

## A REPARAÇÃO CIVIL E OS EXATOS CONTORNOS DOS DANOS EM ESPÉCIE

MARIA FERNANDA DIAS MERGULHÃO\*

### RESUMO

O trabalho intitulado “A Reparação Civil e os Exatos Contornos dos Danos em Espécie” tem por objetivo apresentar reflexões sobre a estrutura dos danos, o *an debeatur*, e as situações fáticas sobre os quais incidem para, a partir daí, concluir que contemporaneamente há crescente adjetivação dos danos.

A “proliferação dos danos” é realidade indesejada porque gera, não raro, iniquidades na fixação do valor final a ser reparado padecendo de grave atécnica jurídica porque se adjetiva sem base fundante; adjetiva-se sem elementos jurídicos individualizantes para a pretensa autonomia jurídica.

Ao apresentar a estrutura de cada dano em espécie, a exemplo dos danos estético, à imagem, ao meio ambiente e fiscal, percebe-se que, a par da autonomia jurídica, hoje, consagrada, há equívoco grave dos que assim comungam com essa linha interpretativa.

Nenhum instituto jurídico pode ser criado sem pressupostos e elementos individualizantes distintos dos que já existem. Criar danos em espécie fulcrados, tão somente, com base na hipótese colhida do mundo fenomênico, é grave erro porque dá vazão a indenizações, via de regra, extremamente altas e distantes da realidade da real reparação pelo infortúnio, quebrando, verticalmente, o maior pilar da responsabilidade civil, que é a vedação ao enriquecimento sem causa.

Não há reparação “mais ou menos” correta. Ou é, ou não é, ante a gama de provas admissíveis em direito processual para que o alegado seja provado em Juízo. Em situação de “paridade das armas”, a prova do alegado, como de geral sabença, é ônus de quem alega.

Nessa linha, os danos em espécie apresentados não merecem tratamento jurídico autônomo porque podem ser quantificados através do dano material ou do dano moral, conjunta ou separadamente.

Este é o ponto nodal e a proposta apresentada para o desafio lançado ao exegeta: todos os danos em espécie, incluídos ou não no rol apresentado nesse trabalho, podem e devem ser quantificados pelos danos material ou moral, cujos pressupostos e elementos são absolutamente distintos a autorizar a necessária autonomia jurídica.

Independentemente da cifra que se requer a reparação civil, abstraindo-se, necessariamente, do fato que gerou o prejuízo, a quantificação ora se dá por lucros cessantes e/ou emergentes (dano material), ora se dá por compensação

\* Maria Fernanda Dias Mergulhão é Promotora de Justiça do Rio de Janeiro, ex-Defensora Pública do RJ, Diretora Cultural da Femperj, Mestre e Doutora em Direito. Professora e palestrante de cursos de Pós-Graduação em Direito.

e punição (dano moral), não se coadunando, nos limites do presente trabalho, o enfrentamento das celeumas ainda verificadas no dano moral, principalmente quanto à sua estrutura interna e disciplina normativa.

**Palavras-Chave:** Danos. Danos em espécie. Proliferação. Atécnica jurídica. Danos material e moral. Ônus *probandi*. Novas propostas.

## ABSTRACT

The paper entitled "The Civil Repair and Exact Contours of Damage in Specie" aims to present reflections on the structure of the damage, an *debeatur*, and factual situations which are subject to, thereafter, conclude that today there is growing adjective damage.

The "proliferation of damage" is true because it generates unwanted, often, inequities in fixing the final amount to be repaired suffering from severe non-technical legal because adjectival up without founding basis; adjectival themselves without legal elements for individualizing the alleged legal autonomy.

At present the structure of each damage in kind, like the aesthetic damage, the image, the environment and tax, it is clear that, alongside the legal autonomy today consecrated grave mistake for those who just commune with this line interpretive.

No legal institution can be created without individualizing different assumptions and elements of existing ones. Create damage in kind, merely based on the hypothesis harvested phenomenal world is serious mistake because it gives expression to indemnifications, as a rule, extremely high and far from the reality of real compensation for misfortune breaking vertically, the largest pillar civil liability, which is the seal unjust enrichment.

No repair "more or less" correct. Or is, or is not, given the range of admissible evidence in procedural law for the alleged is proved in court. In a situation of "parity of arms," the proof of the alleged, as general *sabença*, who claims burden is.

In this line, the damage in kind do not deserve the treatment given autonomous legal because they can be quantified by material damage or damage, jointly or separately.

This is the nodal point and the proposal to challenge the *exegete*: all damages in kind, or not included in the list presented in this paper, can and should be quantified by material or moral damage, whose assumptions and elements are completely different to authorize the necessary legal autonomy.

