

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO III

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

NILSON TADEU REIS CAMPOS SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito civil contemporâneo III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: José Sebastião de Oliveira, Nilson Tadeu Reis Campos Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-305-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Civil Contemporâneo.

I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO III

Apresentação

Os catorze trabalhos defendidos no GT DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO III mostraram-se conectados por um fio condutor: a aproximação da clássica doxa com a práxis imposta pelos tempos atuais, com o objetivo de transformação de institutos jurídicos amoldados e sintonizados com as necessidades atuais de defesa de interesses das pessoas inter-relacionadas, aderentes ao tema Cidadania e Desenvolvimento: O papel dos atores no Estado Democrático de Direito, com ênfase à tutela do tráfego jurídico, das relações interpessoais e da responsabilidade e capacidade. Cláudia Franco Corrêa e Juliana Barcellos da Cunha e Menezes ofertam oportuna reflexão sobre o fenômeno da multipropriedade no Brasil frente à anomia legislativa e à clássica característica de *numerus clausus*, a apresentarem a necessidade de superação do hermetismo dos direitos reais para adequação à contemporaneidade, sob o título *A MULTIPROPRIEDADE (“TIME SHARING”) NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA CARACTERÍSTICA NUMERUS CLAUSUS DOS DIREITOS REAIS: CONTROVÉRSIAS E CONSENSOS*, texto que configura importante contribuição para o desenvolvimento do ordenamento jurídico em consonância com as demandas sociais, valor que também se vê no artigo *CONTRATO DE LONGA DURAÇÃO: PAUTAS INTERPRETATIVAS E LIMITES À RESOLUÇÃO* em que Wilson Alexandre Dés Essarts Barufaldi apresenta novas fórmulas para preservação da relação jurídica no tempo e no espaço a fim de se atender as exigências social e econômica sem conferir caráter absoluto aos argumentos puramente econômicos ou matemáticos. O trabalho de Daniella Bernucci Paulino e Rodolpho Barreto Sampaio Júnior, intitulado *PANORAMA JURISPRUDENCIAL DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: UMA REVISÃO SISTEMÁTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*, procede à rigorosa crítica à imprecisão daquela Corte ao aplicar princípios como boa-fé objetiva, relatividade contratual e preservação do equilíbrio econômico como se suficientes à análise econômica da função social do contrato, o que culmina por minar a estrutura do mercado, concluído a exaustiva pesquisa com a verificação da intenção da jurisprudência de se valer da função social como forma de realização da justiça distributiva. Raphael Abs Musa de Lemos e Adriano Elias Oliveira analisam em seu *USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: UM EFETIVO NOVO INSTITUTO?* as origens dessa que classificam como medida da política pública de desjudicialização, ancorada nos modelos peruano e lusitano, e mostram como notários e registradores são agentes fundamentais para a atenuação da cultura de litigiosidade ainda persistente no Brasil, e as dificuldades de se proteger o direito fundamental de propriedade. Gustavo Aurélio Martins e Angelo Antonio Depieri examinam com

percuciência em CONTRATOS ELETRÔNICOS E SUA RELAÇÃO COM A ATUAL LEGISLAÇÃO BRASILEIRA a demonstrar a necessidade de aplicação sistêmica do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, apresentando as várias espécies de pactos e suas implicações, enquanto Leonardo Lindroth de Paiva trás à discussão oportuna reflexão sobre A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE CONTEÚDO sob dois enfoques: o da responsabilidade pelos pelo conteúdo que o próprio provedor, por meio de seus prepostos, disponibiliza na rede, e por atos de terceiros, quando um utilizador do provedor de conteúdo disponibiliza informações ou dados na rede, sem o conhecimento e autorização prévia do provedor, desde a análise do tríduo de deveres específicos de segurança, de informação e de lealdade. Aline Klayse Dos Santos Fonseca e Pastora Do Socorro Teixeira Leal defendem a APLICAÇÃO DE SANÇÕES PREVENTIVAS NA RESPONSABILIDADE CIVIL PARA A MÁXIMA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS no qual apresentam a necessidade de superação da imprescindibilidade do dano para a imputação de responsabilidade, demonstrando que a formação do estado de danosidade é um fator de imputação e esta um meio de prevenção de danos, para enfatizarem a prevenção e seu aspecto pedagógico como função primordial na responsabilidade civil, o que torna as sanções mais eficazes e mais efetiva a tutela dos direitos fundamentais. Horácio Monteschio e José Sebastião de Oliveira demonstram a lesão que os direitos da personalidade sofrem no mundo virtual, em seu MARCO CIVIL DA INTERNET: RESTRIÇÃO AO PLENO EXERCÍCIO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE, defendendo a adoção, como meio alternativo à judicialização, solução que entendem ser mais ágil, célere e eficiente para a tutela daqueles direitos: a postulação direta ao provedor ou mediante a intervenção de Câmara arbitral. O artigo A EXTRAPATRIMONIALIDADE DO CORPO E SEUS EFEITOS, de Alexandra Clara Ferreira Faria, analisa as questões relativas ao direito ao corpo como exercício do direito de propriedade advindo da autonomia privada, propondo a conceituação de negócio jurídico existencial e a releitura do instituto da doação, para vislumbrar a doação neutra como instituto apropriado para o patrimônio genético. Em DA BIPARTIÇÃO DOS DANOS À SUPERACÃO DE LIMITES: A RELEVÂNCIA JURÍDICA DA CONFORMAÇÃO ESTÉTICA INDIVIDUAL À LUZ DA RESPONSABILIDADE CIVIL Gabriela Stefania Batista Ferreira e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral refletem sobre a distinção entre dano moral e estético com a superação da dicotomia dano patrimonial-dano moral, enquanto Rodrigo Diniz De Paula Barcelos e Caio Eduardo De Menezes Faria em RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS E A PROVA NAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS diferenciam a natureza jurídica da responsabilidade civil entre os atos praticados pelos agentes dos estabelecimentos hospitalares, como abordagem indispensável dos encargos probatórios nos processos ajuizados por pacientes. Lygia Maria Copi apresenta o exame dos efeitos causados pelas alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com

Deficiência, relacionando-as com a categoria da capacidade para consentir, em seu A AUTONOMIA DOS DEFICIENTES MENTAIS EM MATÉRIA DE SAÚDE E A CAPACIDADE PARA CONSENTIR: UMA ANÁLISE À LUZ DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. Sob outro viés, o artigo A CAPACIDADE CIVIL DE EXERCÍCIO DE DIREITOS E A TOMADA DE DECISÃO APOIADA, de Iara Pereira Ribeiro, analisa com profundidade o instituto da tomada de decisão apoiada criado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência para servir como instrumento eficaz para a capacidade de agir, propiciando o direito e a autonomia da vontade das pessoas com deficiência. Nilson Tadeu Reis Campos Silva e Hamilton Belloto Henriques, em seu O LÁTEGO E O FREIO DO REGIME DA INCAPACIDADE CIVIL NO BRASIL, utilizam-se da metáfora da Divina Comédia para criticarem o Estatuto da Pessoa com deficiência que extinguiu o regime de incapacidade civil no Brasil, demonstrando suas repercussões nas esferas civil e penal e a possível ineficiência do sistema penal na proteção de vulneráveis, e analisam o projeto de lei que pretende fazer revigorar aquele regime.

