

**MARCOS EHRHARDT JÚNIOR**  
**EROULTHS CORTIANO JUNIOR**

COORDENADORES

# **TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO PRIVADO NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO**

*Estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*

Prefácio

**GUSTAVO TEPEDINO • EROULTHS CORTIANO JUNIOR**



**FÓRUM**

TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO PRIVADO  
NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO

ESTUDOS EM HOMENAGEM A LUIZ EDSON FACHIN

© 2019 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

### Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virgínia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármen Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012  
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949  
[www.editoraforum.com.br](http://www.editoraforum.com.br) – [editoraforum@editoraforum.com.br](mailto:editoraforum@editoraforum.com.br)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com a AACR2

T772 Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin / Marcos Ehrhardt Júnior, Eroulths Cortiano Junior (Coord.). – Belo Horizonte : Fórum, 2019.

805p.; 17cm x 24cm  
ISBN: 978-85-450-0562-9

1. Direito Civil. 2. Direito Empresarial. 3. Direito Privado. 4. Direito do Consumidor. I. Ehrhardt Júnior, Marcos 1. II. Cortiano Junior, Eroulths III. Título.

CDD 342.1  
CDU 347

Elaborado por Daniela Lopes Duarte - CRB-6/3500

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coord.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 805p. ISBN 978-85-450-0562-9.

## PREFÁCIO

### L. E. FACHIN, O DIREITO CIVIL E A CONSTITUIÇÃO

<b>Gustavo Tepedino, Eroulths Cortiano Junior</b> .....	21
---	----

## APRESENTAÇÃO

<b>Marcos Ehrhardt Júnior, Eroulths Cortiano Junior</b> .....	23
---	----

## PARTE I

### INTRODUÇÃO

#### A METODOLOGIA DO DIREITO CIVIL NO PENSAMENTO DE LUIZ EDSON FACHIN

<b>CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK</b> .....	27
---	----

1 À guisa de introdução – Premissas epistemológicas para a compreensão da metodologia do direito civil na obra de Luiz Edson Fachin.....	27
2 Norma, fato e sistema.....	28
3 Conceitos, ductibilidade e instrumentalidade.....	31
4 Relevância das dimensões axiológica e funcional .....	32
5 Tríplice constitucionalização .....	34

## PARTE II

### ENTRE O SUJEITO E A PESSOA NAS RELAÇÕES PRIVADAS

#### PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA RESSIGNIFICADO A PARTIR DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL PROSPECTIVO

<b>PABLO MALHEIROS DA CUNHA FROTA</b> .....	39
---	----

1 Introdução.....	39
2 Os desafios do direito privado hoje .....	41
3 Direito civil constitucional prospectivo e a resignificação do princípio da dignidade da pessoa humana.....	43
4 Conclusão.....	51
Referências.....	52



## DILEMAS E DESAFIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA NAS SITUAÇÕES JURÍDICAS EXISTENCIAIS

PAULA MOURA FRANCESCONI DE LEMOS PEREIRA,

THAMIS ÁVILA DALSENTER VIVEIROS DE CASTRO..... 55

	Introdução.....	55
1	A autonomia existencial e a insuficiência do conceito tradicional de segurança jurídica .....	56
2	Segurança jurídica e interpretação .....	60
3	Desafios para a construção da segurança jurídica nas situações jurídicas existenciais .....	62
	Considerações finais.....	71
	Referências .....	72

## REPENSANDO SOBRE AS PESSOAS E O ESTATUTO JURÍDICO DO SER

JUSSARA MARIA LEAL DE MEIRELLES ..... 75

1	Introdução.....	75
2	Gestação de substituição .....	76
3	Embriões humanos de laboratório.....	78
4	O ser e o ter .....	79
5	“Com a cabeça nas nuvens, mas os pés no chão” .....	80
6	Crítica ao regime de incapacidades .....	81
7	Pessoa com deficiência .....	83
8	Considerações finais .....	84
	Referências.....	85

## ESTATUTO JURÍDICO DO NASCITURO: A NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE CONCEPÇÃO EM FACE DOS EMBRIÕES *IN VITRO*

PATRICIA FERREIRA ROCHA, RODOLFO PAMPLONA FILHO ..... 87

1	Introdução.....	87
2	O nascituro perante a ordem jurídica.....	88
3	Os reflexos da reprodução humana assistida na delimitação da figura do nascituro.....	90
4	A necessidade da construção de um conceito jurídico de concepção em face dos embriões <i>in vitro</i> .....	94
5	Conclusão.....	100
	Referências.....	101

## MERCADO, PESSOA HUMANA E TECNOLOGIAS: A INTERNET DAS COISAS E A PROTEÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE

CAITLIN SAMPAIO MULHOLLAND ..... 103

1	O direito civil constitucional, a proteção da pessoa humana e sua tutela frente às novas tecnologias.....	103
2	O caso da televisão que espionava: dados e dignidade .....	106
3	A internet das coisas (IoT) e os bens inteligentes.....	108

4	O direito da privacidade e o direito à proteção de dados .....	110
5	A regulação da IoT e a tutela da privacidade .....	112
6	Conclusão.....	114
	Referências.....	115

**DIREITO AO ESQUECIMENTO E O *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*:  
OS EFEITOS DA AUTOEXIBIÇÃO NA ERA DIGITAL**

	<b>TATIANE GONÇALVES MIRANDA GOLDHAR .....</b>	<b>117</b>
1	Introdução.....	117
2	A erosão do direito à privacidade na era digital.....	118
3	O direito ao esquecimento no caso de autoexibição e efeitos na responsabilidade civil .....	124
4	Conclusão.....	132
	Referências.....	133

**DIREITO DE ARENA: VACILAÇÕES E PERSPECTIVAS**

	<b>ELIMAR SZANIAWSKI .....</b>	<b>137</b>
1	Introdução.....	137
2	Noções sobre a categoria jurídica do direito à própria imagem .....	138
2.1	A consolidação da tutela do direito à imagem pelos tribunais brasileiros .....	140
3	Noções sobre a categoria jurídica do direito de arena.....	144
3.1	A consolidação da tutela do direito de arena pelos tribunais brasileiros .....	146
4	Conclusão.....	149
	Referências.....	150

**REFLEXÕES SOBRE A AUTONOMIA DA VONTADE E A  
INTERDISCIPLINARIDADE NA MEDIAÇÃO**

	<b>ÁGUIDA ARRUDA BARBOSA, FERNANDA TARTUCE .....</b>	<b>151</b>
1	Introdução.....	151
2	Relevância do tema.....	152
3	Autonomia da vontade como princípio informador da mediação .....	152
4	Autonomia da vontade e conhecimento interdisciplinar do mediador.....	154
5	Mediação judicial e autonomia da vontade.....	158
	Referências.....	160

**O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA IDENTIDADE DE GÊNERO  
NA TRANSEXUALIDADE: ENTRE OURIÇOS E RAPOSAS**

	<b>JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES, ANA PAOLA DE CASTRO E LINS .....</b>	<b>163</b>
1	Introdução.....	163
2	Identidade pessoal como direito fundamental: a emergência de uma compreensão dinâmica sob a lente do observador “raposa”.....	164
3	Identidade de gênero e a jurisprudência brasileira: a passagem do ouriço à raposa .....	167



3.1	<i>E agora, José?</i> Quando a pessoa <i>trans</i> bate à porta dos cartórios – Entre ouriços e raposas.....	175
3.2	Limites externos à autodeterminação em matéria de identidade de gênero: CNJ e corregedorias de justiça dos estados.....	178
4	Conclusão.....	179
	Referências.....	180

<b>“OS PRINCÍPIOS” DA AUTONOMIA NA TERMINALIDADE DA VIDA</b>		
	<b>CARLA MOUTINHO</b> .....	183
1	Introdução.....	183
2	Autonomia da vontade <i>vs.</i> autonomia privada.....	185
3	Autonomia do paciente.....	187
4	Conclusão.....	193
	Referências.....	194

<b>DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORTE DIGNA</b>		
<b>GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA, PRISCILA DE CASTRO TEIXEIRA PINTO LOPES AGAPITO</b> .....		197
	Introdução.....	197
1	Conceito e escopo das diretivas antecipadas de vontade.....	198
2	Objeto das diretivas antecipadas de vontade e as necessárias distinções conceituais: eutanásia, ortotanásia, distanásia, suicídio assistido, mistanásia, mandato duradouro, testamento vital.....	199
3	Direito fundamental à morte digna como norma justificadora do respeito às diretivas antecipadas de vontade.....	204
4	Aplicação das diretivas antecipadas de vontade.....	207
5	Diretivas antecipadas de vontade elaboradas pela via do instrumento público: aspectos notariais .....	211
	Conclusão.....	213
	Referências.....	213

### PARTE III

## PATRIMÔNIO MÍNIMO E RELAÇÕES PRIVADAS

<b>O PATRIMÔNIO MÍNIMO NA OBRA DE LUIZ EDSON FACHIN E SUA ABORDAGEM EM TRÊS TEMPOS: ESTATUTO EXISTENCIAL DA PESSOA HUMANA, TRÂNSITO JURÍDICO E TITULARIDADES</b>		
<b>PAULO NALIN, HUGO SIRENA</b> .....		221
1	Apresentação e resgate da obra do homenageado.....	221
2	O nascer do sol: contextualizando o estatuto jurídico do <i>patrimônio mínimo</i> .....	222
3	O “meio-dia do estudo”: a hora em que as ideias mais brilham .....	224
4	O ocaso da tese: o “se por” para renascer.....	228
	Referências.....	229

**TRANSFORMAÇÕES NO CONCEITO JURÍDICO DE PATRIMÔNIO:  
A CONTRIBUIÇÃO DE LUIZ EDSON FACHIN**

<b>LUCIANA PEDROSO XAVIER, MARÍLIA PEDROSO XAVIER</b> .....	231
1 Introdução.....	231
2 Entre o ser e o ter: os contornos do patrimônio .....	232
2.1 A gênese do conceito jurídico de patrimônio: a teoria clássica de Aubry e Rau.....	234
2.2 A ruptura da teoria objetiva do patrimônio.....	237
3 Contornos contemporâneos do patrimônio.....	241

**REFLEXÃO SOBRE OS MÍNIMOS: O DIÁLOGO CIVIL CONSTITUCIONAL  
DA TEORIA DO PATRIMÔNIO MÍNIMO COM A NOÇÃO DE MÍNIMO  
EXISTENCIAL**

<b>MELINA GIRARDI FACHIN, MARCOS ALBERTO ROCHA GONÇALVES</b> .....	243
1 Introdução.....	243
2 Premissa: diálogos entre o civil e o constitucional e seus reflexos no campo de ser e ter .....	244
3 Para ser, ter: patrimônio como garante de um mínimo de dignidade .....	248
4 Patrimônio mínimo e mínimo existencial: disposições declaratórias e assecuratórias .....	252
5 Conclusão.....	257

**O PATRIMÔNIO MÍNIMO EXISTENCIAL: A PROTEÇÃO AOS BENS DOS  
INDIVÍDUOS PARA ALÉM DOS BENS DE FAMÍLIA**

<b>JOSÉ BARROS CORREIA JUNIOR, PAULA FALCÃO ALBUQUERQUE</b> .....	259
Introdução.....	259
1 Os bens de família no ordenamento jurídico brasileiro .....	260
2 A repersonalização do direito civil e a dignidade humana .....	262
3 A proteção dos bens para além das famílias.....	267
Considerações finais.....	272
Referências.....	272

**A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE O BEM DE FAMÍLIA  
À LUZ DO ESTATUTO DO PATRIMÔNIO MÍNIMO**

<b>DIMITRE BRAGA SOARES DE CARVALHO</b> .....	275
1 Considerações iniciais sobre o bem de família.....	275
2 Das modalidades de bem de família previstas no ordenamento jurídico brasileiro: o bem de família voluntário e o bem de família involuntário.....	276
3 Bem de família e a teoria do patrimônio mínimo: uma construção jurisprudencial .....	278
3.1 Aplicação extensiva do conceito de bem de família para pessoas solteiras, separadas e viúvas.....	279
3.2 Da aplicação da Lei do Bem de Família para penhoras anteriores à sua vigência.....	280
3.3 Da aplicação da regra de bem de família nos casos de inventário/partilha.....	280
3.4 Ampliação do rol de bens protegidos pela impenhorabilidade.....	280



3.5	Mitigação do requisito da "moradia no imóvel" pela jurisprudência.....	281
3.6	Da legitimidade que os integrantes da entidade familiar residentes no imóvel protegido pela Lei nº 8.009/1990 possuem para se insurgirem contra a penhora do bem de família .....	281
3.7	Da impossibilidade de renúncia ao benefício do bem de família .....	282
3.8	Da vaga de garagem com matrícula própria .....	283
3.9	Da "flexibilização" do momento para arguição da impenhorabilidade do bem de família .....	283
3.10	Das exceções à impenhorabilidade do bem de família.....	284
3.11	Veículos, obras de arte e adornos suntuosos.....	284
3.12	Da abrangência da impenhorabilidade.....	284
3.13	Da possibilidade de penhora parcial do imóvel de alto valor .....	284
3.14	Dos créditos para construção do imóvel sobre o qual recai o bem de família .....	285
3.15	Da penhorabilidade nos casos de crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel.....	285
3.16	Penhora do bem de família pelo credor de pensão alimentícia .....	286
3.17	Não aplicação da impenhorabilidade ao bem imóvel que tenha sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.....	287
3.18	Não incidência da impenhorabilidade nas hipóteses de cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas de condomínio e contribuições devidas em função do imóvel familiar .....	287
3.19	Possibilidade de execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar .....	288
3.20	A complexa questão da penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação.....	288
3.21	Da fraude na constituição do bem de família legal. Da anulação da venda ou da transferência da impenhorabilidade .....	289
3.22	Da aplicação do bem de família para residências familiares em imóvel rural.....	290
3.23	Da aplicação da regra da impenhorabilidade na hipótese de haver mais de um imóvel em nome da família.....	291
4	Conclusões .....	291
	Referências.....	292

**FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E O ESTATUTO JURÍDICO DO PATRIMÔNIO MÍNIMO: O CONTRIBUTO ESSENCIAL DE LUIZ EDSON FACHIN**  
**JOÃO RICARDO BRANDÃO AGUIRRE, CESAR CALO PEGHINI .....**

1	Expedição de premissas no ponto de partida .....	291
2	A funcionalização da propriedade na contemporaneidade.....	291
3	A garantia pessoal do patrimônio mínimo .....	30
4	Conclusão .....	30
	Referências.....	30

# MÍNIMO EXISTENCIAL E TÉCNICAS DE SEGREGAÇÃO DO PATRIMÔNIO

CARLOS EDISON DO RÊGO MONTEIRO FILHO,

ROBERTA MAURO MEDINA MAIA..... 309

1	Introdução.....	309
2	A função social exercida pelo bem como critério definidor de sua disciplina jurídica.....	312
3	O bem de família e a garantia do mínimo existencial do devedor.....	314
4	O patrimônio de afetação e a garantia do mínimo existencial do adquirente.....	317
5	Conclusão.....	319
	Referências.....	321

## PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO E PATRIMÔNIO MÍNIMO

MILENA DONATO OLIVA, PABLO RENTERIA..... 323

1	Introdução. Dignidade humana e estatuto jurídico do patrimônio mínimo.....	323
2	O patrimônio de afetação a serviço do patrimônio mínimo.....	326
2.1	Conceito de patrimônio de afetação.....	326
2.2	Potencialidades do patrimônio de afetação para assegurar o mínimo existencial. Limitações do direito brasileiro.....	329
2.3	O exemplo das cláusulas de impenhorabilidade, incomunicabilidade, inalienabilidade e as vantagens do patrimônio de afetação.....	331
3	Conclusão.....	334
	Referências.....	335

## DIREITO DAS SUCESSÕES E PATRIMÔNIO MÍNIMO

DANIEL BUCAR, DANIELE TEIXEIRA..... 337

1	Nota introdutória.....	337
2	O direito da <i>saisine</i> no ordenamento jurídico brasileiro: travessia entre a abstração inoperante e a efetiva tutela civil-constitucional.....	338
2.1	A <i>saisine</i> no direito brasileiro; da ficta magnitude estrutural à instrumentalização funcional.....	338
2.2	A funcionalização do direito a <i>saisine</i> e o patrimônio mínimo: perspectivas legais, jurisprudenciais e o devir.....	342
3	O instituto da legítima no atual direito sucessório brasileiro: função, liberdade e solidariedade.....	343
3.1	Função da legítima.....	345
3.2	Solidariedade familiar e o patrimônio mínimo.....	347
4	Considerações finais.....	350
	Referências.....	351



PARTE IV  
**RELAÇÕES NEGOCIAIS PRIVADAS**

**FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: ESTADO DA ARTE NOS QUINZE ANOS DE VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. AS CONTRIBUIÇÕES TEÓRICAS DE LUIZ EDSON FACHIN**

<b>FLÁVIO TARTUCE, ALEXANDRE GOMIDE</b> .....	357
Primeiras palavras. Importância do tema .....	357
1 Explicando o tratamento da função social do contrato no Código Civil de 2002.....	360
2 A dupla eficácia do princípio da função social do contrato.....	363
3 A eficácia interna da função social do contrato e a frustração do fim da causa.....	366
4 Vedação da onerosidade excessiva e função social do contrato. A redução da cláusula penal.....	372
5 Desvirtuamentos da função social do contrato .....	374
6 Descumprimento da função social do contrato. As contribuições de Luiz Edson Fachin .....	379
Referências .....	381

**NOTAS SOBRE A ADEQUAÇÃO DA CATEGORIA NEGÓCIO JURÍDICO AO MUNDO ATUAL**

<b>MARCOS BERNARDES DE MELLO</b> .....	385
Preâmbulo.....	385
1 Introdução.....	385
2 Noções fundamentais relacionadas à teoria do fato jurídico .....	387
2.1 A geração da eficácia jurídica .....	387
2.2 A escolha do fato jurídico e de sua eficácia .....	387
2.3 A conceituação do fato jurídico .....	388
2.4 Classificação dos fatos jurídicos.....	389
2.4.1 A doutrina tradicional.....	389
2.4.2 A classificação segundo o cerne do suporte fático .....	390
3 O conceito clássico de negócio jurídico .....	391
4 Uma revisão (necessária) do conceito clássico de negócio jurídico.....	392
4.1 A necessidade de atualização dos conceitos jurídicos .....	392
4.2 A inconsistência científica da concepção clássica de negócio jurídico. A desatualização da concepção clássica de negócio jurídico .....	393
4.3 O equívoco contido na concepção clássica de negócio jurídico .....	394
4.4 A correção de Pontes de Miranda do conceito de negócio jurídico.....	394
5 Há inadequação da espécie negócio jurídico ao mundo atual?.....	395
5.1 Considerações gerais.....	395
5.2 As objeções à adequação do negócio jurídico aos padrões atuais .....	395
6 Conclusões .....	398
Referências.....	399



**NEGÓCIO JURÍDICO E INTERESSE PÚBLICO: UMA APROXIMAÇÃO  
A PARTIR DA OBRA DE LUIZ EDSON FACHIN**

**ROSALICE FIDALGO PINHEIRO, MARCELO CONRADO** ..... 401

Introdução..... 401

1 “Novo conceito de ato e negócio jurídico” na obra de Luiz Edson Fachin..... 402

2 O negócio jurídico e sujeito de direito: a supremacia dos interesses privados..... 406

3 Negócios jurídicos de direitos autorais: supremacia dos interesses públicos? .....410

Considerações finais.....415

Referências.....417

**O DIREITO CONTRATUAL E A MARCHA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO  
ENTRE OURIÇOS E RAPOSAS**

**GERALDO FRAZÃO DE AQUINO JR.**..... 419

1 Considerações iniciais..... 419

2 Constitucionalização do direito contratual..... 422

3 Crise na teoria contratual..... 429

4 Considerações finais..... 437

Referências..... 438

**O PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA E SUA INFLUÊNCIA NA CONSTRUÇÃO  
DE UMA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS**

**DANILO RAFAEL DA SILVA MERGULHÃO** ..... 441

1 Prolegômenos ..... 441

2 Da necessária mudança de paradigma do sistema contratual ..... 444

3 Conclusão..... 449

Referências..... 450

**CUMULAÇÃO DAS ARRAS COM A CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA  
E OS PRINCÍPIOS SOCIAIS DOS CONTRATOS**

**RODRIGO TOSCANO DE BRITO** ..... 451

1 Notas introdutórias ..... 451

2 Princípios sociais dos contratos..... 452

2.1 Um breve panorama sobre o princípio da função social dos contratos..... 453

2.2 Princípio da equivalência material: a necessidade de manutenção do equilíbrio objetivo do contrato em todas as suas fases ..... 458

3 Equilíbrio contratual como fio condutor da análise sobre a impossibilidade de cumulação das arras com a cláusula penal compensatória como regra geral..... 460

4 Conclusões ..... 467

Referências..... 468

## PARTE V

# DIREITO DE DANOS E TITULARIDADES

## A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E SUAS REPERCUSSÕES NA RESPONSABILIDADE CIVIL

<b>ALINE DE MIRANDA VALVERDE TERRA, GISELA SAMPAIO DA CRUZ GUEDES.....</b>	<b>473</b>
1 Introdução.....	473
2 Crítica ao caráter punitivo do dano extrapatrimonial.....	477
3 As novas fronteiras do dano indenizável .....	481
4 A despatrimonialização da reparação do dano moral.....	485
5 A tutela do patrimônio mínimo e o parágrafo único do art. 928 .....	488
6 Conclusão.....	490
Referências.....	492

## O ESTATUTO JURÍDICO DO PATRIMÔNIO MÍNIMO E A MITIGAÇÃO DA REPARAÇÃO CIVIL

<b>MARCELO JUNQUEIRA CALIXTO, CÍNTIA MUNIZ DE SOUZA KONDER .....</b>	<b>495</b>
1 Introdução.....	495
2 A consagração do princípio da reparação integral do dano e sua posterior exceção. A interpretação jurisprudencial do art. 944, parágrafo único, do Código Civil.....	495
3 A tutela jurídica do patrimônio mínimo como legítimo critério para a redução equitativa da reparação.....	503
4 Conclusão.....	507
Referências.....	508

## A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO CIVIL E A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS EXISTENCIAIS

<b>MÁRIO LUIZ DELGADO REGIS, ROMUALDO BAPTISTA DOS SANTOS.....</b>	<b>511</b>
Notas introdutórias .....	511
1 Breve relato sobre a teoria crítica do direito civil.....	512
1.1 Pessoa e relação jurídica: crítica ao conceitualismo e ao excesso de abstração .....	512
1.2 Centralidade da pessoa humana e força normativa da Constituição .....	514
2 A responsabilidade civil como instrumento de efetivação da tutela da pessoa humana.....	515
2.1 Reparação de danos morais para tutela da pessoa humana.....	515
2.2 Alinhamento da responsabilidade civil à tutela constitucional da pessoa humana pela via dos direitos da personalidade .....	516
2.3 Natureza jurídica dos danos morais em sentido amplo.....	517
3 Dano existencial.....	520
Conclusões.....	525
Referências.....	526

## RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

<b>ANDERSON SCHREIBER</b> .....	529
1 Introdução.....	529
2 O que é direito ao esquecimento? Crítica à posição do STJ .....	531
3 Análise dos pressupostos da responsabilidade civil .....	535
4 A colisão entre direito ao esquecimento e liberdade de informação .....	538
5 Reparação do dano .....	540
6 Conclusão.....	541
Referências.....	542

## A RESTITUIÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA COMO INSTRUMENTO DE RECOMPOSIÇÃO DO ERÁRIO

<b>MARIA CANDIDA DO AMARAL KROETZ</b> .....	545
1 Introdução.....	545
2 O enriquecimento sem causa .....	546
3 O enriquecimento ilícito.....	548
4 A restituição do enriquecimento sem causa como instrumento de recomposição do erário .....	551
5 Conclusão.....	556
Referências.....	557

## A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE: TRINTA ANOS DEPOIS

<b>OTAVIO LUIZ RODRIGUES JR.</b> .....	559
<b>RODRIGO XAVIER LEONARDO</b> .....	559
1 Introdução: dois vértices e um mesmo autor .....	559
2 A função social da posse e o jovem escritor .....	559
3 A posse em Pontes de Miranda e o escritor em sua maturidade .....	562
4 Os trinta anos da função da posse e a projeção social: doutrina, jurisprudência e política legislativa. Um furo no futuro? .....	565
Referências.....	568

## O DIREITO DE LAJE E A TRIDIMENSIONALIDADE DA PROPRIEDADE

<b>NELSON ROSENVALD</b> .....	571
1 A desconexão entre as propriedades e o novo mercado.....	572
2 O direito fundamental de propriedade como garantia .....	573
3 O direito fundamental à propriedade como acesso.....	576
4 A função social da(s) propriedade(s) .....	580
5 O direito real de laje como nova manifestação de propriedade.....	586
6 A inserção da laje na tridimensionalidade da propriedade .....	590
7 Conclusão.....	591
Referências.....	592



<b>TITULARIDADE DE TERRAS RURAIS POR EMPRESAS DE CAPITAL ESTRANGEIRO E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE</b>		
<b>KLEBER LUIZ ZANCHIM, LUCIANO DE SOUZA GODOY</b> .....		595
1	Introdução.....	596
2	O problema .....	596
2.1	A Lei nº 5.709/71 e o Parecer AGU nº LA-01/2010.....	598
3	O tema no STF: ADPF nº 32 e ACO nº 2.463.....	599
4	Titularidade e poder no agronegócio: relevância e relativização .....	600
5	Empresa de capital estrangeiro e a função social do imóvel rural .....	602
6	Função social do imóvel rural e desvio de finalidade do Parecer AGU nº LA-01 .....	604
7	Considerações finais.....	605
	Referências.....	