Irrespective of the amount that is required to repair civil abstracting necessarily the fact that generated the loss, the quantification sometimes occurs for loss of profits and / or emerging (material damage), a *oura* happens compensation and punishment (moral damage), not coadunando, the limits of this work, confront the uproar even checked the damage, mainly from their internal structure and discipline rules.

**Keywords:** Damage. Damage in kind. Proliferação. Atécnica legal. Material and moral damage. *Probandi* burden. New proposals

A doutrina aponta o **dano estético** como uma das espécies de dano que se caracteriza por violar os atributos externos do ser humano, vinculando-se à beleza física das pessoas.

Nessa linha, o dano estético é apontado como espécie de dano distinto dos danos material e moral, com pressupostos e requisitos próprios. Dano autônomo, portanto.

Há dissenso doutrinário, e também na jurisprudência, acerca da cumulação do dano estético com o dano material, e da cumulação dano estético com o dano moral colhendo-se, não raro, entendimentos em vários sentidos.

Nessa quadra, opiniões respeitáveis se dividem no sentido de que o dano estético poderia ser cumulado com dano material e com dano moral; outros, ao revés, no sentido de que o dano estético só poderia ser cumulado com o dano material vedando-se a junção dano estético e dano moral.

Em período anterior ao Código de 2002, no Estado do Rio de Janeiro, havia súmula orientativa sobre o tema, a Súmula n.15 do extinto Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, editada em 1996: "É cumulável a indenização por danos materiais e morais, nestes compreendidos os estéticos, decorrentes do mesmo fato." Percebe-se, assim, que o entendimento então predominante, era no sentido de que o dano estético se incluía no dano moral, pena de *bis in idem*.

Guilherme Couto de Castro, no exame do dano estético, enfrenta ponto importante, que é a definição de dano moral. Na verdade, o **ponto nodal é a definição de dano**, mas inegável seu contributo nos seguintes registros:

Novamente, a questão é de conceito, e não adotado um ponto de partida firme, a polêmica perde-se no vazio. A abrangência do dano moral depende de sua definição, é truísmo dizê-lo; sem assentamento de premissas, os Tribunais continuam o debate, e o próprio Superior Tribunal de Justiça tem arestos nos dois sentidos, ora admitindo, ora inadmitindo a cumulação de dano estético com o moral.<sup>1</sup>

O reconhecimento do dano estético se deu, inclusive, na III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários- *verbis*: Enunciado n. 192- "artigos 949 e 950- os danos oriundos das situações previstas nos arts. 949 e 950 do Código Civil de 2002 devem ser analisados em conjunto, para o efeito de atribuir indenização por perdas e danos materiais, cumulada com dano moral e estético." Neste enunciado, afere-se que os danos estéticos podem ser cumulados com dano material e com dano moral. Diametralmente oposta é a orientação aqui registrada, portanto.

Na vigência do Código Civil de 1916, Aguiar Dias já apresentava indelével contribuição, malgrado não ter reconhecido a dispensabilidade de uma categoria especial de dano para reparar a lesão estética, *in verbis*:

1 CASTRO, Guilherme Couto de. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro:ed.Forense. 1997. p.21.

Categoria de dano que, por participar de aspectos do dano moral e do dano patrimonial, dá frequentemente causa a confusões, é a do dano estético. A Alteração do aspecto estético, se acarreta maior dificuldade no granjeio da subsistência, se torna mais difíceis para a vítima as condições de trabalho, se diminui as suas probabilidades de colocação ou de exercício da atividade a que se dedica, constitui sem nenhuma dúvida um dano patrimonial. Não se pode objetar contra sua reparação, nem quando, erradamente, se considere dano moral, porque nem apresenta dificuldade para avaliação. Deve ser indenizado, pois, como dano patrimonial, o resultado prejudicial da ofensa ao aspecto estético, sempre que se traduza em repercussão de ordem material, porque a lesão a sentimento ou a dor psíquica, com repercussões patrimoniais, traduzem dano patrimonial. É dessa natureza o dano estético que deforme desagradavelmente as feições, de modo que cause repugnância ou ridículo e, portanto, dificuldade à atividade da vítima.<sup>2</sup>

No que tange à cumulação do dano moral com o dano estético, constata-se, também, dissídio doutrinário e jurisprudencial. Por um lado, inclinam-se aqueles que não admitem a cumulação por haver *bis in idem*; por outro, há aqueles que reconhecem sua autonomia, se cumulado com o dano moral.