O alto nível científico dos artigos e sua temática permitiram importantes debates, que muito contribuíram para a compreensão do papel dos atores no Estado Democrático de Direito e da cidadania, razão pela qual recomendamos fortemente sua leitura.

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira - UNICESUMAR

Prof. Dr. Nilson Tadeu Reis Campos Silva - UEM e UENP

DA BIPARTIÇÃO DOS DANOS À SUPERACÃO DE LIMITES: A RELEVÂNCIA JURÍDICA DA CONFORMAÇÃO ESTÉTICA INDIVIDUAL À LUZ DA RESPONSABILIDADE CIVIL

OF THE DIVISION OF DAMAGES TO THE OVERCOMING OF LIMITS: THE LEGAL RELEVANCE OF THE CONFORMATION INDIVIDUAL AESTHETICS IN THE LIGHT OF THE CIVIL LIABILITY

Gabriela Stefania Batista Ferreira ¹
Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral

Resumo

O artigo demonstra a necessidade e possibilidade de separação distintiva entre o dano estético e o dano moral, considerando o primeiro como modalidade autônoma de dano extrapatrimonial. Para tanto, mediante levantamento bibliográfico, posiciona o dano estético como resultante da lesão ao direito subjetivo à saúde, enfatizando por meio da análise do dano extrapatrimonial como gênero que, pelo reconhecimento jurídico dos novos interesses, a dicotomia dano patrimonial-dano moral não mais se sustenta, corroborando, assim, a independência do dano estético em relação a outras modalidades de danos, o que permite a cumulação de variadas espécies autônomas, ainda que provenientes do mesmo fato.

Palavras-chave: Autonomia, Dano extrapatrimonial, Dano estético

Abstract/Resumen/Résumé

The article demonstrates the need and possibility of separation between the aesthetic damage and moral damage, considering the first as modality of extrapatrimonial damage. To this purpose, by literature survey, positions the aesthetic damage as a result of injury to the subjective right to health, emphasizing, through the analysis of extrapatrimonial damage as a genre that, by the legal recognition of new interests, the dichotomy patrimonial damage-moral damage it doesn't support corroborating, thus, the independence of the aesthetic damage in relation to other forms of damage, which allows the overlapping of various species, although coming from the same fact.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Autonomy, Extrapatrimonial damage, Aesthetic damage

¹ Mestranda em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Graduada em Direito pela PUCPR-Londrina. Bolsista ativa CAPES-DS.

1 Introdução

O presente século que se vive é característico de um tempo sensibilizado aos inevitáveis impactos da nova era globalizada. De um lado, o contexto do pós-guerra; de outro, o alavancado desenvolvimento econômico e sociocultural, no qual, entre esses contornos, o ser humano se encontra como foco central de toda relação jurídico-social.

Atualmente, nota-se um pensar diversificado acerca das relações humanas de modo a refletir o homem em seu relacionamento com o outro e com a comunidade que o cerca. Desde o revolucionário processo de constitucionalização do direito civil, pós Constituição de 88, uma indiscutível reviravolta ocorreu no âmbito jurídico civilista em que uma sensível alteração de paradigma se verificou, conferindo, às relações existenciais, uma tutela substancialmente diferenciada, distanciando-se do viés patrimonialista até então imperativo.

À vista desse novel panorama, constata-se na seara jurídica o surgimento de conflitos visivelmente mais difíceis de se dirimirem à luz das tradicionais ferramentas judiciais ora disponibilizadas. O instituto da responsabilidade civil, em atenção a isso, move-se no sentido de reestruturar suas clássicas acepções para que se mostre instrumento capaz de satisfazer as urgências dos emergentes novos danos.

O estudo dos danos não patrimoniais se apresenta como um dos mais densos e intrigantes da órbita jurídica, diante da incontestável profundidade que abrange o objeto e do corrente choque jurisprudencial e doutrinário acerca do que verdadeiramente o compõe. Nessa enseada, o tema ainda demanda análise cuidadosa razão pela qual a promoção de frequentes investigações se faz cogente e a confecção do presente encontra amparo a fim de contribuir para uma melhor compreensão e assimilação teórico-prático.

Lançando olhares aos inéditos contornos dos interesses individuais, a análise em voga aborda em venturas linhas o dano estético com miras a desvendar se deve ser concebido como uma espécie independente de dano extrapatrimonial e, assim, a eventual possibilidade de sua cumulação com outros tipos de dano, ou, como em tempos correntes, deve permanecer o entendimento de sua estrita vinculação com o dano moral.

Desse modo, far-se-á primeiramente uma recapitulação da abordagem dos danos pelo ordenamento jurídico nacional em que se visualiza a divisão dos danos em patrimoniais e não patrimoniais, bem como a caracterização da injustiça do mesmo. Apurar-se-á posteriormente a configuração dos danos como resultado de lesão a um direito subjetivo ou a um interesse legítimo, posto disso extrair-se-á a natureza do dano estético, feto do atual desígnio.

Avança a pesquisa com o enfrentamento da distinção entre dano moral e dano extrapatrimonial no qual se discorre a possibilidade de um gênero de dano extrapatrimonial do qual se extraem as respectivas espécies, fato esse capaz de mostrar-se primordial à autonomia do dano à estética. Por fim, e não menos importante, investiga a apreciação do dano estético no que tange a sua independência em relação a outras categorias de danos, onde demonstrar-se-á o direito ou interesse violado e a necessidade de desvinculação da *summa divisio* comumente apresentada através do simples binômio dano moral-dano patrimonial o qual permanece na atualidade.

Para esse desiderato, o ofício conduzir-se-á pelo método hipotético-dedutivo, e mediante revisão bibliográfica, a partir da compreensão de que danos não patrimoniais podem atingir a dignidade humana – se trata do reconhecimento através do direito de uma dimensão intrínseca ao ser humano, sendo imperativo ético existencial e também princípio e regra constitucional, antecedendo, inclusive, o próprio ordenamento jurídico¹ – bem como os direitos da personalidade – que compreendem as características e atributos atinentes a pessoa humana e objeto de tutela pelo ordenamento jurídico os quais têm na dignidade humana a sua essência e fundamentação² –, tecer-se-á um estudo exploratório em que com foco na releitura do dano imaterial se desenvolverá o vigente propósito.

2 Revisitando o percorrido: a decomposição dos danos no ordenamento jurídico brasileiro

¹ Fonte de permanentes estudos, não se pretende pelo presente o esgotamento do tema quando das breves noções de dignidade humana. Acerca desse incomparável substrato humano, Ingo Wolfgang Sarlet, tem a dignidade da pessoa humana como “[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (2002, p. 62). Mais sobre o tema vide: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, item 2.1.

