



O dano existencial como contribuição da cultura jurídica italiana¹

Carlos Antonio Agurto Gonzáles*¹

Sonia Lidia Quequejana Mamani²

RESUMO

O artigo propõe-se a explorar o dano existencial a partir da experiência jurídica italiana – revistando o debate havido, recentemente, entre importantes professores e relevantes decisões judiciais –, apontando que a referida categoria permitiu abarcar situações danosas outrora negligenciadas, situações comumente atadas à deterioração da qualidade de vida da pessoa.

Palavras-chave: Dano Existencial; Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

The article explores existential damages based on Italian legal experience – reviewing the recent debate between important professors and relevant judicial decisions –, pointing out that this category allowed to cover some neglected harmful situations that commonly can be linked to the deterioration of life quality.

Keywords: Existential Damage; Tort.

Depois da criação, na experiência italiana, do dano biológico e dos desenvolvimentos do dano à saúde, o sistema de tutela reparatória dos danos à pessoa passou por uma profunda evolução através da qual, mediante o acolhimento destas categorias de dano, foi-se afastando a perspectiva patrimonialista que se encontrava na base do modelo tradicional de responsabilidade civil. Essa transformação representa apenas o primeiro passo de um processo mais amplo de evolução do instituto, segundo o disposto no artigo 2043 do Código Civil italiano e o atual panorama que advém da jurisprudência, em um constante instrumento de suportes fáticos, de inéditas situações de dano, referente a lesões suscetíveis de prejudicar a esfera ordinária da vítima². Por isso, propôs-se a ideia de que a responsabilidade civil deveria superar os modelos do passado, em nova visão na qual encontram lugar

¹ A tradução, autorizada pelos autores, foi feita por Fabiano Coulon, professor no Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da Unisinos e revisada por Marcos Catalan.

² ZIVIZ, Patrizia. L'evoluzione del sistema di risarcimento del danno. *Rivista critica del diritto privato*, ano XVII, n. 01-02, jun. 1999, p. 88.

dimensões danosas anteriormente negligenciadas, sobretudo – e não somente no aspecto biológico, mas também relativamente às prerrogativas diversas da saúde ou da integridade psicofísica – a esfera “existencial” do homem. “*O fazer não produtor de riqueza*” não é o mesmo que antes, embora possa utilizar-se outras locuções recorrentes: as atividades realizadoras da pessoa humana, a perturbação da agenda cotidiana, uma diversa relação com o tempo e o espaço, a renúncia forçada de situações felizes. Em síntese, a deterioração da qualidade de vida da pessoa³. Esse é o panorama em que se formula o denominado “dano existencial”.

Com efeito, o dano existencial, como nova subespécie de dano à pessoa, corresponde a lesão que afeta a plena esfera do “valor homem” compreendido em sua complexidade, tese que nasce e se desenvolve a partir dos anos 90 do século XX enquanto produto da Escola Jurídica que tem seu centro em Trieste e cujo expoente é o Prof. Paolo Cendon. Não obstante, um setor da doutrina italiana sustenta⁴ que a categoria do dano existencial não é exatamente nova como adjetivo, mas que tem sido frequente no léxico da doutrina e da jurisprudência de épocas anteriores, e que a novidade se encontraria mais no fato de apresentar-se como categoria autônoma, em respeito tanto ao dano biológico, como ao dano moral.

Paolo Cendon recorda que a ideia do dano existencial fora proposta em algumas resenhas de jurisprudência, publicadas na *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, no início dos anos 90, por ele, Luigi Gaudino e Patrizia Ziviz. Com efeito, a categoria em referência afluou progressivamente nas diversas resenhas elaboradas. Essas evidenciavam, mais frequentemente, novas tipologias de danos que: (a) não teriam relação com o fazer ou com um atentado à saúde, (b) se apresentavam, no que diz respeito às suas repercussões, como situações que não eram enquadráveis na área patrimonial, como o dano moral⁵.

Porém, a história oficial do dano existencial remonta a 1994, quando Patrizia Ziviz publicou notável trabalho que veio a ser reconhecido como ponto de partida do debate sobre a categoria⁶. No ensaio relata um interessante caso no qual em 1974 mulher se dirigiu a hospital buscando se submeter a uma cistoscopia. O exame médico foi praticado de maneira negligente e implicou em uma série de consequências negativas para a vítima exigindo a extirpação de seu útero. A lesada exigiu judicialmente a reparação que, evidentemente, lhe correspondia, ao resultar prejudicada sua integridade física. Não obstante, não somente ingressou com a demanda a vítima, mas também seu esposo, alegando que o evento danoso lhe havia ocasionado dano que se manifestava na impossibilidade de manter relações sexuais normais com sua esposa, a partir da situação.

Ao concluir o processo, o direito do esposo à reparação foi reconhecido pela Corte de Cassação italiana.⁷ Esta declarou que “o comportamento doloso ou culposos do terceiro que causa a uma pessoa casada

³ CENDON, Paolo. *Litinerario del danno esistenziale*. **Giurisprudenza Italiana**, n. 4, Utet, abr. 2009, p. 1047 e ss.

⁴ VITTORIA, Daniela. Un “regolamento di confini” per il danno esistenziale. **Contratto e impresa**, Pádua, n. 03, ano XVIII, Cedam, 2003, p. 1217.

⁵ CENDON, Paolo. Non di sola salute vive l'uomo. **Il danno esistenziale**. Una nuova categoria della responsabilità civile, ao cuidado de Paolo Cendon e Patrizia Ziviz. Milão: Giuffrè, 2000, p. 8.

⁶ ZIVIZ, Patrizia. Alla scoperta del danno esistenziale. **Contratto e Impresa**, ano X, núm. 2, Cedam, 1994, p. 845 e ss; também nos **Scritti in onore di Rodolfo Sacco**: La comparazione giuridica alle soglie del 3° millenio, ao cuidado de Paolo Cendon. v. II. Milão: Giuffrè, 1994, p. 1300.

⁷ Sentença da Corte de Cassação italiana, de 11 de novembro de 1986. *Il Foro Italiano*, v. CX, I, Roma, 1987, p. 833 e ss, com nota de Anna Maria Principalli.

uma impossibilidade para ter relações sexuais é imediata e diretamente lesiva ao suprimir o direito do cônjuge a estas relações, direito-dever recíproco, inerente à pessoa, que compõe relação conjugal. A supressão do referido direito, ao prejudicar a *vida familiar* do cônjuge, é passível de tutela como modo de reparação da lesão”.

Não obstante, os magistrados não estiveram seguros da definição de que dano se tratava. Eles deixaram registrado que não teria caráter patrimonial, nem não patrimonial, mas que era reparável, de todas as formas, segundo o prescrito pelo artigo 2043 do Código Civil peninsular, que estabelece que todo o fato doloso ou culposo, que ocasiona a outrem um dano injusto, obriga a quem o tenha cometido a ressarcir o dano.

Para Ziviz, na situação referida, manifestaram-se os “reflexos pejorativos” que o esposo sofreu em um aspecto significativo de sua esfera “existencial”,⁸ importante para a manutenção de seu equilíbrio pessoal. Eram reflexos que teriam, da mesma forma, direta vinculação com o agir médico, pelo que não era admissível replicar que o esposo poderia relacionar-se sexualmente com qualquer mulher, pois, por força do dever de fidelidade conjugal, estabelecido normativamente, um homem casado deve considerar-se obrigado a desenvolver sua vida amorosa exclusivamente com sua esposa. Desde o momento em que esta sofreu o impedimento fisiológico para a atividade referida, a possibilidade de exercício lícito da esfera sexual por parte do cônjuge estava condenada a deteriorar-se. Ela faz referência, no referido ensaio, a outros casos conhecidos das cortes italianas como o de dano derivado da contaminação ambiental, de acidente de trânsito sofrido por familiar, danos ocasionados a trabalhadora que teve de abandonar seu posto laboral como consequência de demandar seu empregador por assédio sexual, situações que a induziram a perceber a tendência dos juízes italianos em considerar reparáveis condutas comprometedoras de conjunto de manifestações vinculadas ao atuar “não produtor de riqueza”, ou seja, ligadas ao desenvolvimento “existencial” das vítimas.⁹

Da mesma forma, sustenta a jurista triestina que, mediante a reparação de toda lesão relativa às “atividades realizadoras da pessoa”, possibilitou-se tutelar as modificações pejorativas da dimensão existencial ocasionadas por uma lesão à saúde, chegando-se a estruturar de forma definitiva os aspectos não patrimoniais de um prejuízo que sejam diversos da dor.¹⁰

Os trabalhos do Prof. Paolo Cendon sobre a *nova voz* do dano à pessoa fortaleceram a posição de Ziviz, que desenvolveu a diferenciação entre o dano existencial e as figuras tradicionais. Com efeito, para ele, o dano existencial teria as seguintes características:¹¹

- (a) identidade que o distingue do modelo tradicional do dano patrimonial eis que não comporta a destruição de bens econômicos, nem gera gastos que devam ser efetuados, tampouco, há contas bancárias que diminuam ou ganhos futuros que se vejam afetados, apresentando-se, sobretudo, como

⁸ ZIVIZ, Patrizia. Alla scoperta del danno esistenziale. **Contratto e Impresa**, ano X, núm. 2, Cedam, 1994, p. 846.

⁹ ZIVIZ, Patrizia. Alla scoperta del danno esistenziale. **Contratto e Impresa**, ano X, núm. 2, Cedam, 1994, p. 862.

¹⁰ ZIVIZ, Patrizia. Il danno non patrimoniale. **Il diritto civile nella giurisprudenza**, ao cuidado de Paolo Cendon: La responsabilità civile. v. VII. Turim: Utet, 1998, p. 376.

¹¹ CENDON, Paolo. Non di sola salute vive l'uomo. **Il danno esistenziale**. Una nuova categoria della responsabilità civile, ao cuidado de Paolo Cendon e Patrizia Ziviz. Milão: Giuffrè, 2000, p. 10-11.

“coloquialidade” diversa da vítima com seus semelhantes e com as coisas, um “contato menos proveitoso”,

- (b) fisionomia diversa dos paradigmas clássicos do dano moral, pois, no dano existencial não concorrem nem a melancolia, nem as lamentações noturnas, nem as “almofadas banhadas em lágrimas”, mas a alteração de uma sequência de dinamismos ante a gênese de novo fazer ou dever fazer ou um deixar de fazer; forma distinta de relacionar-se com o mundo externo na cidade, no bairro, no edifício, nos meios de transporte, nos serviços, nos espaços para passar o tempo livre, etc,
- (c) capacidade de proteção de 360 graus, no âmbito morfológico das fontes de dano, que o aloca em condição de abarcar a totalidade do campo das lesões à saúde e outras diversas hipóteses extrassomáticas, bem como, tantas outras que a experiência jurisprudencial italiana documenta, assim como, casos ulteriores que completarão o universo da antijuridicidade – das posições protegidas pelo direito privado –, situações que tendem, desse modo, a constituírem a área de referência do dano existencial,
- (d) no âmbito da relação entre dano e consequência, o novo tipo de lesão se distingue por nomear um atentado contra toda modalidade “realizadora” da pessoa, com exceção dos entretenimentos de caráter ilícito ou imoral, mas sem nenhuma exclusão de princípio. Desse modo estariam compreendidas: as ocupações (as geradoras de receita inclusive), consideradas segundo a medida em que um comprometimento das mesmas fosse tal de modo a implicar, adicionalmente, alterações existenciais negativas para o prejudicado, as atividades não econômicas em sentido estrito (sem importar o quanto sejam nobres, frívolas ou inocentes): peregrinações, *jogging*, visitas a museus, periodismo não profissional, seções de ginástica, voluntariado, torneios de *bridge*, participação na banda de música da municipalidade, *nouvelle cuisine*, viagens de avião, jardinagem, reuniões patrióticas, colheita de cogumelos no bosque, jogo de bocha, vendas de segunda mão, internet, exercícios espirituais, discotecas, colecionismo, pequenas invenções, herboristeria, *shopping*, assistência a universidades para a terceira idade, concursos de beleza, espeleologia, visitas a parentes, *bricolage*, coros religiosos, hobbies, *body-building*, companhias de teatro para aficionados, preparação caseira de marmeladas, competições de dança, atividade política vicinal, TV interativa, observação de aves, etc.,
- (e) no Direito italiano, o regime legal do dano existencial não teria que ser confiado à norma geral sobre os danos não patrimoniais (o artigo 2059 do código civil, o qual estabelece que o dano não patrimonial deve ser ressarcido somente nos casos estabelecidos pela lei, mas à regra do artigo 2043 do código civil e outras vinculadas à matéria),
- (f) e, finalmente, como corolário do anteriormente exposto, o dano existencial implicaria em uma cumulatividade no plano contábil-processual, dada sua distância do dano patrimonial e do dano moral puro. De tal modo que as vítimas destas situações danosas poderiam, no momento de apresentar sua demanda, fazer uma “conta final a três vozes”.¹²

¹² CENDON, Paolo. Non di sola salute vive l'uomo. **Il danno esistenziale**. Una nuova categoria della responsabilità civile, ao cuidado de Paolo Cendon e Patrizia Ziviz. Milão: Giuffrè, 2000, p. 10-11.

Para a professora Ziviz, diferentemente do dano patrimonial, o dano existencial comporta repercussões que não originam reflexos negativos no patrimônio (compreendido no sentido clássico do termo) e diferentemente do dano moral, se manifesta no plano concreto exigindo comprovação, pois, não se apresenta como sofrimento ou dor espiritual. A categoria seria a modificação negativa das modalidades, mediante a qual a pessoa desenvolve sua personalidade.¹³

A jurista triestina propõe um renovado esquema, em que às figuras tradicionais do dano patrimonial e moral, soma-se o dano existencial. Portanto, esta última voz de dano se projeta sobre a área não patrimonial e termina por representar o ponto de sutura entre as duas visões que dominavam, no passado, a matéria do dano não patrimonial: tanto aquela que tende a contemplar esta categoria como conjunto residual, quanto aquela inclinada, por outro lado, a identificá-la como mal-estar anímico.¹⁴

Desde essa perspectiva, o dano existencial é equiparado ao dano patrimonial e ao dano moral, com o propósito de complementá-los e esclarecê-los e, portanto, o dano existencial viria a ser considerado um dano “não patrimonial” (embora deixemos assentado que não estamos de acordo com essa denominação, porquanto concentra a figura do dano nas coisas – o patrimônio – em vez da pessoa humana, destinatária do Direito), que se subtrai, sem embargo, do sistema restritivo de reparação previsto pelo artigo 2059 do código civil italiano.

Em síntese, lesão impede à vítima o pleno desenvolvimento de sua personalidade, objetivo prioritário na tutela constitucional,¹⁵ pelo que sujeitar tal categoria às restrições previstas no artigo 2059 do código civil evidenciaria o contraste da regra com a Constituição ante os comandos que emergem tanto do artigo 2º da Carta magna italiana, como de seu artigo 3º. Daí que a regra de referência para a tutela do dano existencial é, portanto, a previsão geral do artigo 2043 do código civil, pois, com efeito, para que posição subjetiva seja assistida por garantia constitucional deverá ser conduzida pelo “mesmo raciocínio que vale para o dano à saúde, segundo o estabelecido pelo artigo 32 da Constituição, ou seja, nesses casos o dano não patrimonial deve ser reparado pelo artigo 2043 do código civil, como espécie do dano injusto”.¹⁶

Referente ao dano biológico, o dano existencial constitui um *genus* que compreende duas subcategorias fundamentais, o dano existencial-biológico (no qual se compreendem as hipóteses efetivas de agressão à saúde) e a do dano existencial não biológico (espaço para situações prejudiciais inerentes a bens diversos da integridade psicofísica).¹⁷

Mesmo apresentando alguns elementos de contato, o dano biológico e o dano existencial se apresentam como figuras diversas,¹⁸ e essa mesma distinção se maneja com relação ao dano psíquico, eis que

¹³ ZIVIZ, Patrizia. *Il danno non patrimoniale. Il diritto civile nella giurisprudenza*, ao cuidado de Paolo Cendon: La responsabilità civile. v. VII. Turim: Utet, 1998, p. 377.

¹⁴ ZIVIZ, Patrizia. *Verso un altro paradigma risarcitorio. Il danno esistenziale: Una nuova categoria della responsabilità civile*, ao cuidado de Paolo Cendon e Patrizia Ziviz. Milão: Giuffrè, 2000, p. 47.

¹⁵ BILOTTA, Francesco. *Il danno esistenziale: l'isola che non c'era. Danno e responsabilità*. n.4. Milão: Ipsoa, 2001, p. 399 e ss.

¹⁶ MONATERI, Pier Giuseppe. “Alla soglie”: la prima vittoria in cassazione del danno esistenziale. *Danno e responsabilità*, n.8-9, Ipsoa, 2000, pág. 838.

¹⁷ ZIVIZ, Patrizia; BILOTTA, Francesco. *Danno esistenziale: forma e sostanza. Responsabilità civile e previdenza*. Ano LXIX, fascículo 6. Milão: Giuffrè, 2004, p. 1309 e ss.

¹⁸ “El daño existencial no puede ser considerado voz agregada respecto a las otras voces de daño a la persona que en el tiempo la doctrina y la jurisprudencia han presentado. En efecto, el daño existencial es considerado como una categoría general capaz

este é sempre uma lesão da saúde, quando também a integridade mental da vítima está comprometida, como consequência da dor sofrida por um determinado ilícito.

Se as afinidades subsistem entre o dano biológico e o dano existencial, com maior razão estas se apresentam entre o dano moral e o dano existencial. Sem embargo, na persistente busca dos mais claros limites da figura, ressalta-se que o dano moral é essencialmente um sentir, onde o dano existencial impõe um não fazer, sendo que aquele concerne, por sua natureza, ao interior da pessoa, à esfera da emotividade, enquanto este se localiza fora do interior da pessoa, ao tempo e ao espaço da vítima.

Disso se deriva que o dano existencial é, por sua mesma configuração, um dano-consequência e não um dano evento. Com efeito, os traços diferenciais entre o dano biológico, dano moral e dano existencial implicam, como corolário teórico e prático, a acumulabilidade, na esfera de uma mesma vítima, das diversas vozes de dano, não subsistindo, então, com o dano existencial, o tradicional sistema bipolar (dano patrimonial-dano extrapatrimonial) ou, tampouco, o tripolar (dano patrimonial, dano extrapatrimonial, dano biológico), mas um sistema poliédrico: às três categorias mencionadas agrega-se a do dano existencial.

Suas regras operativas podem esgrimir-se da seguinte maneira: referente à prova do dano, tratando-se de dano-consequência, deve considerar-se, prevalente, o regime da presunção. No próprio fato da lesão de um direito da pessoa se encontra de forma implícita, normalmente, o dano, ou seja, em substância *res ipsa loquitur*.¹⁹ Com efeito, esta última regra somente não poderá ser utilizada com relação a específicas ou singulares consequências prejudiciais afirmadas pela vítima.

A quantificação do dano existencial deve necessariamente confiar-se ao critério equitativo, não sendo possível um cálculo matemático do valor destruído ou deteriorado na esfera da vítima, como sucede nos danos de natureza patrimonial. Sem embargo, o juízo equitativo deve ser respeitoso da função confiada à reparação em questão, que não é satisfativa, nem aflitiva, mas compensativa imprópria. A soma liquidada pelo juiz pode, por isso, ao mesmo tempo, ser apresentada pela gravidade da conduta lesiva (função aflitiva), e pelo custo das atividades comprometidas da vítima. Então, o juízo equitativo não pode excluir o necessário recurso à casuística jurisprudencial sobre a mesma matéria ou outra afim. Por outro lado, para alguns juristas que propõem a reparação do dano existencial, este não é senão “filho” da jurisprudência constitucional, especialmente da sentença n. 184 de 1986. Com efeito, se a tutela do dano biológico nasceu da combinação do artigo 2043 do código civil com o artigo 32 da Constituição, a tutela do dano existencial nasce da combinação do mesmo artigo 2043 do código civil com outras previsões constitucionais, que protegem direitos fundamentais da pessoa.

Neste ponto, pode esgrimir-se uma diferença entre a abordagem do reconhecimento do dano existencial por parte da Escola turinesa e da triestina.

Para os juristas de Turim, que também com grande estímulo têm se apresentado como defensores

de comprenderlos todos, ya sea en el supuesto en que, a causa de la pérdida, se presente una lesión biológica, ya sea en el caso en que exista una lesión no biológica”: BILOTTA, Francesco. Il prisma del danno non patrimoniale. **Responsabilità civile e previdenza**. Ano LXX, fascículos 4 e 5. Milão: Giuffrè, 2005, p. 1113.

¹⁹ ZIVIZ, Patrizia. La valutazione del danno esistenziale. **Trattato breve dei nuovi danni**. Il risarcimento del danno esistenziale: aspetti civili, penali, medico legali, processuali, ao cuidado de Paolo Cendon. v. III. Pádua: Cedam, 2001, p. 2785 e ss.

da nova voz de dano, a relevância do dano existencial reside no *status* constitucional das situações protegidas, especialmente selecionadas e extrapoladas da previsão genérica do artigo 2º da constituição, em especial com referência ao direito à identidade pessoal, ao direito à autodeterminação do casal, à liberdade religiosa e ao direito às relações familiares. Com respeito às situações subjetivas de segura proteção constitucional seria irrazoável proporcionar à vítima do dano uma reparação limitada aos estreitos limites do artigo 2059 do código civil.

Por outro lado, a escola triestina defende uma categoria mais vasta do dano existencial, como comprometimento de toda atividade não produtora de riqueza da pessoa, compreensiva também de simples mal-estares idôneos a impedir o pleno desenvolvimento da pessoa humana. Aqui podem ser pensadas hipóteses de responsabilidade extracontratual e contratual, o dano nascido do *mobbing* ou ligado às férias arruinadas.

No direito italiano, não faltam vozes contrárias a seu reconhecimento. De acordo com este setor da doutrina, as críticas ao dano existencial podem se dividir entre estruturais e funcionais. As primeiras concernem à admissibilidade teórica e ao fundamento normativo da categoria, as segundas à sua utilidade e possibilidades práticas²⁰. Seguindo este setor doutrinário, as críticas que atacam a configuração do dano existencial poderiam resumir-se nas seguintes:

- (a) esta voz de dano padeceria de indeterminação excessiva²¹, pois, com toda privação ou renúncia a uma atividade, tornar-se-ia reparável qualquer “capricho” da vítima. A nova noção expressaria não uma exigência objetiva do ordenamento, mas uma abstrata aspiração à felicidade, cuja garantia não diria respeito à tradicional responsabilidade civil,
- (b) no sistema italiano, esta voz de dano, enquanto se considerasse um prejuízo extrapatrimonial, não poderia reparar-se senão nos casos remetidos ao artigo 2059 do código civil, ou seja, quando concorresse com uma hipótese de delito penal. Se se pode afirmar a reparabilidade deste tipo de dano fora do esquema desta norma significa, portanto, evitar o conteúdo desta. Postula-se, assim, que o dano existencial consiste propriamente em uma renúncia não desejada a realizar uma atividade ou ato que se realizava com frequência. A lesão existencial, portanto, não consiste em sofrer, nem em lacrimejar, mas em um não fazer forçosamente induzido pelo fato ilícito de terceiro. Com respeito à postulação de um atentado contra o artigo 2059 do código civil, replica-se que é necessária uma tomada de consciência sobre a crise que atravessa a dicotomia tradicional dano patrimonial-dano extrapatrimonial, a partir da chegada do dano biológico. Com efeito, também este último constitui uma hipótese de dano não patrimonial, reparado mais além dos limites do artigo 2059. Portanto, não seria válida a posição que hiper-dimensiona o prescrito pelo artigo 2059 para negar legitimidade à noção de dano existencial. A validade do dano biológico demonstraria que o suposto obstáculo que representa essa norma não é insuperável,

²⁰ ROSSETTI, Marco, *L'inutilità del danno esistenziale. Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, ao cuidado de Giulio Ponzanelli Pádua: Cedam, 2007, p. 77 e ss.

²¹ PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Antonino. Il danno ingiusto (dall'ermeneutica “bipolare” alla teoria generale e “monocentrica” della responsabilità civile). Parte I. Ingiustizia, patrimonialità e risarcibilità del danno nel “law in action”. **Rivista Critica del Diritto Privato**, ano XXI, n. 01, Jovene, mar. 2003, p. 35.

(c) finalmente, apresenta-se o problema da previsibilidade do dano existencial,²² com respeito a sua imputação ao autor do dano a título de culpa.

Na Itália, uma posição doutrinal considera esta voz de dano como uma “fábula” de uma felicidade perdida,²³ que consagra o direito constitucional dos Estados Unidos, mas que não está reconhecida pelas normas italianas.²⁴ Mas um ataque mais sistemático tem sido esgrimido pela Escola pisana, que reconhece em Francisco Donato Busnelli sem máximo representante, junto a seu discípulo, o professor Giulio Ponzanelli da Universidade Católica do Sagrado Coração de Milão e o discípulo deste último, Giovanni Comandè, professor da Escola Superior de Estudos Universitários e Aperfeiçoamento de Pisa.

Para a Escola pisana, as críticas contra o dano existencial podem, em síntese, ser as seguintes:

- (a) Com este prejuízo busca-se reparar todo prejuízo, prescindindo de um direito ou de um interesse reconhecido no ordenamento jurídico.
- (b) A categoria criticada é somente uma meta-categoria não homogênea e genérica.
- (c) A ressarcibilidade do dano existencial representaria um custo insuportável para a coletividade, minando as bases do próprio sistema ressarcitório, para transformá-lo em um sistema de seguridade social.
- (d) A configuração do dano existencial é o resultado final de um “direito ocioso”,²⁵ tanto por parte dos estudiosos quanto dos juízes: tanto uns quanto os outros utilizam débeis argumentos retóricos, em vez de utilizar os materiais normativos concretos no que diz respeito à coerência sistemática.
- (e) O verdadeiro problema não é introduzir outro polo reparatório, mas racionalizar a regra da bipolaridade do ordenamento italiano, fundada na distinção entre dano patrimonial (artigo 2043 do código civil) e danos não patrimoniais (artigo 2059 do código civil italiano).
- (f) A abolição do sistema bipolar conduziria a uma hipertrofia do dano à pessoa, tema que é objeto de crítica na França cujo ordenamento reconhece a única regra compreensiva do artigo 1382 do código napoleônico.

Pode parecer uma singular contradição que as críticas mais agressivas à categoria do dano existen-

²² FEOLA, Maria; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Antonino. *Il danno ingiusto non patrimoniale*. **Rivista Critica del Diritto Privato**, ano XXV, n. 03, Jovene, set. 2007, p. 435 e ss.

²³ GAZZONI, Francesco. *Alla ricerca della felicità perduta (Psicofavola fantagiuridica sullo psicodanno esistenziale)*. **Rivista di diritto commerciale**, I, Piccin 2000, p. 675 e ss.

²⁴ Tem-se rebatido que: “entre las críticas al daño existencial, además, se ha presentado la que concierne a la indeterminación que presentaría esta figura: por ende, considerarlo el baluarte de la salvaguardia de una abstracta, en cuanto genérica, aspiración a la felicidad... En realidad, mediante la reparación del daño existencial no se trata de atribuir relieve resarcitorio a cualquier capricho de la víctima: la protección aquiliana es, en efecto, activada frente a las consecuencias dañosas de carácter existencial derivadas de comportamientos calificados como ilícitos. No toda repercusión negativa de orden existencial representa, en cuanto tal, un perjuicio por resarcir; a este fin, es indispensable que en el origen de la misma exista la lesión de un interés tutelado del ordenamiento, susceptible de prevalecer en el interés del autor del daño, en el balance mediante el cual se resuelve el juicio de injusticia. Solamente donde la víctima sea titular de una situación subjetiva merecedora de tutela, cuya violación parece susceptible de reflejarse negativamente en la esfera de realización personal, será posible dar curso al resarcimiento”: ZIVIZ, Patrizia. *Equivoci da sfatare sul danno esistenziale*. **Responsabilità civile e previdenza**, ano LXVI, fascículos 4-5. Giuffrè, Milão, 2001, págs. 818-819.

²⁵ COMANDÈ, Giovanni, *Il danno esistenziale e il «diritto pigro»*. **Critica del danno esistenziale**, ao cuidado de Giulio Ponzanelli. Pádua: Cedam, 2003, p. 63.

cial provenham da Escola pisana, à qual principalmente, como visto linhas acima, deve-se a elaboração da figura do dano à saúde, tão próxima à aqui tratada, ou seja, ao dano existencial. Não obstante, essa postura é compreensível, especialmente no perfil psicológico: os elementos de contiguidade entre dano existencial e o dano à saúde fazem temer à escola pisana uma invasão aos limites do dano biológico, esgrimidos por Busnelli e seus discípulos.

De sua parte, para o Prof. Ponzanelli, reconhecer a reparação do dano existencial é privilegiar, de forma excessiva, a função compensatória da responsabilidade civil. O risco de gerar uma *overcompensation*, com os problemas sociais e patologias que implica, é tão notório que faz forçoso criticar dito reconhecimento. O jurista sustenta que as regras da responsabilidade civil tendem, sobretudo, a alcançar um balanço entre os interesses de dois polos em conflito. Com a reparação deste prejuízo existencial propiciar-se-ia um grande desequilíbrio, devido ao privilégio que se concederia à função compensatória em detrimento da função de *deterrence*, vale dizer, contra a incidência que as previsões do ordenamento jurídico têm no tipo de atividade (potencialmente geradoras de danos ou não) que as pessoas decidem levar a cabo.²⁶

A jurisprudência italiana, em suas diversas instâncias, que reconhecem ou rechaçam a admissão do dano existencial é muito numerosa. Não obstante, é necessário fazer uma breve referência à situação desta voz de dano à pessoa, depois das sentenças 26972, 26973, 26974 e 26975 de 11 de novembro de 2008 das Seções Cíveis Unidas da Corte de Cassação italiana. Como indicou o Prof. Monateri,²⁷ tais sentenças expressam frequentemente o princípio jurídico pelo qual os prejuízos existenciais são reparáveis quando se originem inclusive fora dos casos expressamente previstos pela lei, pela violação de um direito constitucionalmente garantido da pessoa. Esses prejuízos não formariam parte de uma categoria jurídica à parte, mas constituem uma categoria descritiva, dessa maneira são tratados expressamente e considerados pelas Seções Unidas, como uma espécie de voz de dano reparável, dentro da categoria codicista dos danos extrapatrimoniais, ressarcíveis fora dos casos de delito. A orientação argumentativa da sentença é necessariamente *revalorativa* do estado do debate, sem exceder em um inútil historicismo, embora pretenda vincular-se com o passado, apresenta um caráter reconstrutivo, mas na parte final manifesta um caráter propriamente construtivo.²⁸

No curso das sentenças, reafirma-se que para a prova desses prejuízos encontra amplo espaço o recurso às presunções, contando com que o código civil italiano, em princípio, não estabelece uma hierarquia entre as fontes de prova e não discrimina a prova presumida em detrimento das outras.

Sobre o dano existencial, as Seções Unidas proclamaram que “nos últimos anos formaram-se no tema dos danos extrapatrimoniais duas orientações contrapostas na jurisprudência, uma favorável à configuração, como categoria autônoma, do dano existencial – compreendida, segundo tese doutrinária que teve apoio na jurisprudência, como prejuízo não patrimonial, diversos do dano biológico, na ausência da

²⁶ PONZANELLI, Giulio. Il danno esistenziale prima dell'intervento della Corte di Cassazione del 2003. **Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale**, p. 16 e ss.

²⁷ MONATERI, Pier Giuseppe. El perjuicio existencial como voz del daño no patrimonial. **La responsabilidad civil**, Biblioteca “Observatorio de Derecho civil”. v. III. Lima: Motivensa, 2010, p. 177.

²⁸ FRANZONI, Massimo, Los derechos de la personalidad, el daño existencial y la función de la responsabilidad civil. In: HERNÁNDEZ, Carlos Arturo, GOMERO, Santiago Orteg (Dir.). **La responsabilidad civil**. Bogotá: Universidad Libre, 2013. p. 115.

lesão à integridade psicofísica, e do denominado dano moral subjetivo, enquanto não diga respeito à esfera interior do sentir, mas à mais econômica do sujeito – pelo contrário”. Portanto, como sustenta o prof. Salvatore Patti, trata-se de um aspecto de relevância principal para a valoração das sentenças, porquanto o contraste denunciado não diz respeito à reparação do dano existencial senão simplesmente à sua “configuração, como categoria autônoma” dentro da categoria do denominado dano não patrimonial.²⁹

Com as sentenças de 2008, a intenção da Corte de Cassação foi repensar radicalmente a categoria normativa do denominado “dano extrapatrimonial”.³⁰ Pode se ressaltar certo paralelismo com o que havia sucedido com o dano à saúde, na fase em que este havia assumido a função de resumir em si figuras que no passado havia gozado de autonomia: o dano por incapacidade genérica de trabalho, o dano estético, o dano à vida de relação. Este paralelismo não foi explicitado na Corte italiana, mas pode manter-se a ideia que as Seções Unidas da Corte de Cassação desejaram indicar com a expressão “dano extrapatrimonial”.³¹ Então, uma vez afirmado que o dano extrapatrimonial seja único, conclui-se que é unitário e deve sê-lo também sua função, por isso, que geralmente não se interroga sobre a capacidade compensatória, satisfatória ou punitiva das figuras singulares: dano biológico, moral e existencial.

A definição de dano existencial acolhida pelas Seções Unidas, como indica o Prof. Monateri,³² é a que se refere ao dano causado à esfera não econômica do sujeito, que altera seus costumes de vida, suas relações que lhe eram próprias, induzindo-o a eleições de vida diferentes com respeito à realização de sua personalidade no mundo externo. Essa definição, que se alinha com a natureza objetiva do dano existencial, à diferença dos prejuízos de natureza simplesmente emotiva e interior, também é de máxima relevância, já que acolhe a definição que foi esboçada com respeito a esse problema em um célebre, e muito conhecido, ensaio de Patrizia Ziviz,³³ que tratamos em páginas precedentes.

Mesmo que as Seções Unidas da Corte considerem que essa definição não dá lugar a uma autônoma categoria de dano, assim como também consideram que a noção de dano biológico e de dano moral respondem a simples exigências descritivas e não implicam o reconhecimento de diversas categorias de dano, isso não impede que possam ser amparadas, pois, podem ser reconhecidos, por comodidade de síntese, os danos que afetam a dignidade da pessoa e que são ressarcíveis em virtude dos artigos 1º, 2º, 4º e 35 da Constituição italiana.

Não obstante, a leitura da Escola pisana sobre estas quatro sentenças apresenta alguns pontos divergentes. Para os juristas pisanos, as Seções Unidas responderam negativamente às exigências de autonomia da categoria do dano existencial.³⁴ Propuseram a bipolaridade do sistema da responsabilidade civil e a tipicidade do artigo 2059 do código civil, os prejuízos inerentes à esfera existencial da pessoa não são recondu-

²⁹ PATTI, Salvatore. Las Secciones Unidas y la parábola del daño existencial. **La responsabilidad civil**. Biblioteca “Observatorio de derecho civil” v. III. Lima: Motivensa, 2010, p. 186.

³⁰ ZIVIZ, Patrizia; BILOTTA, Francesco. **Il nuovo danno esistenziale**. Dalla Cassazione del 2003 alle Sezioni Unite del 2008. Bolonha: Zanichelli, 2009, p. 68 e ss.

³¹ PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Antonino. Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale: luci ed ombre. **Diritto e giurisprudenza. Rassegna di dottrina e di giurisprudenza civile**. Ano CXXIII, n. 04, série III. Nápoles: Jovene, 2008, p. 540.

³² MONATERI, Pier Giuseppe. El perjuicio existencial como voz del daño no patrimonial. **La responsabilidad civil**, Biblioteca “Observatorio de Derecho civil” v. III. Lima: Motivensa, 2010, p. 179.

³³ ZIVIZ, Patrizia. Alla scoperta del danno esistenziale. **Contratto e Impresa**, ano X, núm. 2, Cedam, 1994, p. 845 e ss.

³⁴ COMANDÈ, Giovanni. La verità, vi prego, sul danno esistenziale. **Guida al Diritto**, n. 47, 2008.

zíveis a uma autônoma categoria de dano. Sobre a base dessa perspectiva do citado artigo 2059, a fonte da obrigação, seja de natureza extracontratual ou contratual, não tem importância para os fins da reparação do dano extrapatrimonial, enquanto este último é liquidável sempre e somente nas hipóteses previstas e em caso de lesão de direitos invioláveis inerentes à pessoa.

Para a Escola pisana, as razões das sentenças são essencialmente duas: a) defeito do requisito de injustiça do dano constitucionalmente qualificada; b) falta de consistência da ofensividade do dano, pela qual possa estabelecer-se que a lesão do direito haja ocasionado um prejuízo sério. Como corolário disso, indicam os pisanos, no que toca à contenção dos prejuízos reparáveis, resulta enriquecida por eliminar a duplicação ressarcitória que frequentemente se configura na liquidação do dano à pessoa, que não se apresentaria mais.

Referências

- BILOTTA, Francesco. Il danno esistenziale: l'isola che non c'era. **Danno e responsabilità**. n. 4. Milão: Ipsoa, 2001.
- BILOTTA, Francesco. Il prisma del danno non patrimoniale. **Responsabilità civile e previdenza**. Ano LXX, fascículos 4 e 5. Milão: Giuffrè, 2005.
- CENDON, Paolo. L'itinerario del danno esistenziale. **Giurisprudenza Italiana**, n. 4, Utet, abr. 2009.
- CENDON, Paolo. Non di sola salute vive l'uomo. **Il danno esistenziale**. Una nuova categoria della responsabilità civile, ao cuidado de Paolo Cendon e Patrizia Ziviz. Milão: Giuffrè, 2000.
- CENDON, Paolo. Non di sola salute vive l'uomo. **Il danno esistenziale**. Una nuova categoria della responsabilità civile, ao cuidado de Paolo Cendon e Patrizia Ziviz. Milão: Giuffrè, 2000.
- COMANDÈ, Giovanni, Il danno esistenziale e il «diritto pigro». **Critica del danno esistenziale**, ao cuidado de Giulio Ponzanelli. Pádua: Cedam, 2003.
- COMANDÈ, Giovanni. La verità, vi prego, sul danno esistenziale. **Guida al Diritto**, n. 47, 2008.
- FEOLA, Maria; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Antonino. *Il danno ingiusto non patrimoniale*. **Rivista Critica del Diritto Privato**, ano XXV, n. 03, Jovene, set.2007.
- FRANZONI, Massimo, Los derechos de la personalidad, el daño existencial y la función de la responsabilidad civil. In: HERNÁNDEZ, Carlos Arturo, GOMERO, Santiago Orteg (Dir.). **La responsabilidad civil**. Bogotá: Universidad Libre, 2013.
- GAZZONI, Francesco. Alla ricerca della felicità perduta (Psicofavola fantagiuridica sullo psicodanno esistenziale). **Rivista di diritto commerciale**, I, Piccin 2000.
- MONATERI, Pier Giuseppe. "Alla soglie": la prima vittoria in cassazione del danno esistenziale. **Danno e responsabilità**, n.8-9, Ipsoa, 2000, pág. 837.
- MONATERI, Pier Giuseppe. El perjuicio existencial como voz del daño no patrimonial. **La responsabilidad civil**, Biblioteca "Observatorio de Derecho civil" v. III. Lima: Motivensa editora jurídica, 2010.
- PATTI, Salvatore. Las Secciones Unidas y la parábola del daño existencial. **La responsabilidad civil**. Biblioteca "Observatorio de derecho civil" v. III. Lima: Motivensa editora jurídica, 2010.

- PONZANELLI, Giulio. Il danno esistenziale prima dell'intervento della Corte di Cassazione del 2003. **Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale**.
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Antonino. Il danno ingiusto (dall'ermeneutica "bipolare" alla teoria generale e "monocentrica" della responsabilità civile). Parte I.- Ingiustizia, patrimonialità e risarcibilità del danno nel "law in action". **Rivista Critica del Diritto Privato**, ano XXI, n. 01, Jovene, mar. 2003.
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Antonino. Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale: luci ed ombre. **Diritto e giurisprudenza. Rassegna di dottrina e di giurisprudenza civile**. Ano CXXIII, n. 04, série III. Nápoles: Jovene, 2008.
- ROSSETTI, Marco, L'inutilità del danno esistenziale. **Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale**, ao cuidado de Giulio Ponzanelli. Pádua: Cedam, 2007.
- VITTORIA, Daniela. Un "regolamento di confini" per il danno esistenziale. **Contratto e impresa**, Pádua, n. 03, ano XVIII, Cedam, 2003.
- ZIVIZ, Patrizia. Alla scoperta del danno esistenziale. **Contratto e Impresa**, ano X, núm. 2, Cedam, 1994.
- ZIVIZ, Patrizia. Equivoci da sfatare sul danno esistenziale. **Responsabilità civile e previdenza**, ano LXVI, fascículos 4-5. Giuffrè, Milão, 2001.
- ZIVIZ, Patrizia. Il danno non patrimoniale. **Il diritto civile nella giurisprudenza**, ao cuidado de Paolo Cendon: La responsabilità civile. v. VII. Turim: Utet, 1998.
- ZIVIZ, Patrizia. L'evoluzione del sistema di risarcimento del danno. **Rivista critica del diritto privato**, ano XVII, n.01-02, jun.1999.
- ZIVIZ, Patrizia. La valutazione del danno esistenziale. **Trattato breve dei nuovi danni**. Il risarcimento del danno esistenziale: aspetti civili, penali, medico legali, processuali, ao cuidado de Paolo Cendon. v. III. Pádua: Cedam, 2001.
- ZIVIZ, Patrizia. Verso un altro paradigma risarcitorio. **Il danno esistenziale**: Una nuova categoria della responsabilità civile, ao cuidado de Paolo Cendon e Patrizia Ziviz. Milão: Giuffrè, 2000.
- ZIVIZ, Patrizia; BILOTTA, Francesco. Danno esistenziale: forma e sostanza. **Responsabilità civile e previdenza**. Ano LXIX, fascículo 6. Milão: Giuffrè, 2004.
- ZIVIZ, Patrizia; BILOTTA, Francesco. **Il nuovo danno esistenziale**. Dalla Cassazione del 2003 alle Sezioni Unite del 2008. Bolonha: Zanichelli, 2009.