A melhor doutrina, no entanto, define o dano estético como o dano que se encontra incluído no dano moral porque pode ocorrer deformidade sem efetiva redução da capacidade de trabalho. Daí se deflui que pode haver a cumulação do dano estético com o dano material, mas nunca do dano estético com o dano moral.<sup>3</sup>

Sobre a cumulação do dano moral com o dano estético, doutrina abalizada apresenta importante síntese:

A atual posição jurisprudencial conciliou os debates sobre o tema, ao decidir que "o dano estético é, sem dúvida, modalidade de dano moral. Isso não significa que a eventual ocorrência de dano moral, a outro título, não seja indenizável, mas reconheceu-se o dano moral em virtude exclusivamente do dano estético, não se justificando, desse modo, a cumulação pretendida. O E. II TACSP considerou indevida a cumulação pela ausência de dor diversa da causada pelo dano estético."<sup>4</sup>

2 DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. vol.II. 9ªed. Rio de Janeiro: ed.Forense. 1994.p.743.

3 Cf. Carpena Amorim: "O dano estético está compreendido no dano psíquico ou moral, de modo que não se pode ter como cumuláveis a indenização por dano moral, pois o primeiro está contido no segundo. Assim, a lesão estética constitui indubitavelmente um dano moral que poderá ou não constituir um prejuízo patrimonial, pois pode haver a deformidade sem a respectiva redução da capacidade de trabalho da vítima." AMORIM, Carpena. A Reparação do Dano Decorrente do Crime. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico. 2000. pp.16-17

4 CIANCI, Mirna. O Valor da Reparação Moral. São Paulo: ed.Saraiva.2009.p.69.

Fundamental o registro da doutrina alienígena quando sob análise o dano estético, que aqui se aplica na integralidade:

Forte controvérsia travou-se na doutrina e na jurisprudência acerca de ser o dano estético uma terceira espécie de dano- além do dano material e o moral- ou se apenas um aspecto deste último. Roberto H. Brébbia, em sua notável obra *El daño moral*, já memorava a separação dos danos em duas grandes categorias- danos patrimoniais e danos morais- e, acrescentava: "*La violación de algunos de los derechos pertenecientes al primer grupo engendra un daño patrimonial mientras que la conculcación de algunos de los derechos integrantes de la segunda categoría, o sea, de los derechos inherentes a la personalidad, origina un daño extrapatrimonial o moral*" (Buenos Aires, 1950, p.67-68).<sup>5</sup>

Na verdade, o dano estético não é uma terceira espécie de dano porque seu substrato fático, seu motivo ensejador, ora apresentará os mesmos contornos do dano material, ora apresentará os mesmos contornos do dano moral. Qualquer equação que envolva o somatório do dano estético com os danos material e moral fatalmente redundará em *bis in idem*, e em última análise, no indesejado enriquecimento sem causa por uma das partes.

Interessante observação sublinha Carpena Amorim:

Para que se configure o dano estético, é necessário, então, que a lesão seja permanente e duradoura, caso contrário ocorrerá um prejuízo temporário e reparável, que se resolverá em perdas e danos.<sup>6</sup>

(grifos nossos)

Aventou-se, então, na possibilidade do dano estético ser substituído por dano material ("perdas e danos") na hipótese da lesão ser temporária. A indagação aqui se faz necessária: qual óbice a que seja quantificada, também, a lesão permanente através da demonstração das perdas e danos? De outro giro, se perdas e danos- lucros cessantes e (ou) danos emergentes- constituem o dano material, qual óbice haveria na mensuração da lesão permanente e na mensuração da lesão temporária a título, tão somente, de danos materiais? O que efetivamente perdeu, e o que se deixou de ganhar, nas denominadas "lesões estéticas" são passíveis de mensuração por dano material, abandonando-se as

5 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10ªed. São Paulo:ed. Atlas.2012.p.113.

6 AMORIM, Carpena. *A Reparação do Dano decorrente do Crime*. Rio de Janeiro: ed. Espaço Jurídico.2000.p.16.

várias orientações no sentido da autonomia do dano estético, como também da acumulação deste com o dano material ou com o dano moral porque sua autonomia jurídica aqui é colocada em dúvida e, partindo dessa premissa, também em dúvida qualquer acumulação com os demais danos.

Ademais, a digressão aqui se faz necessária. Qual impedimento haveria das lesões permanentes, ou transitórias, serem quantificadas através do dano moral? Se presentes os pressupostos do dano moral- compensação e punição-, face à violação de um atributo externo de uma pessoa, sem prévia disposição, qual seria o óbice legal?

Conclui-se, assim, **que os danos material e moral, conjunta ou separadamente, são suficientes para quantificar qualquer espécie de lesão estética**, transitória ou permanente, sendo completamente despicienda regra de cumulação com outra espécie de dano, pena de indenização injusta.

