidade, que não estavam abrangidos pelo § 823 I do BGB. Contudo, como visto, o desenvolvimento da noção de *direito geral da personalidade* pelas cortes culminou na proteção da pessoa em seu aspecto existencial no quadro de incidência do § 823 I (MARKESINIS; BELL; JANSSEN, 2021, p. 78; WAGNER, 2021, p. 100).

²⁷⁵ A expressão “dano imoral” é a abreviação do título do § 826 do BGB: *Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung*, que em tradução livre seria “dano imoral doloso”. No mesmo sentido, na tradução da obra de Karl Larenz para o espanhol, optou-se pela denominação do instituto como “daños inmorales” (LARENZ, 1959, p. 595).

De toda forma, essa cláusula equipara à *ilicitude* qualquer infração aos bons costumes, em verdadeiro complemento para casos em que não haja violação a direitos subjetivos nem a normas legais, produzindo-se, contudo, danos que o sentimento jurídico não pode permitir remanesçam sem reparação (VON THUR, 1934, p. 269).

A lei não distingue o tipo de dano decorrente e, portanto, abrange tanto a lesão patrimonial quanto à moral. O dolo referido no dispositivo não se restringe ao direto, ou seja, para além das hipóteses em que o agente quis intencionalmente causar o prejuízo, a norma incide caso o autor do dano previu e aceitou sua realização. Nem todo dano causado dolosamente, entretanto, é “imoral”: somente aquele que, por sua finalidade, pelo meio empregado ou pela “mentalidade que revela” mostra-se condenável ou reprovável segundo os critérios da moral dos negócios em geral ou das regras usuais de decoro (LARENZ, 1959, p. 596).

A exigência de conduta dolosa foi sendo paulatinamente abrandada pela jurisprudência. Da aceitação do dolo eventual, ampliou-se sua aplicação para algumas formas de imprudência (*Leichtfertigkeit*), notadamente nos casos em que o autor do dano estava ciente que sua conduta era imprudente, o que indicaria suficientemente a “intenção” (*rectius* culpa consciente). Ilustrativamente, cita-se o caso em que um médico atestou a incapacidade de uma pessoa, recomendando sua interdição. Constatou-se que o diagnóstico estava absolutamente errado e que o equívoco poderia ter sido evitado com um exame mais cuidadoso. Apesar de não ter tido a intenção de prejudicar o paciente, o perito foi responsabilizado com fundamento no § 826 do BGB (DAM, 2013, p. 84).

O dolo – essa noção ampla acima vista – referido na norma deve abranger apenas o interesse primário afetado, não se exigindo a consciência dos prejuízos consequentes, pelos quais, contudo, o agente também responde. Vale dizer, o volume de dano causado e o particular curso ulterior do seu desenvolvimento estão abrangidos nesse tipo de responsabilização, mesmo que não previstos pelo agente (LARENZ, 1959, p. 596). Por exemplo, se a parte intencionalmente descumpra um contrato *contra bonos mores*, provavelmente será responsabilizada pela falência do contratante, mesmo que essa consequência não fosse sua intenção (DAM, 2013, p. 83). Em outro julgado, reputou-se suficiente que a contabilidade elaborada erroneamente pelo consultor tributário poderia ser utilizada em negociações de crédito com terceiros, o que lhes causaria danos por confiar nos dados apresentados (MARKESINIS; BELL; JANSSEN, 2021, p. 79).

A desaprovação ética não é ditada por rigorosas exigências morais, mas pelo pensamento predominante segundo o qual a conduta decididamente merece censura. Incumbe,

naturalmente, à jurisprudência a concreção dessas situações, cuja importância reside em estabelecer, pelos precedentes, linhas gerais de condutas para casos semelhantes e futuros (LARENZ, 1959, p. 596). Adota-se, por conseguinte, a concepção sociológica de moral, referida e crítica por Georges Ripert, conforme explanado na seção 1.5. Contenta-se o ordenamento alemão com a noção média de conduta entendida como adequada no plano social e compatível com o que de regular se espera no concreto contexto relacional. A fluidez, entretanto, deu azo a distorções, notadamente no período do nazismo, no qual se entendeu que o conteúdo dos bons costumes deveria ser moldado pelo sentimento popular prevalecente desde a revolução, a visão de mundo nacional-socialista. Naturalmente, essa definição foi rapidamente abandonada com o fim do Terceiro *Reich* (WAGNER, 2021, p. 101; MARKESINIS; BELL; JANSSEN, 2021, p. 80).

Ressalva Karl Larenz (1959, p. 597) que, em razão da amplitude da noção, não se mostra possível delinear uma ideia geral completa dos danos considerados imorais pela jurisprudência alemã. Mas os casos em que reconhecido o dano imoral são numerosos, trazendo o autor alguns exemplos separados por grupos: a) ataque ao livre desenvolvimento da personalidade, como, por exemplo, uma certificação falsa sobre o estado mental da pessoa a fim de declará-la incapaz; b) proceder ilícitamente no âmbito comercial, como, por exemplo, induzir empregados alheios a cometer abuso de confiança, manifestações difamatórias contra os concorrentes ou seus produtos (quando sejam falsas), imitação exata de produtos para enganar os consumidores ou espionagem industrial; c) abuso da posição de monopólio a fim de impor condições contratuais iníquas.

A ausência de uma cláusula geral de proteção contra os *danos puramente econômicos* (tema abordado na seção 2.1) levou os Tribunais alemães a desenvolverem o “direito à empresa”, utilizado em atos de concorrência desleal ou espionagem industrial. Vislumbraram no § 826 do BGB a tutela contra atos diretamente dirigidos a lesar a empresa, notadamente os dolosos, situação na qual haveria a proteção a esse tipo de dano puramente patrimonial (LEITÃO, 2019, p. 20).

A hipótese que mais interessa ao presente estudo, entretanto, refere-se ao aproveitamento abusivo de uma posição jurídica válida. A jurisprudência tedesca reconhece o abuso do direito como hipótese de dano imoral. A imoralidade da ação se sobrepõe a sua justificação formal, nomeadamente o exercício de direito subjetivo, tornando-se antijurídica e reprovada pelo ordenamento, subsumindo-se à hipótese do § 826 (LARENZ, 1959, p. 598). O princípio *qui jure suo utitur neminem laedit* é limitado por esse dispositivo: onde começa o abuso, termina o direito; onde há dano por ato abusivo, há dano imoral.

A reconhecida amplitude objetiva da hipótese de incidência da norma, desvinculada de anterior tipificação de interesses tutelados ou de leis específicas de proteção, confere ao dispositivo importante função complementar na repressão de atos antijurídicos não abrangidos pelas disposições gerais do § 823 I e II. Cabe ao magistrado, em análise do caso concreto, verificar a ocorrência da violação aos *gute Sitten*. A noção de *bons costumes* sofreu modificação ao longo do tempo e passou a ter renovado significado com a adoção da Lei Fundamental como base teórica de apoio. Mesmo que não se possa emitir um juízo abstrato sobre sua significação, as linhas principiológicas traçadas na Constituição alemã servem como vetor axiológico informativo mais concreto, espécie de solução intermediária entre o empirismo das práticas correntes e a vagueza das noções análogas de *public policy* (inglesa) ou *ordre public* (francesa) (MARKESINIS; BELL; JANSSEN, 2021, p. 80).

No debate que se instalou na Alemanha a partir de 1950 sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais – teoria da recusa, teoria da eficácia indireta e teoria da eficácia direta –, prevaleceu a concepção formulada por Günter Dürig, que, em linhas gerais, sustenta preponderar nas relações privadas o princípio constitucional da liberdade, a fim de se evitar que o Estado, ao exercer intromissivo papel de fiscalizador dos “deveres” dos indivíduos, suprimisse a autonomia privada. A proteção dos direitos fundamentais na esfera privada deveria ser mediada pela intervenção do legislador infraconstitucional, positivando-se na lei os mecanismos de tutela dos valores assegurados pela Constituição (*rectius* Lei Fundamental), solução que compatibilizaria a defesa desses valores com a segurança jurídica. Um dos modos de salvaguarda proposto são justamente as cláusulas gerais positivadas no BGB, dentre as quais, para além da boa-fé e ordem pública, os *bons costumes* (MOMO; BONE; MOMO, 2023, p. 16-17).²⁷⁶ A Corte Constitucional alemã posiciona-se no sentido de que os direitos fundamentais

²⁷⁶ A síntese é extraída do seguinte trecho: “A teoria criada por Günter Dürig, adotada majoritariamente na Alemanha, defende que nas relações entre entes privados deve prevalecer o princípio constitucional da liberdade, uma vez que os direitos fundamentais são, como regra, direitos de defesa em face do Estado – e a sua aplicação nas relações entre particulares poderia converter o direito privado em mero direito constitucional concretizado. A submissão dos particulares às mesmas limitações impostas ao Estado, nessa concepção, acarretaria a inversão de direitos em deveres, de forma a prejudicar o princípio jurídico-constitucional da liberdade, porque ‘desse alargamento do âmbito de validade dos direitos fundamentais resultaria um aumento intolerável do poder do Estado, que, naturalmente erigido em fiscal dos ‘deveres’ dos indivíduos, invadiria todo o domínio da actividade privada, destruindo a sua autonomia’. Dürig sustentava que o Estado era o único sujeito passivo dos direitos fundamentais, e enquanto sujeito passivo deveria protegê-los em todas as relações, inclusive entre os particulares. Assim, a ideia de que a proteção dos direitos fundamentais na esfera privada se daria de forma indireta, isto é, ‘condicionando la operatividad de los derechos fundamentales en el campo de las relaciones privadas a la mediación de un órgano del Estado’. Dessa forma, o legislador deveria prever a proteção de direitos fundamentais em normas jurídicas privadas e, na sua ausência, caberia ao julgador a interpretação das lacunas, realizando a recepção dos direitos fundamentais em normas privadas. Segundo essa ótica, os direitos fundamentais poderiam ser protegidos através de cláusulas gerais (v.g., boa-fé, bons costumes, ordem pública), que possuem previsão

estabelecem um padrão mínimo de liberdade, sem implicar na redução da liberdade a esse *standart*. Mediante preceitos reguladores, notadamente cláusulas gerais e conceitos indeterminados, admite-se uma eficácia mediata frente a terceiros, sob a premissa de que os direitos fundamentais, enquanto norma objetiva, se desdobram no Direito privado (MOMO; BONE; MOMO, 2023, p. 18-19).

O BGH, por sua vez, já ponderou que a determinação de padrões morais geralmente aplicáveis em uma sociedade pluralista é tarefa problemática. Assim, assevera Gerhard Wagner (2021, p. 102-104), só se poderia chegar a “um terreno seguro” se a imoralidade referida no § 826 do BGB for “especificada exclusivamente no que diz respeito à função da norma”. O comportamento imoral, portanto, seria o abuso da liberdade e dos institutos previstos para exercê-la em detrimento de terceiros. O descolamento da noção corrente de moralidade com a jurídica estampada no dispositivo em estudo vem sendo reconhecida pelo BGH, o qual entendeu, no âmbito do direito de família, que o adultério, por si só, não seria fato desencadeador da responsabilização por esse tipo de dano.

Não obstante em várias áreas mostrar-se possível a resolução de situações antijurídicas recorrendo-se ao espectro principiológico da Lei Fundamental, o § 826 ainda mantém seu caráter original de abranger novas formas de condutas lesivas não previstas inicialmente pelo legislador. É o que se verifica nos casos de *domain grabbing* ou *domain squatting*, prática consistente no registro abusivo de algum domínio de internet pelo não titular do direito marcário a fim de cobrar do legítimo detentor uma “taxa” para recuperar sua marca/endereço virtual. Tal situação foi enquadrada como violadora dos bons costumes, como forma de pressionar indevidamente o real titular da marca, subsumindo-se ao § 826 (MARKESINIS; BELL; JANSSEN, 2021, p. 81).

A tendência que se verifica, portanto, tanto na doutrina quanto na jurisprudência alemã, é de aproximar a figura do dano imoral com o abuso do direito. E, de fato, a similitude estrutural, funcional e axiológica é revelada pela análise da evolução de ambos

normativa no Código Civil. Através de normas concretas do direito privado, nessa perspectiva, se preservaria a segurança jurídica. Por meio dessa solução, é possível harmonizar a proteção de direitos fundamentais com o princípio da autonomia privada. Os defensores da teoria indireta afirmam que o legislador, como regra, está vinculado à proteção de direitos fundamentais, sendo competente para ‘fixar os exatos contornos de dado direito fundamental, mediante o estabelecimento de limitações ou restrições’, atendo-se às normas constitucionais e aos limites dos limites (*Schranken-Schranken*), atuando com base no princípio de proteção do núcleo essencial (*Wesensgehaltsgarantie*) e ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*).” (MOMO; BONE; MOMO, 2023, p. 16-18).

os institutos. A explanação do tema será feita a seguir, delineando-se as interseções com o sistema brasileiro.

No plano estrutural, os requisitos deflagradores do dano imoral foram positivados no § 826 do BGB, exigindo-se inicialmente, dentre eles, a intenção do agente. A exemplo do que se constatou nos atos excessivos, o elemento subjetivo foi sendo paulatinamente flexibilizado, a admitir a culpa *lato sensu* e, especificamente nesses, sua posterior elisão. As razões subjacentes foram informadas por dois motivos: o primeiro, de ordem prática, visou facilitar a tutela da vítima, precisamente naquelas situações em que, mesmo experimentando prejuízo, a comprovação do dolo era dificultosa; o segundo, de ordem ética, visou reprimir condutas antijurídicas que, apesar de merecedoras de censura pelo sentimento moral prevalecente, não eram objeto de tratamento específico pela norma positivada.

A remissão do § 826 do BGB e do art. 187 do CC/02 aos bons costumes desencadeou debate semelhante nas doutrinas alemã e brasileira – bem como nos demais países que adotaram esse índice, a exemplo, como visto, de Portugal. A dificuldade de se estabelecer o que se deveria entender por bons costumes é dada pela abertura da noção, cuja fluidez acaba por remeter ao sentimento médio de moralidade vigente em determinada época e lugar. Essa melancólica constatação renovou o esforço científico de delimitação do conceito, porquanto preocupados os juristas com arbitrariedade que poderia ensejar se relegada sua concreção aos magistrados. No caso da Alemanha, o extremo se verificou no período nazista, em que as cortes adotaram o ideal nacional-socialista como vetor informativo. Inobstante esse específico fato histórico, a discussão que o antecedeu e o sucedeu foi marcada pela relação tensional entre a necessidade de se amparar o senso ético dominante e a de se evitar a discricionariedade na aplicação de conceitos abertos.

A técnica legislativa da adoção de cláusulas abertas não raras vezes é objeto de elogio pela maleabilidade e adaptabilidade que confere ao ordenamento.²⁷⁷ Especificamente sobre os bons costumes, uma das soluções apontadas pela doutrina contemporânea brasileira e

²⁷⁷ Nesse sentido: “Ou seja, a cláusula geral encerra um preceito normativo cujos termos são propositadamente vagos. É mesmo uma técnica de elaboração legislativa, que se afasta do casuísmo descritivo em favor de uma previsão cujos termos semânticos são abertos. Examinando a matéria, tive já oportunidade de assentar, com base na lição de Karl Engisch, que ‘a característica central da chamada cláusula geral está no domínio da técnica legislativa, oposta àquela casuística, de antevisão e descrição, pelo legislador, da hipótese fática’. É ainda de Engisch a advertência de que essa necessária generalidade das cláusulas gerais é que acaba por dar flexibilidade ao sistema, no sentido de que adaptável à diversidade das situações fáticas, assim, acrescenta-se, sem necessidade de alteração legislativa.” (GODOY, 2010, p. 67).

alemã é a remissão dessa noção aos valores fundamentais estampados na Constituição da República e na Lei Fundamental respectivamente. Dessa forma, atende-se à abertura conceitual necessária ao desenvolvimento do sistema em compasso com inéditas situações conflituosas a que se tem que emprestar solução, mas com balizamento objetivo e juridicamente controlável, a evitar-se o perigo da projeção de valores pessoais por parte do magistrado quando da decisão do caso.

Ainda em consonância estrutural, no dano imoral há que se perquirir o eventual abuso da liberdade de ação mirando-se a função da norma regente da situação, o que, a exemplo da solução acima, confere maior segurança jurídica na avaliação do caso e na constatação da violação aos bons costumes. O tratamento dado pela jurisprudência alemã ao que inicialmente poderia ser visto como sobreposição de normas – nomeadamente os §§ 226, 242 e 826 do BGB – foi conciliar a matriz ética que informa esses dispositivos, interditando o exercício do direito ou a atuação que fosse contrária à boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*), à equidade (*Billigkeit*) ou desvestido de interesse (*ohne jedes eigene Interesse*). A remissão do dano imoral à função da norma e o seu tratamento conjunto com institutos análogos informados também por critérios éticos é mais um fator de aproximação com o instituto do abuso do direito, que, no Direito brasileiro, é definido legalmente pelo desrespeito aos limites impostos pela função econômico-social, pela boa-fé ou bons costumes.