## PARTE VI FAMÍLIAS E SUCESSÕES

### FAMÍLIA APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988: TRANSFORMAÇÕES, SENTIDOS E FINS

<b>HELOISA HELENA BARBOZA, VITOR ALMEIDA</b> .....		609
	Introdução.....	609
1	Transformações: a família antes de 1988.....	611
2	Sentidos: famílias, multiculturalismo e diversidade .....	615
3	Fins: limites e recomeço.....	622

### AUTONOMIA PRIVADA NAS RELAÇÕES FAMILIARES: DIREITOS DO ESTADO E ESTADO DOS DIREITOS NAS FAMÍLIAS

<b>RENATA VILELA MULTEDO, ROSE MELO VENCELAU MEIRELES</b> .....		625
1	Introdução.....	625
2	Autonomia privada e regulação das relações familiares não patrimoniais.....	627
3	Autonomia privada e relações parentais .....	631
4	Considerações finais.....	634

### FILIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO: DA PATERNIDADE PRESUMIDA À REPERCUSSÃO GERAL Nº 622 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

<b>ANA CARLA HARMATIUK MATOS, JACQUELINE LOPES PEREIRA</b> .....		637
	Introdução.....	637
1	Estado da arte do direito de filiação no ordenamento jurídico brasileiro .....	638
2	Ascendência genética <i>versus</i> paternidade socioafetiva .....	645
	Conclusão: desafios que se anunciam ao direito de filiação.....	651
	Referências.....	

**FILIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO: RESSIGNIFICAÇÃO  
A PARTIR DA POSSE DE ESTADO E DA SOCIOAFETIVIDADE**

**RICARDO CALDERÓN**..... 655

- 1 O legado do homenageado em uma categoria central do direito de família ..... 655
- 2 Filiação à luz do Código Civil de 1916..... 656
- 3 Posse de estado de filho ..... 656
- 4 Leitura jurídica da afetividade ..... 660
- 5 Direito de filiação x direito ao conhecimento da ascendência genética ..... 663
- 6 Multiparentalidade..... 665
- 7 Registro extrajudicial da filiação socioafetiva..... 667
- 8 Considerações finais ..... 667

Referências..... 668

**DE VOLTA À FILHA DAS ESTRELAS: CONHECIMENTO DAS ORIGENS E  
REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

**ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA, CARLOS NELSON KONDER**..... 671

- 1 Introdução.....671
- 2 Filiação na contemporaneidade: entre inovação e tradição ..... 673
- 3 Do direito à filiação ao direito a conhecer as próprias origens: tornando-se sujeitos de sua própria história.....674
- 4 Arquiteturas da procriação: as técnicas de reprodução assistida.....676
- 5 As novas imagens sem rosto: doadores de sêmen, óvulos e embriões, gestantes substitutas e “beneficiários da técnica” .....679
- 6 Conclusão..... 683

Referências..... 685

**O INSTITUTO DA FILIAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL:  
TRANSFORMAÇÕES E PERSPECTIVAS DIANTE DA MULTIPARENTALIDADE**

**CAMILA BUARQUE CABRAL, KARINA BARBOSA FRANCO**..... 689

Introdução..... 689

- 1 O instituto da filiação e suas transformações ..... 690
- 2 Atuais contornos do instituto da filiação..... 693
- 2.1 A exigência da afetividade..... 696
- 3 Multiparentalidade: avanços no reconhecimento da parentalidade socioafetiva..... 699
- 3.1 A tese de Repercussão Geral nº 622 do STF..... 699

Conclusão..... 705

Referências..... 706

**OS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS NO DIREITO BRASILEIRO:  
INADMISSIBILIDADE POR AUSÊNCIA DE FONTE LEGAL E  
INCOMPATIBILIDADE DE FUNÇÃO**

**GUSTAVO TEPEDINO, PAULA GRECO BANDEIRA** ..... 709

- 1 Introdução..... 709

2	Alimentos civis: função e pressupostos de incidência no direito brasileiro .....	711
3	Alimentos compensatórios: inadmissibilidade por ausência de fonte legal e incompatibilidade de função .....	713
4	Conclusão.....	718

**USUCAPIÃO FAMILIAR COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO  
(OU DISTORÇÃO) DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**CATARINA ALMEIDA DE OLIVEIRA,**

**MARIA RITA DE HOLANDA S. OLIVEIRA** ..... 721

	Introdução.....	721
1	Considerações gerais sobre usucapião como forma de aquisição e perda da propriedade imóvel no direito brasileiro.....	722
2	Inércia do proprietário como renúncia presumida ao direito de propriedade sobre imóvel.....	725
3	Usucapião familiar como forma de perda da meação sobre imóvel de moradia da família .....	726
4	Abandono do lar e não da propriedade, como requisito para usucapião.....	728
5	Abandono de lar e direito real de habitação.....	729
6	Culpa nas relações de família .....	730
7	Usucapião familiar como punição pelo abandono do lar e a violação do direito de romper a relação conjugal – Autonomia da vontade .....	732
8	Tendência a afastar a discussão sobre a culpa no direito de família contemporâneo e a incoerente usucapião por abandono do lar .....	732
	Notas conclusivas .....	734
	Referências.....	734

**PESSOA IDOSA: UM NOVO SUJEITO E A TUTELA JURÍDICA DOS SEUS INTERESSES NAS RELAÇÕES FAMILIARES**

**ANA LUIZA MAIA NEVARES, VIVIANE GIRARDI** ..... 737

1	A longevidade e o envelhecimento no Brasil .....	737
2	Envelhecimento e a emergência de um novo sujeito de direitos: vulnerabilidade e autonomia .....	738
3	A proteção do idoso nas relações familiares .....	739
3.1	As diretivas antecipadas de vontade.....	740
3.2	A curatela segundo o melhor interesse do idoso.....	742
3.3	Tomada de decisão apoiada .....	745
3.4	A obrigação alimentar solidária .....	747
3.5	Outras esferas de proteção do idoso nas relações familiares: <i>de lege ferenda</i> .....	749
4	Conclusão.....	750
	Referências.....	751



AS NORMAS APLICÁVEIS ÀS RELAÇÕES PATRIMONIAIS ADVINDAS DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL OU INTELLECTUAL E A PROTEÇÃO DE SEUS INTERESSES

	CLÁUDIA STEIN VIEIRA, DÉBORA VANESSA CAÚS BRANDÃO .....	753
1	A tutela da pessoa com deficiência no direito brasileiro: enxergar o outrora invisível .....	753
2	O direito de a pessoa com deficiência mental/intelectual constituir família, pelo casamento ou pela união estável: da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ao Estatuto da Pessoa com Deficiência.....	754
3	As consequências patrimoniais decorrentes do casamento/união estável da pessoa com deficiência mental/intelectual .....	756
4	Conclusão.....	759
	Referências.....	763

DIÁLOGOS: O DIREITO DAS SUCESSÕES E OS INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DE DIREITO CIVIL

	EROULTHS CORTIANO JUNIOR, ANDRÉ LUIZ ARNT RAMOS .....	765
	Introdução.....	765
1	Projeto parental. Ou: a ruidosa sucessão <i>legítima</i> ante ao eudemonismo nas famílias ....	767
2	Titularidades: perspectivas da sucessão <i>ab intestato</i> segundo a função social da posse e a propriedade contemporânea.....	770
3	Contrato: <i>uma expressão de autonomia da pessoa no espaço de certa liberdade</i> .....	772
4	Um direito complexo, um espaço privilegiado de diálogo .....	774
	Referências.....	775

OS PACTOS SUCESSÓRIOS ONTEM E HOJE: UMA LEITURA À LUZ DA TEORIA DO PATRIMÔNIO MÍNIMO DE LUIZ EDSON FACHIN

	JOSÉ FERNANDO SIMÃO .....	777
1	Introdução.....	778
2	As reflexões de outrora .....	778
2.1	A denominação <i>pacta corvina</i> .....	778
2.2	Notas históricas.....	779
2.2.1	Notas sobre o direito romano .....	779
2.2.2	Notas sobre as Ordenações Filipinas e a Consolidação das Leis Civis.....	779
2.3	Razões de ser da vedação aos <i>pacta corvina</i> .....	782
3	As reflexões do presente. O diálogo necessário.....	785
4	Nota conclusiva .....	787
	Referências.....	788

POSFÁCIO

QUAIS OS DESAFIOS PARA O DIREITO PRIVADO BRASILEIRO NOS PRÓXIMOS ANOS?

791

**Marcos Ehrhardt Júnior**.....

795

SOBRE OS AUTORES.....

# A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E SUAS REPERCUSSÕES NA RESPONSABILIDADE CIVIL

ALINE DE MIRANDA VALVERDE TERRA

GISELA SAMPAIO DA CRUZ GUEDES

## 1 Introdução

“A ‘repersonalização’ do Direito Civil recolhe, com destaque, a partir do texto constitucional, o princípio da dignidade humana”.<sup>1</sup> A sintética afirmação de Luiz Edson Fachin é capaz de revelar a complexa mudança de paradigma pela qual passou o direito civil brasileiro no último século.

Edificado sobre bases liberais e individualistas, e sob direta inspiração do Código Napoleão de 1804, o Código Civil de 1916 refletia com perfeição os quadros econômicos e sociais da época. Contrato e propriedade se erigiam como sustentáculos do direito civil, “ambos entendidos como esferas sobre as quais se exerce a plena autonomia do indivíduo”.<sup>2</sup> Considerava-se a propriedade a única fonte de produção de riquezas, atribuindo-se ao contrato o papel de meio para sua circulação. Com efeito, o contrato, concebido como “instrumento ideológico e operativo do capitalismo nascente”, ou “mecanismo objetivamente essencial para o seu funcionamento”,<sup>3</sup> assumia relevância como principal modo de aquisição da propriedade:<sup>4</sup> não criava riqueza, apenas a transferia.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 190.

<sup>2</sup> GIORGIANNI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 747, p. 35-55, jan. 1988. p. 39.

<sup>3</sup> GOMES, Orlando. Balanço resumido do direito civil. In: GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 34.

<sup>4</sup> Pietro Barcellona expõe o paradoxo desse sistema: “En otras épocas históricas, pude darse que sean los propietarios libres, nacidos de la revolución francesa o de la revolución industrial inglesa, los que den vida a la economía de mercado. Sin embargo, si pone aquí de manifiesto una paradoja que caracteriza y marca el momento constitutivo de la sociedad moderna. Decir autonomía de lo económico y circulación privada de riqueza significa que ningún otro título que no sea el consenso libremente expresado por los agentes del intercambio puede fundamentar la atribución privada de la riqueza; significa, por tanto, que la circulación de la mercancía es el fundamento, el título constitutivo de la atribución propietaria. Y sin embargo es impensable que empiece un



Tutelava-se o indivíduo, egoisticamente considerado, não como fim em si mesmo, mas como meio de proteger a atividade por ele desenvolvida. O sistema se construía em torno do “ter”, e não do “ser”. Instrumentalizava-se a tutela da pessoa à tutela do patrimônio, protegendo-se o indivíduo, tão somente, como sujeito de direito, sobretudo quando assumia o papel de contratante ou proprietário.<sup>6</sup> O direito civil se mostrava excludente, e deixava à sua margem um sem-número de indivíduos não proprietários e não contratantes, cuja existência se ignorava.

Após décadas de hegemonia jurídico-cultural, esse estado de coisas começou a ser alterado na Europa sobretudo após a eclosão da 1ª Guerra Mundial, quando se potencializaram os efeitos nefastos da igualdade formal. O direito já não cabia no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre direito e norma e sua rígida separação da ética não mais atendiam às necessidades sociais. Nesse contexto, o pós-positivismo surge como superação do conhecimento tradicional, iniciando sua trajetória com certa deferência ao direito positivo, mas reintroduzindo os ideais de justiça e igualdade.

Nessa esteira, promulga-se no Brasil a Constituição da República de 1988, que elege os valores fundamentais sobre os quais se constrói o pacto de convivência coletiva,<sup>7</sup> entre os quais se erige como valor supremo e absoluto da ordem jurídica democrática brasileira a dignidade da pessoa humana. A opção do Poder Constituinte faz emergir nova *summa divisio* do direito, que deixa de ser identificada entre direito público e direito privado,<sup>8</sup> e passa a se estabelecer entre situações jurídicas existenciais e patrimoniais. Essa paradigmática alteração conduziu ao que se convencionou designar “despatrimonialização” ou “repersonalização” do direito civil, a impor a atribuição de tutela prioritária às situações jurídicas existenciais, a cuja realização as situações patrimoniais são instrumentalizadas. O foco jurídico, finalmente, se desloca do patrimônio para a pessoa.<sup>9</sup>

proceso de circulación de las mercancías si antes no ha tenido lugar una atribución privada de la propiedad, es decir, si antes algunos sujetos históricamente determinados no se han convertido en propietarios libres de los medios para producir y no han organizado, a partir de esta propiedad libre, una producción para el intercambio. La paradoja está precisamente en el hecho de que el mercado al mismo tiempo funda la propiedad libre moderna, ya que el contrato de intercambio es el único título sobre cuya base cada cual puede apropiarse de una parte de la riqueza producida, y sin embargo presupone que exista ya una propiedad privada, precedente tanto histórica como lógicamente a la constitución del mercado” (BARCELLONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Tradução de Jesús Ernesto García Rodríguez. Madrid: Trotta, 1996. p. 113).