Melhor externando o ponto de vista: dano material e dano moral são absolutamente suficientes para quantificar **qualquer espécie de lesão a direito, dentre elas, a lesão estética, independentemente do valor que se pleiteie reparação civil.**

Não se comunga da opinião apresentada por Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, malgrado a magnitude de suas contribuições para o engrandecimento da responsabilidade civil brasileira, quando afirma que o STJ, acertadamente, passou admitir a cumulação do dano estético com o dano moral, face à autonomia daquele, na esteira do disposto na parte final do artigo 949 do Código Civil<sup>7</sup>. *Verbis*:

A posição atual do STJ acerca da possibilidade de arbitramento de parcelas indenizatórias distintas do dano estético e para o dano moral, que tem sido reafirmada em seus julgados mais recentes, mostra-se a mais correta. Embora inclua-se, em regra, como modalidade de prejuízo extrapatrimonial, o dano estético possui finalidade própria, que é compensar objetivamente a deformidade sofrida pela vítima e que exige também reparação individualizada.<sup>8</sup>

A parte final do disposto no artigo 949 do Código Civil -“*além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido*”- não deve ser interpretado para ampliar o rol de danos na ilusão de que o Direito e a Justiça estariam sendo engrandecidos. Muito pelo contrário! Os problemas decorrem da falta de técnica legislativa, ante a omissão completa do legislador na definição de dano, e na apresentação de suas espécies. Cabe aos estudiosos do direito apresentar balizas sedimentadas para que os resultados contraditórios sejam evitados.

<sup>7</sup> Artigo 949 do Código Civil: “No caso de lesão ou ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, **além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.**” (grifos nosso)

<sup>8</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da Reparação Integral. São Paulo: ed. Saraiva: São Paulo. p.301.

Assim, de fato, todos os prejuízos do "ofendido" devem ser provados e reparados, mas não por gama de variados danos. O valor que ali se atingir, para a plena e correta reparação civil, independentemente da cifra numérica atingida, frise-se, poderá ser instrumentalizado pelos danos material e moral, conjunta ou separadamente.

O dano estético não possui autonomia! A lesão estética é que a possui! Para que a lesão estética seja quantificada corretamente, considerando que dela podem ser extraídos prejuízos materiais (lucros cessantes e/ou danos emergentes) e também abalo no psiquismo da vítima, os danos material e moral são aptos à completa aferição.

No que tange ao dano à imagem, importante registrar que a Constituição da República em vigor, no artigo 5º, inciso V faz referência aos danos material, moral e à imagem.

Relacionada, também aos direitos da personalidade, no aspecto externo, o dano à imagem se constitui exceção porque compatível com a disponibilidade de sua fruição. Nessa linha, os mestres:

Tenha-se em conta, todavia, que, embora revestidas de todas as características comuns aos direitos da personalidade, a imagem se destaca das demais pelo aspecto da disponibilidade. Importa dizer: a imagem de uma pessoa pode ser usada em campanha publicitária de produtos, serviços, entidades, mediante autorização do seu titular, com as exceções referidas pelos doutrinadores, como a figura que aparece em uma fotografia coletiva; a reprodução de imagem de personalidades notórias, a que é feita para atender ao interesse público, com o fito de informar, ensinar, desenvolver a ciência, manter interesse público, manter a ordem política ou necessária à administração da justiça.<sup>9</sup>

O dano à imagem não é uma terceira espécie de dano porque seu substrato fático não se confunde com os demais danos existentes- danos material e moral. Assim, a violação do direito à imagem de uma pessoa pode acarretar reparação por dano material (lucros cessantes e danos emergentes, cumulados ou não) ou por dano moral, ou mesmo por danos material e moral conjuntamente.

Ademais, não é pela razão de ter sido nominado na Constituição Federal que o dano à imagem existe autonomamente, malgrado a proteção à imagem, como direito da personalidade, esteja assegurada.<sup>10</sup>

9 DIREITO, Carlos Alberto Menezes e CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao Novo Código Civil*. vol. XIII. Rio de Janeiro: ed. Forense. 2004. p. 120.

10 Nesse sentido, doutrina abalizada: "Em nossa percepção, houve mera redundância do constituinte versar a respeito do dano à imagem, não havendo aqui a intenção de negar a proteção à imagem, eis que, por óbvio, persiste a ilicitude, em decorrência da violação de um direito amparado

Da mesma forma que outrora salientado no exame do dano estético, qualquer orientação que se sugira, partindo da pretensa autonomia do dano à imagem, fatalmente, redundará em indenização injusta pelo locupletamento ilícito de uma das partes quando somado ao danos material e moral, conjuntamente ou não.