Percebe-se, portanto, em ambos os institutos, a referência ao elemento valorativo, índice de um comportamento materialmente estranho ao exercício de um direito, de uma posição jurídica ou de uma liberdade de agir (imaneente ao Direito Privado), consistente no desrespeito aos limites axiológico-materiais que os informam.

No plano funcional, o dano imoral foi positivado com o escopo de abranger situações lesivas não contempladas pelo § 823 I e II do BGB, sobretudo as que afetassem direitos absolutos. Após a outorga da Lei Fundamental em 1949, o BGH conjugou a interpretação desses dispositivos com os arts. 1º e 2º da Carta Constitucional, a conferir tratamento sistemático aos direitos da personalidade, cuja tutela pelo § 823 I do BGB era controvertida na doutrina. Não obstante, o § 826 continuou a exercer importante papel complementar no plano geral de responsabilização do BGB, abarcando inéditos tipos de lesões. Daí porque falar-se no caráter *residual* do dispositivo, o que não parece de todo adequado, pois, como visto, em verdade foi-lhe conferida amplitude de incidência considerável.

De igual maneira, a evolução histórica do abuso do direito e a sedimentação desse instituto nos ordenamentos tanto da *common law* quanto da *civil law* se deu justamente pela necessidade de “complementação” do regime de responsabilização civil, cujos requisitos

desencadeadores da pretensão indenizatória exitosa mostraram-se insuficientes a solucionar situações que, pese serem formalmente lícitas, causavam repúdio ao sentimento de justiça que inspira toda ordem jurídica. Essa função é observada independentemente da positivação legal. Nos países em que não se previu preceito genérico, a exemplo da França e da Itália, a jurisprudência incumbiu-se de tolher o uso imoderado de posições jurídicas, informada pelo sentimento de equidade. Nos ordenamentos que adotaram cláusula repressora dos atos excessivos, como o nosso, os conceitos abertos não engessaram a aplicação do instituto, mantendo-se incólume seu papel *amortecedor* entre a lei e a realidade e sua maleabilidade a contemplar comportamentos novos.

Por conseguinte, extrai-se tanto do abuso quanto do dano imoral a precípua função, dada pela elasticidade das fórmulas, de se reprimir atuações que não se coadunam com os novos sentidos que vão sendo incorporados ao que se entende por adequados socialmente.

No plano axiológico, a inspiração dos dois institutos é marcadamente ética. Ambos evoluíram de uma inicial concepção sociológica, que primava pela repulsa a atos que não fossem compatíveis com a moral social dominante, para ganharem corpo na acepção jurídica, fulcrada em valores constitucionais. O progressivo deslocamento do referencial da norma não implicou na desconsideração por completo dos bons costumes como valores sociais de convivência, notadamente em algumas áreas do âmbito familiar, sexual ou deontológico-profissional. A remissão à Constituição veio em complemento, a densificar juridicamente o conceito, mas sem excluir sua original relação com o padrão médio de conduta tido por aceitável.

O abuso do direito e o dano imoral transitam na desvanecida fronteira entre a moral, a boa-fé e a ordem pública. Apesar da distinção feita por Antonio Menezes Cordeiro (seção 1.5.2), grande parte da doutrina trabalha com referências mútuas quando discorre sobre

essas noções.²⁷⁸ Por dizer respeito a normas de conduta, formas autorizadas ou estimuladas de proceder, há inegavelmente pontos secantes.²⁷⁹

O abuso do direito é tratado no sistema alemão como uma das hipóteses de dano imoral. Contudo, vislumbra-se que a imbricação dos institutos vai além da singela relação continente-conteúdo. Mesmo que não haja identidade entre eles, analisados nos três planos acima expostos, verifica-se uma aproximação muito maior do que a de gênero-espécie; não obstante, os institutos mantêm sua autonomia.

²⁷⁸ Ilustrativamente: “Como a de *ordem pública*, considera CLÓVIS BEVILAQUA noção um tanto flutuante a de *bons costumes*, a cujo respeito escreve: ‘Bons costumes são os que estabelecem as regras de proceder, nas relações domésticas e sociais, em harmonia com os elevados fins da vida humana. São preceitos de moral. Nem todos eles terão força para impedir a aplicação da lei estrangeira, a execução das sentenças, ou a eficácia das convenções. Têm-na, porém, os que se referem, mais diretamente, à honestidade das famílias, ao recato do indivíduo e à dignidade social.’ CARVALHO SANTOS formulou, porém, o reparo de que o próprio CLOVIS reconhece, indiretamente, que os bons costumes são coisa diferente da moral, com ela não se podendo confundir, porque a moral toca de perto os sentimentos interesses, ao passo que, para caracterização dos bons costumes, é de invocar a noção de HUC: ‘são os hábitos adquiridos para o bem, enquanto são protegidos ou determinados pelas leis positivas.’ A propósito, lembra-se a cintilante página, em que CHIRONI e ABELLO sustentam ser bem legítima a ressalva dos bons costumes, ‘porque, não obstante dizer-se, geralmente, que ela não tem valor positivo, em face do direito, é certo que o caráter diverso e a diversa condição de cada povo se revela no conteúdo e na extensão da moral.’ Acrescentam ser verdade que se trata de um limite menos determinado que o de ordem pública, porque, se há disposições especiais, cujo fundamento é a garantia do bom costume, outras, gerais, existem, entretanto, as quais deixam, necessariamente, ao magistrado o poder de decidir, nos casos singulares, como se determine e manifeste a oposição aos princípios da moral ou do bom costume, que, nas normas, a lei estatui e tutela. E concluem: ‘Do mesmo modo que a prevalência absoluta das leis territoriais de ordem pública é imposta pela própria existência do grupo, como entidade político-jurídica independente, assim o império das leis, inspiradas na moral e no bom costume, é reclamada, pela existência do grupo, como organismo ético. Nesse conceito está todo o império da lei, é esse o critério que a coordena com o império permitido do direito pessoal, que não pode ser tolerado, quando tolerá-lo significa ofensa à existência independente do grupo, cujo legítimo e natural interesse de viver e desenvolver, segundo as condições, que lhe são próprias, e prevalente.’ No Código do Montenegro se determinou, com acuidade, que, como regras de bons costumes e de probidade, se entendem as de honorabilidade e retidão comuns, a cuja observância, em geral, não se pode, sempre, ser coagido pela autoridade, de modo direto, sendo, entretanto, sempre condenados os contraventores pelo sentimento público.” (ESPINOLA; ESPINOLA FILHO, 1999, p. 400-401).

²⁷⁹ No mesmo sentido, Enzo Roppo (2009, p. 186) aponta a referida dificuldade no Direito italiano, chamando a atenção, inclusive, para o fato de que, como não há no Código Civil alemão proibição de contratos que violem a ordem pública, apenas os bons costumes, no Direito tedesco as noções são mais interpenetradas: “*As fronteiras entre ordem pública e bons costumes* não são nítidas e, na presença de casos concretos, muitas vezes não é fácil estabelecer se estamos perante um ou outro conceito (a distinção é, no entanto, normalmente necessária dadas as consequências jurídicas que se lhes associam: cfr., desde já, o art. 2035.º cod. civ. [italiano]). Tal depende da variabilidade, no tempo, das concepções éticas dominantes e da mudança — com a mudança do contexto histórico — do grau de reprovação moral que atinge determinados comportamentos. Por exemplo, um contrato destinado a tornar o sistema de contingentamento de certas mercadorias pode considerar-se em regra contrário a ordem pública (econômica) mas, se efectuado em circunstâncias que, como as de guerra ou de gravíssimas crises econômicas, apelam ao máximo ao sentido de responsabilidade e de solidariedade nacional dos cidadãos, poderá bem considerar-se contrário aos bons costumes. E o desenvolvimento e a difusão de uma mais elevada consciência dos deveres tributários poderia induzir a considerar imoral (e não simplesmente ilícito por contrário a ordem pública ou a normas imperativas) o acordo destinado a iludir o pagamento dos impostos. Por outro lado, a relatividade da distinção é documentada pela circunstância de, faltando no código civil alemão uma expressa proibição dos contratos contrários à ordem pública e existindo apenas a sanção da nulidade para os acordos contrários aos bons costumes, os juízes daquele país sempre terem reprimido e continuarem a reprimir, com base nesta, pactos e contratos que, entre nós, sem dúvida alguma se reportariam à noção de ordem pública.”

3.4 DANO IMORAL NO BRASIL

Os atos emulativos, pelo menos desde o direito romano clássico, são interditados pelos ordenamentos em geral. O uso prejudicial de uma posição jurídica com a finalidade exclusiva de perturbar terceiro é rechaçado por diferentes remédios, que vão desde o desfazimento do ato material até a indenização em pecúnia, caso a solução *in natura* não seja mais eficiente.

Com o passar dos séculos, o requisito subjetivo vai cedendo espaço à aferição objetiva da conduta, pela percepção de que o tratamento dispensado no contexto da responsabilização aquiliana tradicional não abarcava ou solucionava a contento as hipóteses de uso imoderado do direito. O sentimento de justiça por vezes não era atendido em se aplicando rigorosamente os requisitos positivados ao desencadeamento da responsabilidade civil.²⁸⁰

A mesma equidade que informou a interdição do uso abusivo de direitos inspirou o Supremo Tribunal Federal a acolher a ressarcibilidade dos danos morais em 1966.²⁸¹ Não se mostrava jurídico – justo – que a causação da morte de uma pessoa culminasse, no âmbito do Direito Civil, em encargo eventualmente menos gravoso que a morte de um animal economicamente explorável. Os ordenamentos jurídicos são adaptados, seja pela via legislativa, seja pela jurisprudencial, e com o apoio teórico-científico da doutrina, a acomodar novas situações antes não vislumbradas, tudo a se manter o senso de justiça não afetado por soluções aberrantes.²⁸²

²⁸⁰ Sobre a equidade como meio de mitigação do rigor da norma: “Entre las fuentes del derecho hay quien pone también la equidad. ‘Equidad’ es un término que en nuestro lenguaje ha perdido su rigurosa identidad de significado. Antiguamente ‘equum’ y ‘iustum’ significaban una misma cosa: lo ‘justo’ según sustancia, es decir, acaso, en el fondo, según naturaleza, por contraposición al mero ‘legal’. Pero ya con Justiniano este significado comenzó a desviar hacia el de un sentido de mitigación del rigor de la norma, en consideración a circunstancias del caso, que habrían hecho de la aplicación de la norma en su estricto rigor un *summum ius summa iniuria*. Este significado se conservó hasta el día de hoy, a tal punto que la equidad se define comúnmente como la ‘justicia en el caso concreto’; es decir, la justicia realizada mediante la adopción, en la aplicación de la norma, de los temperamentos sugeridos por las circunstancias del caso, que el mismo legislador hubiese aportado, de haber previsto tales circunstancias, pero que, dada la imposibilidad de prever las circunstancias de todo caso singular, remite, para cada caso, al criterio del juez. En esta acepción, la equidad no es ‘medio de producción’, sino ‘criterio de aplicación’ e instrumento de realización de la verdadera justicia”. (BARBERO, 1967a, p. 103).

²⁸¹ O caso foi tratado e referenciado na seção 2.2.1.

²⁸² “O valor próprio do direito é a justiça, concebida esta não como mera relação formal dos atos e atividades humanas, mas como unidade concreta destes, para a constituição do bem comum. Trata-se do pressuposto de todo o ordenamento jurídico. Contudo, a justiça é um *dubium* e não um *certum*, razão pela qual não se pode dar a ela um tratamento monológico. Caracteriza-se, de maneira geral, como aquilo que é equitativo, congruente, virtuoso, igual. Por outro lado, de forma específica, diz respeito à congruência relativa do ser humano. Daí o esforço para sua busca mediante espécies, tais como a distributiva, diórtica (retificadora, corretiva, comutativa e retributiva),

Essa inspiração ética marca a evolução dos institutos do abuso do direito e do dano moral, ampliando-se suas hipóteses de incidência, alterando-se seus requisitos configuradores. De igual maneira, o dano imoral experimentou, na Alemanha, progressiva modificação, semelhante, em alguns pontos, àquela verificada na concepção do abuso do direito, nomeadamente em três aspectos – estrutural, funcional e axiológico –, conforme abordado na seção 3.3.

Apesar de não referenciado expressamente pela doutrina, o dano imoral também está positivado no nosso Código Civil. Basta fazer-se a leitura conjugada do art. 927, *caput*, com o art. 187 do CC/02 para se chegar à redação idêntica do § 826 do BGB: aquele que, por conduta dolosa (ou culposa), violar os bons costumes (exceder manifestamente seus limites) é obrigado a reparar o dano decorrente.

A diferença de tratamento legislativo se deu pelo sistema aberto de responsabilização civil – inspirado no francês – adotado no Brasil, o que tornou despicenda – seria, na verdade, inadequada – a previsão consolidada em uma cláusula apenas.²⁸³ Na Alemanha, em razão do regime da tipicidade delitual, fez-se necessária a inclusão de dispositivo próprio a exercer a função de complementação das cláusulas gerais (§ 823 I e II), haja vista que nessas já há a identificação dos interesses tutelados pelo ordenamento. Ademais, o § 226 interditou o uso abusivo de posições jurídicas, sem, contudo, enquadrá-lo como ato ilícito.

Em nosso Código, diferentemente, o legislador limitou-se a conceituar ato ilícito *stricto sensu* (art. 186) e abuso do direito (art. 187), para prever, em dispositivo distinto,

entre outras. Não é por acaso que *ius* (direito) é o termo primário e *iustitia* o derivado, pois no Digesto (1.1.1pr.) Ulpiano estabelece esse vínculo: ‘Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi’. Em seguida (Digesto 1.1.1.1), afirma que os juriconsultos podem ser chamados de sacerdotes, visto que cultivam a Justiça e professam o conhecimento do bom e do equitativo (*bonum et aequum*), separando o justo do injusto, discernindo o lícito do ilícito, além do fato de aspirarem pela formação de pessoas boas.” (DONNINI, 2015, p. 33-34). A tradução do trecho em latim feita pelo próprio autor: “Aquele que pretende se dedicar ao Direito, deve saber, de início, de onde deriva o termo Direito. Ele é chamado assim por derivar de Justiça, pois tal como Celso elegantemente o define, o Direito é a arte do bom e do equitativo”. (DONNINI, 2015, p. 34, nota 71).

²⁸³ “Quanto à técnica legislativa do Código Civil de 2002, adotou-se a mista, vez que não se baseia somente nas cláusulas gerais, que ensejariam uma insegurança jurídica, mas também no método casuístico, de que resulta a técnica legislativa mista. Denota-se que o sistema do Código Civil é aberto ‘(...) em virtude da linguagem que emprega, permitindo a constante incorporação – e solução de novos problemas, seja por via da construção jurisprudencial, seja por ter a humildade de deixar ao legislador, no futuro, a tarefa de progressivamente complementá-lo’. Vale consignar que o Código, por constituir um sistema aberto e conseqüentemente acolher cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, torna imprescindível o exame do caso concreto, o que se destaca na seara contratual. Por todo o exposto, malgrado comentários, a nosso ver infundados, de que o Código Civil é envelhecido, incumbe observar os muitos aspectos em que se distingue do Código de 1916, mormente o sistema adotado, que é bem outro, assim como sua fundamentação, hoje de caráter político, social, filosófico e ideológico.” (ESCANE, 2013, p. 5).

a ressarcibilidade dos prejuízos deles decorrentes (art. 927). Em sendo idêntica a previsão legal – tratada apenas com técnica redacional distinta –, a função que o dano imoral exerce no Direito brasileiro e seu lugar dentro do regime de responsabilização civil assemelha-se com o que se verifica na Alemanha. Isso significa, na esteira do quanto explanado na seção 3.3, que o dano imoral é instituto autônomo no quadro da nossa ciência jurídica e que, apesar de se aproximar do abuso do direito em vários aspectos, com ele não se confunde.

Evidentemente, nem todo abuso do direito gera dano imoral, pelo singelo e abordado fato de que a conduta abusiva não pressupõe dano para sua caracterização.²⁸⁴ Os exemplos já trazidos de atos emulativos que não geram danos, mas são interditados pelo ordenamento, são suficientes a demonstrar essa conclusão. Basta rememorar os casos citados na seção 1.4, pioneiros na identificação da figura do abuso do direito na jurisprudência francesa, designadamente o da chaminé falsa erguida apenas com a finalidade de fazer sombra na janela do vizinho e o das hastes de ferro que visavam tão somente embaraçar o pouso dos dirigíveis no imóvel lindeiro. Não houve dano suportado pela vítima, tampouco pleito ressarcitório: apenas buscou-se o desfazimento material do ato.

Por outro lado, há de se perquirir se todo dano imoral é abuso do direito, em razão do enquadramento jurídico, no nosso sistema, dos atos excessivos como ilícitos (*lato sensu*). A resposta também é negativa. O abuso do direito pressupõe a titularidade e exercício de um direito (*rectius* posição jurídica) para sua caracterização, por ampla que seja a noção emprestada a esse elemento. Possível, contudo, que a conduta que viole os bons costumes não constitua propriamente o exercício de uma posição jurídica, bastando que caracterize um dano injusto. Como visto na seção 2.1, o conceito de dano sofreu importante evolução na ciência jurídica, notadamente a partir da Sentença nº 500 de 1999 da Suprema Corte de Cassação italiana, sendo certo que a doutrina nacional incorporou essa ideia a fim de delimitar os prejuízos indenizáveis. Por conseguinte, mesmo que não decorrentes de ato ilícito *stricto sensu* ou abuso do direito, em sendo afetado algum aspecto da dignidade da pessoa humana ou qualquer outro interesse juridicamente relevante, possível desencadear-se a responsabilização civil do agente.