² Segundo Paulo Lôbo (2013, p. 127): “Os direitos da personalidade são os direitos não patrimoniais inerentes a pessoa, compreendidos no núcleo essencial de sua dignidade. Os direitos da personalidade concretizam a dignidade da pessoa humana, no âmbito civil”. De acordo com Carlos Alberto da Mota Pinto (2005, p. 100-101): “Toda a pessoa jurídica não só ‘pode ser’, como efectivamente ‘é’, titular de alguns direitos e obrigações. Mesmo que, no domínio patrimonial, lhe não pertençam por hipótese quaisquer direitos — o que ‘é’ praticamente inconcebível sempre a pessoa e titular de um certo número de direitos absolutos, que se impõem ao respeito de todos os outros, incidindo ‘sobre os vários modos de ser físicos ou morais da sua personalidade’. São os chamados ‘direitos de personalidade’ (arts. 70.º e segs. do Cod. Civil). Incidem os direitos de personalidade sobre a vida da pessoa, a sua saúde física, a sua integridade física, a sua honra, a sua liberdade física e psicológica, o seu nome, a sua imagem ou a reserva sobre a intimidade da sua vida privada”.

O direito como instituição cultural edificado em decorrência da necessidade de regulamentação das relações humanas guarda íntima ligação com as frequentes mutações sociais devendo, para cumprir com seus escopos, emoldurar-se à dinâmica e complexa realidade social fortemente regida pela influência de uma era globalizada.

Dentro de um universo que demonstra não ser insensível aos grandes avanços tecnológicos, econômicos e culturais, a responsabilidade civil encontra campo fértil para a propagação de problemas e implicações que, muitas vezes, não localizam na doutrina, lei e jurisprudência soluções atuais para solucioná-los dada a dificuldade do direito trilhar *pari passu* com a comunidade contemporânea.

Diante das revoluções da era digital, faz-se necessário uma investigação jurídico-científica apta a acompanhar o surgimento de eventos que podem ocasionar em um dano irreparável. Nesse horizonte que atravessa a responsabilidade civil, tem-se que o dano é elemento principal³ de sua estrutura basilar. Sistemáticamente, o referido instituto é desenvolvido a partir dos pressupostos do dever de indenizar⁴. Para que haja ressarcimento mediante indenização, além da culpa ou dolo na conduta, é crucial a comprovação do dano, pois, inexistindo o dano, inexistente a obrigação de ressarcir-lo.

Compreendido como a perda resultante da lesão a um bem ou direito tutelado, o dano é o prejuízo ou redução do patrimônio material ou moral do lesado em virtude da conduta do agente capaz de gerar o direito ao ressarcimento do bem para sua recomposição ao estado em que se encontrava antes da conduta danosa (BAPTISTA, 2003, p. 44).

Entrementes, ressalta-se que nem todo dano é ressarcível. Por tempos já se considera indenizável o dano garantido pelas características da certeza, atualidade e eficácia⁵. De igual modo, mister que tenha o dano a qualificação de injusto a qual configura o terceiro pressuposto do dever de indenizar, exigindo-se que subsista uma

³ De acordo com Maria Helena Diniz (2009, p. 61), o “dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar”.

⁴ Salienta-se que na doutrina brasileira não há unanimidade quanto aos elementos estruturais da responsabilidade civil. Para mais esclarecimentos vide: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 839; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 32 e DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23. ed. ref. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 37-38.

⁵ Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa (2008, p. 29), assinala: “[...] O dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis, a princípio, danos hipotéticos. Sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima”.

ofensa indevida a um interesse da vítima, direta ou indireta, tutelado pelo ordenamento jurídico (SANSEVERINO, 2009, p. 178).

Não significando que a existência de um dano acarreta sempre a correspondente e necessária reparação:

Somente haverá possibilidade de indenização se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto. Em concepção mais moderna, pode-se entender que a expressão dano injusto traduz a mesma noção de lesão a um interesse, expressão que se torna mais própria modernamente, tendo em vista ao vultu que tomou a responsabilidade civil. [...] Trata-se, em última análise, de interesse que são atingidos injustamente (VENOSA, 2008, p. 29).

Nesse ínterim, os danos injustos – aqueles passíveis de ressarcimento⁶ – ramificam-se em danos de caráter material e imaterial. Diferentemente do que ocorria antes do advento da Constituição de 88, era em que se vivia a discussão quanto a possibilidade do ressarcimento do dano moral, em tempos hodiernos, tanto pela doutrina e jurisprudência, quanto e principalmente, pela legislação⁷, superou-se a falta de tutela jurídica à lesão que atinja bem jurídico não patrimonial da pessoa, dando vazão, entretanto, a outros dilemas que ainda urgem atenção clínica dos operadores do direito.

Em um universo jurídico reducionista, a dicotomia dos danos comumente se dá entre dano patrimonial e dano moral. Numa ótica inaugural, pelo primeiro, entende-se como aquele que atinge a esfera econômica da vítima, permitindo a reparação integral da lesão sofrida. Em contrapartida, pelo segundo, descreve-se aquele que viola um interesse jurídico não pecuniário o qual provoca tamanha angústia e sofrimento que valor econômico nenhum será capaz de efetivar a correspondente e devida retribuição.

À luz do art. 186, do Código Civil⁸, no que tange ao dano de cunho material, dada sua solidez, não há grande dificuldade em identificá-lo, porquanto a conduta, o nexo causal e o dano serem de clara percepção. Inobservando-se cunhadas discussões, há aqui

⁶ Salienta-se que a pesquisa tem como marco exploratório as tendências estudadas por Orlando Gomes, em 1980, em que se observa a conversão teórica dos atos ilícitos para o dano injusto, sem, contudo, ressaltar que em dias correntes há quem defenda haver dano justo. Para mais, consultar: Gomes, Orlando. Tendências modernas da reparação de danos. In: *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 293.

⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

⁸ Art. 186 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

a lesão ao patrimônio de uma pessoa em que são bens suscetíveis de apreciação econômica (BAPTISTA, 2003, p. 78).

Por outro lado, ao tratar-se dos danos imateriais, e em virtude ademais da supervalorização humana pela égide jurídica⁹ assim como das inúmeras contingências capazes de protagonizar verdadeiro injusto dano, é inegável a dificuldade verificada pelo ordenamento jurídico brasileiro em encontrar consenso e adequada rigidez acerca do que de fato configuraria um dano ressarcível, especialmente na seara da responsabilidade civil.

A noção de ressarcibilidade do dano sob o prisma clássico como a lesão a direito subjetivo não mais supre os anseios sociais apresentadas à realidade jurídica, razão pela qual passá-la por gradativas transformações. Assim, com vistas à superação dessa barreira, dando margem ao acolhimento dos danos ressarcíveis por lesão a interesse jurídico, faz-se das futuras linhas uma proposta reflexiva.

2.1 O dano como fruto da lesão a um interesse legítimo ou direito subjetivo: novos tempos, novos danos

Em demonstração outrora oportunizada, verificou-se que o dano é pressuposto indispensável à estruturação da responsabilidade civil sem o qual não se justifica o dever de indenizar. Relembrou-se, inclusive, que até a promulgação da atual Constituição Federal o reconhecimento do ressarcimento a danos puramente imateriais era objeto de constante discussão no plano jurídico¹⁰, restando pacificada a sua aceitação apenas após revolucionário marco histórico, o qual implicou, contudo, na viabilização de outras controvérsias que perpassam sobretudo na canalização ao dano moral.