Interessante que autores de escol tangenciam a problemática, mas, no entanto, admitem apenas a forma em que as “equações” dos danos se apresentam. Nesse sentido:

A circunstância de o dano estético (que dano moral é) vir a causar, indiretamente, prejuízo patrimonial à vítima não transmuda sua natureza. Como já se viu, os bens personalíssimos muitas vezes são aptos a gerar vantagem econômica, de modo que a lesão a algum desses bens, a par de constituir dano moral, pode gerar dano patrimonial.<sup>11-12</sup>

Ultrapassada essas questões, que guardam similitudes entre si quanto aos exatos contornos dos danos estético e à imagem, em doutrina e jurisprudência colhem-se **outras espécies de danos**, a exemplo dos **danos ambiental, psíquico, social, dentre outros**, criados, unicamente, com base no motivo ensejador, ao que se identifica pelos respectivos “substratos fáticos”, substratos colhidos e adjetivados no mundo fenomênico.

No que tange ao dano social, ao que se intitula dano à sociedade, destaca-se posição que reflete parte da doutrina-*verbis*:

---

constitucional e infraconstitucionalmente, mas sim de questionar a viabilidade da construção teórica do dano “à imagem”, em sua essência, como uma nova espécie de dano.” RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz, MAMEDE, Gladston e ROCHA, Maria Vital da (coords), *Responsabilidade Civil Contemporânea*, in “Dano à Imagem”, MORATO, Antonio Carlos . São Paulo;ed. Atlas. 2011.p.565.

11 ANDRADE, André Gustavo de. *Dano Moral & Indenização Punitiva*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris.2009.pp.82-83

12 Discorda-se da opinião do r. doutrinador ao não reconhecer o efetivo perigo das interpretações pretorianas no que pertine à cumulação dos danos-*verbis*: “Não se vislumbra, aqui, o perigo apontado por Antônio Jeová Santos em relação à interpretação que vem sendo dada pelo Superior Tribunal de Justiça. Argumenta o autor que a indenização em separado do dano estético:“(…) abre o precedente de alguém pretender receber, de forma cumulada, indenizações pelo dano moral, pelo dano estético, pelo dano às afeições legítimas, pelo dano à vida de relação, pela lesão psicológica, pelo dano decorrente da perda da serenidade familiar, pela lesão que decorre da intimidade ou da vulneração à identidade pessoal e, assim, numa infinidade de indenizações que a mente criativa dos profissionais do foro seja capaz de criar.” A jurisprudência em geral tem refreado o ímpeto criativo dos profissionais do foro. A experiência tem demonstrado que os julgadores, ao avaliarem separadamente o dano estético e o dano moral, como entidades ou categorias distintas, não deixam de levar em consideração a soma total desses dois valores, que é ajustada para se chegar a uma importância que mantenha proporcionalidade com o resultado danoso. Por outro lado, como já se observou, a indenização do dano moral somente exercerá adequadamente o seu papel se forem consideradas, na estimativa do *quantum* indenizatório, as diversas formas de manifestação do dano moral.” ANDRADE, André Gustavo de. *Dano Moral & Indenização Punitiva*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris.2009.p.85.



“(…) Os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral-principalmente a respeito da segurança- quanto por diminuição de sua qualidade de vida. Os danos sociais são causa, pois, de **indenização punitiva** por dolo ou culpa grave, especialmente, repetimos, se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de **indenização dissuasória**, se atos em geral de pessoa jurídica, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população. <sup>13</sup>(grifos do autor)

Não se olvide para o reconhecimento doutrinário e jurisprudencial dos danos ecológicos e atômicos, além dos danos coletivos, apontados como danos autônomos, com pressupostos e requisitos próprios.<sup>14-15</sup>

Constata-se, já desde tempos antigos, a tendência no direito brasileiro de serem criados institutos jurídicos através das hipóteses pelos quais incidam; as hipóteses do mundo fenomênico. São adjetivações erigidas a elevado patamar porque por meio dessas criam-se, autonomamente, institutos, a exemplo dos novos danos.

Nesse contexto, colhe-se número crescente de danos,<sup>16</sup> a medida que as hipóteses do mundo fenomênico se apresentam. A equação não é exatamente proporcional, mas em futuro próximo, face à designação dos “novos danos”, tudo leva a crer que a indesejada proporcionalidade- dano e hipótese fática-será alcançada. Inevitável a ocorrência da já atual **proliferação dos danos**, eis que os denominados “novos danos”, a exemplo dos danos sociais, atômicos, ecológicos, ambientais psíquicos e coletivos, não são efetivamente danos jurídicos porque seus pressupostos e requisitos coincidem, no todo ou em parte, com danos anteriormente existentes, o dano material e o dano moral.

13 AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo:ed. Saraiva.2009.p.382.

14 Cf. GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: ed.Renovar.2000. pp. 83 e 85; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Instituições de Direito Civil-v. I. ed. Rio de Janeiro:ed.Forense.1998.