²⁸⁴ “A ocorrência de abuso do direito, mantendo a linguagem do Código, não conduz, necessariamente, a uma obrigação informe de indenizar: pode haver consequências mais subtis. Quando o abuso consista no exercício de um direito envolvido em nulidade formal, em termos tais que, pelo sentido da nulidade implicada, haja violação da boa-fé, o sustento do abuso pode implicar a manutenção da situação jurídica que, visada pelo negócio nulo, foi proscribida pelo Direito. O que é dizer: implica, por incompatibilidade, a extinção do próprio direito de que se abusou. Esta solução não é, dogmaticamente, descabida. A sua articulação com a doutrina da confiança, conjugada com a ideia de sistema móvel, representa a forma mais completa de a encarar”. (CORDEIRO, 2021, p. 794).

O valor comunitário, elemento social da dignidade da pessoa humana (seção 2.2.2), refere-se à tutela de direitos de terceiro, bem como a proteção de valores sociais. Os interesses merecedores de tutela, calcados na solidariedade social, são extraídos da avaliação comparativa dos interesses em disputa e identificados pela adesão a princípios constitucionais. A complementação da definição de bons costumes com sua remissão aos valores estampados na Constituição da República (ou Lei Fundamental, no caso da Alemanha) apenas corroboram a conclusão da autonomia do instituto dano imoral no Direito brasileiro, latente na conjugação dos arts. 927 e 187 do CC/02, informado pela interpretação que contemporaneamente se empresta à noção de dano (injusto).

Ganha relevância, na aferição da antijuridicidade da conduta, o dano-consequência, não mais limitando-se apenas ao dano-evento. A distinção mostra-se fundamental porque autonomiza situações lesivas decorrentes de atos que não se enquadram na tipologia do ilícito *stricto sensu* ou do abuso do direito (dano-evento), viabilizando o ressarcimento de prejuízos que atentem contra a unidade do sistema jurídico, causados por condutas que agravem interesses merecedores de tutela, integrantes do conceito de legalidade (dano-consequência). O dano imoral, por sua vez, caracteriza-se como dano-evento, pois é mais um índice de juridicidade (interesse tutelado), cuja violação enseja a análise de eventuais prejuízos decorrentes – de ordem material e/ou moral.

A importância científica de se reconhecer o dano imoral em nosso ordenamento reside na delimitação do instituto no quadro das categorias jurídicas disponíveis aos operadores, o que representa mais instrumento de tutela da pessoa e seus interesses. O ganho prático guarda relação direta com o aspecto funcional da figura, válvula de complementação da responsabilidade civil a abranger novos tipos de lesões – mas não apenas – sem a necessidade de alteração legislativa.

Naturalmente, em se adotando cláusula geral aberta de responsabilização civil no Direito brasileiro, pode-se questionar se a conjugação de sua aplicação com a noção de *dano injusto* não seria suficiente a exercer papel revitalizador do ordenamento frente a inéditas situações lesivas. Sem dúvida alguma a abertura conceitual trazida pela noção normativa de dano – que possibilitou a ressarcibilidade do dano moral –, a adoção de preceito genérico a interditar o abuso do direito e a elevação da boa-fé objetiva como vetor axiológico, limitador de conduta, criador de deveres anexos e interpretativo de todo sistema privado, são elementos

que outorgam ao nosso ordenamento importantes meios de oxigenação,²⁸⁵ quebrando a rigidez historicamente denunciada das codificações. Entretanto, princípio elementar da hermenêutica jurídica, não se pode admitir palavras inúteis na lei.²⁸⁶

Um dos índices de adequação de conduta adotado pelo legislador no art. 187 do CC/02, conforme visto na seção 1.5.2, não tem recebido tratamento adequado pela doutrina e jurisprudência. Ao se tratar do abuso do direito, os *bons costumes* acabam sendo abordados apenas *en passant*, ocupando-se a jurisprudência, majoritariamente, da boa-fé objetiva como fundamento da caracterização do comportamento proibido. Não parece satisfatório desprezar esse rico elemento, tachando-o singelamente de “extemporâneo”.²⁸⁷ Em verdade, o reconhecimento do dano imoral traz o ganho dogmático de reavivar as cores desse referencial legal no quadro do sistema de responsabilização civil, para além de trazer maior precisão científica ao regime delitual, sem vislumbrar-se, com isso, “riscos significativos”.²⁸⁸

Ilustrativamente, tome-se o caso de rompimento de noivado, analisado pela 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Cível nº 1006802-12.2018.8.26.0084, Rel. Des. Clara Maria Araújo Xavier, j. 14.07.2021. O

²⁸⁵ “Daí por que, no mundo atual, não cabe mais pensar no juiz como mero locutor oficial da lei, mas sim, como participante da integração dos valores expressos nos princípios gerais, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e nas formulações das cláusulas gerais, como da boa-fé objetiva, que ensejam a atualização e oxigenação permanente do ordenamento.” (LOTUFO, 2009, p. 458).

²⁸⁶ Nesse sentido, Carlos Maximiliano (1957, p. 311): “As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis.”

²⁸⁷ Há quem defenda, inclusive, que tal índice nem deveria estar previsto na lei: “*Bons costumes* é uma expressão cujo conteúdo nos remete a uma moral oficial, linear e preconceituosa. Andaria melhor o Código de 2002 se não a trouxesse, limitando a referência à boa-fé e aos fins econômicos e sociais do direito. A jurisprudência, no entanto, saberá interpretar o termo em consonância com a Constituição, traduzindo os padrões comportamentais plurais da sociedade contemporânea.” (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 276). A fim de conferir utilidade ao termo, sugerem os mesmos autores (2019, p. 277-278): “Enfim, devemos ler os bons costumes como padrões ético-sociais de razoabilidade, de respeito recíproco, de convivência possível.” Por outro lado, a tentar emprestar significação mais concreta ao que se deve entender por bons costumes, tem-se o Enunciado nº 413 do Conselho da Justiça Federal (V Jornada de Direito Civil): “Os bons costumes previstos no art. 187 do CC possuem natureza subjetiva, destinada ao controle da moralidade social de determinada época, e objetiva, para permitir a sindicância da violação dos negócios jurídicos em questões não abrangidas pela função social e pela boa-fé objetiva.” A primeira parte do enunciado reproduz o conceito sociológico amplamente mencionado pela doutrina há mais de um século; a segunda parte limita a aplicação do índice de conformação comportamental aos negócios jurídicos, o que não encontra assento na positivação legal, haja vista previsto no dispositivo que trata de abuso do direito.

²⁸⁸ Anderson Schreiber (2014, p. 35) critica adoção desse critério pelo art. 13 do CC/02 ao tratar dos limites à disposição do próprio corpo: “Historicamente, a expressão foi usada para dar suporte jurídico ao conservadorismo das classes dominantes e à rígida manutenção do *status quo*, o que levou ao seu progressivo abandono pela produção legislativa e acadêmica mais recente. Seu ressurgimento no Código Civil explica-se menos por uma renovação do conceito de bons costumes que pela já mencionada desatualidade do projeto que deu origem à codificação de 2002. Se passa incólume em outros setores do Código Civil, a alusão aos bons costumes mostra-se extremamente preocupante em matéria de disposição do próprio corpo, onde o art. 13 emprega o termo com escopo proibitivo.” E arremata em nota de rodapé (2014, p. 35, nº 8): “É o caso do art. 187 do Código Civil, onde a menção aos bons costumes não traz riscos significativos.”

fundamento lançado para se admitir a ressarcibilidade do dano material pleiteado se deu pelo reconhecimento da ocorrência de ato ilícito, na medida em que a dissolução do relacionamento – “exercício regular do direito” – se deu às vésperas da celebração do casamento, o que constituiria “abuso do direito”.

Ao contrário do Direito alemão, que regula expressamente o noivado nos §§ 1.297 a 1.302 do BGB, nosso Código Civil regula apenas o casamento e a união estável. Por opção do legislador, esse fato social (noivado), assim como o namoro ou a amizade, não foi objeto de instituição de direitos e deveres positivados na lei. As pessoas gozam, portanto, de ampla liberdade de conformação de suas condutas, limitadas, a princípio, apenas pelos comportamentos expressamente vedados pelo ordenamento. Noivado, namoro ou amizade não são institutos jurídicos que conferem aos participantes direitos e deveres decorrentes da relação em si mesma. Toda relação obrigacional que surja nesse contexto advém de fatos jurídicos outros que não o liame interpessoal.²⁸⁹

²⁸⁹ No que se refere à responsabilização civil no âmbito do casamento, vigeu, por certo tempo, no sistema da *common law* a denominada *interspousal immunity*: “Em período mais recente, cenário distinto pode ser encontrado no ordenamento jurídico anglo-saxão. Por longo tempo, foi aplicado o princípio da imunidade interconjugual (*interspousal immunity*), pelo qual um cônjuge estava legalmente impedido de intentar ação com vistas à reparação de danos causados pelo outro, mesmo após o divórcio. O princípio, com fundamento na unidade conjugal (*unity of spouses*), que afastava a regra do *alterum non laedere*, admitia exceção apenas se os atos praticados fossem penalmente relevantes. ‘A doutrina anglo-americana tende a usar o termo ‘imunidade interconjugual’ para traduzir a impossibilidade de um cônjuge poder agir para obter o ressarcimento de um prejuízo causado em consequência de um acto ilícito cometido pelo outro cônjuge’. O princípio apresentava duas consequências jurídicas: de natureza substantiva, o ato ilícito não se mostrava como fonte de responsabilidade, pela confusão entre credor e devedor e, de natureza processual, que impedia a propositura ou a continuidade da ação de um consorte contra o outro, face à confusão das figuras de autor e réu. Posteriormente, o fundamento da imunidade interconjugual passou a ser o princípio da harmonia familiar e da paz doméstica. Na Inglaterra e nos Estados Unidos, as alterações sociais e econômicas impactaram os costumes familiares, culminando na progressiva abolição da imunidade interconjugual. Não obstante, ainda existem dificuldades na aplicação do direito comum da responsabilidade contratual e delitual aos cônjuges entre si, como explica Ângela Cristina da Silva Cerdeira.” (PAIANO; FURLAN, 2021, p. 41). No Direito brasileiro, a doutrina especializada distingue a análise da ressarcibilidade de danos entre cônjuges/companheiros em três situações: por atos ilícitos comuns, pela ruptura da relação e por atos ilícitos matrimoniais. No que se refere à indenização pela ruptura da relação, em que pese haver corrente minoritária admitindo a responsabilização civil, prevalece o posicionamento de que não seria cabível: “Aludida asserção autorizativa não encontra ressonância na maioria dos doutrinadores e jurisprudência. Isso porque o direito de família não desfruta de um dispositivo que permite a indenização pelo fim do casamento. O legislador, embora tenha se inspirado no ordenamento francês para a regular o divórcio, jamais importou o art. 266 do *Code Civil*. Portanto, não seguiu o modelo gaulês em toda sua extensão e a possibilidade de indenização pelo divórcio é hipótese não cogitada. No mesmo sentido, afirma Maria Celina Bodin de Moraes que, se de um lado têm-se os deveres conjugais, na ponderação de interesses contrapostos entre a solidariedade familiar e a autonomia individual deve-se respeitar as escolhas de cada cônjuge, prevalecendo os direitos dos indivíduos e as suas próprias opções de vida, de modo que o descumprimento desses deveres não dá êxito à ação de responsabilidade civil. A dissolução do vínculo mediante o instituto do divórcio é o caminho prescrito pelo Código Civil e não caracteriza ato ilícito. O casamento não corresponde mais à posição de estabilidade e de ligação perpétua que outrora ocupou. É baseado no afeto, na vontade dos envolvidos de permanecerem unidos. Se tal vontade desaparece, a solução é a separação ou o divórcio. Ninguém pode ser considerado culpado por deixar de amar. O fim do matrimônio traz sofrimento: o desamor, a solidão, a frustração da expectativa de vida. Porém, se a dor e a frustração não são queridas, são ao menos previsíveis, lícitas e, portanto, não indenizáveis. Impor tal espécie de obrigação constituiria verdadeiro

Nem toda relação “homem a homem” entra no domínio do Direito. A qualificação jurídica da relação depende da incidência de alguma regra do ordenamento, que “enobrece” o dado material (relação em si mesma) com a ideia de Direito que a regula. Algumas relações não necessitam, outras são insuscetíveis de serem determinadas por normas jurídicas. Existem, conseqüentemente, três tipos de relações humanas: as que são inteiramente reguladas pelo Direito – propriedade –, as que são parcialmente reguladas – matrimônio – e as que estão totalmente fora do domínio jurídico – amizade (SAVIGNY, 2005, p. 150).

Assim, não parece adequado falar-se em “direito” ao rompimento do relacionamento, uma vez que, a toda evidência, não se trata de um direito subjetivo; da mesma forma que não se pode falar em direito potestativo, haja vista que não se está diante de uma “[...] situação subjetiva que permite ao titular unilateralmente constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica, interferindo na esfera jurídica de outro sujeito [...]” (SCHREIBER, 2002, p. 45).²⁹⁰ O rompimento de noivado, a exemplo da extinção de amizade, é fato social indiferente ao Direito, que não traz quaisquer conseqüências jurídicas às partes. Daí porque não se poder falar tecnicamente de abuso do direito ao se tratar do tema: não há posição jurídica sendo exercida, donde se conclui pela impossibilidade de se vislumbrar excesso.

obstáculo à liberdade de entrar e sair do casamento, sob a alegação de que tal conduta importa violação à moral do consorte. É o posicionamento da jurisprudência que, acertadamente, se orienta no sentido de rejeitar os pedidos de indenização por ruptura do vínculo conjugal.” (PAIANO; FURLAN, 2021, p. 51-52).

²⁹⁰ No mesmo sentido, a esclarecer o conceito e alcance de direito potestativo, Andreas von Thur (1934, p. 14-15): “II. Entendemos por *derechos potestativos* en sentido estricto aquellos que, dentro de una situación concreta, confieren a una persona poder para engendrar, por su sola y exclusiva voluntad, un determinado efecto jurídico. Dentro de esta categoría cabe nuevamente distinguir, según la clase de cambio jurídico que se opere: 1. Hay algunos derechos de éste género que podemos llamar *constitutivos*, ya que, al ejercitarse, crean una relación jurídica o determinan la adquisición de un derecho. Este carácter tienen, entre los de cosas, los derechos de apropiación, y en el campo de las obligaciones, la facultad, por parte de aquel a quien se dirige una oferta, de aceptarla y hacer que de este modo se cierre el contrato, el derecho de compra, de retracto y de tanteo [cfr. C. c., art. 1.507], el derecho a llenar un documento firmado en blanco, la facultad del representado y del representante legal a otorgar, en su caso, la ratificación, etc. 2. En el campo de las obligaciones, abundan los derechos potestativos *modificativos*. Tales son, entre otros, el derecho de opción de las obligaciones alternativas (véase C. c., artículo 1.132)], la intimación, por medio de la cual pueden el acreedor o el deudor provocar el vencimiento de un crédito, la renuncia a la prestación extemporánea, mediante la cual queda modificado el contenido del crédito, ya que en lugar de la prestación primitiva el acreedor puede reclamar una indemnización o desistir del contrato; la adhesión o incorporación de un tercero, que priva a los contratantes de la facultad de modificar o rescindir el contrato, la autoentrada del comisionista, que convierte el contrato de comisión en un contrato de compra, etc. 3. También son muy frecuentes, en materia de obligaciones, los derechos potestativos *cancelatorios*, que podríamos llamar también, atendiendo a sus efectos, negativos. La mayoría de estos derechos negativos se dirigen contra una obligación a la que ponen término: tales son la impugnación, la revocación, en el contrato de mandato, la denuncia del arrendamiento, del mandato, del contrato de servicios, de la sociedad, el de asistimiento, la expulsión de un socio colectivo, etc. Hay otros derechos negativos que van encaminados contra determinados créditos o derechos; la compensación, por ejemplo, extingue los créditos compensados y la revocación de poderes la facultades representativas del apoderado.”

Em não sendo uma relação jurídica,²⁹¹ eventual vínculo obrigacional entre as partes há necessariamente de surgir por fato estranho ao noivado em si mesmo. O rompimento do relacionamento às vésperas do casamento, mesmo não constituindo ato ilícito *stricto sensu* ou abuso do direito, sem dúvida gera uma quebra de expectativa legítima na outra parte. A boa-fé objetiva veda esse tipo de comportamento no âmbito dos negócios jurídicos (arts. 113 e 422 do CC/02) – não aplicável ao caso – bem como no exercício de posições jurídicas (art. 187 do CC/02) – o que, tampouco, como visto, mostra-se pertinente. Portanto, para se extrair fundamento idôneo ao surgimento de vínculo obrigacional na hipótese há de se recorrer a outro índice norteador de conduta.