Incorporada a essas asserções, em decorrência ainda dos valores propostos constitucionalmente, ao se conferir guarida ao princípio da dignidade da pessoa humana,

⁹ Sobre o semblante antropocêntrico esculpido no ordenamento jurídico atual, Fachin (2010, p. 14) pontua: “A pessoa humana foi, com justa causa, elevada ao patamar de ‘epicentros 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. Consolida-se a idéia de compensação pelo sofrimento”.

¹⁰ Luiz Edson Fachin (2010, p. 12-13) nesse sentido traz que “[...] o Brasil do pretérito, do tempo da codificação liberal de 1916, extraída dos modelos oitocentistas, tomou como cerne do trânsito jurídico a plena autonomia da vontade, sob a luz das formulações contratualistas, e dele projetou o dever de indenizar. Liberdade formal e responsabilidade comungaram dessa base liberal. Os pressupostos eram claros e seguros: a responsabilidade, naquele estatuto, indicava precipuamente a punição do ofensor. Como expressão da propriedade, o prejuízo se ressarcia ao repor-se o patrimônio lesado. [...] Décadas de debates na jurisprudência e na literatura jurídica brasileiras [...], constroem-se as bases da lesão existencial que demanda reparação de bens imateriais: para o dano patrimonial o regime da reparação e para o dano à pessoa o regime da compensação”.

avista-se a promoção de um verdadeiro divisor de águas em que confere à responsabilidade civil um novo propósito: o de deslocar o seu eixo da obrigação do ofensor de responder por suas culpas ao direito da vítima de ver reparada as suas perdas (MORAES, 2007b, p. 12).

Por épocas, o dano foi apontado como consequência da conduta violadora de direito subjetivo individual, pressupondo que somente aquele com expressa previsão legal era capaz de qualificar a lesão como danosa. Ocorre que, conjuntamente à expansão dos filtros tradicionais de reparação¹¹,

“[...] os interesses lesados se expandiram consideravelmente. O reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais e a definitiva consagração da tutela de interesses existenciais e coletivos, conquistas da ciência jurídica contemporânea, ampliaram imensamente o objeto protegido pelo direito em face da atuação lesiva. [...] E, na esteira do conteúdo inevitavelmente aberto da dignidade humana, novos danos vêm sendo invocados, suscitando acesas controvérsias no que tange à sua ressarcibilidade” (SCHREIBER, 2013b, p. 4).

Com a abertura dos ordenamentos jurídicos aos danos não patrimoniais e coletivos, na enseada da direta aplicação dos valores constitucionais às relações privadas, provoca-se uma extraordinária profusão de “novos danos” que desafiam a doutrina e a jurisprudência (SCHREIBER, 2013b, p. 251). A partir disso, o que deve ser observado é se o dano, dependente da causa de origem, necessita sobrevir de uma lesão a um direito subjetivo ou tão somente o vilipêndio a um interesse legítimo basta para sua configuração.

Residindo a preponderante diferenciação entre esses dois cânones na existência de tipificação legal, direito subjetivo é visto como,

[...] expressão de liberdade, traduzida em um poder de agir conferido a uma pessoa individual ou coletiva, para realizar seus interesses nos limites da lei, constituindo-se juntamente com o respectivo titular, o sujeito de direito, em elemento fundamental do ordenamento jurídico (AMARAL, 2014, p. 239).

Derivado de um interesse pautado em uma determinada causa de justificação amparada por lei, complementa Francisco Amaral que direito subjetivo¹²,

¹¹ Acerca da expansão dos danos ressarcíveis e da erosão dos filtros tradicionais da reparação vide: SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

¹² Na mesma linha de conceituação: Carlos Alberto da Mota Pinto (2005, p. 178- 179) expõe que: “O direito subjectivo pode definir-se como o poder jurídico (reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa) de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (acção) ou negativo (omissão) ou de por um acto livre de vontade, só de per si ou integrado por um acto de urna autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem a outra pessoa (contraparte ou adversário)”. Paulo Lôbo (2013, p. 79) contextualiza: “No mundo antigo, o indivíduo era concebido apenas como parte

[...] é o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento. [...] Denomina-se subjetivo por ser exclusivo do respectivo titular e constitui-se em um poder de atuação jurídica reconhecido e limitado pelo direito objetivo. (AMARAL, 2014, p. 238).

Como alhures narrado, a rasa leitura do art. 186, do Código Civil pode levar ao equívoco de que somente a lesão a direito subjetivo é capaz de consagrar ressarcibilidade ao dano. Entretanto, atentando-se doutrina e jurisprudência às mudanças de paradigmas da responsabilidade civil, alarga-se a compreensão de danos ressarcíveis englobando, também, a violação de interesses individuais¹³.

Conforme circunstancia Anderson Schreiber (2013b, p. 124), em momento anterior a seleção de interesses merecedores de tutela jurídica consistia em tarefa exclusiva do legislador. A interpretação restritiva de que danos eram só os oriundos de lesão a direitos absolutos, emblematicamente, fez com que a Corte italiana sustentasse o entendimento de que o simbólico art. 2043, do Código Civil¹⁴ se resumia apenas em uma “norma secundária” acarretando, por isso, em nefastas implicações à tutela da personalidade.

Após a icônica sentença nº 500 de 1999¹⁵, a Corte de Cassação italiana reconheceu que o particular detém interesses legítimos passíveis de dano, onde, concebe-

do todo social; daí ser impensável a ideia de direito subjetivo. No mundo moderno liberal, o indivíduo era o centro de emanção e destinação do direito; daí ter o direito subjetivo assumido a centralidade jurídica. No mundo contemporâneo, busca-se o equilíbrio entre os espaços privados e públicos e a interação necessária entre os sujeitos, despontando a solidariedade como elemento conformador dos direitos subjetivos”. Complementa, ainda, acerca das limitações: “O abuso do direito é espécie de ato ilícito para o direito brasileiro (CC art. 187). Compreende-se em seu significado o exercício de um direito subjetivo que excede suas finalidades, violando interesses sociais ou individuais. O exercício de qualquer direito subjetivo nunca é ilimitado. Os antigos romanos já diziam que o direito levado aos extremos seria antijurídico: ‘summum ius summa injuria’. Sempre se disse que o direito subjetivo de uma pessoa vai até aonde encontra o de outra pessoa” (2013, p. 312).

¹³ De acordo com José Alfredo de Oliveira Baracho (1991, p. 276), os primórdios interesses e direitos do indivíduo são os de poder desenvolver livremente suas faculdades, em que a melhor forma para assegurar o seu aprimoramento é consentir que o próprio sujeito dirija sua vontade, de modo espontâneo, imputando-lhe os riscos inerentes que decorrem desse exercício quando estiver à frente de alguém com igual direito. Asseverando-se esse livre desenvolvimento, obtêm-se os vários tipos de liberdade que compõem os direitos individuais.

¹⁴ Art. 2.043 – Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che há commesso il fatto a risarcire il danno. Livre tradução: Qualquer fato doloso ou culposo, que ocasiona dano injusto, obriga a pessoa que o cometeu, a ressarcir o dano causado.

¹⁵ Narra Anderson Schreiber (2013b, p. 124) que: “Em 1999, a sentença nº 500 da ‘Corte di Cassazione’ enfim, abriu caminho à tutela ressarcitória do interesse legítimo, prescindindo de prévia especificação legislativa sob a forma de direito subjetivo. Foi ampla a repercussão de tal julgado na doutrina italiana”. Também sobre a revolucionária decisão contextualiza AMARAL e PONA (2012) que até o marco decisivo da Sentença nº 500/99 proferida pela Corte de Cassação italiana, ainda haviam barreiras que impediam o ressarcimento de inumeráveis danos por não sê-los configurados como direito subjetivo. “Ocorre que, em razão da concessão da indenização estar vinculada à lesão a um direito subjetivo, [...] não havendo violação de um claro direito subjetivo, não se poderia fazer incidir o instituto da responsabilidade civil. Essa posição

se a “[...] identificação do dano como a lesão de interesse [...]” (DIAS *apud* AMARAL; PONA, 2012, p. 27). No entanto, salienta-se que, conforme dantes delineado e como traz a inteligência do dispositivo previsto na codificação italiana supra, será ressarcível, seja por dolo ou culpa, o dano reputado como injusto.

Assinala-se que a injustiça do dano, diferentemente de perspectivas remotas, constitui uma exigência relacionada à lesão e não a conduta do agente, o que impede, assim, a sua conceituação com base no ato ilícito (AMARAL; PONA, 2012, p. 28). Isso porque, além de o foco central da responsabilidade civil – que antes se voltava à figura do ofensor por preocupar-se com a comprovação de culpa – direcionar, agora, à pessoa da vítima (MORAES, 2007b, p. 12), há de se ter às claras “que nem sempre haverá coincidência entre dano e ilicitude. Nem todo ato danoso é ilícito, assim como nem todo ato ilícito é danoso” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 19)¹⁶.

Presente observação se faz imperiosa, pois, a errônea percepção acerca do dano injusto pode levar à ressarcibilidade de interesses legítimos não merecedores de tutela tão somente pela ausência de positivação, ou seja, normatividade legislativa. Não raro, “a insuficiência da técnica regulamentar diante de uma realidade em constante mutação” (SCHREIBER, 2013b, p. 125) é fator que se mostra cristalino a conturbada proteção dos danos não patrimoniais tendo em conta a sua banalização¹⁷.

Nessas acepções, entrevê-se que a injustiça do dano manifesta-se quando o ofensor, dolosa ou culposamente, lesa interesse da vítima que seja relevante juridicamente, mostrando-se tal qualificação,

[...] imprescindível para evitar que interesses não-patrimoniais, mesmo os mais insignificantes, venham a ser associados à dignidade da pessoa humana com intuitos exclusivamente indenizatórios e, portanto, patrimoniais, o que representaria a verdadeira inversão da axiologia constitucional e traria, em última análise, o risco de sua negação (SCHREIBER, 2005a, p. 63).

dogmática faz (ia) com que inúmeros danos injustos observados na realidade fenomênica, no mundo fático, e suportados pelos indivíduos nas mais variadas situações sociais, [...] quedassem sem qualquer reparação [...]” (2012, p. 38- 39).

¹⁶ E traz à baila, ainda, o autor: “A ilicitude, portanto, não está automaticamente atada à consequência indenizatória, podendo aquela (ilicitude) receber outras consequências jurídicas, como a nulidade do ato, a perda de um direito material ou processual, e assim por diante. Pode haver ilicitude sem dano (conduta culposa e até dolosa que não chega a causar prejuízo a outrem) e dano sem ilicitude”. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 19).

¹⁷ Sobre o dilema vivenciado pelos tribunais acerca do ressarcimento dos danos imateriais: SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, v. 22, p. 45-69, abr./jun. 2005a, p. 62.

Consubstanciado, ainda, no princípio geral da responsabilização civil de que a ninguém se deve lesar, o dano injusto sob ilustrada ótica consegue alcançar respaldo para justificar a ressarcibilidade de lesões que, em decorrência dos processos civilizatórios, mostram-se cada vez mais modernas à luz do nosso ordenamento.

Diante dessa possibilidade em se falar de novos danos tais como existencial, biológico, estético – objeto do presente estudo –, dentre outros¹⁸, ora se preocupa em analisar se a redoma em torno do dano moral é capaz de captar efetivamente a complexidade que contempla esses novos interesses, vez que há na realidade jurídica atual um gênero, dano extrapatrimonial, a se considerar.

2.2 O gênero dano extrapatrimonial e a espécie dano moral

Se o olhar do direito despertou para a tutela dos interesses existenciais concernentes à pessoa humana, há de se reconhecer uma autêntica contribuição aos avanços da ciência jurídica posto ter propiciado ao instituto dos danos imateriais desenvolvimento tal que se fala hoje em tendência a novos danos.

Com a despatrimonialização progressiva da responsabilidade civil¹⁹ e a evidente “[...] consagração da dignidade humana como valor fundamental nas constituições do último século [...] veio exigir com força irresistível a ressarcibilidade, até então discutida, do dano extrapatrimonial” (SCHREIBER, 2013b, p. 90-91).

Em dias atuais, a referência aos danos, no direito brasileiro, usualmente é feita a partir da designação sinônima de que danos patrimoniais são os materiais e danos extrapatrimoniais são os morais. Em que pese tal binômio ser tratado com expressiva simplicidade, assola no campo dos danos imateriais inegável manipulação disforme do dano moral, porquanto até então haver insofismável equívoco acerca de sua conceituação e diferenciação em relação ao dano extrapatrimonial.

Em decorrência da dinamicidade e evolução das relações intersubjetivas privadas, as quais dão nova feição à vida em comunidade, cada vez mais se observa diferentes tipos e modulações de danos capazes de violar o vasto acervo de interesses jurídicos da pessoa que nem sempre atingem o plano moral ou denota insuportável dor e aflição. Em tempos presentes, exige-se uma releitura acerca da responsabilização civil do

¹⁸ “Entre tantos outros exemplos, os danos à privacidade, à imagem, à integridade psicofísica têm sido prontamente reparados pelas cortes judiciais” (SCHREIBER, 2013b, p. 4).

¹⁹ O autor Luiz Edson Fachin (2010, p. 14), alicerça tal passagem com base nas lições de Anderson Schreiber que, evidenciando as novas tendências da responsabilidade civil, menciona quanto a “[...] despatrimonialização, não já do dano, mas da reparação” (2005a, p. 64).

dano imaterial, em que o apego à concepção do dano moral põe em xeque a correta e justa ressarcibilidade de todos os possíveis danos que, no caso concreto, não exprimam angústias ou desgostos, sendo necessário um desenvolvimento mais adequado para a denominação dano extrapatrimonial.

Diferentemente do que habitualmente se vislumbra²⁰, “dano moral e dano extrapatrimonial não traduzem o mesmo sentido” (AMARANTE, 2001, p. 330). Justamente porque o segundo é mais amplo e a concepção de dano moral está deveras ligada à ideia de dor a qual pode não ser evidenciada, tem-se a indicação que dano extrapatrimonial é o gênero do qual dano moral é espécie (SEVERO, 1996, p. 36).

Em verdade, é contínuo o uso do vocábulo dano moral em detrimento do dano extrapatrimonial:

Por influência da doutrina francesa, que usa a expressão “dommage moral”, no sentido de prejuízo não econômico chama-se, entre nós, o dano extrapatrimonial de dano moral, com previsão expressa na Constituição República e no Código Civil. Dano extrapatrimonial e dano moral não são, porém coincidentes. O dano moral é dor e sofrimento espiritual, aflição, desânimo, enquanto o extrapatrimonial diz respeito ao dano sem valoração pecuniária, em um conceito mais amplo e genérico, que abrange, evidentemente, o sofrimento psicológico da pessoa (AMARAL, 2014, p. 589).

Nesse liame, para que se possa projetar resistida classificação, importante destacar sobre quais interesses recai a ofensa do dano moral à medida que podem derivar do vilipêndio tanto dos direitos de personalidade quanto da dignidade humana.

Veja que em linhas pretéritas já se contextualizou cada um desses arquetipos, não raro, encontra-se nas literaturas jurídicas e jurisprudências constante divergência de fundamentação, porquanto cada linha teórica adotar uma diferente perspectiva.

O fenômeno da constitucionalização no direito civil conduz a um raciocínio reflexivo quanto a necessidade de releitura e revisitação dos tradicionais conceitos de dano moral sob o prisma constitucional. Isso, pois, a atual Carta, nos caminhos das demais constituições elaboradas pós “questão social”, situou o homem no vértice do ordenamento jurídico e fez dele a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os setores jurídicos (CAVALIERI FILHO, 2007b, p. 1).

²⁰ Como facilmente verificável nas jurisprudências pátrias, o dano moral e dano extrapatrimonial são corriqueiramente equiparados, inclusive abordados em sentido de alternância, manifestando autêntico descomprometimento com uma sólida compreensão sobre o que é, separadamente, cada instituto. A exemplo, vide: STJ – AgRg no REsp 623139/PA – Rel. Ministro Raul Araújo – Quarta Turma – DJ: 01.06.2015.

Na mira de que dano moral constitui ofensa à dignidade do homem e aos direitos de personalidade, uma vez que aquela esses fundamenta, trilha Maria Celina Bodin de Moraes:

Sob esta perspectiva constitucionalizada, conceitua-se o dano moral como a lesão à dignidade da pessoa humana. Em consequência, 'toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral'. Socorre-se, assim, da opção fundamental do constituinte para destacar que a ofensa a qualquer aspecto extrapatrimonial da personalidade, mesmo que não se subsuma a um direito subjetivo específico, pode produzir dano moral, contanto que grave o suficiente para ser considerada lesiva à dignidade humana. Dano moral será, em consequência, a lesão a algum desses aspectos ou substratos que compõem, ou conformam, a dignidade humana, isto é, a violação à liberdade, à igualdade, à solidariedade ou à integridade psicofísica de uma pessoa humana. (MORAES, 2006a, p. 246-247)

Suplementa a autora, ainda, que dano moral é aquele que, independente de prejuízo material, fere direitos personalíssimos, ou seja, todo e qualquer atributo que singulariza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros. (MORAES, 2007b, p. 157).

Não remoto, CAVALIERI FILHO (2007b, p. 88 e ss.) aborda que,

[...] à luz da Constituição vigente podemos conceituar o dano moral por dois aspectos distintos: em sentido estrito e em sentido amplo. Em sentido estrito dano moral é violação do direito à dignidade [...]. Este é, pois, o novo enfoque constitucional pelo qual deve ser examinado o dano moral: "Qualquer agressão à dignidade pessoal lesiona a honra, constitui dano moral e é por isso indenizável". [...] os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada.

Nada obstante no que concerne ao dano moral, paralelamente identifica-se na doutrina²¹ e jurisprudência²² a clássica conceituação subjetiva decorrente da análise dos efeitos da ofensa em que o dano se compõe pela observância do sofrimento e tristeza do indivíduo, contrariando a posição de que a extensão e consequências da violação ao

²¹ Integrando a parcela da doutrina clássica que defende a configuração do dano moral a partir de seus efeitos ver: CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

²² STJ – REsp 1129881/RJ – Rel. Ministro Massami Uyeda – Terceira Turma – DJ: 15.09.2011

interesse deve influenciar e balizar somente a quantificação do valor do ressarcimento²³ e não para configurar a existência do mesmo.

Em que pese expressiva vertente doutrinária imputar ao dano não patrimonial a necessidade de comprovação de um profundo desalento e consternação, o dano extrapatrimonial²⁴, por afetar o plano incorpóreo da pessoa, nem sempre resulta em perdas solidamente concretizáveis. Em tal passo, cinge para a sua respectiva configuração a lesão a um direito subjetivo ou interesse legítimo, como também é de se frisar que não é a constatação da dor que esculpe o dano, mas apenas dele simboliza uma decorrência. “Dor, vexame, sofrimento e humilhação são consequências, e não causa” (CAVALIERI FILHO, 2012a, p. 93)²⁵.

Na dimensão acima exposta do que estabelece o dano moral, se se considerar moral todo o dano que sucede de atentado a direitos da personalidade e dignidade humana, obscura e controversa se torna a caracterização do dano extrapatrimonial como gênero, haja vista tal denominação englobar todas as possíveis lesões subjetivas à interesses jurídicos, legítimos e relevantes desse atual panorama de surgimento de novos danos.

No entanto, a partir da sapiência de que nem todo dano imaterial alcança patamar moral da pessoa, o cenário do dano extrapatrimonial como amplo instituto apto a abranger instâncias além dessa se faz possível. Isso se dá em razão de que, presentemente, há figuras de dano que nada se ligam a instância íntima moral de quem o sofre, sendo o próprio dano estético um exemplo mencionável, constatando que o uso da terminologia “dano moral” é insatisfatória (SEVERO, 1996, p. 35).

A noção que se tem de dano extrapatrimonial como gênero, pode-se dar a partir do raciocínio cunhado por Maria Celina Bodin de Moraes em que o dano de caráter não patrimonial ocorre por agressão a direitos da personalidade bem como a dignidade humana.

Apesar da formulada reflexão da autora ser em relação ao dano moral, diante das particularidades que exhibe cada dano em si, filiada a essa projeção se torna capaz, inclusive para uma adequada ressarcibilidade, identificar qual o interesse ou direito violado e assim tipificá-lo, nominá-lo ou titulá-lo verdadeiramente como é, sem

²³ Art. 944 – A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único – Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

²⁴ Na doutrina brasileira, no que tange a utilização do termo dano extrapatrimonial, menciona-se autores como: Sérgio Severo, José Rubens Morato Leite, Leonardo Roscoe Bessa e Marcelo Freire S. Costa.

²⁵ Sobre a presença da dor para efeitos de conceituação de dano moral, vide: SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 36.

generalidades, porquanto, “[...] sempre que ocorrer um dano moral estar-se-á diante de um dano extrapatrimonial, mas nem sempre que este ocorrer um dano moral terá sucedido” (SEVERO, 1996, p. 37).

Percebendo de tal modo que, malgrado danos extrapatrimoniais e danos morais atingirem patamar imaterial do indivíduo, são conceitos que, por peculiaridades, não se identificam. Encontrando, aí, sustentáculo pelo qual se discute um gênero extrapatrimonial e uma espécie dano moral, somado aos exemplos de tipos de dano, a abordagem do dano estético é que os venturos traços delineará.

3 O dano estético enquanto espécie autônoma de dano extrapatrimonial: muito além do binômio dano patrimonial-dano moral

O triunfo do reconhecimento da tutela de interesses individuais em concreto, como assiduamente evidenciado no vigente estudo, oportunizou de forma singnificativa a expansão dos danos, posto, ainda, a internalização da cláusula geral da dignidade humana pela Constituição Federal fundamentar a existência de novos interesses.

Diante do alhures enfrentamento da questão acerca dos danos imateriais, há de se lançar vista ao dano estético como categoria autônoma do gênero dano extrapatrimonial, dado que, no atual estado da arte, conserva-se entreverado ao dano moral e, em atenção a isso, não é com acerto ressarcido.

Primariamente, importa destacar que dano estético pode receber diferentes nomenclaturas como dano corporal, dano de deformidade, dano físico, entre outras²⁶. De igual modo, ressalta-se que todas elas remetem a existência de uma lesão a integridade e beleza física da vítima, afetando-lhe a harmonia de suas formas (LOPEZ, 2004, p. 45).

Para Maria Helena Diniz (2009, p. 82)²⁷, dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que além de aleijão, abarca as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, mesmo que ínfimos, e que provoquem sob qualquer aspecto um afeiamento da vítima, esteando numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade que exerça ou não influência sobre sua capacidade laborativa.

²⁶ Termo relativo à estética, belo, harmonioso (HOUAISS, Rio de Janeiro: Objetiva, 2003, p. 220), o dano estético é mencionado ainda como dano à saúde, dano fisiológico, dano corpóreo e até dano biológico.

²⁷ Ver equivalente raciocínio também em: SILVA, Wilson Melo da. O dano estético. *Revista Forense*, n. 694-696, v. 194, p.23-39, abr./jun., 1961, p. 23.

O dano estético inicialmente ligava-se as distorções físicas que resultavam em aleijão e repugnância²⁸. Gradativamente, porém, passou-se a admiti-lo também em casos tais quais de marcas e outros defeitos físicos capazes de causar para a vítima desgosto ou complexo de inferioridade como cicatrizes no rosto de uma atriz, manequim ou ator (CAVALIERI FILHO, 2012a, p. 113).

Nesse sentido, diz-se que: “Para o Direito Civil, então, bastaria o simples ‘sfregio’ (cicatriz) ou mesmo a ‘impronta’ (marca, sinal) dos italianos [...] para que se configurasse dano estético e, portanto, pudesse exigir uma indenização” (LOPEZ, 2004, p. 47).

A prospecção da composição desse dano como espécie de dano extrapatrimonial revela, com grande valia, a necessidade de identificar a causa que o origina, vez que dele pode-se observar não só a agressão a integridade física do ser humano, mas também a outras lesões que muitas vezes não se encontram previstas.

A noção de dano estético, por se relacionar diretamente com a composição física do homem, permite visualizar a tutela do direito à saúde²⁹, na qual sua ideia “[...] termina por se inserir no art. 949³⁰, que trata [...] de lesão ou outra ofensa à saúde [...]” (SILVA, 2004, p. 33).

A alteração da estrutura fisiológica por ato lesivo de outrem, à luz dos artigos 186 e 949, do Código Civil, autoriza o ressarcimento ao ofendido. Oriundo do vilipêndio a um direito subjetivo específico, o dano estético assim se interpreta, pois, consoante o que apregoa a Declaração Universal dos Direitos do Homem, assinada em 1948, “todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

Em leitura ao preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), a saúde conquista insofismável relevância na qual pela sua conceituação como “[...] estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”, denota-se que não padece unicamente das

²⁸ Visualizar: SILVA, Wilson Melo da. O dano estético. *Revista Forense*, n. 694-696, v. 194, p.23-39, abr./jun.,1961/1961, p. 30.

²⁹ A exemplo, menciona-se: Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 196 – A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

³⁰ Art. 949 – No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

moléstias biológicas o que, por isso, faz integrar à sua inteligência também a composição fenotípica do indivíduo.

Em que pese ter-se expandido as fronteiras dos danos ressarcíveis e hodiernamente se falar em tutela a interesses legítimos, não são esses que configuram o dano estético por tal advir, como ilustrado, de um interesse já previsto em lei e, por isso, expressar autêntica violação a direito subjetivo.

Contudo, falar de tal categoria de dano extrapatrimonial como ofensa a um direito subjetivo individual não significa dizer que não se permite, pelo mesmo fato, ter violação a outros direitos ou interesses juridicamente relevantes. Tanto é que, pela lógica percorrida nesses caminhos, dano extrapatrimonial traduz o abrangente gênero do qual o dano estético se soma como espécie e, assim como esse, pode também de um mesmo ato suceder-se tantos outros danos que atinjam o campo personalíssimo do sujeito.

Na esteira desse posicionamento, é em remetido argumento que a autonomia do dano estético – embora contestada –, encontra sustento ao passo que um tipo de dano não há que ser confundido com outro.

Divergindo do entendimento jurisprudencial majoritário³¹ e sumulado³², o dano por lesão estética ainda não encontra solidez doutrinária quanto à possibilidade de, por um mesmo evento, gerar-se dois ou mais danos não patrimoniais, pautando, a doutrina em algumas oportunidades, suas digressões na premissa de que só há na responsabilidade civil a caracterização dos danos na categoria dos danos morais ou patrimoniais, rechaçando desta feita a concepção de danos extrapatrimoniais aqui adotada.