15 Nesse sentido: “Todavia, consideramos a existência de exceções, tal como a inovadora proposta de adoção do dano social, por nós considerada como uma verdadeira terceira espécie de dano e que concentra sua análise no agente causador do dano e não na vítima, pois, em relação a esta, analisamos danos fundamentalmente individuais ( ou seja, de natureza moral ou material). RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz, MAMEDE, Gladston e ROCHA, Maria Vital da (coords), *Responsabilidade Civil Contemporânea*, in “Dano à Imagem”,MORATO, Antonio Carlos . São Paulo;ed.Atlas. 2011.p.571.

16 Anderson Shreiber, com absoluta propriedade alerta:” Independentemente do acerto ou desacerto de tais decisões, casos assim têm despertado a doutrina e a jurisprudência de toda parte para os riscos da proliferação de “novos danos”. Uma análise cuidadosa revela, contudo, **que algumas destas novas espécies de dano correspondem, a rigor, não a novos danos, mas simplesmente a novas situações de risco ou a novos meios lesivos**, cujo incremento é, de fato, inevitável no avançar do tempo. Quem tem sua imagem divulgada de forma vexatória na internet ou transmitida para aparelhos celulares sofre, tecnicamente, dano à honra, o mesmo dano à honra que há muito se repara. Embora a divulgação se dê por um meio muito mais sofisticado e quase sempre mais lesivo do que os outrora conhecidos, **não se pode identificar aqui uma nova modalidade de dano, sob o ponto de vista científico**. (grifos nosso) SCHEREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 3ªed.. São Paulo:ed.Atlas. 2011.p.99.

### Configuração legal-doutrinária

Em termos legislativos, não há qualquer orientação do Código Civil em vigor, assim como no vetusto Código e leis esparsas, acerca das hipóteses de incidência e regras de acumulação entre os danos em espécie.

Há, no entanto, relevantes súmulas de jurisprudência, orientadoras, a exemplo da Súmula n.38 do STJ- “É lícita a cumulação da indenização de dano estético e dano moral.”, além de julgados, mesmo das Cortes Superiores, em diversos sentidos.

Quanto à acumulação do dano estético com o dano moral, partindo da reconhecida autonomia do então denominado “dano extrapatrimonial”, havia forte orientação no sentido de que o dano estético se confundia com o dano moral não podendo, pois, ser com este somado.

Conquanto o entendimento contrário ao cúmulo fosse lastreado com bases sólidas, já que vergonha, humilhação e outros sentimentos próprios de uma lesão estética se confundem com o dano moral, o STJ firmou jurisprudência no sentido de que é possível acumular dano estético e dano moral sem qualquer *bis in idem*.

Nessa linha, com autoridade indubitável no assunto, ensina e se posiciona Sérgio Cavalieri:

De se ressaltar, entretanto, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que inicialmente firmara-se nesse sentido (RSTJ 77/246), evoluiu na direção oposta, passando a admitir a acumulação do dano estético ao dano moral: “Nos termos em que veio a orientar-se a jurisprudência das Turmas que integram a Seção de Direito Privado deste Tribunal, as indenizações pelos danos moral e estético podem ser cumuladas, se inconfundíveis suas causas e passíveis de apuração em separado (RSTJ 105/332). Prevaleceu na Corte Superior de Justiça o entendimento de que o dano estético é algo distinto do dano moral, correspondendo o primeiro a uma alteração morfológica de formação corporal que agride a visão, causando desagrado e repulsa; e o segundo, ao sofrimento mental- dor da alma, aflição e angústia a que a vítima é submetida. Um é de ordem puramente psíquica, pertencente ao foro íntimo; outro é visível, porque concretizado na deformidade. O dano estético dá causa a uma indenização especial, na forma do parágrafo 1º do art.1538 do Código Civil (de 1916) (Resp 65.393-RJ, rel Min.Ruy Rosado de Aguiar;Resp 84.752-RJ, rel Min. Ari Pargendler). Embora tenha acolhido esse entendimento como julgador para evitar desnecessários recursos especiais, em sede doutrinária continuo convicto de que o dano estético

é modalidade de dano moral e que tudo se resume a uma questão de arbitramento. Em razão da sua gravidade e da intensidade do sofrimento, que perdura no tempo, o dano moral deve ser arbitrado em quantia mais expressiva quando a vítima sofre deformidade física.<sup>17</sup>

### Os riscos da proliferação dos danos

Em rápida pesquisa pelos meios eletrônicos, ou no acervo documental forense, é possível constatar número crescente de danos, de novos danos em espécie.