Os bons costumes são mais abrangentes que a boa-fé objetiva por opção do próprio legislador, que não limitou seu campo de incidência ao exercício de posições jurídicas ou ao espectro negocial. Da leitura dos arts. 4º e 5º do Decreto-lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB), extrai-se que, na omissão da lei, o juiz julgará conforme os costumes, bem como que na aplicação dela atenderá às exigências do bem comum – o que foi reiterado pelo art. 8º da Lei nº 13.015/2015 – CPC/15. Trata-se de noções que espelham padrões de comportamento comumente verificados e o senso corrente de conduta aceitável pela moralidade média no âmbito da socialidade. Em arremate, dispõe o art. 17 da LINDB que as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem os *bons costumes*. Esse índice foi eleito, portanto, que norteador geral do sistema jurídico como um todo. De se ressaltar que o Enunciado nº 413 do Conselho da Justiça Federal (V Jornada de Direito Civil) indica a aplicação dos bons costumes na sindicabilidade de atos em questões não abrangidas pela boa-fé objetiva.²⁹²

²⁹¹ “A *relação jurídica*, no campo do direito privado, pode caracterizar-se, precisamente, como uma relação que o direito objetivo estabelece entre uma pessoa e outra pessoa, na medida em que confere a uma um poder e impõe à outra um vínculo correspondente. Ao mesmo tempo que se diferencia uma grande variedade de tipos, ela constitui a espécie saliente, e mais completamente desenvolvida, do gênero ‘situação jurídica’, entendida esta expressão no seu significado mais lato, e exprime, com a bilateralidade que lhe é própria, a correlação necessária que ocorre entre poder e vínculo, entre posição ativa e posição passiva. Sem descer a um exame pormenorizado dos vários tipos de poderes que se denominam direitos subjetivos, e das posições passivas que lhes correspondem (obrigação, sujeição, exclusão) – exame que não poderia ter o seu lugar neste estudo –, bastará, aqui, chamar a atenção para a necessidade de distinguir entre as relações jurídicas e as *fatispécies* que constituem o seu pressuposto. As relações jurídicas têm o seu substrato em relações sociais já anteriormente existentes, e até estranhas à ordem jurídica: relações que o direito não cria, mas que encontra na sua frente, prevê e orienta, de acordo com qualificações e valorações normativas. Só mercê da valoração, da disciplina e sanção que lhes dá o direito, as relações sociais e os fatos que as determinam são elevados à categoria de *fatispécies*, relevantes para a vida e para as vicissitudes das relações jurídicas. Só se elevam a tal nível no grau e na medida em que, através de uma configuração preventiva por tipos, constituam matéria de valoração e de disciplina jurídica.” (BETTI, 2008, p. 26-27).

²⁹² Ver nota de rodapé nº 287.

Para além da maior abrangência, a definição mesma de bons costumes adequa-se em maior medida à regulação de fatos sociais que não representem relações jurídicas. Isso porque a boa-fé objetiva é instituto marcadamente científico,²⁹³ cuja consolidação se deu, sobretudo, no âmbito negocial.²⁹⁴ Os bons costumes, por outro lado, guardam relação próxima com a eticidade social e senso de moralidade médio, que, apesar de albergados pelo ordenamento, não foram criados pela dogmática jurídica nem se esgotam no Direito.²⁹⁵ Assim, em que pese a quebra de legítima expectativa ser tipo de conduta vedada pela boa-fé objetiva, mais adequado, nos casos de rompimento de noivado às vésperas do casamento, usar-se o referencial dos bons costumes para se extrair a antijuridicidade da conduta, a ensejar o desencadeamento da responsabilização civil. Afinal, trata-se de comportamento que viola os “padrões ético-sociais de razoabilidade, de respeito recíproco, de convivência possível”,²⁹⁶ no âmbito de relação, a princípio, indiferente ao Direito (fato social).

²⁹³ A boa-fé, enquanto instituto jurídico, foi criada pelos juristas e para o Direito: “Sendo uma criação do Direito, a boa-fé não opera como um conceito comum. Em vão se procuraria, nas páginas que seguem, uma definição lapidar do instituto: evitadas, em geral, pela metodologia jurídica, tentativas desse género seriam inaptas face ao alcance e riqueza reais da noção. A boa fé traduz um estágio juscultural, manifesta uma Ciência do Direito e exprime um modo de decidir próprio de certa ordem sócio-jurídica. A natureza juscultural da boa fé implica o seu assumir como criação humana, fundada, dimensionada e explicada em termos históricos. Os jurisprudentes romanos intentaram descobrir, num mar de decisões empíricas, encontradas na busca de um equilíbrio, capaz de suscitar consenso, manifestações de regularidade que, permitindo tratar o igual, por igual, e o diferente, de modo diferente, de acordo com a medida da variação, tornassem previsíveis as saídas para litígios futuros. Fazendo-o, fundaram a Ciência do Direito onde, de imediato, se incluiu a boa fé. A tradição romanística evoluiu ao longo de séculos, recebeu contributos cristãos e germânicos e foi inflectida pelos germes cientificadores que, desde o século XVI, dariam à cultura do Ocidente um cunho que conserva. No Direito, isso traduziu-se pelo domínio do pensamento sistemático consciente, em progressão, até hoje. Para enquadrar e conhecer esta sequência, explicando a situação actual, vai apresentar-se uma interpretação crítica da História e uma teoria da evolução dos sistemas e da sua aplicação.” (CORDEIRO, 2021, p. 17-18).

²⁹⁴ “A boa-fé objetiva, cujo campo de aplicação precípuo é o do direito das obrigações, é uma pauta institucional de conduta, um princípio que agrupa certas regras que exigem uma determinada atuação das partes em suas relações, determinando uma postura ética e socialmente valorada de cooperação e lealdade, para alcançar um fim comum.” (LIMA, 2005, item 3.2). Sobre o campo de aplicação da boa-fé objetiva como sendo o das relações jurídicas, tem-se sua defesa mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, que a previu expressamente: “Por outro lado, não se pode olvidar que o princípio da boa-fé, independentemente de estar inserido ou não de forma expressa no ordenamento jurídico, tem aplicação em qualquer relação jurídica. Na realidade, posto não houvesse no Código Civil de 1916 uma norma atinente à boa-fé nos moldes do BGB, nem tampouco da maneira prevista no *Code Napoléon*, trata-se de um princípio que deveria ter norteado todas as relações jurídicas, desde o surgimento do Código. Na prática, contudo, esse princípio foi quase relegado ao abandono por, no mínimo, sete décadas, até o advento da Constituição Federal de 1988 e, dois anos após, do Código de Defesa do Consumidor.” (DONNINI, 2004, p. 75).

²⁹⁵ “Fra buona fede, ordine pubblico, buon costume e così via il taglio non è netto, anche se c'è una tendenziale specializzazione per cui ordine pubblico e buon costume incidono sui limiti dell'autonomia, abuso del diritto incide sul contenuto dei diritti e specialmente dei diritti reale (dei diritti assoluti), e buona fede interviene quando si tratta di dare una regola ai rapporti autonomi.” (SACCO, 1985, p. 47). Tradução livre: “Entre boa-fé, ordem pública, bom costume e assim por diante, a distinção não é clara, ainda que haja uma tendencial especialização em que a ordem pública e o bom costume afetam os limites da autonomia, o abuso de direito afeta o conteúdo dos direitos e, especialmente, dos direitos reais direitos (de direitos absolutos), e a boa-fé intervém quando se trata de dar regra às relações autônomas.”

²⁹⁶ Ver nota de rodapé nº 287.

Em sendo o nosso ordenamento pertencente à família romano-germânica, a ideia de sistema que o informa e o enforma não admite soluções contraditórias. Logo, se o agente que, no exercício de um direito, causa dano a outrem ao exceder os limites dos bons costumes tem o dever de reparar o prejuízo, *com maior razão* arcará com essa obrigação ao fazê-lo no âmbito de sua liberdade de ação (ou seja, sem amparo numa posição jurídica subjacente).

Por conseguinte, em se reconhecendo a causação de um dano injusto por violação aos bons costumes, estar-se-ia diante de uma hipótese de dano imoral, decorrente da conjugação do art. 187 e 927, *caput*, do CC/02, autorizando-se o reconhecimento de ato ilícito *lato sensu*, a ensejar a reparação dos prejuízos dele advindos, materiais e morais – estes últimos a depender das circunstâncias concretas do caso.

Lado outro, como visto na seção 3.3, o dano imoral, na Alemanha, mostra-se aplicável também em liames interpessoais que constituem relação jurídica. Nesse ponto, cumpre investigar se haveria espaço no sistema de responsabilização brasileiro para o reconhecimento dessa figura no regime contratual.

Tome-se como paradigma de análise caso julgado pela 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em 28.03.2023, apelação nº 0701767-53.2020.8.07.0004, Des. Rel. Alvaro Ciarlini. Na espécie, a mãe dos autores da ação (irmãos) foi internada em Unidade de Terapia Intensiva (UTI), uma vez constatada a necessidade dessa medida após a realização de exames médicos. Quando da visitação, o parente da internada indagou sobre sua mãe à recepcionista, que se dirigiu à colega que estava próxima e indagou se seria a paciente que estava em óbito, tendo o familiar ouvido o questionamento. Dentre outras causas de pedir, pleiteou-se compensação por dano moral em razão desse fato.

O Tribunal de Justiça reconheceu a relação consumerista e acolheu o pedido, sob o fundamento de que teria havido falha na prestação do serviço (art. 14, *caput*, do CDC). Assentou-se que “a notícia sobre a morte de uma pessoa não pode ocorrer desta forma, já que se trata de assunto extremamente delicado, que deve ser tratado com mais cuidado e zelo pelo hospital Requerido, o qual deveria ter oferecido treinamento adequado às recepcionistas a respeito do tema.” Ponderou-se que a forma como a autora tomou notícia do óbito da genitora afrontou a dignidade da pessoa humana, “uma vez que não foi observada a ética médica, tampouco a questão humanitária envolvendo assunto”. Sustentou-se, ainda, que “a comunicação a respeito do óbito da genitora não respeitou o princípio da dignidade da pessoa, pois, por se tratar de um fim em si mesmo, a normatividade desse princípio deve impedir que o ser humano seja tratado como mero instrumento para o alcance de uma finalidade.” Por fim,

constatarem que a recepcionista não havia recebido treinamento adequado para prestar esse tipo de informação com a “devida cautela e respeito”.

Que o caso envolve relação de consumo, não há dúvida. Deve-se, contudo, investigar de que maneira houve a aventada falha na prestação de serviço. De proêmio, não se vislumbra violação à dignidade da pessoa humana no sentido do que albergado no acórdão, ou seja, de que teria havido uma “instrumentalização” do indivíduo. De fato, não houve uso da pessoa ao atingimento de quaisquer fins, constatando-se apenas o modo inadequado da prestação de informação.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece como direitos básicos “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” e “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (art. 6º, III e VI). Sobre o que se entende por “informação adequada”, sustenta a doutrina especializada tratar-se de “do dever de *informar* bem o público consumidor sobre todas as características importantes de produtos e serviços, para que aquele possa adquirir produtos, ou contratar serviços, sabendo exatamente o que poderá esperar deles.” (GRINOVER *et al.*, 2019, p. 146).

A *ratio* da norma, conjugada com a previsão do art. 31 do CDC, estaria assentada no dever de transparência, impondo ao fornecedor a apresentação de forma clara, precisa e ostensiva dos aspectos relevantes do serviço ou produto que está a disponibilizar no mercado, que envolvem desde as qualidades e características até os riscos inerentes a utilização deles. O que inicialmente surgiu como *Nebenpflicht*, ou seja, dever acessório ao da prestação principal decorrente da boa-fé objetiva, restou consolidado no Código consumerista como “[...] verdadeiro dever essencial, básico, para harmonia e transparência das relações de consumo.” (MARQUES, 2005, p. 771-772).²⁹⁷

²⁹⁷ Em complemento: “Como vimos, informar é comunicar, é compartilhar o que se sabe de boa-fé, é cooperar com o outro, é tornar ‘comum’ o que era sabido apenas por um. Informar é dar ‘forma’, é exteriorizar o que estava interno, é compartilhar, é ‘comunico-are’, é chegar ao outro, é aproximar-se. A informação é tema transversal e multifacetado do direito privado. Informação é, ao mesmo tempo, um estado subjetivo, é o saber ou o não saber, informação é um processo interativo, que se denomina normalmente de comunicação; informação é um conteúdo, são os dados, saberes, conhecimento, imagens, sons, formas, palavras, símbolos ou (in)formações organizadas, e – acima de tudo – informação é um direito. Nas relações entre leigos e *experts*, consumidores e fornecedores, um dos agentes econômicos detém a informação, sabe algo, e pode comunicar este algo para o outro ou omitir, pode fazê-lo de boa-fé e lealmente, informando de forma completa, suficiente e adequada, informando sobre os riscos, os perigos, os efeitos, as chances e tudo o mais que for essencial para exercitar o seu direito de escolha; ou não informar, não compartilhar a informação que detém. Daí ser o dever de informar dever oriundo da boa-fé e altamente valorado na complexa sociedade de riscos e da informação contemporânea, uma maneira de o direito

Retomando o caso concreto, não se verifica propriamente uma falha no dever de informação nos moldes do que tutelado pelo CDC (escopo da norma).²⁹⁸ Inegavelmente, a informação transmitida ao parente da pessoa que falecera foi precisa, clara e completa: a genitora, de fato, estava em óbito. Portanto, não se aplica à hipótese sanção por descumprimento desse direito básico assegurado ao consumidor. Em verdade, conforme assentado no próprio acórdão, a falha decorreria da *forma* como foi comunicado o passamento. Não teriam sido respeitados “critérios éticos e humanitários”, violando-se o princípio da dignidade da pessoa humana.

O referido princípio, como já visto na seção 2.2.2, ostenta três conteúdos essenciais: valor intrínseco, autonomia e valor social da pessoa humana. A toda evidência, o caso analisado não afronta o valor intrínseco, haja vista que não se constata a instrumentalização do indivíduo para a consecução de metas coletivas ou projetos sociais. Da mesma forma, não se constata cerceamento ao livre desenvolvimento da personalidade ou capacidade de autodeterminação em razão de ingerências indevidas na esfera privada. Por fim, não se afigura, na espécie, desrespeito ao valor social ou comunitário, pois ligado mais intrinsecamente na proibição de atos autorreferentes, proteção de direitos de terceiros ou proteção de valores sociais. Da concreção dessas noções apresentada por Luís Roberto Barroso, percebe-se a inaplicabilidade ao caso da comunicação insensível do falecimento de um parente.²⁹⁹

reequilibrar a relação de consumo. Em resumo, o que existe atualmente nos contratos complexos contemporâneos de consumo é uma ‘necessidade de informação’, cuja compensação é regulada em detalhes pelo CDC através da imposição de um dever de informar.” (MARQUES, 2005, p. 772).

²⁹⁸ Sobre a teoria do escopo da norma, cf. seção 3.2.2.

²⁹⁹ “Ela traduz uma concepção ligada a valores compartilhados pela comunidade, segundo seus padrões civilizatórios ou seus ideais de *vida boa*. O que está em questão não são escolhas individuais, mas as responsabilidades e deveres a elas associados. Como intuitivo, o conceito de dignidade como valor comunitário funciona muito mais como uma constrição externa à liberdade individual do que como um meio de promovê-la. Em outras palavras: a dignidade, por essa vertente, não tem na liberdade seu componente central, mas, ao revés, é a dignidade que molda o conteúdo e o limite da liberdade. A dignidade como valor comunitário destina-se a promover objetivos diversos, dentre os quais se destacam: a) a proteção do próprio indivíduo contra atos autorreferentes; b) a proteção de direitos de terceiros; e c) a proteção de valores sociais, inclusive a solidariedade. É aqui que se situa a dimensão ecológica da dignidade, que tem sido objeto de crescente interesse, abrangendo diferentes aspectos da proteção ambiental e dos animais não humanos. Em relação à dignidade como valor comunitário, é preciso ter especial cuidado para alguns graves riscos envolvidos, que incluem: a) o emprego da expressão como um rótulo justificador de políticas paternalistas; b) o enfraquecimento de direitos fundamentais em seu embate com as ‘razões de Estado’; e c) problemas práticos e institucionais na definição dos valores compartilhados pela comunidade, com os perigos do moralismo e da tirania da maioria. No tocante à proteção do indivíduo em face de si mesmo, de suas próprias decisões, existem exemplos emblemáticos na jurisprudência mundial, como a já referida proibição da atividade de entretenimento conhecida como arremesso de anão (França), a criminalização da violência física em relações sexuais sadomasoquistas consentidas (Reino Unido) ou no caso dos chamados *peep shows* (Alemanha). Ainda que seja possível discutir o acerto dessas decisões concretas, elas chamam a atenção para a possibilidade teórica de se legitimar restrições à liberdade com fundamento na proteção à dignidade do próprio sujeito, definida com base em valores socialmente compartilhados. Da mesma forma, em algumas circunstâncias será legítima a restrição à autonomia privada para proteção dos direitos de terceiros. ou

No que se refere aos denominados substratos ou componentes da dignidade, de início, afasta-se, sem maiores indagações, eventual violação à igualdade (formal ou material) e à liberdade (realização das próprias escolhas na vida privada). A solidariedade guarda relação com a noção de justiça social e “[...] identifica-se, assim, com o conjunto de instrumentos voltados a garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos e marginalizados.” (MORAES, 2017, p. 114). Por fim, pode-se questionar se não haveria, no caso, afronta à integridade psicofísica. Para além de garantir a tutela dos direitos da personalidade, pode ser entendido esse substrato como “um amplíssimo ‘direito à saúde’, compreendida esta como completo bem-estar físico e social. No princípio está, contido, ainda, e principalmente, o direito à existência digna, tendo sido previsto pelo texto constitucional, para tanto, o salário mínimo capaz de atender às necessidades básicas [...]”. (MORAES, 2017, p. 94). Avança Maria Celina Bodin de Moraes (2017, p. 94-100), ao estabelecer as imbricações desse componente com o biodireito e a bioética, o que, mais uma vez, não guarda pertinência com o caso julgado.

Por outro lado, se se tentar extrair a violação da integridade psicofísica do sofrimento experimentado pelos parentes da falecida pela forma como noticiado o óbito, incorre-se no inconveniente dogmático de se identificar uma lesão extrapatrimonial justamente por critério cuja superação se propôs ao se eleger a dignidade da pessoa humana como índice de juridicidade.

Logo, se não houve propriamente falha no dever de informação ou violação da dignidade da pessoa nos termos propostos pelos fatores da teoria, como se acolher, na espécie, a pretensão ressarcitória? Em perspectiva contrária: seria justo que tal fato remanescesse sem resposta repressiva do ordenamento ou afrontaria o senso de equidade negar a compensação por dano moral?

Mais uma vez, na esteira do Enunciado nº 413 da V Jornada de Direito Civil, tem-se que os bons costumes se prestam ao controle da moralidade social de determinada época e permitir a sindicância das violações de relações jurídicas não abrangidas pela função social e

para a imposição de determinados valores sociais. Isso vale para situações como defesa da vida, repressão à pedofilia ou cerceamento da liberdade de expressão em casos de calúnia ou *hate speech*. A imposição coercitiva de valores sociais, em nome dessa dimensão comunitária da dignidade, nunca será uma providência banal, exigindo fundamentação racional consistente. Em qualquer caso, deverá levar seriamente em conta: a) a existência ou não de um direito fundamental em questão; b) a existência de consenso social forte em relação ao tema; e c) a existência de risco efetivo para o direito de outras pessoas. A dignidade de um indivíduo jamais poderá ser suprimida, seja por ação própria ou de terceiros. Mas aspectos relevantes da dignidade poderão ser paralisados em determinadas situações. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de prisão legítima de um condenado criminalmente.” (BARROSO, 2010, p. 27-30).

pela boa-fé objetiva. Se entendidos, em consonância com definição acima exposta, como regras ético-sociais de razoabilidade e respeito recíproco, vislumbra-se a adequação de se extrair a antijuridicidade da forma de comunicação do óbito da genitora dos demandantes pela violação aos bons costumes.

Apoiar a compensação, *in casu*, nos art. 927, *caput*, c/c art. 187, ambos do CC/02, mostra-se compatível com a tendência de se reconhecer a tese da unidade da responsabilidade civil,³⁰⁰ abrandando-se a drástica cisão entre o regime delitual e o contratual, que, na tradição brasileira, surge “[...] apenas de forma indireta na lei, reflexo mais de uma inércia romanista que de uma convicção teórica moderna [...]” (SOUZA, 2023, p. 30). Mesmo os autores que não adotam essa concepção unitária, reconhecem que, no bojo de uma relação contratual, existem deveres que são impostos às partes pela lei, “[...] fenômeno de resto acentuado pela intervenção estadual na formação, na extinção e na determinação do conteúdo dos contratos, especialmente os de trabalho, de arrendamento e de consumo de bens e serviços.” (VICENTE, 2018b, p. 500).³⁰¹

³⁰⁰ O tema remanesce controverso, havendo, inclusive, proposta de um terceiro gênero de responsabilização, qual seja, a responsabilidade pela confiança: “O que se percebe, em verdade, na Europa é o abandono da tese monista e uma discussão acerca da existência – ou não – de um terceiro gênero de responsabilidade, fundado na confiança e situado em uma zona cinzenta entre o contrato e o delito (ato ilícito absoluto). Trata-se da chamada responsabilidade pela confiança (*Vertrauenshaftung*), sistematizada pioneiramente por Claus-Wilhelm Canaris, em tese de livre-docência apresentada na Universidade de Munique, em 1970. Isso, por si só, já parece sinalizar o anacronismo da ideia monista, pois o reconhecimento de um terceiro gênero pressupõe logicamente a existência dos outros dois tipos. E, ao contrário do que uma leitura apressada possa sugerir, o reconhecimento dogmático dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva indica não uma unicidade da responsabilidade civil, mas sua especificação. Isso, porque a dogmática obrigacional contemporânea diferencia, com precisão, os deveres de consideração dos deveres prestacionais e do dever geral de não lesar. Além disso, o fato de tais deveres surgirem gradativamente, à medida que se intensifica o contato negocial entre as partes, mostra que existe na tessitura social diversos níveis de contatos, cada qual dotado de uma carga diferente de deveres. E cada situação, porque dotada de carga normativa distinta, merece tratamento diferenciado pela ordem jurídica. E a responsabilidade pela confiança, por sua vez, incide exatamente em situações localizadas entre o contato social (responsabilidade aquiliana) e o contrato (responsabilidade contratual). Essa teoria vem ganhando adeptos na Europa, já havendo, inclusive, precedentes na Corte de Cassação italiana (Corte di Cassazioni n. 14.188, de 12.07.2016, Prima Sezione) e no próprio Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu sua ‘autonomia dogmática’ no julgamento do Recurso Especial 1.309.927/SP, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, onde se discutia caso de responsabilidade pré-contratual por rompimento imotivado das negociações.” (FRITZ, 2019, p. 2-3).

³⁰¹ Sobre a discussão no direito comparado, cf. VICENTE, 2018b, p. 478-506. Dario Moura Vicente (2018b, p. 505), em que pese posicionar-se contra a tese da unidade da responsabilidade civil, reconhece que há casos em que a distinção entre a responsabilidade delitual e contratual é tênue: “Há, em qualquer caso, que reconhecer a existência de limites à possibilidade de uma distinção entre as duas modalidades de responsabilidade civil: embora se possam apontar os caracteres distintivos fundamentais das duas formas de responsabilidade e formular um conceito central de responsabilidade contratual e de responsabilidade extracontratual, é difícil traçar, mesmo dentro de dado sistema jurídico local, as fronteiras exactas de cada uma destas figuras. Existem, na verdade, diversas situações em que é discutível se um dano foi causado no âmbito de uma relação obrigacional preexistente ou fora dele e, por conseguinte, se o mesmo origina responsabilidade contratual ou extracontratual. Estão nesse caso as situações que integram a responsabilidade do produtor, a responsabilidade médica, a responsabilidade do transportador perante o passageiro transportado gratuitamente, a responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações e a responsabilidade por atos ou omissões ocorridos nos preliminares e na formação dos contratos.

Ademais, em se tratando de relação de consumo, há de se ter em conta o *diálogo sistemático de complementariedade ou subsidiariedade*, do qual se extrai a possibilidade de aplicação complementar de normas e princípios de uma lei geral à uma situação regulada por lei especial: “Assim, por exemplo, as cláusulas gerais de uma lei podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado por outra lei.” (MARQUES, 2005, p. 693).³⁰²

Essa modalidade de *diálogo das fontes*³⁰³ insere-se no contexto da recente evolução histórica do direito civil brasileiro caracterizada por duas tendências aparentemente

Temos, nesta medida, por exata a afirmação de Köndgen, segundo a qual entre os pólos do contrato e do delito existe um *continuum* de relações. Nem por isso, contudo, perde sentido a distinção entre as responsabilidades contratual e extracontratual. É que da existência de situações da vida que não se deixam apreender rigorosamente nestas categorias conceptuais – através das quais a ciência e a lei procuram tão-só resumir e sistematizar o Direito vigente, que de outro modo apareceria aos olhos dos que têm de interpretá-lo e aplicá-lo como uma massa informe de preceitos – não se segue necessariamente que seja injustificada a diversidade de regimes que elas exprimem. Esta só pode ser avaliada, como procurámos fazer, à luz dos valores e interesses relevantes na disciplina jurídica dos diversos problemas que a imposição do dever de indemnizar coloca.”

³⁰² Sobre os três tipos de diálogos das fontes: “Concluindo, repita-se aqui que, em minha visão atual, três são os tipos de ‘diálogo’ possíveis entre o CDC e o CC/2002: 1) na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra (*diálogo sistemático de coerência*), especialmente se uma lei é geral e a outra especial, se uma é a lei central do sistema e a outra um microsistema específico, não-completo materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade. Assim, por exemplo, o que é nulidade, o que é pessoa jurídica, o que é prova, decadência, prescrição, e assim por diante, se conceitos não definidos no microsistema (como vêm definidos consumidor, fornecedor, serviço e produto nos arts. 2.º, 3.º, 17, 29 do CDC), tiveram sua definição atualizada pela entrada em vigor do CC/2002; 2) na aplicação coordenada das duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto (*diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade* em antinomias aparentes ou reais), a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente. Assim, por exemplo, as cláusulas gerais de uma lei podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado pela outra lei. Subsidiariamente, o sistema geral de responsabilidade civil sem culpa ou o sistema geral de decadência pode ser usado para regular aspectos de casos de consumo, se trazer normas mais favoráveis ao consumidor. Este ‘diálogo’ é exatamente contraposto, ou no sentido contrário da revogação ou ab-rogação clássicas, em que uma lei era ‘superada’ e ‘retirada’ do sistema pela outra. Agora há escolha (pelo legislador - veja arts. 777, 721 e 732 do CC/2002; ou pelo juiz no caso concreto do *favor debilis* - art. 7.º do CDC) daquela que vai complementar a *ratio* da outra (veja também art. 729 do CC/2002 sobre aplicação conjunta das leis comerciais); 3) há o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei (assim, por exemplo, as definições de consumidor *stricto sensu* e de consumidor equiparado podem sofrer influências finalísticas do novo Código Civil, uma vez que esta lei vem justamente para regular as relações entre iguais, dois iguais-consumidores ou dois iguais-fornecedores entre si – no caso de dois fornecedores, trata-se de relações empresariais típicas, em que o destinatário final fático da coisa ou do fazer comercial é um outro empresário ou comerciante) ou como no caso da possível transposição das conquistas do *Richterrecht* (direito dos juizes) alçadas em uma lei para a outra. É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *double sens* (*diálogo de coordenação e adaptação sistemática*).” (MARQUES, 2005, p. 693-694).

³⁰³ Sobre as demais modalidades de diálogo das fontes, cf. nota de rodapé nº 302. Em síntese aclaratória: “Entende-se por diálogo das fontes a aplicação simultânea de mais de uma lei a um caso concreto. Ou seja, para solução de determinada situação em que, potencialmente, mais de uma lei estabeleça resposta, busca-se todas as fontes legislativas aplicáveis ao caso. Para que isso aconteça, a solução almejada deve ser orientada pela Constituição Federal, com o objetivo de realizar o máximo possível o direito fundamental envolvido. Assim, a solução para o aparente conflito de leis está na coordenação destas para oferecer unidade e coerência ao sistema jurídico. Não se faz necessária a exclusão de uma para prevalecer outra, mas a aplicação concomitante de diferentes fontes com o intuito de encontrar o remédio ao problema sob análise.” (MAIMONE, 2022, p. 22).

contraditórias: a de fragmentação das fontes ou descodificação com a constitucionalização de novos sujeitos de direitos; e a de unificação das fontes, com a valorização de imposição de deveres *ex vi lege* ou mediante cláusulas gerais transversais por todo o ordenamento jurídico, como a da boa-fé e a dos bons costumes (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 17). A pluralidade de papéis assumida pela pessoa – consumidor, empresário, contratante, proprietário etc – demanda a articulação dos diversos regimes do ordenamento e o diálogo entre eles (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 22). A preocupação tutelar e equitativa com as partes mais fracas da relação jurídica culminou na fragmentação multiplicadora do direito privado (microssistemas) e na pluralidade de novas fontes legislativas, ressystematizadas pelos valores da Constituição Federal de 1988 (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 28-29).

A ideia de sistema refere-se a uma *totalidade ordenada*, conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem, não apenas em relação ao todo, mas também entre eles (BOBBIO, 2014, p. 77). No tocante à estrutura da responsabilidade civil em nosso Código, não lhe foi dedicada um livro específico, encontrando-se a matéria presente em todo o diploma, seja na parte geral, seja ao longo de matérias específicas. A parte geral traz os subsídios para os demais livros da parte especial, sendo o ilícito civil operável em qualquer situação relacional. Em perspectiva hermenêutica sistemática, o princípio fundante da responsabilidade civil – *neminem laedere* –, que encontra assento Constitucional (art. 5º, XXXV), está presente em qualquer relação jurídica, seja ela negocial ou extra-negocial (PIRES, 2021, p. 10-11).

Com a expansão dos danos ressarcíveis, a dicotomia estanque entre responsabilidade civil aquiliana (ou *stricto sensu*) e a negocial esvanece frente ao concurso de regimes que se verifica em fatos danosos que se dão no âmbito contratual, mas em circunstâncias tais que seriam suficientes a originar uma obrigação de indenizar independentemente da relação negocial subjacente.³⁰⁴ Nesse contexto, a responsabilidade civil (*stricto sensu*) apresenta-se como “direito comum” ou “geral” e a obrigação indenizatória decorrente de relação negocial é “direito especial”. Duas são as consequências dessa constatação: o direito especial não pode conter princípios jurídicos conflitantes com o direito

³⁰⁴ A exemplificar algumas hipóteses: “Esta relação concursal é especialmente importante para responsabilidades como as do médico, do transportador, do construtor, do fornecedor de produtos e serviços e, em geral, para as demais que podem ser chamadas de profissionais. Por exemplo, em matéria de responsabilidade de transportadores e de médicos podem estar presentes os pressupostos das duas responsabilidades, como quando o médico, contratado para fazer uma operação cirúrgica, age com negligência e causa lesões maiores, ou quando o condutor do ônibus passa um sinal vermelho e causa um acidente, no qual ficam feridos alguns passageiros, que ele tinha a obrigação, por muitos considerada apenas ‘contratual’ (cf. Súmula 187 do STF), de transportar sãos e salvos ao seu destino.” (NORONHA, 1998, p. 32-33).

geral; e as regras do direito geral devem ser aplicadas quando o direito especial não contiver norma específica. A aplicabilidade do regime negocial, cujo fundamento é a autonomia das partes, restringe-se ao âmbito que couber a essa autonomia, incidindo a responsabilização pelo sistema geral nas fases pré e pós-contratuais, bem como na execução do contrato, em relação a fatos que fiquem fora do âmbito da autonomia privada. A compreensão da comunicação entre os sistemas mostra-se relevante, na prática, ao se perquirir, por exemplo, os limites negociais da pré-fixação ou exclusão de responsabilidade, não se admitindo em relação a bens indisponíveis ou em vulneração a normas de ordem pública e de observância cogente (NORONHA, 1998, p. 32-33).³⁰⁵

Como decorrência dessa mútua imbricação e referência entre o regime geral e o especial, *in casu*, o aquiliano e o contratual consumerista, mesmo que não se verifique falha no dever de informação nos moldes do que preconizado pelo Código de Defesa do Consumidor, a violação aos bons costumes que culmine em dano autoriza a tutela compensatória, uma vez que prevista no sistema geral do Código Civil.³⁰⁶

³⁰⁵ Em que pese a proximidade dos sistemas de responsabilização, bem como a relação de especialidade, remanesce aspectos distintivos relevantes entre eles: “Como principais elementos diferenciais entre as hipóteses de responsabilização, numeram-se: 1) as cláusulas de não indenizar ou de responsabilidade atenuada, somente possuem efeito na esfera contratual; 2) quanto à possibilidade de se pré-fixar indenização contratual, isto não se verifica na responsabilidade em sentido estrito; 3) enquanto a solidariedade pode ser estipulada voluntariamente entre os devedores contratuais; no ilícito, a mesma somente pode ocorrer em virtude de lei; 4) quanto à constituição em mora do devedor; 5) quando se tratar de um devedor menor de idade; 6) quanto aos prazos de prescrição; 7) quando se refere ao foro competente para dirimir eventuais conflitos; 8) quanto à distribuição do ônus da prova; 9) quanto à gradação da culpa em que, na responsabilidade extra negocial, somente excepcionalmente será levado em consideração o parágrafo único do art. 944 do CC; mas na relação negocial, ‘a gradação da culpa será em alguns casos fator prévio e abstrato de isenção de obrigação de indenizar’”. (PIRES, 2021, p. 14-15).

³⁰⁶ A incidência de fatores externos ao contrato, notadamente éticos, não é estranha ao Direito nacional. Ilustrativamente, ao expor as limitações impostas pela função social e solidariedade: “Na visão de Bernal-Fandiño, nos limites da autonomia privada, estão as ferramentas para enquadrar o comportamento dos indivíduos de acordo com alguns mínimos necessários de convivência em uma determinada comunidade. A noção tradicional de ordem pública como limite para a autorregulação dos interesses dos indivíduos se refletem, em grande medida, nos princípios constitucionais, conferindo-lhe força especial por causa da condição hierárquica da Constituição como norma das normas. Entretanto, de acordo com Timm (2008), a função social dos contratos jamais estará distante da liberdade contratual, considerando que a unidade de sentido, formada por ambos, gera o modelo jurídico do contrato na sociedade atual, com a característica da faturalidade social e a habilidade única de permitir a concretização da autodeterminação, por meio da preservação de uma competência aos particulares. Nesse sentido, na visão de Toss (2001), a socialidade do contrato não pode exprimir o encerramento da competência que os particulares dispõem para criação de atos jurídicos perfeitos que resultem sua vida econômica previsível e segura, haja vista que é a duradoura socialidade do contrato que lhe impulsiona e lhe preserva como meio essencial de regulamentação social na sociedade hodierna.” (MARANHÃO; FERREIRA, 2023, p. 30-31). Prosseguem as autoras: “Percebe-se, assim, que os princípios da probidade e boa-fé devem acompanhar toda a trajetória contratual, estando presente uma verdadeira ética contratual contemporânea. Por sua vez, Sarlet (2000, p. 113) relata que o maior triunfo ao solidarismo contratual, ou também chamado de vinculação de um fundamento Constitucional à liberdade contratual passa pela interpretação dada pelos magistrados, advogados, doutrinadores e pela redefinição de ordem pública, dando o *status* maior ao ser e não ao ter, isto é, o cidadão e não seu patrimônio. Ainda com base na visão da autora mencionada, as mudanças conceituais do direito contratual exigem uma explicação contextualizada, incluindo os direitos subjetivos, os princípios constitucionais, suprindo-lhes de

Por conseguinte, verifica-se a compatibilidade da aplicação do dano imoral em relações jurídicas contratuais no âmbito do sistema de responsabilização civil brasileiro. No caso analisado, os bons costumes mostram-se pertinente índice de aferição da juridicidade da conduta da recepcionista, autorizando a compensação por dano moral (dano-consequência).

O desenvolvimento do instituto do dano imoral no Brasil carece menos da delimitação do conceito de bons costumes – que apesar de fluido, encontra-se razoavelmente estabilizado na doutrina e com relevante penetração social – do que de sua concreta aplicação. Em outras palavras, a exemplo do que se verifica na evolução da noção de boa-fé objetiva (sobretudo no âmbito da interdição de atos abusivos),³⁰⁷ a reiterada aplicação acaba por criar casos típicos, prestigiando a segurança jurídica e facilitando a identificação das *fattispecies*.³⁰⁸

De fato, a boa-fé passou longa evolução conceitual, entendida no âmbito do direito romano como a proibição do dolo, consistente nesse na intenção de prejudicar. No direito norte-americano, ante a vagueza do termo, aventou-se que não possuiria significado próprio, servindo apenas como espécie de *excluder*, cuja função seria excluir formas (condutas) de má-fé, elaborando-se uma lista de comportamentos interditados (*Lista de Summers*, em referência

funcionalidade social. Os aplicadores do direito devem abandonar a interpretação gramatical do Código Civil e observar os elementos presentes e o meio em que as partes estão inseridas, aplicando os princípios fundamentais que norteiam o Estado Democrático de Direito, pois o contrato tem uma função social e, conseqüentemente, possui reflexos econômicos de continuidade e permanência. Nesse contexto, os princípios da justiça, solidariedade e liberdade fazem parte da esfera ética das relações privadas.” (MARANHÃO; FERREIRA, 2023, p. 32-33)

³⁰⁷ “Com isso, a norma contida no art. 187 do Código Civil (LGL\2002\400) de 2002 somente se concretizará e obterá seu maior alcance com a atividade judicial criadora que lhe dê aplicação nos casos concretos, além do esforço doutrinário no sentido de sistematizar as hipóteses típicas em torno de uma unidade conceitual. Os preceitos éticos do art. 187 não têm uma definição rígida e pré-concebida, mas permitem, como referido, a entrada de elementos externos ao Código, exigindo uma delimitação em concreto. Isso não significa dizer que são totalmente indeterminados *a priori*, pois, na medida que seu significado vai sendo construído em uma série de casos concretos, à luz das circunstâncias da vida social, é possível a elaboração de sistematizações que orientem os operadores jurídicos para novas aplicações. Trata-se de uma aplicação que segue, portanto, o ‘novo pensamento sistemático’, conjugação dos pensamentos tópico e sistemático. Necessário, assim, enfatizar novamente a idéia de sistema aberto e móvel, a permitir, através dos mecanismos que lhe são próprios, a ressystematização de decisões isoladas, que passam então a integrar o sistema, aperfeiçoando-o progressivamente. Dessa forma, imprescindível a análise do art. 187 à luz do tratamento típico, uma vez o exercício de um direito em contrariedade aos parâmetros éticos definidos pelo ordenamento jurídico somente poderá ser verificada no caso concreto. O estudo da proibição de comportamentos abusivos em sua evolução na história permite o agrupamento dos casos em grupos de afinidade. Tal agrupamento, entretanto, não é rígido, uma vez que não há absoluta homogeneidade entre os integrantes de cada categoria. A par disso, a divisão também não apresenta limites firmemente demarcados, sendo que, muitas vezes, uma única hipótese concreta pode ser enquadrada em mais de um grupo.” (LIMA, 2005, item 3.2). Em seguida, o mesmo autor trata de algumas hipóteses de *casos típicos* de violação da boa-fé objetiva no âmbito do instituto do abuso do direito, nomeadamente: *exceptio doli*, *venire contra factum proprium*, *tu quoque*, inalegabilidade de nulidades formais, *supressio* e *surrectio*, desequilíbrio no exercício jurídico e adimplemento substancial.

³⁰⁸ Nesse sentido, o Enunciado 412 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio*, *tu quoque*, *surrectio* e *venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva.”

ao seu autor Robert Summers), significando a boa-fé a conduta oposta. Lado outro, procura-se definir a boa-fé pelos objetos que tutela, tais como a segurança nas relações jurídicas e a confiança. Na década de 1990, a boa-fé passa a ser definida com base na dignidade da pessoa humana, inspirada na reciprocidade que deve existir entre os sujeitos e na exigência de respeito mútuo, sustentando-se funcionalizar esse princípio, instrumento do enquadramento constitucional do direito obrigacional. A evolução da noção de boa-fé acabou autonomizar as regras que dela emanam e sua aplicação a diversos casos conferiu maior conhecimento das causas dos problemas que o princípio resolveu, possibilitando enunciar seu significado com maior precisão (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 84-86).

O conceito, contudo, remanesce vago,³⁰⁹ mesmo após toda evolução experimentada. Na doutrina contemporânea, e apenas ilustrativamente, Eduardo Tomasevicius Filho (2020, p. 86) define boa-fé como “agir corretamente”, “agir da melhor maneira”, o que impõe o bom andamento das relações jurídicas pela inserção dos deveres de coerência, informação e de cooperação, dificultando o “comportamento oportunista”, dispensando-se – em razão desses deveres – pensar-se em “conceitos morais para significado ao princípio”. De igual maneira, Adisson Leal (2014, p. 4) afirma que a boa-fé impõe que os sujeitos de uma relação

³⁰⁹ A vagueza do conceito, contudo, não se confunde com as noções de enunciado geral, genérico ou ambíguo: “Um enunciado é *geral* quando diz algo que vale, ao mesmo tempo, para todos os objetos que pertencem a uma determinada classe, sem nenhuma exceção. Não há, nesta perspectiva, oposição necessária entre generalidade e precisão de linguagem. Um enunciado pode ser ao mesmo tempo extremamente geral e preciso, como a regra do art. 85 do Código Civil brasileiro, relativa à classe das coisas fungíveis. Não há imprecisão semântica na qualificação da fungibilidade ou da infungibilidade de certa coisa, embora todas as coisas que entrem nesta classe sejam consideradas fungíveis ou não fungíveis segundo a regra (geral) ali consignada, a qual, por óbvio, embora ‘geral’, não tipifica uma cláusula geral de classificação dos bens. [...] Um enunciado é *genérico* quando não refere a presença de especificação, isto é, quando a expressão se referir indiferentemente a uma pluralidade de situações diversas. Para que um enunciado seja considerado genérico, basta que valha para qualquer caso da classe considerada. Será, assim, tanto mais genérico quanto maior for o número de fatos que, caso se verificassem, realizariam a hipótese prevista na regra. A regra segundo a qual ‘toda a pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil’ expressa um enunciado genérico, pois abrange todo e qualquer ente que se qualifique como pessoa, e todos os direitos e deveres pensáveis na ordem privada, mas não constitui uma cláusula geral. Esta poderá ser genérica, contudo, apenas se e enquanto o seu enunciado valer para qualquer caso da classe considerada, como quando se afirma que a *culpa* é elemento de qualquer das hipóteses da responsabilidade civil subjetiva. Um termo ou um enunciado é dito *ambíguo* se, em razão de *homonímia* ou de *polissemia*, possa assumir mais de um significado, sem que o contexto em que empregado permita esclarecer em tal ou qual significado está o mesmo sendo empregado. Um termo grandemente polissêmico, na linguagem jurídica, é ‘princípio’. Pelo menos sete significados diversos, diz Genaro Carrió, lhe são habitualmente atribuídos. Já como exemplo de homonímia está o vocábulo ‘parte’. Pode significar tanto uma porção do todo (v.g., a ‘Parte Geral’ do Código Civil) quanto indicar a terceira pessoa indicativa do verbo partir, ou a pessoa ou grupo de pessoas que atuam numa determinada posição num negócio jurídico contratual (quando terá o significado de ‘contraente’), ou, ainda, quem se situa num dos ângulos da relação processual. A homonímia e a polissemia não constituem a ambiguidade em si mesma considerada, mas representam a fonte de uma possível ou potencial ambiguidade. Esta só ocorrerá, contudo, se o termo afetado pela homonímia ou pela polissemia empregar-se em um contexto que não permita decidir em qual acepção foi usado. Se referirmos apenas a expressão ‘boa-fé’, poderemos produzir ambiguidade se não esclarecermos se se trata da boa-fé objetiva ou da subjetiva.”. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 146-148).

obrigacional assumam “postura condizente com um padrão de comportamento socialmente aceito”. Patrícia Rizzo Tomé (2021, p. 115) aponta que a boa-fé consiste em uma regra de conduta, consistente no agir “como razoavelmente esperado pela outra parte, segundo a relação estabelecida”.³¹⁰

De modo geral, após apresentar breve e vago conceito do que se entende por boa-fé, a doutrina já passa a discorrer sobre suas funções e hipóteses típicas. A vagueza conceitual do instituto mostra-se necessária dado seu amplo campo de incidência, bem como suas distintas funções. Imprescindível, portanto, “[...] para aclarar a aplicação do termo visualizar em que contexto o conceito deve ser utilizado, como se o termo vago fosse dependente dos demais elementos estruturantes do texto; a saber, o contexto preenche a vagueza.” (FERREIRA; D’AVIZ, 2022, p. 1.115-1.116). O tratamento mais pormenorizado dedicado às funções e hipóteses consolidadas deve-se à reiteração de sua aplicação e concreção de tipos comportamentais juridicamente sedimentados, o que explica a deferência jurisprudencial no uso dessa noção por mais ser “segura” (*rectius* mais bem delimitada).³¹¹

A essa abertura enunciativa atribui Judith Martins-Costa (2018, p. 154) a denominação de *vagueza socialmente típica*, porquanto “[...] depende de valoração metajurídica do intérprete, hipóteses em que o legislador teria abdicado de preestabelecer o sentido do conceito, pois verificável segundo as condições culturais do tempo, da sociedade, do meio e da cultura; há nitidamente a necessidade de um trabalho hermenêutico.”³¹² Trata-se do

³¹⁰ Apenas em reforço, Fernando Noronha (1994, p. 18), ao conceituar a boa-fé: “O princípio contratual da boa-fé consiste no dever de cada parte agir de forma a não defraudar a confiança da contraparte. Ele é indispensável para tutela da segurança jurídica, para garantia da realização das expectativas legítimas das partes. Quando a lei impõe a quem se obrigou a necessidade de cumprir o compromisso, estará apenas protegendo, no interesse geral, a confiança que o credor legitimamente tinha em que o seu interesse particular seria satisfeito. A boa-fé que é princípio contratual é a chamada boa-fé objetiva, que consiste no dever de agir de acordo com os padrões socialmente reconhecidos de lisura e lealdade. São eles que traduzem a confiança indispensável à vida de relação e ao intercâmbio de bens e serviços, de que os contratos são instrumento jurídico. A boa-fé objetiva contrapõe-se à subjetiva, que não é mais que uma crença errada, um estado de ignorância sobre as reais características da situação jurídica que estiver em causa”. No mesmo sentido, cf. BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 275.

³¹¹ Conforme abordado na seção 1.5.2.

³¹² Distingue a autora essa noção da de *vagueza comum*: “A vagueza comum ocorre quando as expressões linguísticas podem ser compreendidas e aplicadas pela experiência, sem que seja necessário qualquer tipo de reenvio a parâmetros valorativos. Nesta acepção, um caso exemplar de ‘vagueza comum’ no Direito Civil brasileiro se verificaria no art. 593, I, do Código Civil de 1916, alusivo a ‘animal bravo’: a determinação do que seja um animal bravo não reivindica a utilização de nenhum critério valorativo, podendo ser procedida por meio das regras de experiência. Também assim o ‘depósito antigo de coisas preciosas’, mencionado no art. 1.264 do vigente Código Civil, ou o ‘imminente risco de vida’ previsto no art. 1.540, inc. II, ou, ainda exemplificativamente, a ‘deficiência mental’ e o ‘discernimento reduzido’, ou, ainda, a morte ‘extremamente provável’ do desaparecido que estava em perigo de vida. Para aplicar as regras que as mencionam deve o intérprete utilizar as ‘regras de experiência comum’ (CPC, art. 335, regra de prova), por si só ou com o auxílio de um especialista (por exemplo,

processo referido por Antonio Menezes Cordeiro (2021, p. 1.179) como “mediação constituinte pelo intérprete-aplicador”. Enquanto princípio norteador do Código Civil, a operabilidade busca a realização do direito outorgando maior permeabilidade ao sistema por meio das cláusulas e princípios gerais e conceitos indeterminados, permitindo a adequação da solução ao caso concreto, além de conferir abertura aos valores ético-sociais (eticidade). Essa mobilidade auxilia os operadores na transição da interpretação teórica à aplicação prática, sendo certo que densificação do significado dessas espécies de normas abertas depende do trabalho valorativo do aplicador (TOMASZEWSKI; ESPOLADOR; PAIANO, 2023, p. 167-169).

Os bons costumes, por sua vez e de igual maneira, enquanto conceito indeterminado normativo,³¹³ exigem prévia ponderação das possibilidades; uma vez devidamente ordenadas, seleciona-se a que será apresentada como justificção da solução encontrada. Os conceitos indeterminados tornam-se juridicamente atuantes mediante sua complementação com valorações, a se chegar na regra do caso. Não significa, contudo, que sejam de aplicação arbitrária. As variáveis são dadas pela própria noção que espelham conceitualmente (CORDEIRO, 2021, p. 1.178 e 1.180). Assim, não se mostra possível extrair-se da vagueza da ideia de bons costumes soluções que vilipendiam, por exemplo, o dever de respeito ao luto familiar.³¹⁴

Por conseguinte, a alegada “extemporaneidade” desse índice legal não se coaduna com sua própria natureza de enunciado aberto, passível de adequação aos valores éticos e constitucionais prevaletentes no momento de sua aplicação. De igual maneira, se não vislumbra risco de remissão a uma moral “oficial, linear e preconceituosa”, porquanto seria solução incompatível com os princípios norteadores do Código Civil, além de desatender à necessária observância dos vetores informativos do Direito Privado nacional.

um parecer técnico), pois o recurso ao auxílio de um *expert* não retira o caráter do raciocínio fundado na experiência.” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 154).

³¹³ Ao lado dos conceitos indeterminados normativos, tem-se os descritivos (reportam-se a realidades fáticas). A exemplificar estes, pode-se citar “repouso noturno”, previsto no art. 155, § 1º, do Código Penal. Ambos carecem da mediação constituinte do intérprete-aplicador: “A distinção possível entre conceitos indeterminados descritivos e normativos – pois é certa, por intuição, a presença de uma clivagem efectiva entre esses dois tipos de realidades – atende à natureza da linguagem utilizada: comum no primeiro caso e técnico-jurídica, no segundo. A esta luz, o conceito indeterminado ‘local ermo’ será descritivo e o de ‘bons costumes’, normativo exigindo-se, neste último caso, um tipo de valoração mais marcado”. (CORDEIRO, 2021, p. 1.179).

³¹⁴ O exemplo trazido encontra ressonância normativa no ordenamento: o art. 244, II, do Código de Processo Civil, estabelece que não se fará a citação, salvo para evitar o perecimento do direito, de cônjuge, de companheiro ou de qualquer parente do morto, consanguíneo ou afim, em linha reta ou na linha colateral em segundo grau, no dia do falecimento e nos 7 (sete) dias seguintes.

A concreção da noção de bons costumes, portanto, depende da atividade judicial que lhe dê aplicação, em concurso com o esforço doutrinário de sistematizar as soluções encontradas, a exemplo do que se verificou com o do abuso do direito. O grau de indeterminação do conceito diminui à medida em que a aplicação do instituto cria hipóteses típicas que possam ser reordenadas em grupos de casos análogos.³¹⁵ Esses grupos, por sua vez, passam a orientar os operadores do Direito com maior segurança, pois densificado um significado que permite sua nova aplicação a casos futuros. Dessa forma, constrói-se – como verificado na Alemanha – um espectro de aplicabilidade mais facilmente reconhecível e replicável, com o conseqüente encorpamento dogmático do instituto do dano imoral.

³¹⁵ É o que se verifica com a paulatina concreção da boa-fé: “O intérprete, ao realizar a elaboração dos conceitos casuísticos, promove a inserção no sistema de significado às cláusulas gerais, garantindo, por isso, a mobilidade do sistema. Não se trata de movimento rápido, o processo de mobilidade e apreensão dos conceitos é lento, caminha conforme o direito jurisprudencial, forma-se pela repetição de situações análogas; culminando na estabilidade de como esses conceitos são abordados, geralmente abstraídos da *ratio decidendi* dos precedentes. Essa mobilidade desemboca, portanto, na ressystematização, na criação de novos institutos, decorrente da interpretação perene, estável, de sucessivas conclusões sobre enunciados vagos. Note-se a presença de movimento dialético, culminando em estabilização e segurança jurídica ao fim.” (FERREIRA; D’AVIZ, 2022, p. 1.119-1.120).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução dos sistemas jurídicos de famílias distintas, notadamente nos últimos dois séculos, demonstra a interpenetração de institutos peculiares a cada uma, dado o movimento de convergência que se verifica no debate científico. A sedimentação doutrinária dos elementos que informam os principais ordenamentos ocidentais permitiu o acesso aos seus postulados e institutos, bem como sua conseqüente mútua absorção.

O desenvolvimento do abuso do direito nas diferentes ordens jurídicas explicita o diálogo entre elas. Se é certo que desde o Direito clássico os atos emulativos são vedados, não menos preciso a sistematização do ato excessivo como instituto autônomo a partir do século XIX se deu a partir de amplo debate entre autores de diversos países. Em que pese incorporada de maneiras diversas em cada ordenamento, a interdição do ato abusivo, em todos, foi inspirada pelo mesmo e caro valor: o senso de equidade.

Inicialmente, a repressão ao ato abusivo exigia o preenchimento dos requisitos tradicionais da responsabilização civil aquiliana, notadamente conduta culposa *lato sensu*. Progressivamente, passou-se a dispensar esse elemento, interditando-se o ato pela desconformidade objetiva com o ordenamento. No Direito brasileiro, a evolução do instituto experimentou semelhante caminho, extraindo-se do art. 160, I, do Código Civil de 1916, mediante interpretação *a contrario sensu* da norma inserida no título dos atos ilícitos. Com a promulgação do Código de 2002, manteve-se a posição topográfica, porém com a criação de dispositivo autônomo a regular a figura do ato imoderado. Por já estar sedimentada a concepção objetiva do instituto, a doutrina, majoritariamente, criticou a vinculação – novamente – do abuso do direito ao ato ilícito, dada sua reconhecida autonomia.

O caráter deontológico do Direito enseja a conformação dos seus institutos ao sentimento de justiça que subjaz a toda solução que se procura emprestar aos conflitos sociais. No âmbito da responsabilidade civil, a superação do sentido naturalístico do dano para adoção da noção normativa evidencia essa preocupação. Desvinculado do aspecto estritamente patrimonial, abriu-se a possibilidade da compensação dos danos morais, emprestando-se tutela mais abrangente e satisfatória a vítimas de atos ilícitos, cuja repercussão concreta em suas esferas jurídicas ultrapassavam a mera perda econômica.

Justamente em razão da sua natureza normativa, a conceituação do que se entende por dano moral remanesce problemática. Num primeiro momento, adotou-se a concepção negativa, identificando a lesão extrapatrimonial como toda aquela que não tivesse

repercussão econômica, designadamente o sofrimento intenso. Por tomar o efeito como causa, além de ser extremamente subjetiva, buscou-se aprimorar a noção com a eleição de bens jurídicos tuteláveis, as chamadas teorias positivas. Nesse sentido, propôs-se a identificar o dano extrapatrimonial como lesão ao patrimônio ideal da vítima, vulneração aos direitos da personalidade ou violação a algum substrato da dignidade da pessoa humana. O esforço dogmático foi no sentido de melhor delinear as afetações relevantes que pudessem desencadear a responsabilização do agente e evitar a perquirição da intimidade psicológica do ofendido, conferindo maior segurança no tratamento do instituto.

Em que pese ter significado ganho científico inegável, as teorias positivas incorreram na imprecisão de tentar definir o dano moral pelo aspecto do dano-evento, descurando de sua real natureza (dano-consequência). A abordagem pelo bem jurídico tutelado apresenta o inconveniente de se estabelecer espécies de dano extrapatrimonial que, em verdade, não necessariamente ostentam esse atributo. Isso porque a lesão ao patrimônio ideal, aos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana podem ou não culminar em prejuízo moral. Constatando-se que a vulneração desses bens enseja eventualmente dano exclusivamente material, não há como se emprestar a esses índices a função pretendida. Daí porque a conceituação de dano moral há de se apresentar como uma fórmula que seja capaz de manter seus elementos independentemente do bem jurídico afetado: prejuízo não patrimonial decorrente de uma lesão a interesse juridicamente tutelado.

A mesma noção normativa também inaugurou a ampliação do espectro de ressarcibilidade de lesões que, a rigor, não configuravam atos ilícitos *stricto sensu* ou abusivos, reconhecendo-se que o dano injusto, enquanto violação a interesse juridicamente relevante, não poderia remanescer imune ao regime reparatório. O refinamento da análise do dano aumenta ao se desdobrar em dois seus aspectos: dano-evento, enquanto lesão ao bem jurídico protegido pelo ordenamento; e dano-consequência, enquanto prejuízo concretamente experimentado pela vítima em sua esfera pessoal e nas circunstâncias em que desenvolvida. Essa abordagem analítica da lesão permitiu a jurisprudência italiana reconhecer a compensabilidade, de início, do dano biológico e, posteriormente, do dano existencial, com ressonância em diversos outros ordenamentos, para além de inaugurar a tutela dos denominados novos danos.

Não obstante previsto desde a edição original do BGB, promulgado em 1896, o dano imoral somente teve seu pleno desenvolvimento dogmático assentado posteriormente à consolidação da abertura acima referida (noção normativa de dano), mantendo-se, contudo, em seu aspecto funcional, o papel de complementação do regime delitual (típico) alemão. Tendo como índice legal de caracterização os *bons costumes*, a esse instituto foi atribuído amplo

campo de aplicação, notadamente no que se refere a novas situações lesivas ou, quando não inéditas, àquelas não abrangidas pelas outras duas cláusulas gerais de responsabilização civil. Em razão da amplitude da noção, não se mostra possível delinear uma ideia geral completa dos danos considerados imorais pela jurisprudência alemã. Mas os casos em que reconhecido são numerosos, tais como certificação falsa sobre o estado mental da pessoa a fim de declará-la incapaz, induzir empregados alheios a cometer abuso de confiança, manifestações difamatórias contra os concorrentes ou seus produtos (quando sejam falsas) e imitação exata de produtos para enganar os consumidores ou espionagem industrial.

Em que pese ter adotado nosso Código Civil cláusula geral aberta de responsabilização, a insuficiência da subsunção de comportamentos lesivos aos institutos do ato ilícito (art. 186) ou abusivo (art. 187) também foi denunciada pela doutrina nacional. A conjugação da noção de dano injusto com as diretrizes axiológicas lançadas pela boa-fé objetiva em sua tríplice função vem exercendo importante papel de oxigenação da ordem jurídica brasileira. Entretanto, dado seu desenvolvimento científico e âmbito de aplicação, nem sempre a boa-fé mostra-se suficiente ou adequada à resolução de conflitos que, em não atendidos a contento, vulneram o sentimento de equidade que vem inspirando a evolução da responsabilização civil.

A leitura conjunta dos arts. 187 e 927, *caput*, do CC/02, permite inferir a adoção do instituto do dano imoral pelo nosso sistema. Justamente porque sedimentada noção de dano injusto, sua conjugação com o índice legal dos *bons costumes* inaugura mais um instrumento de tutela de interesses juridicamente relevantes não abrangidos cientificamente pela boa-fé objetiva. Por ser tratado por parte da doutrina como critério extemporâneo ou ultrapassado, aos *bons costumes* não se tem emprestado função relevante no quadro do regime delitual brasileiro, repercutindo essa postura, inclusive, na jurisprudência.

Contudo, não se pode admitir palavras inúteis na lei, sendo sempre recomendável o esforço dogmático de avivamento da opção legislativa no conjunto do sistema jurídico. O reconhecimento do dano imoral apresenta a dupla vantagem de, por um lado, delimitar o instituto no quadro das categorias jurídicas disponíveis aos operadores, o que representa mais um instrumento de tutela da pessoa e seus interesses; por outro, no aspecto prático, estabelecer mais uma válvula de complementação da responsabilidade civil a abranger novos tipos de lesões – mas não apenas – sem a necessidade de alteração legislativa.

Trata-se de solução consentânea com o contemporâneo movimento de ampliação do sistema de responsabilização civil, a fim de se tutelar a pessoa e seus legítimos interesses na maior e mais adequada medida possível, sem se perder de vista, naturalmente, a

necessidade de delimitação dos prejuízos indenizáveis, a se evitar o fenômeno da hiperresponsabilização.

A exemplo do que verificado na Alemanha, o instituto do dano imoral mostra-se compatível com os sistemas de responsabilização aquiliano e negocial, cuja divisão estanque esvanece frente situações lesivas que, mesmo praticadas no âmbito contratual, o são em circunstâncias tais que originam obrigação indenizatória independentemente da relação jurídica subjacente. O ordenamento, enquanto sistema, não admite soluções contraditórias, razão pela qual o regime geral de responsabilização dialoga constantemente com os regimes especiais, seja para conformá-los, seja para complementá-los. Nesse sentido, se o dano decorrente da extrapolação dos limites dos *bons costumes* no exercício de um direito gera obrigação ressarcitória, com maior razão ensejará esse dever se cometido no âmbito da liberdade de ação.

Daí porque a importância de se debruçar sobre os delineamentos do conceito de *bons costumes*, que, para além de inapelavelmente se referirem ao senso médio de moralidade – o que não se mostra inadequado, em vista do caráter deontológico do Direito –, podem ser remetidos aos valores albergados no seio da Constituição da República, em compasso com o movimento de constitucionalização do Direito Civil. Há de se superar a resistência doutrinária e jurisprudencial no uso desse índice de juridicidade positivado em nosso Código Civil, sob pena de se fazer letra morta noção eleita pelo legislador não apenas na aferição da licitude de conduta, mas também como critério geral de recepção e compatibilização dos ordenamentos estrangeiros com o brasileiro (art. 17 da LINDB).

Imprescindível, portanto, a maior utilização dessa referência a fim de concretizar hipóteses típicas, conferindo-se mais acentuada segurança jurídica e facilidade de identificação dos casos em que aplicável o instituto do dano imoral. A reiteração de uso auxilia na construção da significação e possibilita a sistematização da matéria, orientando os operadores para novas situações, aperfeiçoando-a progressivamente.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Do abuso do direito**: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. Coimbra: Almedina, 2006.

ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ALIGHIERI, Dante. **A divina comédia**: paraíso. Tradução: Italo Eugenio Mauro. 5. ed. São Paulo: Editora 34, 2019.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. **Responsabilidade civil pela perda da chance**: natureza jurídica e quantificação do dano. Curitiba: Juruá, 2015.

AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; CASTRO, Paulo Roberto Ciola de. Entre essência e consequência: reflexão sobre a necessidade de uma concepção ontológica do dano extrapatrimonial. **Revista dos Tribunais**, v. 997, p. 135-155, 2018.

AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos Do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. O paradigma pós-moderno do negócio jurídico e a necessidade de uma nova concepção na contemporaneidade. **SCIENTIA IURIS (ONLINE)**, v. 21, p. 261-297, 2017.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral; PONA, Everton Willian. Delimitando conceitos: do jurídico ao econômico e a adequada compreensão do patrimônio como meio indireto de tutela da pessoa humana. In: Girolamo Domenico Treccani; Joyceane Bezerra de Menezes; Lucas Abreu Barroso. (Org.). **Direito Civil II**. 1ed. João Pessoa: Conpedi 2014, 2014.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do.; ZERBINI, Maiara Santana. Do dano moral ao extrapatrimonial: a necessidade de identificação dos direitos e interesses lesados. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, v. 3, p. 33-50, 2017.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMARO, Elisabete Aloia. Responsabilidade civil por ofensa aos direitos da personalidade. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (coords.). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. cap. 7, p. 157-171.

AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. São Paulo: Saraiva & Comp., 1932.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral**. Vol III. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Cadastros de Restrição ao Crédito: Dano Moral. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 36, p. 45-53, out./dez. 2000.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de segunda ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, p. 1-15, jul.-set./2013.

BARBERO, Domenico. **Sistema del derecho privado: introduccion, parte preliminar, parte general**. vol. I. Tradução espanhola: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1967a.

BARBERO, Domenico. **Sistema del derecho privado: obligaciones**. vol. III. Tradução espanhola: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1967b.

BARBOSA, Mafalda Miranda. A reforma francesa da responsabilidade civil – breves considerações. **Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política**, Porto, n. 11, p. 2-29, 2018.

BARBOSA, Mafalda Miranda. Entre a ilicitude e o dano. In: BARBOSA, Mafalda Miranda; ROSENVALD, Nelson; MUNIZ, Francisco. (coord.). **Desafios da nova responsabilidade civil**. São Paulo: JusPodivm, 2019. Cap. 12, p. 223-267.

BARROSO. Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 26 maio 2022.

BESSA, Leonardo Roscoe; REIS, Milla Pereira Primo. Dano moral e dor: direito autônomo à integridade psíquica. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020. Disponível em: <<http://civilistica.com/dano-moral-e-dor/>>. Acesso em: 13 nov. 2021.

BETTI, Emilio. **Teoria Geral do negócio jurídico**. Tradução: Servanda Editora. Campinas, SP: Editora Servanda, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. vol. I. 11. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1956.

BITTAR, Carlos A. **Os Direitos da Personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução: Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BONNA, Alexandre Pereira; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. A quantificação do dano moral compensatório: em busca de critérios para os arts. 5º, V e X, da CF/88. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 8, n. 3, 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-quantificacao-do-dano-moral/>>. Acesso em: 14 nov. 2021.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BREBBIA, Roberto H. **El daño moral**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1950.

BRUGI, Biagio. **Instituciones de derecho civil**. Tradução espanhola: Jaime Simo Bofarull. Mexico: UTEHA, 1946.

BRUSCO, Ana Breatriz. Tempo como bem jurídico: estudo do ss. uu., *ordinaza* 8236/2020 sob a perspectiva comparada. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson. (coord.). **Estudos de responsabilidade civil em perspectiva comparada**. Brasília: Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa; Universidade do Rio de Janeiro, 2023. p. 23-39.

CAMPION, Lucien. **La théorie de l'abus des droits**. Paris: Librairie générale de droit, 1925.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARVALHO NETO, Inacio de. **Abuso do direito**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

CARPENA, Heloísa. **Abuso do direito nos contratos de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CASALS, Miquel-Martin. La modernización del derecho de la responsabilidad extracontractual. In: **Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil: XV Jornada de la Asociación de Profesores de Derecho Civil**. Murcia: Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2011.

CASTRO, Paulo Roberto Ciola de. **Dano extrapatrimonial: o reconhecimento no caso concreto**. Londrina: Thoth, 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CENDON, Paolo. **Il danno esistenziale: nell'e attuale panorama giurisprudenziale**. Frosinone: Key, 2014. E-book.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de direito comparado: introdução ao direito comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2021.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil**. vol. VIII. Coimbra: Almedina, 2014.

CORRÊA, Daniel Marinho. **Danos extrapatrimoniais: Interfaces entre prevenção, punição e quantificação**. Londrina: Thoth, 2021.

CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun; FIGUEIREDO, Anna Ascensão Verdadeiro de. Dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade: uma visão crítica. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun. (coord.). **Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato**. Editora Manole, 2019. cap. 2, p. 20-40. E-book.

COSTA, Izabella Affonso. **Em busca do télos perdido: o repensar da responsabilidade civil pelo viés da multifuncionalização**. Londrina: Thoth, 2023.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DAM, Cees van. **European Tort Law**. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2013.

DAVID, René. **Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos**. Tradução espanhola: Pedro Bravo Gala. 1. ed. Madrid: Aguilar, 1973.

DE CUPIS, Adriano. **Il Danno**. v. 1. Milano: Giuffrè, 1979.

DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: um panorama. **Direito em Movimento**. Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 15-31, 1º sem. 2019.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Diego Corrêa Lima de Aguiar; AZEVEDO, Mário Victor Vidal. Responsabilidade civil por dano indireto: resgate de um tema clássico à luz do RE nº 608880. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.). **Relações patrimoniais: contratos, titularidades e responsabilidade civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 337-367.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español y el problema de sus recíprocas relaciones. **Ius et veritas**, v. 3, n. 5, p. 5-14, 3 out. 1992.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. vol. III. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Teoria geral do direito civil**. vol. I. 40. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. E-book.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da lei geral de proteção de dados**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade civil na pós-modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015.

DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade pós-contratual no novo código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DUTRA, André Abelha. **Abuso do direito no condomínio edilício**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013.

ENNECCERUS, Ludwig. **Tratado de derecho civil**. Segundo tomo: derecho de obligaciones. vol. I. Tradução espanhola: Blas Pérez González y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1947.

ESCANE, Fernanda Garcia. Os princípios norteadores do Código Civil de 2002. **Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania**. [S.l.] vol. 4, n. 1, p. 1-18, 2013.

ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. **A lei de introdução ao código civil brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Tratado de direito civil brasileiro: da interpretação e da aplicação do direito objetivo**. vol. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939.

FARNSWORTH, Edward Allan. **An introduction to the legal system of the United States**. 3rd ed. New York: Oceana Publications, 1996.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; D'AVIZ, Maristela Aparecida Siqueira. As cláusulas gerais e a vagueza necessária na perspectiva da boa-fé objetiva. **Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)**, Lisboa, ano 8, n. 1, p. 1105-1140, 2022.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. **Dano-evento e dano-prejuízo**. 2009. 231 p. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Uma nova proposta para diferenciação entre dano moral, o dano social e os punitive damages. **Revista dos Tribunais**. vol. 958, ago. 2015.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FRAZÃO, Ana. Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, n. 4, p. 17-43, out./dez. 2011.

FRITZ, Karina Nunes. A crise na dualidade da responsabilidade civil. **Revista IBERC**, v.2, n. 1, p. 01-04, jan./abr. 2019. Editorial.

GARIBOTTO, Juan Carlos. **Teoría General del Acto Jurídico**. Buenos Aires: Delpalma, 1991.

GHERSI, Carlos A. **Teoría general de la reparación de daños**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMBRICH, Ernst H. **Breve história do mundo**. Tradução: Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GONZÁLES, Carlos Antonio Agurto; MAMANI, Sonia Lidia Quequejana. O dano existencial como contribuição da cultura jurídica italiana. (trad. Fabiano Coulon) **Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 6, n. 1, p. 47-58, mai. 2018.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução: Claudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milénio. Coimbra: Almedina, 2019.

HUWILER, Bruno. **Quellenbuch zur Privatrechtsgeschichte**: von der Antike bis zu den Kodifikationen. vol. 1. 10. ed. [S.l.]: [s.n.], 2011.

JOURDAIN, Patrice. **Les principes de la responsabilité civile**. 10. ed. Paris: Dalloz, 2021.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Editora Martin Claret. São Paulo: Martin Claret, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins fontes, 2003.

KÖHLER, Graziela de Oliveira. **Do nexo causal à imputação coletiva**: a responsabilidade civil ambiental na sociedade de risco. 2009. 133 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2009.

LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. t. I. Tradução espanhola: Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial de Revista de Derecho Privado, 1958.

LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. t. II. Tradução espanhola: Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial de Revista de Derecho Privado, 1959.

LEAL, Adisson. Violação positiva dos contratos. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy. (coord.). **Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2014. Cap. 1, p. 1-14.

LÊDO, A. P. R.; SABO, I. C.; AMARAL, A. C. C. Z. M. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/existencialidade-humana-o-negocio-juridico/>>. Acesso em: 16 out. 2021.

LEITÃO, Adelaide Menezes. Ressarcimento dos danos puramente patrimoniais. In: BARBOSA, Mafalda Miranda; ROSENVALD, Nelson; MUNIZ, Francisco. (coord.). **Desafios da nova responsabilidade civil**. São Paulo: JusPodivm, 2019. cap. 1, p. 13-22.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Pautas para interpretação do art. 187 do novo código civil. **Revista dos Tribunais**. vol. 838/2005, p. 11-41, ago. 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Danos morais e direitos da personalidade. **Jus.com.br**. out. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4445/danos-morais-e-direitos-da-personalidade> Acesso em: 05 jun. 2023.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. vol. 1. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. E-book.

LOPEZ, Teresa Ancona. Dano Existencial. **Revista de Direito Privado**, vol. 57, jan./mar. 2014.

LOPEZ, Tereza Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. **Revista dos tribunais**. vol. 885/2009, p. 49-68, jul. 2009.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. Tradução: Marcela Varejão. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2022.

LOTUFO, Renan. A responsabilidade civil e o papel do juiz no código civil de 2002. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (coords.). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. cap. 24, p. 448-462.

MAIMONE, Flávio Henrique Caetano de Paula. **Responsabilidade civil na LGPD**: efetividade na proteção de dados pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

MARANHÃO, Flávia Thaise Santos; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Função social e liberdade contratual: análise da solidariedade social como condicionante para a ressignificação da liberdade contratual e a autonomia privada. **Revista brasileira de direito civil em perspectiva**. vol. 9, n.1, p. 17-39, jan./jun. 2023.

MARCACINI, Daniela Tavares Rosa. **O abuso do direito**. 2006. 148 p. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

MARKESINIS, Basil S.; BELL, John; JANSSEN, André. **German law of torts**: a comparative treatise. 5th ed. Oxford: Hart, 2021.

MARQUES, Claudia Lima. Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 13, 1997, p. 71-97.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o ato ilícito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-book.

MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Lisboa, ano 3, n. 9, 2014, p. 7073-7122.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957.

MAZEAUD, Henry y Lèon; MAZEAUD, Jean. **Lecciones de derecho civil**. La responsabilidad civil. Los cuasicontratos. Parte segunda. Vol. II. Tradução espanhola: Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones jurídicas europa-américa, 1969.

MEHREN, Arthur. T. von; MURRAY, Peter L. **Law in the United States**. 2nd ed. New York: Cambridge University Press, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; CARDOSO, Roberta Teles. A figura do dano injusto na doutrina e a sua aplicação pelos tribunais superiores do Brasil. In: SENA, Michel Canuto de. (org.). **Responsabilidade civil**: aspectos gerais e temas contemporâneos. 1. ed. Campo Grande: Contemplar, 2020. p. 187-208.

MILONE, Mario. **Dalla Tutela Dell'avere a quella dell'essere**: il danno esistenziale. Edição n. 2, junho 2003. Ano IX. Ed. Acomep. Disponível em <https://www.melchiorregioia.it/pdf-mg/tagete/263.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2022.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte geral. tomo II. 2. ed. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte especial. tomo LIV. 1. ed. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2008.

MOMO, Maria Vitória Galvan; BONE, Leonardo Castro de; MOMO, Airton Amilcar Machado. O direito alemão e sua influência no direito comparado: a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 12, n. 1, p. 1-31, 2023.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. De volta à reparação do dano moral: 30 anos de trajetória entre avanços e retrocessos. In: SCHREIBER, Anderson; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; OLIVA, Milena Donato. (coord.). **Problemas de direito civil: homenagem aos 30 anos de cátedra do professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. cap. 33, p. 563-577.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Elementos de responsabilidade civil por dano moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Lesão ao tempo: configuração e reparação nas relações de consumo. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 43, n. 141, p. 87-113, dez. 2016.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Lesão ao tempo: configuração e reparação para além das relações de consumo. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson. (coord.). **Estudos de responsabilidade civil em perspectiva comparada**. Brasília: Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa; Universidade do Rio de Janeiro, 2023. p. 122-145.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Processo, 2019. p. 317-342

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**. vol. 854/2006, p. 11-37, dez. 2006.

MORIN, Gaston. **La révolte du droit contre le code: la révision nécessaire des concepts juridiques**. Paris: Librairie du recueil sirey, 1945.

MUNIZ, Francisco Arthur de Siqueira. Abuso do direito de ação e responsabilidade civil: uma análise sob a ótica dos ordenamentos luso-brasileiro e norte-americano. In: BARBOSA, Mafalda Miranda; ROSENVALD, Nelson; MUNIZ, Francisco. (coord.). **Desafios da nova responsabilidade civil**. São Paulo: JusPodivm, 2019. cap. 7, p. 111-126.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NESPOLI, Arthur Lutiheri Baptista; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Nexo de causalidade e juízo de equidade: da certeza à mera possibilidade. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 2, p. 1-22, 2022.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, [S. l.], v. 19, n. 37, p. 21–37, 1998. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15533>. Acesso em: 9 ago. 2023.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NORONHA, Fernando. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**. vol. 816/2003, p. 733-752, out. 2003.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. **Revista de direito civil**, São Paulo, n. 64, p. 12-47, abr./jun. 1993.

OLIVEIRA, Camila Helena Melchior Baptista de. O abuso de direito potestativo na legalidade constitucional. In: SCHREIBER, Anderson; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; OLIVA, Milena Donato. (coord.). **Problemas de direito civil: homenagem aos 30 anos de cátedra do professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. cap. 19, p. 320-336.

OLIVEIRA, Camila Helena Melchior Baptista de; CORTAZIO, Renan Soares. O abuso de direito potestativo à luz do princípio da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.). **Relações patrimoniais: contratos, titularidades e responsabilidade civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 17-41.

PAIANO, Daniela Braga; FURLAN, Alessandra Cristina. Responsabilidade civil nas relações conjugais e convivenciais. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 27, n. 01, p. 37-62, 2021.

PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. Novos panoramas da responsabilidade civil e as tecnologias: dano genético. **Em tempo**. Marília, v. 18, 2019, p. 96-115.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. I. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. Atualizado por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual**: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIRES, Fernanda Ivo. Existe uma teoria geral da responsabilidade civil?. In: PIRES, Fernanda Ivo. (org.). **Da estrutura à função da responsabilidade civil**: uma homenagem do instituto brasileiro de estudos de responsabilidade civil (iberc) ao professor Renan Lotufo. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 9-16.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier projet de Code civil**. Quebec, [s.n.], p. 1-91, nov. 2007. Disponível em: https://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf Acesso em: 25 jan. 2023.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações**. Tradução: Adrian Sotero de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2002.

QUINELATO, João; KORKMAZ, Maria Regina Rigolon. Funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil: (in)compatibilidades com a responsabilidade civil brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.). **Relações patrimoniais**: contratos, titularidades e responsabilidade civil. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 275-307.

REALE, Giovanni. **História da filosofia grega e romana: Aristóteles**. vol. IV. Tradução: Henrique Claudio de Lima Vaz e Marcelo Perine. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Tradução: Osório de Oliveira. São Paulo: Livraria acadêmica, 1937.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral**. vol. I. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. vol. IV. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

ROMANO, Rogério Tadeu. O restatement of the law norte-americano. **Jus.com.br**. 17 maio 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57806/o-restatement-of-the-law-dos-norte-americanos> Acesso em: 26 nov. 2022.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSEVALD, Nelson. Por uma tipologia aberta dos danos extrapatrimoniais. **Migalhas**, 23 abr. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/325209/por-uma-tipologia-aberta-dos-danos-extrapatrimoniais>. Acesso em: 19 out. 2022.

ROTONDI, Mario. **L'Abuso di diritto – Aemulatio**. Padova: CEDAM, 1979.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. vol. 1. Tradução: Dr. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva & Cia., 1934.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 1973.

SACCO, Rodolfo. C'è la buona fede oggettiva? In: BUSNELLI, Francesco D. *et al.* **Il principio di buona fede**. Pisa: Giuffrè Editore, 1985. p. 43-51.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. Tradução: Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**. vol. III. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Responsabilidade civil pelo dano enorme**. Porto: Editorial Juruá, 2018.

SAVATIER, René. **La théorie des obligations**: vision juridique et économique. 3. ed. Paris: Dalloz, 1974.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Sistema del derecho romano actual**. Tradução espanhola: Jacinto Mesía y Manuel Poley. Granada: Editorial Comares, 2005.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SCRAMIM, Umberto Cassiano Garcia. O conceito de dano moral. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun. (coord.) **Direitos da personalidade**: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato. Barueri: Manole, 2019. cap. 4, p. 53-66. E-book.

SILVA, Andrea de Almeida Quintela da. **A autonomia do abuso do direito**. 2018. 148 p. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, Clovis V. do Couto. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, a. 2015, v. 2, p. 333-348, jan/mar 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Michael César; MATOS, Vanessa Santiago Fernandes de. Lineamentos do princípio da boa-fé objetiva no direito contratual contemporâneo. Uma releitura na perspectiva civil-constitucional. **Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)**, Lisboa, ano 1, n. 2, p. 1559-1603, 2015.

SILVA, Rafael Peteffi da. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. In: ROSENVALD, Nelson; DRESCH, Rafael de Freitas Valle; WESENDONCK, Tula. (coord.). **Responsabilidade civil: novos riscos**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. p. 349-384.

SILVA, Rafael Peteffi da; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Daño reflejo o por rebote: pautas para un análisis de derecho comparado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 7, ano 3, p. 207-240, São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2016.

SILVA, Rodrigo da Guia. Fontes das obrigações e regimes jurídicos obrigacionais gerais: em busca do papel da vedação ao enriquecimento sem causa no direito civil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 36, p. 122-157, dez. 2019.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. **Revista trimestral de direito civil**. vol. 50. Rio de Janeiro: Padma, abr.-jun. 2012, p. 35-91.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. **Direito Civil**. 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/307602080_Merecimento_de_tutela_a_nova_frenteira_da_legalidade_no_direito_civil. Acesso em: 12 jun. 2022.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Nexo causal e culpa na responsabilidade civil: subsídios para uma necessária distinção conceitual. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, p.1-58, 2018.

SOUZA, Eduardo Nunes de. O “equivalente” no direito das obrigações: uma proposta hermenêutica. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 12, n. 1, p. 1-69, 2023.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. Abuso do direito. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo:

Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/167/edicao-1/abuso-do-direito> Acesso em: 11 abr. 2023.

TAKAOKA, Marcos. **Do ato emulativo ao abuso do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

TEIXEIRA NETO, Felipe. A ilicitude enquanto pressuposto da responsabilidade civil delitual: um exame em perspectiva comparada (luso-brasileira). **Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)**, Lisboa, ano 3, n. 6, p. 1163-1190, 2017.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Desafios atuais em matéria de dano moral. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.). **Relações patrimoniais: contratos, titularidades e responsabilidade civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 239-274.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito Civil – BDCivil**, Belo Horizonte, v. 21, p. 61-86, jul./set. 2019.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao código civil**. vol. 3, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. E-Book.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **O princípio da boa-fé no direito civil**. São Paulo: Almedina, 2020.

TOMASZEWSKI, Wesley; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resqueti Tarifa; PAIANO, Daniela Braga. A boa-fé objetiva e a função socioeconômica dos contratos: cenários e/ou fundamentos para aplicação da teoria do Duty to Mitigate the Loss. **Revista Jurídica da UniFil**, [S.l.], v. 19, n. 19, p. 164-182, jul. 2023.

TOMÉ, Patricia Rizzo. Responsabilidade civil, boa-fé e deveres contratuais laterais. In: PIRES, Fernanda Ivo. (org.). **Da estrutura à função da responsabilidade civil: uma homenagem do instituto brasileiro de estudos de responsabilidade civil (iberc) ao professor Renan Lotufo**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 111-120.

TRABUCCHI, Alberto. **Instituzioni di diritto civile**. Padova: CEDAM, 1968.

VERBICARO, Dennis; QUARESMA, Gisany Pantoja. O dano temporal configurado no desvio produtivo do consumidor. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**. v. 7, n. 1, p. 48-94, jan./abr. 2019.

VICENTE, Dario Moura. **Direito comparado: introdução, sistemas jurídicos em geral**. vol. I. São Paulo: Almedina, 2018a.

VICENTE, Dario Moura. **Direito comparado: obrigações**. vol. II. São Paulo: Almedina, 2018b.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução: Claudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

VON THUR, Andreas. **Tratado de las obligaciones**. Tomo I. Tradução espanhola: W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1934.

WAGNER, Gerhard. **Deliktsrecht**. 14. ed. München: Vahlen, 2021.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução: A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WINFIELD, P. H; JOLOWICZ, J. A. **On Tort**. 17th ed. London: Sweet and Maxwell, 2006.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção dos direitos da personalidade na Alemanha. **Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)**, Lisboa, ano 06, n. 2. p. 731-759, 2020.

ZIMMERMANN, Reinhard. **The law of obligations: roman foundation of the civilian tradition**. New York: Oxford University Press, 1996.