- <sup>5</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 63-64.
- <sup>6</sup> Sobre a noção ainda excludente de sujeito de direito, veja-se FACHIN, Luiz Edson. Constituição e relações provadas: questões de efetividade no tríplice vértice entre o texto e o contexto. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, Rio de Janeiro, ano 35, n. 95, p. 5-24, 2007. p. 13 et seq. Confira-se, ainda, MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Lisboa: Estampa, 1988. p. 119.
- <sup>7</sup> Relevante a advertência de Luiz Edson Fachin: “Vê-se, portanto, nessa principiologia axiológica, uma ordenação material ou substancial, e a compreensão dos elementos de base que cimentam, a partir da realidade da vida, o sistema jurídico. Muito longe de um *direito natural*, que se propôs à vigência eterna e universal, tais componentes são produto histórico, modulados para não serem arquétipos, à luz da organização econômica e social. Concepção de vida e de mundo, captadas na sociologia, emerge da cultura em todos os instantes e em díspares lugares” (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil à luz do Novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 38).
- <sup>8</sup> GIORGIANNI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 747, p. 35-55, jan. 1988.
- <sup>9</sup> FACHIN, Luiz Edson. Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro: elementos constitucionais para uma reflexão crítica. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 77, n. 4, p. 186-203, out./dez. 2011. p. 197.



“A repersonalização impactou profundamente todas as áreas do direito civil”, cravou Luiz Edson Fachin.<sup>10</sup> De fato. Na parte geral, por exemplo, recente alteração no regime das incapacidades, implementada com a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), reconheceu que a regra é sua plena capacidade civil, e a incapacidade *relativa*, a exceção, reconhecida apenas quando, “por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” (art. 4º, III, CC). Não há mais que se falar, portanto, em incapacidade absoluta das pessoas com deficiência – restrita, agora, aos menores de 16 anos –, diante da qual se adota sistema de substituição de vontade, que confere ao representante o poder de decidir no lugar do incapaz. Cuidada se, em definitivo, “de mudança fundamental voltada a garantir a considerável parcela da população brasileira a necessária autonomia para o controle sobre suas próprias decisões, interrompendo um perverso ciclo de desempoderamento”,<sup>11</sup> em homenagem à tutela prioritária da dignidade da pessoa humana.

No direito dos contratos e no direito das coisas, a despatrimonialização promoveu profundas alterações no exercício das situações jurídicas subjetivas, revelando que “o Estado e a sociedade contemporânea apresentam um sensível horizonte diverso de exigência aos titulares de direitos subjetivos individuais”.<sup>12</sup> No âmbito contratual, impôs-se às partes o atendimento da função social do contrato, exigindo-lhes perseguir, além da satisfação de seus interesses particulares, a promoção de interesses socialmente relevantes que se relacionem com o contrato.<sup>13</sup> Não obstante a consecução da função econômica, conferindo aos contratantes a utilidade que o ordenamento lhes atribui, o contrato deve promover interesses sociais merecedores de tutela que, de alguma forma, sejam afetados pela relação contratual, não os deixando sucumbir aos contrários interesses das partes. Em verdade, “não se trata, de modo algum, de expungir a autonomia privada, mas sim de superar o ciclo histórico do individualismo exacerbado, substituindo-o pela coexistencialidade”.<sup>14</sup>

Na seara do direito das coisas, eloquente reflexo da mudança de paradigma do direito civil é a função social da propriedade, que “corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da reação anti-individualista”.<sup>15</sup> A função social se insere, com efeito, no perfil interno do domínio,

<sup>10</sup> FACHIN, Luiz Edson. Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro: elementos constitucionais para uma reflexão crítica. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 77, n. 4, p. 186-203, out./dez. 2011. p. 200.

<sup>11</sup> TERRA, Aline de Miranda Valverde; TELXEIRA, Ana Carolina Brochado. A capacidade civil da pessoa com deficiência no direito brasileiro: reflexões a partir do I Encuentro Internacional sobre los derechos de la persona con discapacidad en el Derecho Privado de España, Brasil, Italia y Portugal. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 15, p. 223-233, jan./mar. 2018. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/212>>. Acesso em: 15 maio 2018.

<sup>12</sup> FACHIN, Luiz Edson. O estatuto civil da clausura real. *Revista de Informação Legislativa*, ano 32, n. 128, p. 161-163, out./dez. 1995. p. 163.

<sup>13</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social do contrato. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 3. p. 150.

<sup>14</sup> FACHIN, Luiz Edson. Relações jurídicas, contratos e responsabilidade civil: uma liberdade, duas funcionalizações, três problematizações. *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*, n. 2, p. 103-115. p. 104. Disponível em: <[https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=1163](https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=1163)>. Acesso em: 16 maio 2018.

<sup>15</sup> FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988. p. 19.

alterando qualitativamente o seu conteúdo, que passa a contemplar a tutela de centros de interesses extraproprietários. A propriedade se transforma, em definitivo, em instrumento para a realização do projeto constitucional.

No direito de família, o impacto foi profundo. Emblemático, ao propósito, foi o reconhecimento da socioafetividade como mais um critério para o estabelecimento do vínculo paterno-filial. Como esclarece Luiz Edson Fachin:

esse aspecto social, com o reconhecimento do afeto como fundante das relações parentais, aliada a um elemento volitivo daí decorrente, torna inafastável a consagração da posse de estado de filho como instituto apto a permitir o acolhimento da filiação como fato socioafetivo. A segurança jurídica trazida pela posse de estado como forma de reconhecimento da situação de filiação se mostra pelos elementos constitutivos desse instituto: "*nominatio, tractatus e fama (ou reputatio)*".<sup>16</sup>

Mesmo no direito das sucessões, área do direito civil considerada conservadora, pouco propensa a mudanças, a tutela prioritária da pessoa humana conduziu a importantes evoluções, a exemplo da declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil pelo Supremo Tribunal Federal, que disciplinava o regime sucessório do companheiro de forma bastante distinta daquele previsto para o cônjuge no art. 1.829 do Código Civil. Ao proferir seu voto no RE nº 878.694, o Ministro Luiz Edson Fachin asseverou: "os efeitos sucessórios de casamento e união estável devem ser iguais, porque iguais são as relações de conjugalidade na coexistência afetiva que persiste até o fim da vida de um dos cônjuges e companheiros".<sup>17</sup> E concluiu:

Tal qual acutissimamente posto no voto do Ministro Roberto Barroso, a hermenêutica constitucional conduz a uma equiparação, em prestígio ao princípio da isonomia (art. 5º, I, e art. 226, §3º, da Constituição da República), dos regimes sucessórios dos cônjuges e companheiros, de modo a reconhecer-se, incidentalmente, no presente recurso extraordinário, a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002.<sup>18</sup>

A responsabilidade civil, objeto específico deste estudo, não passou incólume pela repersonalização do direito civil e, a despeito de "tradicionalmente assentada na proteção do relevante direito de propriedade e de outros direitos subjetivos patrimoniais", voltou-se "para a tutela da dignidade da pessoa humana e para o sistema jurídico formado em torno do dever de ressarcir centrado na vítima".<sup>19</sup>

<sup>16</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Novo Código Civil: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco* (arts. 1591 a 1638). Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 18. p. 108.

<sup>17</sup> STF. RE nº 878.694. Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 10.5.2017. p. 108.

<sup>18</sup> STF. RE nº 878.694. Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 10.5.2017. p. 49.

<sup>19</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Relações jurídicas, contratos e responsabilidade civil: uma liberdade, duas funcionalizações, três problematizações*. *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*, n. 2, p. 103-115. p. 105.

Disponível em: <[https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=1163](https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=1163)>. Acesso em: 16 maio 2018. Em outro trecho, afirma o autor acerca da repercussão da repersonalização na responsabilidade civil: "A pessoa humana foi, com justa causa, elevada ao patamar de epicentro dos epicentros. Como consequência, na responsabilidade civil, o dano à pessoa humana se objetiva em relação ao resultado, emergindo o direito de danos como governo jurídico de proteção à vítima" (FACHIN, Luiz Edson. *Relações jurídicas, contratos e responsabilidade civil: uma liberdade, duas funcionalizações, três problematizações*. *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*, n. 2, p. 103-115. p. 108. Disponível em: <[https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=1163](https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=1163)>. Acesso em: 16 maio 2018).







Em sentido amplo, dano moral é a lesão à dignidade da pessoa humana, o dano provocado pela injusta violação à situação jurídica subjetiva extrapatrimonial,<sup>25</sup> expressão que, no Brasil, é empregada com frequência como sinônimo de dano extrapatrimonial, como ora se faz.<sup>26</sup> Diversamente da indenização por danos materiais, que visa à recomposição do patrimônio do lesado ao *status quo ante*, a indenização por danos morais encerra a função precípua de compensar a vítima, servindo de lenitivo para mitigar, de alguma forma, o dano sofrido. Os incs. V e X, do art. 5º, da Constituição da República, impõem a plena compensação do dano moral, em homenagem à tutela integral da pessoa humana. O art. 944, a seu turno, em patente comprovação da mudança de escopo da responsabilidade civil, determina que a indenização se meça pela extensão do dano, consagrando o princípio da equivalência entre dano e reparação.

Da interpretação conjunta dos dispositivos conclui-se que a compensação integral do dano moral requer a utilização de critérios de quantificação que convirjam para a dimensão da lesão e suas repercussões na pessoa da vítima, a afastar a adoção de parâmetros diversos. A única circunstância na qual se autoriza a consideração de critério distinto consta do parágrafo único do mesmo art. 944: “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”, o juiz poderá reduzir, equitativamente, a indenização. O dispositivo indica o grau de culpa como critério de quantificação válido exclusivamente para a *redução* da indenização, não já para a majoração do *quantum* compensatório.

Deve-se, ainda, recusar a utilização de eventual benefício econômico obtido pelo ofensor como critério de quantificação do dano moral.<sup>27</sup> Na hipótese de o lucro auferido pelo agente ser superior ao dano causado, não cabe à responsabilidade civil o papel de impedi-lo de conservar o montante em seu patrimônio, cuidando-se de função atribuída a outro instituto: o lucro da intervenção.<sup>28</sup>

Além, portanto, de o próprio conceito de dano moral e de seus critérios de quantificação serem inconciliáveis com o caráter punitivo que se lhe pretende conferir, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, norma que autorize lhe atribuir semelhante função

<sup>25</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 132.

<sup>26</sup> Note-se que, a rigor, a expressão *dano moral* – e essa é uma observação muito importante – não deveria ser utilizada de forma genérica, como sinônimo de dano extrapatrimonial, como anota Judith Martins-Costa: “Em nossa opinião, o mais conveniente seria acabar de vez com o uso da expressão ‘dano moral’ em caráter genérico, como o faz a doutrina mais recente, para assentar o emprego da expressão ‘danos extrapatrimoniais’ como indicativa do gênero do qual seriam espécies os ‘danos à personalidade’ e os demais danos extrapatrimoniais antes assinalados, inclusive os danos morais em sentido próprio, isto é, os que atingem a honra e a reputação. Seria alcançada, assim, a reunião numa mesma etiqueta - dano extrapatrimonial - das duas definições mais correntes na doutrina: a que identifica a área não-patrimonial com os prejuízos de caráter moral; e a que constrói tal definição em termos residuais, reconduzindo à categoria a heterogeneidade dos danos, quais quer que sejam, não configuráveis em termos patrimoniais” (MARTINS-COSTA, Judith. Do inadimplemento das obrigações Forense, 2004. v. 5. t. II. p. 349).

<sup>27</sup> O art. 210 da Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/1996) permite a utilização do lucro auferido pelo agente ofensor como critério para o cálculo dos lucros cessantes, a excepcionar o art. 402 do Código Civil. Para crítica ao dispositivo, confira-se GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 223.

<sup>28</sup> Sobre o tema, seja consentido remeter a TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 28, p. 1-24, 2015. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/20290>>. Acesso em: 11 maio 2018.

e, tampouco, que permita a condenação do ofensor ao pagamento de verba autônoma a título de danos punitivos. A rigor, o legislador já teve duas oportunidades de adotar ambas as soluções, mas as rechaçou categoricamente.

Na redação original do Código de Defesa do Consumidor – seara na qual se verifica com maior frequência o emprego da indenização punitiva –, havia dispositivo que criava multa civil autônoma, cuja única função residia em penalizar o ofensor, na hipótese de restar comprovada a alta periculosidade do produto ou serviço causador do dano, ou a grave negligência, imprudência ou imperícia do fornecedor.<sup>29</sup> A norma, contudo, foi excluída por veto presidencial, sob o seguinte fundamento:

O art. 12 e outras normas já dispõem de modo cabal sobre a indenização do dano sofrido pelo consumidor. Os dispositivos ora vetados criam a figura da multa civil, sempre de valor expressivo, sem que sejam definidas a sua destinação e validade.<sup>30</sup>

Posteriormente, por ocasião da elaboração do Código Civil de 2002, tentou-se atribuir ao dano moral, expressamente, função punitiva. Tratava-se do Projeto de Lei nº 6.960 de 12.6.2002, apresentado pelo Deputado Ricardo Fiúza, que previa a inclusão de um §2º no art. 944 do Código Civil, com o seguinte conteúdo: “A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”. O relatório que deu origem ao substitutivo ao referido projeto rejeitou a proposta, sob o argumento assim aduzido:

Art. 944. A doutrina define o dano moral de várias formas. Todas as definições, entretanto, são coincidentes no que diz respeito a ser referente ao dano de bens não-patrimoniais ou não-econômicos do lesado. Em nenhum lugar a indenização por dano moral é relacionada à pena. É justamente esse caráter de pena que ora se pretende dar quando o PL diz: “adequado desestímulo ao lesante”. Além do mais confere-se ao juiz um arbítrio perigoso porque não delimita a fronteira entre o dano efetivo e o adequado desestímulo ao cometimento de futuros atos ilícitos. Cria também um duplo critério de avaliação da indenização. O critério para cálculo do valor da indenização do dano, tanto para o material quanto para o moral, deve ser o da sua extensão. Pela rejeição.<sup>31</sup>

Do excerto se extrai inquestionável conclusão: a função punitiva do dano moral se equipara à pena privada. Após longo período de obscuridade das penas privadas, sobretudo na Modernidade, em que se empreendeu considerável esforço para expurgar do direito civil todas as restrições à livre iniciativa e à autonomia privada, assiste-se à sua redescoberta pelos aplicadores do direito, impulsionada pela insuficiência dos institutos tradicionais de tutela. E é, justamente, nesse cenário que a função punitiva

<sup>29</sup> Eis a redação do dispositivo proposto: “Art. 16. Se comprovada a alta periculosidade do produto ou serviço que provocou o dano, ou grave negligência, imprudência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional – BNT, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável”.