O sistema civil, na responsabilidade civil, é aberto, uma vez que Código e Leis esparsas apresentam disciplina normativa para algumas hipóteses passíveis de ocorrência no mundo fenomênico, mas que à evidência, não têm o condão de cerrar *in abstracto* todos os possíveis casos em concreto para, sobre eles, apresentar o tecido normativo aplicável. Impossível. Se feito hoje, amanhã, ao certo, sobrevierá nova hipótese e o pretense sistema fechado se ruirá.

Denomina-se, aqui, “tipicidade aberta”<sup>18</sup> para sintetizar o sistema normativo vigente, ora para estabelecer as responsabilidades subjetiva e objetiva, ora para estabelecer as responsabilidades contratual e extracontratual, uma vez que pelo fato do Código ou Leis nominarem, e optarem por disciplinar, determinados fatos, nem por isso outros não poderão se amoldar à regra geral, de acordo com a categoria a que se subsumam.

Doutrina Guilherme Calmon:

No Direito brasileiro, a ideia dos atos ilícitos segue um sistema aberto, ou seja, é orientada **pelo princípio da atipicidade desses atos**. Tal princípio significa que os atos ilícitos não estão tipificados em preceitos legais específicos, diversamente do que se verifica no que tange aos crimes e contravenções no Direito Penal. Pelo contrário, o que existe são verdadeiras cláusulas gerais de responsabilidade subjetiva ( arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002), de ampla extensão, que só implicam a obrigação de indenizar, quando verificados os elementos que constituem suas respectivas hipóteses de fato.<sup>19</sup>

17 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ªed. São Paulo:ed. Atlas.2012.p114.

18 No mesmo sentido, mas apresentando denominação diversa, e de grande relevo, ensina Anderson Schreiber: “Em outras palavras, nos ordenamentos típicos, o legislador limita o dano ressarcível a certos interesses previamente indicados, restringindo a atuação judicial a um campo determinado. Nos ordenamentos atípicos, ao contrário, o legislador prevê tão somente cláusulas gerais, que deixam ao Poder Judiciário ampla margem de avaliação no que tange ao merecimento de tutela do interesse alegadamente lesado. Nesta esteira, diz-se típico, originariamente, o ordenamento alemão, em que o ressarcimento dos danos vem assegurando apenas em face da lesão a interesses tipificados em lei, como a vida, a integridade física, a saúde, a liberdade e a propriedade. É atípico, por outro lado, o ordenamento brasileiro, em que o legislador não indica os interesses cuja violação origina um dano ressarcível, limitando-se a prever uma cláusula geral de ressarcimento pelos danos patrimoniais ou morais.SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 3ªed. São Paulo:ed. Atlas. 2011.p.100.

19 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil. Obrigações*. São Paulo:ed. Atlas. 2008.p.41.

Entretanto, a questão não é tão simples quanto se possa imaginar no que tange à identificação do *an debeatur*, face às novas espécies de danos, já que no ponto envolvendo a quantificação, nada mudou, salvo a mudança inerente à flexibilização do dano em hipótese excepcional prevista no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil.

À medida que novos danos forem surgindo, correlatos a novos fatos, a soma de valores será fato incontroverso. Para apresentar, ao final, a reparação pecuniária almejada, os danos em espécie, quantificados, terão que ser somados. Consequência lógica e natural.

O problema está exatamente aí: a soma desses valores, não raro, alcançará cifras astronômicas dissociadas da realidade do dano causado, do prejuízo efetivamente sofrido pela vítima.

Comumente essa situação é constatada, repete-se e se expande, atormentando muitos estudiosos e operadores do direito, porque adjetivar danos, em homenagem fiel ao fato a que estão atrelados, sem pressupostos e elementos necessários distintos dos que já existem- dano material e dano moral-, é medida contrária ao direito e a todo o ordenamento jurídico.

Ações são ajuizadas, pedidos julgados procedentes, ou improcedentes, sem que se observe a flagrante atécnica na criação dos novos danos. Em primeira instância, os resultados são vários, e em segunda instância, como nas Cortes superiores, observa-se o "corte" no pedido, para amenizar o *quantum debeatur*, por várias razões, mas não para a fulcral, que é a atécnica do surgimento dos novos danos, ou na famigerada proliferação dos danos.

Identifica-se o problema e as consequências, mas necessário perquirir a causa desse problema. A tipicidade aberta seria o problema? Abolir esse sistema e normatizar todas as hipóteses em responsabilidade civil?

Como anteriormente ressaltado, impossível normatizar todas as hipóteses em responsabilidade civil- esforço hercúleo e inútil- porque o sistema será facilmente deteriorado com o tempo e com a diversidade de fatos e situações que a vida em sociedade produz. A causa do problema não está aí.