Em consonância a sobredita contraposição, afirma CAVALIERI FILHO (2012a, p. 113) ao explicitar que o aleijão ou deformidade pode acarretar à vítima o dano patrimonial por resultar-lhe redução de sua capacidade laborativa, ou, além disso, o dano moral pelo vexame e humilhação. Não distante, Rui Stoco (2013, p. 408-409) tem que o dano estético enseja a reparação dos danos material e moral pela justificativa de que se a lesão for reversível capaz de correção através de interferência cirúrgica ou outras técnicas,

³¹ Expressando sentido contrário a esta parcela doutrinária que defende a inexistência concomitante do dano moral e dano estético, assenta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na separação dos dois atributos em que se sustenta a ressarcibilidade autônoma de cada um, conforme pode ser visto em decisão de Recurso Especial nº 1281555/MG, onde assevera o Ministro Relator OG Fernandes, da 2ª Turma do STJ, que “a título de ‘obiter dictum’, esta Corte Superior firmou posicionamento consubstanciado na Súmula 387 de que é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”. (STJ – Resp 1281555/MG – Rel. Min. OG Fernandes – DJ: 12.11.2014). De igual modo, decide o a 4ª Turma do STJ: “É lícita a cumulação das indenizações por dano moral e estético, ainda que decorrentes do mesmo fato. Incidência da Súmula 387/STJ [...]” (STJ – AgRg nos EDcl no REsp 1368740/AM – Rel. Min. Marco Buzzi – DJ: 06.02.2015).

³² Súmula nº 387 – É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

será o dano apenas de natureza material. Entretanto, caso não a sendo, será tal lesão convertida em dano moral, pois, à medida que altera a imagem da pessoa, causando-lhe sofrimento, angústia, temor, vergonha e outros sentimentos, sempre empenhará responsabilidade por dano moral, refletindo, desse modo, a cumulação de dano estético e moral verdadeiro *bis in idem*.

Em verdade, as formulações dantes demonstradas expressam verídico descompasso com a realidade enfrentada pela responsabilidade civil, tendo em vista que o reducionismo à dualidade dano moral-dano patrimonial, como outrora contemplado, pronunciar-se insuficiente aos semblantes que estão tomando os novos interesses. Até mesmo porque, o dano estético não significa uma violação da honra ou ordem moral do sujeito. Nem tampouco, tem a sua autonomia relacionada exclusivamente ao dano moral, mas, ademais, também a possui em relação ao dano existencial, ao dano pela perda do gozo da vida, ao dano pela perda de uma chance, por exemplo, e, inclusive, ao próprio dano material.

Isso posto, se expressa por clarividência que a responsabilidade civil, a partir de uma visão focada na vítima, não só se preocupa apenas com a incolumidade psíquica do ser humano lesado por um dano não patrimonial, ao revés, considera igualmente a integridade física e intelectual que vão além da esfera psicológica da pessoa, envolvendo e protegendo-a, dessa forma, em sua integralidade.

4 Conclusão

Em uma sociedade que não mais sobrevive insensível aos avanços tecnológicos, econômicos e interacionistas, despertou na seara jurídica campo fértil à expansão de novos danos que, marcados pela complexidade contemporânea, faz urgir um repensar na estrutura clássica da responsabilidade civil.

À vista dessa necessidade de adequação do dano estético, o estudo perpassa pelo já desbravado universo do dano, em que demonstra sê-lo elemento primordial à constituição da responsabilização civil, sem o qual não há que se falar em ressarcimento. Ressalta, inclusive, que não é todo e qualquer dano que potencializa a indenização, sendo vital a observância do seu caráter de injusto, e salienta a corriqueira divisão bipartida dos danos em dano patrimonial e dano moral.

Analisou-se a configuração do dano a partir da lesão a um direito subjetivo e a um interesse legítimo, da qual conclui que a adoção pela Constituição Federal da cláusula geral da dignidade humana aumentou significativamente os interesses que para o Direito

se tornaram relevantes, razão pela qual a teoria clássica dos direitos subjetivos não mais se sustenta. Dessa sorte, tem-se danos imateriais tanto por ofensas a direitos subjetivos, quanto por interesses legítimos que não encontram amparo em lei alguma causa de justificação, fundamentando-se esses na injustiça do dano e no princípio geral da *neminem laedere*.

Nesse horizonte, constata-se que os danos extrapatrimoniais e os danos morais, pelo revolucionário reconhecimento dos novos interesses pelo ordenamento, enfrentam grande dificuldade de diferenciação e escalonamento e que, embora assemelhados, não se traduzem em mesmo sentido.

Isso porque, o dano extrapatrimonial por abranger o vilipêndio a direitos da personalidade e a dignidade humana constitui uma categoria mais ampla e complexa se comparada ao dano moral, denotando-se, dessa forma, que pelo primeiro se tem o gênero do qual o segundo, assim como outros danos tal como o estético, é espécie. Portanto, a nomenclatura usualmente adotada de “dano moral” como gênero se mostra insuficiente a alcançar as singularidades correspondente a cada interesse violado, incorrendo no risco de não obter a justa e apropriada ressarcibilidade, o que evidencia a necessidade da fiel identificação e titulação do direito ou interesse lesado.

Por fim, elevou-se a abordagem do dano estético enquanto uma espécie autônoma e independente de dano extrapatrimonial, destacando a importância de desincorporá-lo do dano moral, porquanto abrangerem distintos objetos de lesão. Revela-se que por configurar ofensa à integridade física da pessoa com base no direito constitucional à saúde, viola-se direito subjetivo individual, todavia, não significa dizer que não se pode, pelo mesmo fato danoso, ocorrer a ofensa a outros direitos ou interesses juridicamente relevantes, expressando, destarte, que a responsabilidade civil objetiva a tutela e consagração da valoração da pessoa em uma dimensão biopsicosociológica.

Referências bibliográficas

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Éverton Willian. Ampliando horizontes: a expansão da categoria dos danos ressarcíveis como garantia da sustentabilidade jurídico-social nas relações privadas. In: KEMPFER, Marlene; ESPOADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa (Orgs). *Estudos em direito negocial e sustentabilidade*. Curitiba: CRV, 2012. p. 9-42.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano: de acordo com o novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Direitos e garantias fundamentais – parte geral: direitos invioláveis; teoria geral dos direitos individuais, direitos e liberdades constitucionalmente garantidos, ensaio de enumeração. Belo Horizonte: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. 1991. v.33. n.33. p.1-520.

BRASIL. “Código Civil Brasileiro”. In: *VADE MECUM*. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. “Constituição Federal”. In: *VADE MECUM*. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. “Súmulas do STJ”. In: *VADE MECUM*. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012a.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Visão constitucional do dano moral*. Rio de Janeiro, 2007b. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/15943-15944-1-PB.pdf>> Acesso em: 20 de ago. 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo: <[ww.direitoshumanos.usp.br](http://www.direitoshumanos.usp.br)> Acesso em: 22 de ago. 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23. ed. ref. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. *Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação*. Revista jurídica, Porto Alegre, v. 58, n. 397, p. 11-19, nov. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. *Direito, Estado e Sociedade* - v.9 - n.29 - p 233 a 258 - jul/dez 2006a. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_constitucionalizacao_do_direito_civil_e_seus.pdf> Acesso em: 22 de ago. 2016.

_____. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007b.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 22 de julho de 1946. Disponível na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo: <www.direitoshumanos.usp.br> Acess em 22 de ago. 2016.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, v. 22, p. 45-69, abr./jun. 2005a.

_____. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013b.

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

SILVA, Nereida Veloso. *Dano estético*. São Paulo: LTr, 2004.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Tomo I.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008.