<sup>30</sup> BRASIL. Mensagem nº 664, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/Mensagem\\_Veto/anterior\\_98/vep664-L8078-90.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/vep664-L8078-90.htm)>. Acesso em: 11 maio 2018.

<sup>31</sup> COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE REDAÇÃO. Projeto de Lei nº 6960, de 2002. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/196514.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2018.



do dano moral é concebida: reaviva-se a ideia de pena privada, sem previsão legal, em flagrante violação ao princípio da legalidade, a fim de superar a aparente ineficácia do instrumento compensatório.

De fato, é inegável a dificuldade de quantificar o dano moral. A ausência de sistematização de parâmetros objetivos pela doutrina torna a tarefa ainda mais tormentosa, e dá azo à fixação de indenizações arbitrárias, baseadas exclusivamente no sentimento de justiça do magistrado, não já do ordenamento jurídico. O autor da ação, vítima do dano moral, parece, assim, participar de uma espécie de “roleta judicial”, em que o reconhecimento do seu direito à indenização bem como o montante compensatório dependerão, sobretudo, das pré-compreensões do juiz.<sup>32</sup>

Note-se, contudo, que mais grave do que criar pena privada sem autorização em lei, é inserir uma pena privada dentro do dano moral. Encobrem-se, sob o manto do dano moral, funções diametralmente opostas: pune-se e compensa-se sob a mesma rubrica. E mais: a majoração da indenização a título punitivo sequer é acompanhada da identificação dos critérios e dos parâmetros para tanto utilizados pelo magistrado.<sup>33</sup> Mantêm-se, assim, réu e autor na mais profunda ignorância, não lhes sendo revelado o valor da pena e o valor da compensação, a impedir qualquer discussão acerca da legalidade e, muito menos, da extensão da punição, a obstar, em definitivo, o exercício do direito de ampla defesa do ofensor e do contraditório em sede recursal.

Por fim, além de ilegal e arbitrária, a quantificação do dano moral com base em sua pretensa função punitiva vai de encontro à vedação ao enriquecimento sem causa. Contraditoriamente, as próprias decisões judiciais mencionam, de maneira reiterada, a proibição do enriquecimento sem causa como importante limite à fixação do *quantum* compensatório, sem atentar para o fato de que a atribuição de função punitiva ao dano moral promove, *tout court*, o locupletamento do lesado.<sup>34</sup> Ora, conferir à compensação um *plus*, que não guarda qualquer relação com o dano e tampouco com as suas consequências, e que não se fundamenta em qualquer título jurídico que o justifique, promove, inquestionavelmente, o ilegítimo incremento patrimonial da vítima.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Sobre pré-compreensão judicial, remete-se o leitor a TERRA, Aline de Miranda Valverde. A discricionariedade judicial na metodologia civil-constitucional. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 60, n. 3, p. 367-382, set./dez. 2015. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/41141/26954>>. Acesso em: 22 maio 2018.

<sup>33</sup> Contemporaneamente, o próprio conceito de segurança jurídica há de ser reconstruído, por meio da definição paulatina, pela doutrina, “de padrões de conduta socialmente admissíveis, e não regras estanques de comportamento para fatos previamente estabelecidos pelo legislador” (TEPEDINO, Gustavo. Velhos e novos mitos na teoria da interpretação. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 28, out./dez. 2006. Editorial. perseguido pelo julgador, sempre pautado pela legalidade constitucional: “Hoje, ainda com maior ênfase, a ética por si só, se imutáveis indefinidamente ou mutáveis imotivada ou constantemente também geram insegurança. Tal temperamento passa pelo rigor da fundamentação racional das decisões, e alcança o sentido da segurança constitucional” (FACHIN, Luiz Edson. Segurança jurídica entre ouriços e raposas. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al. (Org.). *Direito civil constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 17).

<sup>34</sup> “Em que pese o grau de subjetivismo que envolve o tema da fixação da reparação, vez que não existem critérios determinados a fixos para a quantificação do dano moral, reiteradamente tem-se pronunciado esta Corte no sentido de que a reparação do dano não pode vir a constituir-se em enriquecimento indevido. Mas, de outro lado, também, há de ser fixada em montante que desestime o ofensor a repetir o cometimento do ilícito” (STJ. REsp nº 445.858/SP. Rel. Min. Castro Filho, 3ª T., j. 29.11.2005).

<sup>35</sup> “Tentando cumprir funções de natureza antagônica, o resultado não poderia deixar de ser paradoxal: deve-se punir o ofensor, mas não a ponto de enriquecer a vítima. No entanto, é dedução lógica obrigatória que, sob

### 3 As novas fronteiras do dano indenizável

Mais liberdade e menos responsabilidade para si, mais responsabilidade e menos liberdade para o Outro: eis o desenho contemporâneo de um sujeito atomizado que quer, *tout court*, ou o abandono, inclusive os sonhos não realizados, uma vez que podem configurar responsabilidade pela perda de uma chance. Como viemos a esse ponto?<sup>36</sup>

Com essa reflexão crítica, Luiz Edson Fachin retrata com precisão o estágio atual da responsabilidade civil: com o giro conceitual experimentado e sua crescente publicização, inúmeras categorias de dano surgiram – e, com estas, outras tantas pseudocategorias – na tentativa de socorrer a vítima da melhor maneira possível (e, muitas vezes, também a qualquer custo).

Atualmente, a comunidade científica vem discutindo um sem-número de danos: dano corporal, dano estético, dano à vida de relação, dano sexual, dano à capacidade laborativa, dano psíquico, dano existencial, dano de afirmação pessoal, dano à privacidade, dano por rompimento de noivado, dano de férias arruinadas, dano à imagem, dano por perda de uma chance, dano por perda de tempo, dano biológico, dano de privação de uso, dano institucional, dano por nascimento indesejado, dano à identidade pessoal, dano hedonístico, dano de *mobbing*, dano de *mass media*, dano de brincadeiras cruéis, dano moral afetivo etc. Trata-se da chamada “guerra de etiquetas”, lembrada por Ruy Rosado de Aguiar Júnior.<sup>37</sup> São tantos os chamados “novos danos” e tão rápida é a sua proliferação que qualquer tentativa de os elencar se tornaria rapidamente obsoleta.

Como há tempos já se observou, “[a] jurisprudência tem sido criativa em diversos setores do Direito, mas em matéria de responsabilidade civil ela é mais notável”.<sup>38</sup> Toda essa pulverização dos danos indenizáveis, que, sob diferentes designações e desígnios, surgem a cada instante, aqui e alhures, e vão se empertigando quase sempre em (frustradas) tentativas de “autonomização” de novas categorias, traz consigo, como anota João António Álvaro Dias, “[a] necessidade evidente de rever categorias jurídicas tradicionais, fundadas e sedimentadas sobre a existência de processos naturais imodificáveis”.<sup>39</sup>

É, de fato, evidente a necessidade de serem revistas as categorias tradicionais de dano em que se funda a responsabilidade civil. E essa necessidade não decorre apenas da expansão quantitativa dos danos ressarcíveis – favorecida pela erosão dos filtros da responsabilidade civil que fez com que o Judiciário se afogasse em meio a tantas

o ponto de vista econômico, a vítima sairá, nesses casos, ‘enriquecida’, na medida em que estará recebendo necessariamente mais do que a compensação do dano demandaria” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à*

*pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 33).

<sup>36</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Relações jurídicas, contratos e responsabilidade civil: uma liberdade, duas funcionalizações, três problematizações*. *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*, n. 2, p. 103-115. p. 108. Disponível em: <[https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=1163](https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=1163)>. Acesso em: 16 maio 2018.

<sup>37</sup> STJ. REsp nº 226.190/RJ. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., 4ª T. DJ, 1º fev. 2000.

<sup>38</sup> SILVA, Clóvis V. do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 667, p. 7-16, maio 1991. p. 8.

<sup>39</sup> DIAS, João António Álvaro. *Dano corporal: quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 97.



pretensões indenizatórias –, mas também e, sobretudo, de uma expansão qualitativa, observada não apenas no Brasil, mas em diversos outros ordenamentos jurídicos.

Na França, por exemplo, causou grande alarde na comunidade jurídica o chamado *affaire Perrouche*, no qual a *Cour de Cassation* reconheceu o direito do filho da Sra. Perrouche, portador de grave deficiência em razão de rubéola contraída (e não detectada) durante a gravidez, de ser indenizado pelos danos decorrentes de seu próprio nascimento.<sup>40</sup> Nesse caso, a gestante havia expressamente declarado seu desejo de interromper a gestação se o diagnóstico de rubéola fosse realmente confirmado. O mero receio de que, no entendimento da referida corte, o nascimento de criança excepcional pudesse ser considerado dano ressarcível gerou infindáveis polêmicas, que culminaram com a adoção de medida legislativa específica no ordenamento francês.<sup>41</sup> De lá para cá, os casos de perda da chance se multiplicaram na França bem como no Brasil.<sup>42</sup>

Na Itália, ginecologista de Veneza foi obrigado a pagar pensão para sustentar o filho de certa paciente que teve gravidez indesejada após passar por operação malsucedida de esterilização. O total da indenização, em forma de pensão, ultrapassou o valor de cem mil euros. A paciente, identificada apenas como A.S., de quarenta e cinco anos, era dona de casa e já tinha dois filhos quando ficou grávida pela terceira vez, não obstante ter passado por procedimento em suas trompas de Falópio para evitar a gravidez. Nessa operação, o ginecologista optou por utilizar técnica diferente – com a injeção de um tipo de “cola” cirúrgica – que seria, em tese, menos invasiva que o método tradicional, mas que não alcançou os objetivos almejados.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> No entendimento da *Cour de Cassation*: “Dès lors que les fautes commises par un médecin et un laboratoire dans l’exécution des contrats formés avec une femme enceinte avaient empêché celle-ci d’exercer son choix d’interrompre sa grossesse afin d’éviter la naissance d’un enfant atteint d’un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues” (Cass. Ass. Plén., 17 nov. 200, Bull. Civ. Ass. Plén., n.º 9). Em tradução livre: “Considerando que os erros cometidos por um médico e por um laboratório no momento da execução de um contrato celebrado com uma mulher grávida impediram-na de decidir pela interrupção de sua gravidez no intuito de evitar o nascimento de uma criança deficiente, poderá esta última pleitear a reparação do prejuízo causado pela deficiência em função daqueles erros cometidos”.

<sup>41</sup> Trata-se da Lei nº 2002-303, de 4.3.2002, que determinou, no art. 1º: “Nul ne peut se prévaloir d’un préjudice du seul fait de sa naissance. La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l’acte fautif a provoqué directement le handicap ou l’a aggravé, ou n’a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l’atténuer. Lorsque la responsabilité d’un professionnel ou d’un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d’un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d’une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l’enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale”. Em tradução livre: “A ninguém é gerada por erro médico poderá obter a reparação do prejuízo apenas quando o ato danoso provocou diretamente a deficiência, agravou-a ou ainda quando não permitiu que as medidas cabíveis para a atenuar fossem tomadas. Quando se configura a responsabilidade de um profissional da saúde ou de um estabelecimento médico diante dos pais de uma criança nascida com uma deficiência não verificada durante a gravidez em função de uma culpa caracterizada, os pais poderão demandar uma indenização apenas a título de seu prejuízo pessoal. Tal prejuízo não deverá incluir as despesas específicas decorrentes da deficiência da criança ao longo de toda a vida desta. A compensação deste último prejuízo diz respeito à solidariedade nacional”.

<sup>42</sup> STJ. AgInt no AREsp nº 1.213.438/SP. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 24.4.2018.

<sup>43</sup> GRAVIDEZ indesejada faz médico pagar pensão a paciente. *BBC Brasil*, 26 set. 2002. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/ciencia/020926\\_gravidezdt11.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/ciencia/020926_gravidezdt11.shtml)>. Acesso em: 25 maio 2018. No Brasil, o jornal *O Globo* noticiou, em reportagem datada de 21.11.2006, o caso de ação indenizatória intentada por casal contra a Johnson & Johnson, atribuindo gravidez não planejada a um furo no preservativo fabricado pela empresa. Os pais do menino, que na época da reportagem já tinha sete anos, pleiteiam o valor de trinta e cinco mil reais a título de pensão para garantir o sustento do filho até que este complete vinte e um anos. Para provar o suposto defeito de fabricação do produto, o casal guardou o preservativo usado em um frasco por três anos, quando,



Em Portugal, a demonstrar que referida explosão de danos não atingiu apenas a esfera extrapatrimonial, o Supremo Tribunal de Justiça, no julgamento do Proc. nº 13.804, realizado em 9.7.2015, ao analisar caso de colisão de veículos, entendeu que “do património faz também parte ‘o direito de utilização das coisas próprias’, constituindo a privação do uso do veículo um dano patrimonial, como tal indenizável”.<sup>44</sup> No caso, concluiu-se que tal privação apenas não seria objeto de indenização se houvesse “lugar à reconstituição natural, mediante, por exemplo, a colocação à disposição do lesado de um veículo de substituição durante o período de tempo necessário, ou provando-se que a perda da possibilidade de utilizar a viatura sinistrada é imputável ao próprio lesado”. O dano de privação de uso também está na pauta da doutrina e jurisprudência brasileiras, e tem provocado intensos debates.<sup>45</sup>

No Brasil, na esfera dos danos patrimoniais, têm causado certo alvoroço as decisões que partem de verdadeiras presunções de danos, sem que nada no caso concreto indique, efetivamente, que o “lesado” sofreu algum tipo de prejuízo. No julgamento do Recurso Especial nº 535.979/ES, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu, por unanimidade:

[a] empresa rodoviária tem direito aos lucros cessantes, quando um de seus veículos for sinistrado por culpa de outrem, ainda que possua frota de reserva. Segundo o artigo 1.059 do anterior Código Civil, não se exige que os lucros cessantes sejam certos, bastando que, nas circunstâncias de cada caso concreto, sejam razoáveis ou potenciais.<sup>46</sup>

Também causou polêmica no Brasil o caso do pai que foi condenado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais a indenizar seu filho em duzentos salários mínimos por “ausência de amor e carinho”.<sup>47</sup> O rapaz alegou que até os seis anos de idade levava uma vida normal, quando seu pai, já no segundo casamento, teve outro filho. Foi, então, que o menino passou a ser rejeitado pelo genitor, que passou a ignorá-lo mesmo em datas importantes como aniversários e formatura no colégio. O pai, que já pagava ao filho pensão alimentícia equivalente a vinte por cento dos seus rendimentos, recorreu da decisão. O caso, que correu em segredo de justiça, trouxe à tona questões que causam certo embaraço: existe um “dever de amar” os filhos que, uma vez descumprido, gera dever de indenização? Por outro lado, se o abandono gerou efetivamente danos psíquicos ao menor, qual razão eximiria o pai de repará-lo?<sup>48</sup>

em 2001, resolveu ajuizar a ação, cujo pedido, acolhido em 1ª instância, foi negado pelo TJMG que reformou a decisão. Casos como esse já não são raros no Brasil (BRÍGIDO, Carolina. STF julgará pedido de indenização por furo em preservativo. *O Globo*, 21 nov. 2006. Disponível em: <<http://oglobo.com/pais/mat/2006/11/21/286746500.asp>>. Acesso em: 25 maio 2018).

<sup>44</sup> PORTUGAL. STJ. Processo nº 13.804. Rel. Fernanda Isabel Pereira, j. 9.7.2015.

<sup>45</sup> Sobre o tema, v. das autoras: TERRA, Aline de Miranda Valverde. Privação do uso: dano ou enriquecimento por intervenção? *Revista Eletrônica Direito e Política – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali*, Itajaí, v. 9, n. 3, p. 1620-1644, set./dez. 2014. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/6753>>. Acesso em: 11 maio 2018; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 149-160, em particular.

<sup>46</sup> STJ. REsp nº 535.979/ES. Rel. Min. Castro Filho, 3ª T., j. 18.12.2003.

<sup>47</sup> TJMG. AC nº 408.550-5. Rel. Des. Unias Silva, 7ª CC, j. 29.4.2004.

<sup>48</sup> Evidentemente, o abandono moral não se refere à violação de um suposto dever de amar, mas antes ao descumprimento do dever de assistência moral. Sobre o tema, cf. STJ. REsp nº 1.159.242/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 24.4.2012.

Outro assunto em voga no Brasil diz respeito à possibilidade, ou não, de a perda de tempo ser considerada categoria autônoma de dano. Há quem defenda que o tempo deve ser tutelado *tout court* pelo ordenamento, de modo que quem desperdiça tempo alheio deve compensar a vítima por meio de categoria indenizatória autônoma, que não se confunde com os danos patrimoniais e morais (em sentido estrito).<sup>49</sup> Nesse cenário, a perda do tempo, por si só, geraria o dever de indenizar, mesmo que não fossem atingidos outros bens ou interesses jurídicos, devendo ser, portanto, qualificada, segundo seus defensores, como nova categoria ou subcategoria de danos extrapatrimoniais, que não se confundiria com os danos morais em sentido estrito.<sup>50</sup>

Embora seja inegável – especialmente quando se trata de relações de consumo – que muitas vezes os abusos cometidos pelos fornecedores fazem com que o consumidor perca tempo em vão para solucionar problemas atinentes ao vício do produto ou do serviço, não é sempre que essa nova situação lesiva gera efetivamente um dano ressarcível. Afinal, perder tempo, infelizmente, faz parte da vida cotidiana e essa constatação não é nova. E mais: considerando o conceito amplo de dano moral, qual seria a utilidade de se admitir a perda de tempo como uma categoria autônoma de dano? A liberdade é um valor a ser considerado e, sem dúvida, compõe um dos aspectos da dignidade da pessoa humana, mas o tempo, por si só, não o é.<sup>51</sup>

Enfim, sem entrar no mérito de cada uma dessas discussões, que demandam análise mais detida, o fato é que não se pode deixar de expressar certa perplexidade diante dessa verdadeira explosão de danos indenizáveis. Como já afirmou Luiz Edson Fachin, “o dano expõe uma falta, e o estatuto da responsabilidade intenta colmatá-la. Tal objetivo legítimo tem como desafio discutir os limites e as possibilidades do suprimento dessa lacuna derivada da tragédia humana”.<sup>52</sup> Essa lacuna, porém, não é fácil de ser preenchida. Muito ao contrário: como explica o próprio Fachin:

as vítimas, a rigor, em uma sociedade excludente e desigual, são todos os asselvajados por acidentes, pelos riscos e pelas carências expostas, aqueles mesmos desumanizados como sobranes, os assim denominados expendables, muito vistos na Europa que deporta e na América que não abriga.<sup>53</sup>

<sup>49</sup> GUGLINSKI, Vitor Vilela. O dano temporal e sua reparabilidade: aspectos doutrinários e visão dos Tribunais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 24, v. 99, p. 125-156, maio/jun. 2015; GUGLINSKI, Vitor Vilela. Da responsabilidade civil do Estado pela perda do tempo útil/livre do administrado. *Boletim de Administração Pública e Gestão Municipal*, Curitiba, v. 6, n. 54, p. 405-408, mar. 2016.

<sup>50</sup> Sobre o tema, cf. BASTOS, Daniel Deggau. *A perda do tempo como categoria indenizatória autônoma: terminologia jurídica e coerência sistemática*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

<sup>51</sup> Ao propósito, já se afirmou: “Trata-se, portanto, de novo suporte fático de dano, vale dizer, de nova situação lesiva de interesse merecedor de tutela: ao violar seu dever contratual e impor ao consumidor dedicação de tempo extra à solução do problema, o fornecedor causa lesão à sua liberdade” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Danos autônomos ou novos suportes fáticos de danos? Considerações acerca da privação do uso e da perda do tempo nas relações de consumo. In: KNOERR, Viviane Coêlho de Sêllos; FERREIRA, Keila Pacheco; STELZER, Joana (Org.). *Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo*. Florianópolis: Conpedi, 2015. p. 216. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/i9j11a02/35mAX814coubd1nt.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2018).

<sup>52</sup> FACHIN, Luiz Edson. Relações jurídicas, contratos e responsabilidade civil: uma liberdade, duas funcionalizações, três problematizações. *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*, n. 2, p. 103-115. p. 110. Disponível em: <[https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=1163](https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=1163)>. Acesso em: 16 maio 2018.

<sup>53</sup> FACHIN, Luiz Edson. Relações jurídicas, contratos e responsabilidade civil: uma liberdade, duas funcionalizações, três problematizações. *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*, n. 2, p. 103-115. p. 110. Disponível em: <[https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=1163](https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=1163)>. Acesso em: 16 maio 2018.



Diante dessa constatação, torna-se imperioso dar um passo atrás para que se volte a discutir o próprio papel da responsabilidade civil, a função a que está vocacionada e os interesses realmente dignos de tutela no ordenamento jurídico brasileiro. A passagem do ato ilícito para o dano injusto ampliou consideravelmente as situações lesivas em razão da identificação de novos interesses juridicamente tuteláveis, mas a responsabilidade civil não se presta a reparar interesses fúteis, tampouco pode servir, como observado no item anterior, a duas funções diametralmente opostas – compensar e punir –, ou mesmo como instrumento de distribuição de riquezas. Não é essa, em definitivo, a função da responsabilidade civil.

Assim, todas essas novas etiquetas de dano precisam ser analisadas e revistas, para que não se acabe distorcendo a própria função da responsabilidade civil, com o intuito de alargar a reparação da vítima. No direito brasileiro, o dano tem, a princípio, apenas duas facetas – patrimonial ou extrapatrimonial (dano moral e institucional) –, devendo enquadrar-se aí todas essas novas situações lesivas, que não chegam a formar, repita-se à exaustão, categorias autônomas de dano. Subdividir o dano extrapatrimonial em um sem número de categorias só parece fazer algum sentido nos ordenamentos em que o conceito de dano moral é absolutamente restritivo, como em Portugal e na Itália. No Brasil, essas novas situações lesivas servem apenas para demonstrar a multiplicidade de aspectos que a realidade humana apresenta; podem até vir a ser úteis para a quantificação do dano extrapatrimonial, mas não para a sua configuração, que continua a depender da lesão a um dos aspectos da dignidade humana.

#### 4 A despatrimonialização da reparação do dano moral

Como já se apontou – e esta é, aliás, afirmação corrente –, o dano moral não se sujeita a “ressarcimentos”, mas antes se “compensa”, como o dano extrapatrimonial de maneira geral. A dificuldade reside no fato de essa compensação ser feita, na maioria dos casos, por meio da deflagração do dever de indenizar – de cunho estritamente patrimonial –, como se esta fosse a única resposta possível do ordenamento jurídico para as inúmeras lesões à dignidade humana, vale dizer, aos interesses existenciais.

Para além da questão da quantificação do dano extrapatrimonial que, por si só, já encerra grande desafio, o remédio tradicional das “perdas e danos” pode gerar outro problema, porque tende a estimular sentimentos mercenários por parte da vítima, sobretudo quando protegida pelo Código de Defesa do Consumidor, no âmbito do qual a obtenção de indenização é consideravelmente facilitada. Por outro lado, referido mecanismo compensatório, não raro, induz o fornecedor à conclusão (equivocada) de que a lesão a interesses existenciais é, por assim dizer, autorizada, mediante o pagamento de um preço (*a priori*, indeterminado), que acaba por ser “embutido” nos custos da produção. Em patente inversão de princípio, traduz para o fornecedor a ideia (enganosa) de que é possível lesionar, desde que se indenize *a posteriori*.

Some-se a isso o fato de que os sistemas indenizatórios, exatamente porque não foram pensados para a tutela de interesses extrapatrimoniais, não se adéquam à reparação de lesões contra eles perpetradas: a chamada “fórmula da equivalência”, própria do dano patrimonial, por exemplo, dá ensejo a uma série de conhecidas controvérsias quando se trata de reparar o dano extrapatrimonial, a revelar a insuficiência deste meio de



reparação.<sup>54</sup> Torna-se, com efeito, necessário o desenvolvimento de meios não pecuniários de reparação que, embora não substituam por completo a compensação em dinheiro em todos os casos, somam-se a ela para efetivamente compensar o dano extrapatrimonial, recompondo, na medida do possível, os interesses existenciais lesionados.<sup>55</sup> Assiste-se, assim, ainda que de forma acanhada, e na esteira do que se passa em outros ordenamentos jurídicos, à despatrimonialização – já não mais do dano, mas, da compensação.<sup>56</sup>

No Brasil, a reparação *in natura* se mostra particularmente eficaz tendo em vista os valores relativamente baixos das indenizações arbitradas para os danos extrapatrimoniais, sobretudo nos casos mais graves, o que faz com que a vítima não se sinta devidamente reparada. Com a reparação *in natura*, o pagamento da indenização pode eventualmente ser substituído ou cumulado com medidas de retratação ou da publicação da sentença de procedência do pedido de indenização por dano moral,<sup>57</sup> tornando mais efetiva a compensação<sup>58</sup> e desestimulando a difusão das ações meramente mercenárias.

<sup>54</sup> A teoria da diferença, de fato, vem sendo alvo de severas críticas: “A teoria da diferença tem, porém, uma aplicação limitada, na medida em que o cálculo patrimonial que estabelece não é possível a não ser estando em causa danos patrimoniais presentes. Não são assim abrangidos nessa forma de cálculo nem os danos não patrimoniais nem os danos futuros. Mas, para além disso, a teoria da diferença não se aplica sempre que o tribunal possa fixar a indemnização em montante inferior aos danos causados (cfr. art. 494.º e 570.º), caso em que a fixação final da indemnização dependerá de outros factores que não a simples avaliação patrimonial do lesado. Um outro caso em que a teoria da diferença falha diz respeito à situação dos danos de natureza continuada. Assim, por exemplo, se alguém, em consequência de uma lesão, vê reduzida a sua capacidade para prestar trabalho ou para auferir outro tipo de rendimentos, é manifesto que o dano não fica eliminado com a atribuição de um valor para cobrir a diferença entre a sua actual situação patrimonial real e a sua situação patrimonial hipotética nesse momento. Efectivamente, passado algum tempo voltará a haver diferença entre essas duas situações patrimoniais. A solução apenas pode passar, assim, pela atribuição de uma indemnização em renda vitalícia ou temporária, cabendo ao tribunal determinar as providências necessárias para garantir o seu pagamento, conforme prevê o art. 567.º. Só dessa forma a fixação da indemnização permitirá colmatar a perda continuada de rendimentos pelo lesado. Nesse caso, admite-se ainda que a fixação da indemnização seja modificada, caso sofram alteração sensível as condições em que se baseou (art. 567.º, n.º 2). Efectivamente, é sabido que a percepção dos rendimentos pode ser afectada pela conjuntura económica, pelo que também a indemnização, quando fixada sob a forma de renda deve poder evoluir em função dessa conjuntura” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1. p. 379-380).

<sup>55</sup> A reparação *in natura* nada mais é do que a tentativa de se recolocar o lesado no mesmo estado em que estaria se o evento danoso não tivesse ocorrido, restituindo-lhe, por exemplo, um bem semelhante ao subtraído, destruído ou danificado para recomposição do seu patrimônio. Costuma-se afirmar, de maneira geral, que o dano ou patrimonial, então aos poucos a doutrina vem reconhecendo o valor da reparação *in natura*, em algumas situações em que esta não só é viável, mas também absolutamente imprescindível para recompor os interesses existenciais lesionados.

<sup>56</sup> Em Portugal, cf. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 599 e seguintes.

<sup>57</sup> O que não necessariamente precisa ocorrer no *Diário de Justiça*; a depender do caso, a reparação será mais efetiva se a sentença for publicada em informativo local, que circule mais pelo público diante do qual o lesado ficou exposto.

<sup>58</sup> Na legislação brasileira, a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) prevê algumas formas de reparação que têm sido consideradas modalidades de reparação *in natura*, como a retratação do ofensor, o desmentido, a retificação da notícia injuriosa, a divulgação da resposta e, até mesmo, a publicação da sentença condenatória. Vale observar que, em 30.4.2009, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, por maioria, julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 130/DF, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT em face da Lei de Imprensa, declarando que a referida lei não havia sido recepcionada pela ordem constitucional de 1988, por ferir os princípios da Constituição Federal. Apesar disso, tais formas de reparação *in natura*, ali previstas, continuam sendo aplicadas na prática. A doutrina indica também como exemplo a retificação do mercado do livro supostamente ofensivo a honra de uma pessoa pública (para outros exemplos, cf. ASSIS, Araken de. Liquidação do dano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 759, p. 11-23, jan. 1999. p. 14-23). Na opinião do Min. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, tais “[...] medidas previstas na nossa legislação ou indicadas pela doutrina não constituem propriamente casos de reparação natural, pois não se consegue apagar



Tão sedutora é a reparação *in natura*, que se chega a afirmar o caráter subsidiário da “reparação” (compensação) pecuniária, que só seria chamada a atuar quando a reparação *in natura* se revelasse insuficiente para tutelar a vítima. O que se tem observado, contudo, é justamente o contrário: a reparação pecuniária tem sido a regra, e a *in natura*, a exceção, tendo em vista, sobretudo, os acanhados mecanismos dessa modalidade de reparação, que não oferecem tutela satisfatória à compensação de diversos danos extrapatrimoniais.<sup>59</sup>

Nos poucos casos em que a reparação *in natura* é posta em prática, as decisões, de regra, se limitam a condenar o agente ofensor a alguma medida de retratação, quando viável, ou a providenciar a publicação da sentença, o que pode mesmo criar um efeito reverso (ou perverso) para a vítima. Pense-se, por exemplo, na situação da pessoa cuja vida privada tenha sido exposta em matéria jornalística falsa. A depender das circunstâncias do caso concreto, a publicação da sentença de procedência do pedido de indenização por dano moral pode submeter a vítima à nova exposição na mídia, trazendo, uma vez mais, à tona assunto já adormecido aos olhos do grande público. Em casos como esse, a reparação pecuniária, à míngua de outro mecanismo de reparação *in natura* mais eficiente, parece o melhor instrumento de compensação dos danos sofridos.

A difusão da reparação *in natura* depende, enfim, de a doutrina se dedicar, com criatividade, ao desenvolvimento de novos mecanismos para sua aplicação, capazes de torná-la cada vez mais eficaz na compensação do dano extrapatrimonial. Recentemente, essa questão entrou na pauta do Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 580.252. Discutiu-se, neste caso, se o Estado deveria responder pelos danos morais comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocados pela superlotação das prisões e pelo encarceramento em circunstâncias desumanas e degradantes. No seu voto-vista, depois de discorrer sobre as condições precárias do sistema penitenciário brasileiro e sobre a importância da reparação não pecuniária do dano moral, o Ministro Luís Roberto Barroso propôs, efetivamente, nova forma de implementá-la, valendo-se do instituto da remição da pena.

Segundo o Ministro Barroso, o Estado deveria ser civilmente responsável pelos danos extrapatrimoniais comprovadamente sofridos pelos presos em decorrência de violações à sua dignidade. No entanto, considerou que a condenação pecuniária seria inviável na realidade brasileira, porque conduziria à própria “falência do Estado”, razão pela qual a reparação não pecuniária afigurar-se-ia mais apropriada. A proposta do Ministro Barroso consistiu, então, na remição de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo de Execução Penal. Caso o detento já tivesse cumprido integralmente a pena ou não fosse possível, por qualquer motivo, aplicar-lhe a remição, apenas nesta

completamente os prejuízos extrapatrimoniais, sendo apenas tentativas de minimização dos seus efeitos por não ser possível a recomposição dos bens jurídicos sem conteúdo econômico atingido, como ocorre com os direitos da personalidade” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34-40; 275-277).

<sup>59</sup> Assim, “[n]ão obstante seu caráter subsidiário, a indenização em dinheiro é mais frequente, dadas as dificuldades opostas, na prática, à reparação natural pelas circunstâncias e, notadamente, em face do dano, pela impossibilidade de restabelecer a rigor a situação anterior ao evento danoso” (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 985-988).



hipótese o Ministro Barroso admitiria a fixação em pecúnia da reparação pelo juízo cível competente.<sup>60</sup>

Embora a tese não tenha sido acolhida ao final, o voto do Ministro Barroso bem demonstra não só a importância do tema, mas a miríade de possibilidades de reparação *in natura* para além das medidas de retratação e/ou de publicação de sentença condenatória. Ao propósito, como já se observou, a reparação *in natura* tem vocação expansiva,<sup>61</sup> o que, todavia, não dispensa o aplicador do direito de analisar detidamente o caso concreto, as circunstâncias peculiares da vítima, a fim de não eleger medida que se revele, ao fim e ao cabo, inadequada à tutela de seus interesses.

A reparação *in natura* é, pois, modelo que ainda requer aperfeiçoamento e, salvo melhor juízo, deve conviver ao lado da reparação pecuniária, cuja admissão representou, historicamente, no âmbito dos danos existenciais, inegável conquista da sociedade. Nessa esteira, se hoje a tutela prioritária da vítima deve ser, a todo tempo, perseguida, ninguém melhor do que a própria vítima para avaliar que mecanismo de compensação – pecuniário ou *in natura* – recompõe melhor a lesão a seus interesses.<sup>62</sup> Seja como for, interesses meramente fúteis não devem, evidentemente, ser protegidos, quer pela reparação *in natura*, quer pela compensação pecuniária, porque sequer são aptos a configurar dano moral.

## 5 A tutela do patrimônio mínimo e o parágrafo único do art. 928

“A pessoa natural, ao lado de atributos inerentes à condição humana, inalienáveis e insuscetíveis de apropriação, pode ser também, à luz do Direito Civil brasileiro contemporâneo, dotada de uma garantia patrimonial que integra sua esfera jurídica”.<sup>63</sup> Com essa eloquente afirmação, Luiz Edson Fachin introduz uma de suas mais

<sup>60</sup> Sugeriu o Ministro Barroso a afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “O Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo de Execução Penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente” (STF. Responsabilidade civil do Estado: superpopulação carcerária e dever de indenizar – 3. *Informativo STF*, n. 784. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28barroso+voto+580252+%29&base=baseInformativo>>).

<sup>61</sup> MAGALHÃES, Fabiano Pinto de. Responsabilidade civil do Estado por danos morais causados a presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas por superlotação prisional e condições desumanas ou degradantes de encarceramento e a imposição de medida reparatória não pecuniária, por meio da remição de parte do tempo de pena, em analogia ao art. 126 da lei de execução penal. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 4, p. 138-150, abr./jun. 2015. Disponível em: <[https://www.ibdcivil.org.br/imagens/data/revista/volume4/ibdrcivil\\_volume\\_4\\_fabiano-pinto-de-magalhuees\\_pg138-150.pdf](https://www.ibdcivil.org.br/imagens/data/revista/volume4/ibdrcivil_volume_4_fabiano-pinto-de-magalhuees_pg138-150.pdf)>. Acesso em: 15 maio 2018.

<sup>62</sup> Em 2009, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina reformou sentença de caso em que se discutia a reparação pecuniária do dano moral pela danificação de túmulo de parente, conforme pedido pelas partes. A sentença havia determinado a reparação *in natura* por meio de uma obrigação de fazer (localização e identificação dos restos mortais junto ao cemitério e reconstrução do túmulo com a identificação da pessoa sepultada, de preferência no mesmo local em que foram localizados os restos mortais). O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina entendeu que o juiz havia extrapolado a causa de pedir (TJSC. AC nº 2008.080311-8. Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, 1ª CDPub., j. 4.3.2009).

<sup>63</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1.

emblemáticas obras: *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. De acordo com o autor, “trata-se de um patrimônio mínimo mensurado consoante parâmetros elementares de uma vida digna e do qual não pode ser expropriada ou desapossada”.<sup>64</sup>

Inspirado justamente na tutela do patrimônio mínimo, o legislador introduziu, no Código Civil de 2002, o art. 928 e seu parágrafo único, sem correspondentes do Código Civil de 1916, segundo os quais:

O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

Como se sabe, de regra, os pais são responsáveis objetivamente pela reparação civil decorrente de danos injustos praticados pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia, consoante dispõe o art. 932, I, do Código Civil. Da mesma forma, de acordo com o inc. II do dispositivo, o tutor e o curador também respondem, de forma objetiva, pelos danos causados pelos pupilos e curatelados que se encontrem sob sua autoridade e em sua companhia. Cuida-se de expediente utilizado pelo legislador com o intuito de oferecer à vítima tutela prioritária, garantindo que o dano sofrido seja reparado em toda a sua extensão por meio da responsabilização dos pais, independentemente de culpa.

Nos termos do dispositivo transcrito, excepcionalmente, quando o patrimônio dos pais, tutores ou curadores se revelar insuficiente, o patrimônio dos incapazes poderá ser chamado a responder pela indenização. Dito de outro modo, a responsabilidade pelo ressarcimento dos danos causados pelo filho menor ou pelo tutelado ou curatelado é dos pais, do tutor ou do curador, e somente quando não dispuserem de meios suficientes para fazê-lo, admite-se sejam executados os bens do próprio incapaz. Trata-se, a toda evidência, de responsabilidade subsidiária.<sup>65</sup> A solução, mais uma vez, volta-se à tutela da vítima, que poderia permanecer irressarcida em caso de insolvência dos responsáveis, ainda que o incapaz possuísse patrimônio significativo.

O art. 928 prevê uma segunda hipótese em que o patrimônio do incapaz responde pela indenização do dano injusto por ele causado, não já subsidiariamente, mas direta e solidariamente com as pessoas por ele responsáveis: quando referidas pessoas *não tiverem obrigação de fazê-lo*. Trata-se da situação contemplada no art. 116 da Lei nº 8.069 de 13.7.1990, segundo o qual “em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima”.

De todo modo, preocupou-se também o legislador não só com a tutela da vítima, mas com a subsistência do próprio incapaz. Por essa razão, estabelece, no parágrafo único do art. 928, que a indenização, além de equitativa, não pode privá-lo dos meios necessários à sua sobrevivência. A indenização há de ser estabelecida, portanto, de sorte a observar a proporcionalidade entre a reparação mais próxima possível da extensão do

<sup>64</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1.

<sup>65</sup> STJ. REsp nº 1.436.401/MG. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 2.2.2017.



dano, e as possibilidades patrimoniais do incapaz, de modo a não comprometer o seu mínimo existencial.<sup>66</sup> Mitiga-se, assim, o princípio da reparação integral em homenagem à tutela do patrimônio mínimo do agente incapaz.

A despeito de a expressa dicção do dispositivo parecer conduzir ao entendimento segundo o qual apenas ao patrimônio dos incapazes referidos no *caput* do art. 928 seria conferida referida tutela, o fundamento constitucional do dispositivo conduz à compreensão diversa.

De fato, o fundamento de validade da tutela do patrimônio mínimo reside no art. 3º, inc. I da Constituição de 1988, que erige a fundamento da República a dignidade da pessoa humana, no art. 5º, *caput*, que garante a inviolabilidade do direito à vida, e no art. 170, que estabelece como fim para a ordem econômica “assegurar a todos vida digna”.<sup>67</sup> Significa que a preservação de patrimônio mínimo, protegido contra os interesses patrimoniais dos credores, que garanta ao devedor a manutenção de sua dignidade, é exigência da Constituição, e independe de previsão infraconstitucional específica.<sup>68</sup> Cuida-se, por conseguinte, de “imunidade jurídica inata ao ser humano, superior aos interesses dos credores”.<sup>69</sup>

Em termos práticos, o limite humanitário há de ser tutelado também nos casos em que a indenização recaia sobre o patrimônio do pai, do tutor ou curador, de sorte que a utilização do patrimônio do incapaz se dê não apenas quando esgotados todos os recursos do responsável, mas quando reduzidos ao montante necessário à preservação de uma vida digna,<sup>70</sup> noção que não deve ser interpretada restritivamente, sob pena de se limitar o alcance do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. É o que impõe a repersonalização do direito civil. É o que dita a Constituição da República.

## 6 Conclusão

A repersonalização impactou diretamente em todos os ramos do direito civil, inclusive a responsabilidade civil, cujo foco se desloca do ato ilícito para o dano injusto – em vez de se preocupar em punir a conduta culposa ou dolosa do agente, a responsabilidade civil passou a enfatizar a proteção à vítima de dano injusto –, a ratificar a precípua função do instituto, consistente no ressarcimento/compensação da vítima na exata medida do dano sofrido. Passou-se a exigir, com fundamento na nova ordem constitucional, maior proteção da vítima do dano injusto.

<sup>66</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *A responsabilidade civil do incapaz*. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. p. 10-11.

<sup>67</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 2.

<sup>68</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 2. p. 821.

<sup>69</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1.

<sup>70</sup> Nessa direção, aprovou-se o Enunciado nº 39 na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal nos seguintes termos: “A impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização equitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Como consequência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas se reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade”.

Afasta-se, assim, peremptoriamente, a possibilidade de “embutir”, na verba compensatória, qualquer valor a título de penalidade, e atribuir, por consequência, função punitiva ao dano moral. Referida prática, reiteradamente utilizada pelos tribunais brasileiros, produz uma espécie de dano moral “turbinado”, cujo montante não corresponde à extensão da lesão ao interesse juridicamente tutelado, em flagrante violação ao princípio da equivalência entre dano e indenização. Institucionaliza-se, assim, o enriquecimento sem causa da vítima, que recebe verba à qual não faz jus.

A passagem do ato ilícito para o dano injusto também ampliou consideravelmente as situações lesivas em razão da identificação de novos interesses juridicamente tuteláveis, assistindo-se, nas últimas décadas, à verdadeira “explosão” de danos indenizáveis, com a criação de um sem número de novas categorias de danos. Essa “guerra de etiquetas” – na expressão de Mosset Iturraspe – apenas evidencia a multiplicidade de aspectos que a realidade humana apresenta. A jurisprudência tem sido generosa (e mesmo criativa) no intuito de proteger a vítima, mas não deve perder de vista que a responsabilidade civil não se presta a reparar interesses fúteis.

Em linha com a tendência de outros ordenamentos jurídicos, a responsabilidade civil vem, no Brasil, paulatinamente experimentando também um movimento de despatrimonialização da reparação. As dificuldades que surgiram em torno da quantificação da indenização do dano extrapatrimonial revelaram a insuficiência deste meio para a sua reparação. A reparação *in natura* surge, então, como forma de complementar ou, em algumas hipóteses, até mesmo substituir a compensação pecuniária.

Apesar de suas vantagens, a reparação *in natura* nem sempre se mostra adequada na prática, sendo antes um modelo que ainda precisa ser aperfeiçoado.

À luz da repersonalização do direito civil e inspirado na tutela do patrimônio mínimo, o legislador também introduziu, no Código Civil, o art. 928 e seu parágrafo único. Com fundamento nesse dispositivo, quando o patrimônio dos pais, tutores ou curadores se revelar insuficiente, o patrimônio dos incapazes poderá ser chamado a responder pela indenização, de forma subsidiária. O patrimônio do incapaz também pode vir a responder, de forma direta, pela indenização do dano injusto por ele causado quando referidas pessoas não tiverem a obrigação de fazê-lo, o que remete à situação contemplada no art. 116 da Lei nº 8.069/90. Ambas as soluções visam atender aos interesses da vítima, que poderia permanecer irressarcida em caso de insolvência dos responsáveis, ainda que o incapaz possuísse patrimônio significativo. O paliativo introduzido no parágrafo único do art. 928 revela a preocupação do legislador não só com a tutela da vítima, mas com a subsistência do próprio incapaz, que também é digna de proteção.

A despeito de todas as referidas manifestações, no âmbito da responsabilidade civil, da repersonalização do direito civil, e da travessia que ainda se há de fazer em direção à mais efetiva tutela da pessoa humana, não raro, vozes contrárias se levantam contra os novos ventos, insistindo em conceber a responsabilidade civil como instrumento de tutela prioritária de situações jurídicas patrimoniais e em lhe atribuir função punitiva. Ao propósito, trazem-se à lembrança as sempre perspicazes palavras de Luiz Edson Fachin que, com refinada ironia, já advertiu:

Nada obstante, tal como Teseu ao enfrentar Procusto, parece-nos que é preciso reconhecer como vem suave, feito um *soft law* simbólico, esse vento de uma dogmática refinada e sensível.



Aos que já sucumbiram e saúdam o fim da história, enfim, aos novos oitocentistas do século XXI, permito-me lembrá-los dos versos de Manuel Alegre:

“Mesmo na noite mais triste  
Em tempo de servidão  
Há sempre alguém que resiste  
Há sempre alguém que diz não”.<sup>71</sup>

## Referências

- ASSIS, Araken de. Liquidação do dano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 759, p. 11-23, jan. 1999.
- BARBOZA, Heloisa Helena. *A responsabilidade civil do incapaz*. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.
- BARCELONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Tradução de Jesús Ernesto García Rodríguez. Madrid: Trotta, 1996.
- BASTOS, Daniel Deggau. *A perda do tempo como categoria indenizatória autônoma: terminologia jurídica e coerência sistemática*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.
- BRASIL. *Mensagem nº 664, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/Mensagem\\_Veto/anterior\\_98/vpep664-L8078-90.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/vpep664-L8078-90.htm)>. Acesso em: 11 maio 2018.
- BRÍGIDO, Carolina. STF julgará pedido de indenização por furo em preservativo. *O Globo*, 21 nov. 2006. Disponível em: <<http://oglobo.com/pais/mat/2006/11/21/286746500.asp>>. Acesso em: 25 maio 2018.
- COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE REDAÇÃO. *Projeto de Lei nº 6960, de 2002*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/196514.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2018.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- DIAS, João António Álvaro. *Dano corporal: quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*. Coimbra: Almedina, 2001.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- EATON, Thomas A.; MUSTARD David B.; TALARICO, Susette M. *The effects of seeking punitive damages on processing of tort claim*. Ago. 2004. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.203.2216&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 11 maio 2018.
- FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.
- FACHIN, Luiz Edson. Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro: elementos constitucionais para uma reflexão crítica. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 77, n. 4, p. 186-203, out./dez. 2011.
- FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Novo Código Civil: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco (arts. 1591 a 1638)*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 18.
- FACHIN, Luiz Edson. Constituição e relações provadas: questões de efetividade no tríptico vértice entre o texto e o contexto. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, Rio de Janeiro, ano 35, n. 95, p. 5-24, 2007.
- FACHIN, Luiz Edson. Entre duas modernidades: a constituição da persona e o mercado. *Revista de Direito Brasileira*, 2011.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>71</sup> FACHIN, Luiz Edson. Entre duas modernidades: a constituição da persona e o mercado. *Revista de Direito Brasileira*. 2011. p. 108.

FACHIN, Luiz Edson. O estatuto civil da clausura real. *Revista de Informação Legislativa*, ano 32, n. 128, p. 161-163, out./dez. 1995.

FACHIN, Luiz Edson. Relações jurídicas, contratos e responsabilidade civil: uma liberdade, duas funcionalizações, três problematizações. *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*, n. 2, p. 103-115. Disponível em: <[https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=1163](https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=1163)>. Acesso em: 16 maio 2018.

FACHIN, Luiz Edson. Segurança jurídica entre ouriços e raposas. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al. (Org.). *Direito civil constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil à luz do Novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GIORGIANI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 747, p. 35-55, jan. 1988.

GOMES, Orlando. Balanço resumido do direito civil. In: GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Orlando. Tendências modernas da reparação de danos. In: FRANCESCO, Jose Roberto Pacheco di (Org.). *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GRAVIDEZ indesejada faz médico pagar pensão a paciente. *BBC Brasil*, 26 set. 2002. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/ciencia/020926\\_gravidezdtl1.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/ciencia/020926_gravidezdtl1.shtml)>. Acesso em: 25 maio 2018.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUGLINSKI, Vitor Vilela. Da responsabilidade civil do Estado pela perda do tempo útil/livre do administrado. *Boletim de Administração Pública e Gestão Municipal*, Curitiba, v. 6, n. 54, p. 405-408, mar. 2016.

GUGLINSKI, Vitor Vilela. O dano temporal e sua reparabilidade: aspectos doutrinários e visão dos Tribunais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 24, v. 99, p. 125-156, maio/jun. 2015.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1.

MAGALHÃES, Fabiano Pinto de. Responsabilidade civil do Estado por danos morais causados a presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas por superlotação prisional e condições desumanas ou degradantes de encarceramento e a imposição de medida reparatória não pecuniária, por meio da remição de parte do tempo de pena, em analogia ao art. 126 da lei de execução penal. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 4, p. 138-150, abr./jun. 2015. Disponível em: <[https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume4/ibdcivil\\_volume\\_4\\_fabiano-pinto-de-magalhuees\\_pg138-150.pdf](https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume4/ibdcivil_volume_4_fabiano-pinto-de-magalhuees_pg138-150.pdf)>. Acesso em: 15 maio 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. Do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5. t. II.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Lisboa: Estampa, 1988.

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

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages. *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, v. II, p. 764-781, 2000. Disponível em: <<https://reference.findlaw.com/lawandeconomics/3700-punitive-damages.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2017.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 667, p. 7-16, maio 1991.

STF. Responsabilidade civil do Estado: superpopulação carcerária e dever de indenizar – 4. *Informativo STF*, n. 784. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28barroso+voto+580252+%29&base=baseInformativo>>.



- TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social do contrato. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 3.
- TEPEDINO, Gustavo. Velhos e novos mitos na teoria da interpretação. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 28, out./dez. 2006. Editorial.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde. A discricionariedade judicial na metodologia civil-constitucional. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, v. 60, n. 3, p. 367-382, set./dez. 2015. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/41141/26954>>. Acesso em: 22 maio 2018.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde. Danos autônomos ou novos suportes fáticos de danos? Considerações acerca da privação do uso e da perda do tempo nas relações de consumo. In: KNOERR, Viviane Coelho de Sêllos; FERREIRA, Keila Pacheco; STELZER, Joana (Org.). *Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo*. Florianópolis: Conpedi, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c17880q19j11a02/35mAX814coubd1nt.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2018.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde. Privação do uso: dano ou enriquecimento por intervenção? *Revista Eletrônica Direito e Política - Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas da Univali*, Itajaí, v. 9, n. 3, p. 1620-1644, set./dez. 2014. Disponível em: <<https://sistap32.univali.br/seret/index.php/rdp/article/view/6753>>. Acesso em: 11 maio 2018.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gueli Sampaio da Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente cliente. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 28, p. 1-24, 2015. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/20290>>. Acesso em: 1 maio 2018.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A capacidade civil da pessoa com deficiência no direito brasileiro: reflexões a partir do I Encontro Internacional sobre los derechos de la persona con discapacidad en el Derecho Privado de España, Brasil, Italia y Portugal. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 15, p. 223-235, jan./mar. 2016. Disponível em: <<http://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rdc/article/view/212>>. Acesso em: 15 maio 2018.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gueli Sampaio da Cruz. A responsabilização do direito e suas repercussões na responsabilidade civil. In: FERREIRED JUNIOR, Marcos; CURTIANO JUNIOR, Ericilton (Coord.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição estudadas em homenagem a Luiz Edson Facchini*. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 473-494. ISBN 978-85-453-0862-9.

---