Em período anterior à codificação de 1916, Espínola já identificava o dano como elemento imprescindível à reparação civil, identificando-o como elemento que causa lesão a um direito. Nesse sentido, ensina:

O *damno* entra, sem dúvida, como elemento do delicto civil. Para que se fale em obrigação proveniente de um facto ilícito, é necessário que se prove a existência de um prejuízo. Sem elle póde haver um acto reprovado pela moral ou reprimido pelas lei penaes, não haverá, porém, um delicto civiil, nem se poderá falar em **lesão de direito**. Todo e qualquer direito é susceptível de soffrer a influencia nociva do acto ilícito, tanto o direito patrimonial como o não patrimonial. Assim, a **lesão** de qualquer deles determina a obrigação de resarcir o *damno* causado.<sup>20</sup>

20 ESPÍNOLA E. *Systema do Direito Civil Brasileiro*-volume 2-Rio de Janeiro: ed.Livraria Francisco

Como já fora mencionado nesse trabalho, mister se faz a apresentação de um conceito de dano, abstraindo-se do que indissociavelmente resulta, que é um prejuízo fruto de uma lesão patrimonial ou de uma lesão moral, mas lesão a um direito, já como alertava no início do século passado o doutrinador supra mencionado.

Apresentando-se conceito de dano como lesão a um patrimônio, que é um dos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento normativo em vigor, a proliferação dos danos estará fadada ao insucesso e ao banimento de nossos Tribunais e acervos documentais porque não se encaixará nas balizas agora sedimentadas.

O Código civil anterior, e o vigente, não apresentaram um conceito de dano atribuindo, no entanto, essa tarefa à doutrina. Nesse ponto andou mal porque o problema não chegaria ao estágio de complexidade e preocupação, caso o conceito de dano estivesse presente em texto legal.

Nesse diapasão, propõe-se a permanência **apenas** dos danos material e moral porque possuem pressupostos e elementos próprios, não colidentes com os demais.

O **dano material**, e seus elementos, lucros cessantes e/ou danos emergentes, no âmbito da equivalência numérica, e o **dano moral** imbuído dos aspectos compensatório e punitivo, no âmbito da compensação pecuniária, são absolutamente suficientes, e aptos, a quantificar quaisquer valores a serem deduzidos em Juízo. **Possuem balizas, e sedimentação legal-doutrinária, e se bastam para instrumentalizar todas as ações de responsabilidade civil no direito civil brasileiro com vistas a abominar, sempre, o enriquecimento sem causa, axioma permanente que não deve ser perdido de vista pelo operador do direito.**

Com isso, o dano estético, o dano à imagem, o dano psíquico, o dano ambiental e tantos, e tantos outros danos, passam a perder campo porque padecem de contorno jurídico próprio não só por terem sido criados através dos fatos que lhes deram origem (**e só**), como também padecem por não se inserirem na correta definição de dano, na medida em que a lesão do direito seria identificada e facilmente contrastada com a mesma sob o rótulo de outro dano, a exemplo do dano material em que todo o prejuízo advindo do dano estético poderia ser ali incluído, sem a necessidade de criação de um dano em especial. Relembre-se, por oportuno, o acerto da melhor doutrina sobre o assunto: "Novamente, a questão é de conceito, e não adotado um ponto de partida firme, a polêmica perde-se no vazio."<sup>21</sup>

---

Alves. 1912.pp.697-698

21 CASTRO, Guilherme Couto de. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*. 2ªed. Rio de Janeiro:ed.Forense. 1997. p.21.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AMORIM, Carpena. *A Reparação do Dano decorrente do Crime*. Rio de Janeiro: ed. Espaço Jurídico. 2000.

ANDRADE, André Gustavo de. *Dano Moral & Indenização Punitiva*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2009.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: ed. Saraiva. 2009.

CIANCI, Mirna. *O Valor da Reparação Moral*. São Paulo: ed. Saraiva. 2009.

CASTRO, Guilherme Couto de. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: ed. Forense. 1997.

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

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. vol. II. 9ª ed. Rio de Janeiro: ed. Forense. 1994.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes e CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao Novo Código Civil*. vol. XIII. Rio de Janeiro: ed. Forense. 2004.

ESPÍNOLA E. *Systema do Direito Civil Brasileiro - volume 2* - Rio de Janeiro: ed. Livraria Francisco Alves. 1912.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil. Obrigações*. São Paulo: ed. Atlas. 2008.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz, MAMEDE, Gladston e ROCHA, Maria Vital da (coords), *Responsabilidade Civil Contemporânea*, in "Dano à Imagem", MORATO, Antonio Carlos. São Paulo; ed. Atlas. 2011.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*. São Paulo: ed. Saraiva: São Paulo.

SCHEREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 3ª ed. São Paulo: ed. Atlas. 2011.

Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002 - Código Civil - Artigo 949 do Código Civil: "No caso de lesão ou ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido."