REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

A Responsabilidade Civil e a Cumulação de Indenização por Dano Estético e Dano Moral

Arantcha Agnes Noe [1]
Priscila Molento Ferreira Zapparolli [2]
Fernando Silveira Melo Plentz Miranda [3]

RESUMO
A pesquisa sobre a cumulação do dano estético e do dano moral é de suma importância, pois trata da possibilidade de indenização autônoma das verbas pleiteadas. A obrigação de reparar dano causado à integridade física, ao corpo do indivíduo, gera um dano moral e, ao mesmo tempo do dano estético. O que se pretende com este trabalho é fazer uma análise acerca do tipo da responsabilidade civil àquele que causa dano moral e dano estético a outrem, como também, estudar as formas de avaliação de danos à imagem, atingindo tanto o emocional do indivíduo, quanto à aparência externa podendo acarretar uma cumulação de indenizações. Conclui-se que o estudo da possibilidade de cumulação do dano estético e do dano moral e suas formas de reparação fazem-se necessários a fim de que se busque a melhor forma de ressarcimento sem que haja injustiças.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Dano estético. Dano moral.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objeto um estudo do cabimento da autonomia e da cumulação das verbas em caso de ressarcimento aos danos morais e estéticos causados por terceiros, no âmbito da responsabilidade civil.

Inicialmente, será abordada a origem, conceito e espécies da responsabilidade civil, posteriormente, o dano moral e o dano estético, suas principais características e diferenças, e por fim, a cumulação de tais verbas, buscando sempre responder a pergunta: “No

[1] Bacharel em Direito pela Faculdade de Administração e Ciências Contábeis de São Roque, 2013.

[2] Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela UNIMES; Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professora orientadora.

[3] Mestre em Direitos Humanos Fundamentais no Unifieo. Especialista em Direito Empresarial pela PUC/SP. Professor do Curso de Direito da Universidade de Sorocaba e da FAC São Roque. Pesquisador integrante do GESTI (Grupo de Estudos de Sistemas e Tribunais Internacionais) ligado ao Unifieo. Advogado e Administrador de Empresas. Professor orientador.

âmbito da responsabilidade civil a acumulação dos pedidos de dano moral e dano estético são compatíveis entre si e pode ser deferida a quem os pleiteia?".

Foram expostas as razões do cabimento das verbas indenizatórias, quando da sua aplicação através da ação de indenização, a autonomia e a possibilidade de cumulação das verbas no direito brasileiro, assim como a dificuldade de fixar-se o *quantum* a ser pago na reparação dos danos. Na tentativa de esclarecer o tema, há considerável material doutrinário e jurisprudencial, com intuito de oferecer subsídios para uma melhor análise e reflexão a respeito do tema.

O tema tratado neste trabalho justifica-se pela sua importância dentro do contexto social em que está inserida a reparação de danos causados à pessoa, concernente à responsabilidade civil subjetiva ou mesmo objetiva. Sendo a vida humana o bem supremo eleito pela sociedade, é de suma importância sua proteção, destarte, o ordenamento jurídico nos dá os instrumentos e meios processuais adequados para garantir e proteger não só a vida humana, mas todos os bens, direitos e garantias a ela inerentes.

A cumulação dos danos moral e estético, hoje, é teoria recente que vem se fortalecendo na doutrina e jurisprudência dos países em que se respeita e valoriza a dignidade humana, elegendo tais valores como supremos. No Brasil, esta corrente vem se desenvolvendo mais fortemente com o advento da Constituição de 1988, ao cuidar dos direitos e garantias individuais, tratando expressamente da reparação aos danos a pessoa.

Os princípios constitucionais somados ao Código Civil Brasileiro embasam a reparação dos danos causados por terceiros, decorrentes de ato ilícito, quebra da norma posta ou mesmo de um contrato, sendo a responsabilidade civil subjetiva (culpa), ou objetiva (não necessita ser comprovada a culpa), ainda pode ser contratual ou extracontratual.

O objetivo geral deste trabalho é analisar a cumulação das verbas pleiteadas por dano moral e dano estético, diante das controvérsias e discussões doutrinárias acerca desse

tema. Assim, serão abordadas as hipóteses possíveis para o cabimento de cumulação de indenizações; examinar algumas situações que podem dar origem a danos estéticos e analisar o problema da fixação dos danos moral e estético para meios de indenização pecuniária.

1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Primeiramente, antes de adentrar ao mérito propriamente do tema responsabilidade civil, é interessante abordar sua origem histórica, o que é de suma importância para a compreensão dos institutos relacionados às indenizações.

A responsabilidade civil surgiu em face de uma violação à regra estabelecida, ao desrespeito de um preceito normativo ou o descumprimento de uma obrigação.

No direito romano, inicialmente, a responsabilidade civil caracterizava-se pela vingança coletiva, em que se evidenciava a reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes. Posteriormente evoluiu para uma reação individual, a chamada vingança privada, em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob a égide da Lei de Talião, ou seja, da reparação do mal pelo mal, sintetizada nas fórmulas "olho por olho, dente por dente", "quem com ferro fere, com ferro será ferido". Para impedir abusos, o poder público intervinha apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou.[4]

Naquela época não se cogitava a existência de culpa, a responsabilidade era objetiva, ou seja, era irrelevante a conduta culposa ou dolosa do agente.

Posteriormente, surge o período da composição, ante a observância das vantagens e conveniências das partes comporem-se, devendo o autor da ofensa reparar o dano mediante

[4] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** responsabilidade civil. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v7, p. 26.

o pagamento de certa quantia em dinheiro.[5] Surge daí, a Lei Aquília, que regulamentava a reparação pecuniária do dano, que segundo o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves: "É na Lei Aquília que se esboça, afinal, um princípio geral regulador da reparação do dano".[6]

Referida lei veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da *res*, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente. A *Lex Aquilia de damno* estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor. Esta lei introduziu o *damnum iniuria datum*, ou melhor, prejuízo causado a bem alheio, empobrecendo o lesado, sem enriquecer o lesante.[7]

Assim, surgiu a função do Estado de punir e, a responsabilidade civil no quesito indenização, substituindo a reparação penal, ou seja, é nessa fase que surge a responsabilidade civil subjetiva. A partir de então, a regra era a responsabilidade mediante culpa.

O direito francês estabeleceu um princípio regulador baseado no direito à reparação sempre que houvesse culpa, separando-se a responsabilidade civil, perante a vítima; a responsabilidade penal, perante o Estado e; a responsabilidade contratual perante o descumprimento de uma obrigação.[8]

Corroborando com esse pensamento, o doutrinador Flávio Taturce preceitua que no direito francês:

> (...) doutrina clássica francesa e pela tradução do art. 1.382 do Código Napoleônico, os elementos tradicionais da responsabilidade civil são a conduta do agente (comissiva ou omissiva), a culpa em sentido amplo (englobando o dolo e a culpa *strictu sensu*), o nexo de causalidade e o dano causado.[9]

[5] DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 27.
[6] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v4, p.25.
[7] DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 27.
[8] GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, p.25.
[9] TATURCE, Flávio. **Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 306.

Por volta do ano de 1897, surgem os primeiros estudos sobre a responsabilidade objetiva, que teve como personagem principal as ideias socializantes o direito francês.

A Revolução Industrial gerou consequências de grande importante na esfera jurídica, pois surge a chamada teoria do risco, sob a premissa que o risco deve ser garantido, e segundo Maria Helena Diniz a insuficiência da culpa para cobrir todos os prejuízos, por obrigar a perquirição do elemento subjetivo na ação, e a crescente tecnização dos tempos modernos, caracterizado pela introdução de máquinas, pela produção de bens em larga escala e pela circulação de pessoas por meio de veículos automotores, aumentando assim os perigos à vida e à saúde humana, levaram a uma reformulação da teoria da responsabilidade, sob a ideia de que todo o risco deve ser garantido, visando a proteção jurídica à pessoa humana, em particular aos trabalhadores e às vítimas de acidentes, contra a insegurança material, e todo dano deve ter um responsável, A noção de risco prescinde da prova da culpa do lesante, contentando-se com a simples causação externa, bastando a prova de que o evento decorreu do exercício da atividade, para que o prejuízo por ela criado seja indenizado. Baseia-se no princípio do *ubi emolumentum, ibi us* (ou *ibi onus*), isto é, a pessoa que se aproveitar dos riscos ocasionados deverá arcar com suas consequências.[10]

O surgimento de tal teoria gerou debates de responsabilização daqueles que exerciam atividades em relação à coletividade, integrando a ideia de que o exercício de uma determinada atividade que possa oferecer risco a terceiros, o agente é obrigado a ressarcir danos.

No direito brasileiro, em meados de 1830, vigorava o Código Criminal que englobava normas de direito civil e criminal, tendo como base a justiça e equidade. Nessa

[10] DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 29.

primeira fase, a reparação era condicionada à condenação criminal e, posteriormente, foi adotado o princípio da independência da jurisdição civil e da criminal.[11]

O Código Civil Brasileiro de 1916 filiou-se à teoria subjetiva, que exige prova de culpa ou dolo causador do dano para que seja obrigado a repará-lo. Em alguns poucos casos, porém, presumia a culpa do lesante (arts. 1.527, 1.528, 1.529, dentre outros). O surto de progresso, o desenvolvimento industrial e a multiplicação dos danos acabaram por ocasionar o surgimento de novas teorias, tendentes a propiciar maior proteção às vítimas.[12]

Ainda sobre o Código Civil de 1916, este buscou trazer a responsabilidade civil do Estado pelos atos comissivos de seus agentes. O reconhecimento dos direitos difusos, coletivos e individuais, em nosso país, surgiu em meados da década de 70. Posteriormente, já em 1990, surge o Código de Defesa do Consumidor consagrando a responsabilidade civil sem culpa, inclusive, nas relações privadas.

Em 2003 entrou em vigor o Código Civil de 2002 trazendo em seu texto, especificamente em seu art. 927, a responsabilidade objetiva, a qual abordarei adiante.

1.2 CONCEITO

Entende-se por responsabilidade a qualidade ou condição de responder por ações oriundas de uma determinada obrigação. O doutrinador Álvaro Villaça Azevedo ensina quanto à origem da palavra:

> A palavra *responsabilidade* descende do verbo latino *respondere*, de *spondeo*, primitiva obrigação de natureza contratual do direito quiritário, romano, pela qual o devedor se vinculava ao credor nos contratos verbais, por intermédio de pergunta e resposta (*spondesne mihi dare Centum? Spondeo*; ou seja, prometes me dar um cento? Prometo).[13]

[11] GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, p.27.
[12] GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, p.27.
[13] AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.243.

No mesmo passo, Carlos Roberto Gonçalves explica claramente o significado da palavra em questão: "*responsabilidade* exprime a ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano".[14]

Com base nessas considerações iniciais, conceituando o instituto, sob exame, Maria Helena Diniz define responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.[15]

A responsabilidade civil requer prejuízo à terceiro, particular ou Estado, de modo que a vítima poderá pedir reparação do dano, traduzida na recomposição do *status quo ante* ou em uma importância em dinheiro.[16]

A responsabilidade civil, então, é a obrigação de reparar o dano causado a outrem em razão: de um ato praticado; ou ser responsável pelo ato praticado por uma pessoa; ou por alguma coisa que lhe pertence; ou por imposição legal.

1.3 ELEMENTOS ESTRUTURAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil tem, em sua estrutura, alguns elementos que merecem destaque, pois são fundamentais para a configuração do dever de indenizar.

O art. 186 do Código Civil brasileiro dispõe que todo aquele que causar dano a outrem é obrigado a repará-lo, senão vejamos:

> 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.[17]

[14] GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.,* p.20.
[15] DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 50.
[16] DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário.** São Paulo: Saraiva, 2010, p.509.
[17] VADE MECUM. **Obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 163.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, em análise ao artigo mencionado evidenciam-se quatro elementos, quais sejam: ação ou omissão do agente, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e dano experimentado pela vítima, [18] corroborando com a interpretação, mencionamos Silvo Rodrigues e Flávio Taturce que comungam do mesmo entendimento.

Já Maria Helena Diniz entende que são três os elementos caracterizadores da responsabilidade civil: existência de uma ação, comissiva ou omissiva; ocorrência de um dano moral e/ou patrimonial causado à vítima; nexo de causalidade entre o dano e a ação.[19]

Percebe-se que na doutrina há divergência quanto à quantidade de requisitos da responsabilidade civil, mas conforme demonstrado, a maioria da doutrina entende serem quatro os elementos essenciais da responsabilidade civil, os quais serão abordados separadamente.

1.3.1 Ação ou omissão do agente

A responsabilidade civil resulta de ato próprio, de ato de terceiro ou de danos causados por coisas ou animais que estejam sob a guarda do agente.

A responsabilidade por ato próprio é aquela em que o agente responde por sua ação pessoal em virtude da violação de um direito, gerando prejuízo o qual deve ser reparado. Nesse sentido, responsabilidade por ato próprio está prevista no Código Civil, e podemos citar como exemplos, dentre outros, os casos de calúnia, difamação e injúria; de demanda de pagamento de dívida não vencida ou já paga; de abuso de direito.[20]

[18] GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, p.52.
[19] DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 53-4.
[20] GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, p.53.

A responsabilidade civil por ato próprio é o dever de reparar o dano está vinculado não apenas na infração de um dever legal, mas também quando desrespeita o dever social, mesmo não caracterizada a violação da lei.

Para melhor elucidarmos a responsabilidade civil por ato de terceiro citamos Silvio Rodrigues que explica:

> A responsabilidade por ato de terceiro ocorre quando uma pessoa fica sujeita a responder por dano causado a outrem não por ato próprio, mas por ato de alguém que está, de um modo ou de outro, sob a sujeição daquele. [21]

A responsabilidade civil por ato de terceiro é aquela em há um responsável principal que deve arcar com os prejuízos que a pessoa sob sua responsabilidade cometeu, ou seja, os pais pelos atos dos filhos menores, os curadores pelos curatelados, os tutores pelos tutelados, inclusive, o empregador pelos atos de seus empregados, e assim por diante.

No que concerne à responsabilidade civil por danos causados por coisas ou animais que estavam sob sua guarda, está tipificada no Código Civil brasileiro em seus arts. 938 e 936, respectivamente, em que o responsável responde pelos prejuízos que aqueles causarem.

Vale ressaltar que a conduta do agente pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente. Percebe-se que a regra é a ação ou conduta positiva; já para a configuração da omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato, bem como a prova de que a conduta não foi

[21] RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 15.

praticada. Em reforço, para a omissão é necessária ainda a demonstração de que, caso a conduta fosse praticada, o dano poderia ter sido evitado.[22]

A responsabilidade por ação é aquela que se configura por ato próprio do agente, ato este voluntário que não deveria ser praticado. A responsabilidade por omissão corresponde a não observância de um dever de agir ou a prática de um ato que deveria ser praticado.

1.3.2 Culpa ou dolo do agente

Para que haja a configuração da reparação do dano é mister a existência de dolo ou culpa do agente.

O dolo consiste na intenção de praticar um ato que viole o dever jurídico a fim de prejudicar outrem. Como bem preceitua Carlos Roberto Gonçalves, dolo é a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico.[23]

Por outro lado, em caso de culpa, o agente não tinha a intenção de produzir o resultado danoso, porém, houve a existência de um dos três elementos da culpa, quais sejam: negligência (falta de precaução), imprudência (inobservância de medidas de precaução necessárias para evitar um dano) e imperícia (falta de conhecimento técnico para o exercício de uma função, atividade ou profissão).

Para obter a reparação do dano causado é necessário que a vítima prove que o agente causador do dano agiu com dolo ou culpa. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, muitas vezes essa prova se torna difícil de ser conseguida, sendo que nosso direito positivo admite a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria no risco.[24]

[22] TATURCE, Flávio, *op. cit.,* p. 355.
[23] GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, p.53.
[24] GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, p.53.

1.3.3 Relação de causalidade

A responsabilidade civil não existiria sem a relação de causalidade entre o dano verificado e a conduta praticada pelo agente. Assim, o dano deve estar intimamente relacionado com o comportamento do agente para que haja a obrigação de indenizar.

A relação de causalidade consiste no nexo causal, termo este designado para definir o vínculo entre o prejuízo e a ação, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação. Portanto, referido nexo representa uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, sendo esta considerada a causa.[25]

1.3.4 Do dano experimentado pela vítima

É notório que, além da prova da existência de culpa ou dolo, é necessária a ocorrência de um dano para que seja possível a indenização.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, a configuração da existência da prova do dano é de suma importância, pois sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido. O Código Civil consagra um capítulo sobre a liquidação do dano, ou seja, sobre o modo de apuração dos prejuízos e a indenização cabível. A inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás, sem objeto.[26]

Na responsabilidade civil tem-se que o dever de indenizar decorre, portanto, da violação de um direito e da existência de um dano, concomitantemente.

1.4 ESPÉCIES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

[25] DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 129.
[26] GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, p.54.

O instituto responsabilidade civil é classificado pelos doutrinadores em diferentes espécies, dentre elas abordaremos as de maior relevância para o tema em questão, como a seguir serão abordadas especificamente.

1.4.1 Responsabilidade civil subjetiva

Para melhor elucidar a responsabilidade civil subjetiva, o ilustre doutrinador Carlos Roberto Gonçalves explica:

> Diz-se, pois, ser 'subjetiva' a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.[27]

Nesse mesmo sentido, é fato que a responsabilidade subjetiva constitui regra geral em nosso ordenamento jurídico, baseada na *teoria da culpa*. Dessa forma, para que o agente indenize, para que responda civilmente, é necessária a comprovação da sua culpa genérica, que inclui o dolo (intenção de prejudicar) e a culpa em sentido restrito (imprudência, negligência ou imperícia).[28]

Na teoria da responsabilidade subjetiva, que constitui a obrigação pela qual o agente fica obrigado a reparar o dano causado a terceiro.

Mas o problema maior reside em exigir do ofendido que prove que o causador do dano agiu com dolo ou culpa. Se não lograr provar a culpa do causador do dano, é evidente que este não será responsabilizado.[29]

A responsabilidade subjetiva só se configura mediante prova da existência de culpa ou dolo do agente que lesionou direito alheio, sendo tal indispensável para o surgimento do dever de indenizar.

---

[27] *Idem*, p.48.
[28] TATURCE, Flávio, *op. cit.*, p. 456.
[29] DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Curso moderno de direito civil.** São Paulo: Nelpa, 2007, p. 456.

1.4.2 Responsabilidade civil objetiva

No tocante a responsabilidade civil objetiva, de acordo com o pensamento de Silvio Rodrigues na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.[30]

No mesmo sentido, explica Nelson Godoy Bassil Dower

> (...) Nesta não se discute o problema da culpa, ou seja, elimina-se a indagação da culpa subjetiva do causador dos danos ou das lesões de direito para o dever de indenizar. Quem assume o risco arca com a responsabilidade respectiva.[31]

Vale ressaltar que a responsabilidade civil objetiva está expressa no Código Civil Brasileiro, em seu art. 927, parágrafo único, *in verbis*:

> Art. 927. (...)
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. [32]

A responsabilidade objetiva é caracterizada pela existência de dano, e o dever de repará-lo dependerá, apenas, da vítima demonstrar o nexo de causalidade entre o dano e a ação que o produziu.

Para melhor esclarecer a responsabilidade objetiva, Silvio de Salvo Venosa, em sua obra, menciona a legislação consumerista como exemplo mais recente da responsabilidade civil objetiva no ordenamento, em que a noção de parte vulnerável ou

[30] RODRIGUES, Silvio, *op. cit.*, p. 11.
[31] DOWER, Nelson Godoy Bassil, *op. cit.*, p. 459.
[32] VADE MECUM, *op. cit.*, p. 202.

vulnerabilidade no contrato assume uma posição de destaque, no quesito responsabilidade objetiva.[33]

No que diz respeito à responsabilidade civil objetiva é importante destacar que uma vez provada exclusiva culpa da vítima, o agente se exime da obrigação de reparar o dano.

2 DO DANO

2.1 CONCEITO E REQUISITOS

O dano, como já verificado, é um dos pressupostos da responsabilidade civil, visto que não há que se falar em ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Assim, dano consiste na lesão de qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral, sofrido por uma pessoa e contra a sua vontade.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, ao citar Enneccerus em sua obra, conceitua a palavra dano:

> (...) "toda desvantagem que experimentamos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar, capacidade de aquisição, etc.)". E acrescenta: "Como, via de regra, a obrigação de indenizar se limita ao dano patrimonial, a palavra 'dano' se emprega correntemente, na linguagem jurídica, no sentido de dano patrimonial".[34]

Para que haja dano indenizável, será indispensável à ocorrência dos seguintes requisitos: diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa, pois a noção de dano pressupõe a do lesado; efetividade ou certeza do dano, pois a lesão não poderá ser hipotética ou sem fundamento; causalidade, já que deverá haver uma relação entre a ação e o prejuízo causado; subsistência do dano no momento da reclamação do

[33] VENOSA, Silvio de Salvo, VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** Responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 11.
[34] GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, p.357.

lesado; legitimidade, pois é necessário que a vítima seja titular do direito atingido para que possa pleitear a reparação; e, ausência de causas de excludentes de responsabilidade, pois podem ocorrer danos que não resultem dever ressarcitório.[35]

2.2 ESPÉCIES DE DANO

No campo dos danos, é possível distinguir duas espécies de danos, os materiais e os morais.

O dano material é aquele que afeta o patrimônio da vítima, em contrapartida o dano moral é aquele que ofende a personalidade ou interesses íntimos da vítima.

2.2.1 Danos materiais

Conhecidos também como danos patrimoniais, os danos materiais constituem prejuízos, perdas que atingem o patrimônio do ofendido. É importante mencionar que, quando falamos em danos materiais a doutrina prefere utilizar o termo “ressarcimento”, pois significa o pagamento do prejuízo material sofrido, sendo que a expressão “reparação” é utilizada aos danos morais, a fim minorar a dor da vítima e, por fim “indenização” é utilizada para a compensação de ato ilícito praticado pelo Estado.[36]

No mesmo passo, Maria Helena Diniz explica que o dano patrimonial vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. Constituem danos patrimoniais a privação do uso da coisa, os estragos nela causados, a incapacitação do lesado para o trabalho,

[35] DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 81-3.
[36] GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, p.357.

a ofensa a sua reputação, quando tiver repercussão na sua vida profissional ou em seus negócios.[37]

O dano patrimonial, portanto, estabelece a diferença entre o valor do patrimônio existente e o patrimônio que existiria se o dano não tivesse ocorrido.

O dano patrimonial abrange danos emergentes ou danos positivos e os lucros cessantes ou danos negativos. Ao mencionarmos o art. 402, primeira parte, do Código Civil Brasileiro de 2002, nos deparamos com os danos emergentes ou danos positivos, que são aqueles constituídos pela efetiva diminuição do patrimônio do ofendido, ou seja, o que o lesado efetivamente perdeu. Para melhor elucidarmos esse tipo de dano material, citamos como exemplo o acidente de trânsito e o prejuízo efetivamente ocasionado no veículo.

Ainda sobre a interpretação do referido art. 402, segunda parte, há os chamados lucros cessantes ou danos negativos que consistem nos valores que a vítima deixa de receber, ou seja, aquilo que o ofendido deixou de lucrar, em razão do prejuízo que lhe foi causado. Como exemplo, podemos citar o taxista que se envolve num acidente de trânsito, deixando de lucrar valores devido a tal evento.

Os danos patrimoniais podem ser classificados ainda, em diretos e indiretos. Considera-se direto o dano que causa imediatamente um prejuízo ao patrimônio da vítima, ou seja, causado a própria vítima e o prejuízo é consequência imediata da lesão. O dano patrimonial indireto atinge interesses jurídicos extrapatrimoniais, como os direitos da personalidade, tendo mediatos prejuízos patrimoniais, pode ser experimentado por terceiros ou ainda, o que resultar da conexão do fato lesivo com um acontecimento distinto.[38]

Por fim, a legitimidade ativa à reparação do dano patrimonial compete àqueles que arcaram efetivamente com os prejuízos materiais com origem do evento danoso. Pode ser

[37] DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 84.
[38] DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 88.

a própria vítima, no caso de dano à integridade física, ou seus dependentes beneficiários, no caso de dano morte.[39]

2.2.2 Dos danos morais

O dano moral é o que atinge os direitos da personalidade do ofendido, não lesando seu patrimônio e, sim a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, direitos estes previstos no art. 1º, III e art. 5º, V e X da Constituição Federal.

A dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso não são propriamente o dano moral, são a consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo e quem suporta um dano estético, a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito incertos e variáveis em cada caso.[40]

Aduz Maria Helena Diniz que o critério de distinção entre o dano patrimonial e o moral não poderá ater-se à natureza ou índole do direito subjetivo atingido, mas ao interesse, que é pressuposto desse direito, ou ao efeito da lesão jurídica, isto é, ao caráter de sua repercussão sobre o lesado, pois somente desse modo se poderia falar em dano moral, oriundo de uma ofensa a um bem material, ou dano patrimonial indireto, que decorre de evento que lesa direito da personalidade ou extrapatrimonial, como por exemplo, direito à vida, à saúde, provocando também um prejuízo patrimonial como a incapacidade para o trabalho, despesas com tratamento.[41]

O dano moral pode ser classificado em sentido próprio, ou seja, constitui aquilo que a pessoa sente como, por exemplo, a dor, tristeza, amargura, angústia, depressão e, em sentido impróprio, onde o dano moral constitui qualquer lesão aos direitos de personalidade,

[39] MATOS, Eneas de Oliveira. **Dano moral e dano estético.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 108-9.
[40] GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, p.379.
[41] DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p.108.

como a liberdade, a opção sexual, a opção religiosa, entre outros, neste último não há que se falar em prova para sua caracterização. Os danos morais podem ser classificados ainda, em dano moral provado ou subjetivo, havendo nesse caso a necessidade de prova por parte do autor da demanda; dano moral objetivo ou presumido não havendo necessidade de prova; dano moral direto constituindo-se como aquele que atinge a própria pessoa, a sua honra subjetiva (autoestima) ou objetiva (repercussão social da honra); e por fim, dano moral indireto aquele que atinge de forma reflexa, como nos casos de morte de uma pessoa da família.[42]

Segundo Flávio Taturce ao citar Fernando Noronha em sua obra esclarece que a reparação de todos os danos que não sejam suscetíveis de avaliação pecuniária obedece em regra ao princípio da satisfação compensatória: o quantitativo pecuniário a ser atribuído ao lesado nunca poderá ser equivalente a um "preço", será o valor necessário para lhe proporcionar um lenitivo para o sofrimento infligido, ou uma compensação pela ofensa à vida ou à integridade física.[43]

Há muitas objeções quanto ao ressarcimento do dano moral, as quais é mister destacar as de maior relevância: i) a não durabilidade do dano moral, porém a doutrina tem entendido que o efeito não permanente não impede o ressarcimento do dano; ii) dificuldade em descobrir-se a existência do dano, porém não é impossível ou difícil, pois se se tratar de pessoas ligadas intimamente a vítima, presume-se a existência do dano moral; iii) indeterminação do número de lesados, pois a lesão atingiria, além da vítima, as pessoas ao seu redor, mas basta o juiz analisar o caso concreto e verificar quais as pessoas cuja dor merece ser reparada; iv) a impossibilidade de uma rigorosa avaliação pecuniária da extensão do dano moral, nesse caso o lesado não pede um preço para a sua dor, mas apenas para abrandar as consequências dos prejuízos sofridos; e) o ilimitado poder que se concede ao magistrado para

[42] TATURCE, Flávio, *op. cit.,* p. 399-400.
[43] TATURCE, Flávio, *op. cit.,* p. p. 397.

apreciar o montante compensador do dano moral, aqui o juiz deverá apelar para o que lhe parecer justo ou equitativo, fixando moderadamente uma indenização.[44]

As objeções ora expostas não possuem consistência e reiteradamente têm sido respondidas pelos doutrinadores, admitindo-se, então, o ressarcimento pelo dano moral, mesmo quando não tiver repercussão econômica. Reforça tal ideia o Enunciado n. 453 do Conselho de Justiça Federal ao dispor: "O direito de exigir reparação a que se refere o art. 943 do Código Civil abrange inclusive os danos morais, ainda que a ação não tenha sido iniciada pela vítima". Dessa forma, a reparação do dano moral está prevista em nosso ordenamento jurídico como, por exemplo, o art. 3º do Código de Processo Civil ao estatuir que é necessário ter interesse ou legitimidade para propor ou contestar uma ação. Assim sendo, apesar do bem moral não se exprimir em dinheiro, se há interesse moral que justifica a ação, é claro que o interesse é passível de reparação. A fixação do *quantum* competirá ao magistrado e na avaliação do dano moral deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do dano causado e na capacidade econômica do responsável.[45]

Por fim, a legitimidade ativa por dano moral incumbe a própria vítima da ofensa, ou seja, a legitimidade e reparação se justificam diante dos notórios danos causados diretamente contra a vítima, causando-lhe forte abalo emocional, justificando a concessão de reparação por dano moral.[46]

2.2.3 Dano estético

A palavra "estética" vem do grego *aisthesis* que significa *sensação.* É o ramo da ciência que tem por objeto o estudo da beleza e suas manifestações na arte e na beleza. A doutrinadora Teresa Ancona Lopez define a estética como uma "ciência prática ou normativa

[44] RODRIGUES, Silvio, *op. cit.*, p. 190.
[45] DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 117-8.
[46] MATOS, Eneas de Oliveira, *op. cit.,* p. 117.

que dá regras ao fazer humano sob o aspecto do belo. Portanto, é a ciência que tem como objeto material a atividade humana (fazer) e como objeto formal (aspecto sob o qual é encarado esse fazer), o belo". O conceito de "belo" é relativo e sua conceituação sempre se deu com as tendências e verdades de cada filosofia. A identificação da beleza está intimamente ligada à verdade moral, ou intelectual, ao justo, ao bom, ao prazer, ao útil e, evidentemente, à harmonia e equilíbrio das formas.[47]

Segundo Maria Helena Diniz, dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeiamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa.[48]

Nesse mesmo sentido, Teresa Ancona Lopez define dano estético da seguinte maneira:

> (...) como qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um "enfeamento" e lhe causa humilhações e desgostos, dando origem, portanto, a uma dor moral.[49]

Sobre a conceituação de dano estético, mencionada por Teresa Ancona Lopez, extraímos o primeiro elemento caracterizador do dano estético, qual seja, quando há "qualquer modificação" não se trata apenas de feridas horríveis, falta de um membro, cicatrizes demasiadamente feias e, sim qualquer transformação para pior na aparência da vítima, havendo um desequilíbrio entre o passado e o presente.

O segundo elemento do dano estético é a permanência, ou um efeito prolongado do dano. Portanto, é necessário que a lesão que tornou a pessoa mais feia seja duradoura, pois

[47] LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 44-5.
[48] DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 98.
[49] LOPEZ, Teresa Ancona. o*p. cit.*, p. 46.

se assim não for, não se poderá falar em dano estético, mas em atentado reparável à integridade física ou lesão passageira que se resolve em perdas e danos.[50]

O terceiro elemento do dano estético constitui na modificação aparente, ou seja, deve haver uma modificação na aparência externa da pessoa. O quarto elemento integrante para a configuração do dano estético é a modificação que cause um "enfeamento" na vítima, ou seja, a aparência se torne pior do que a anterior. E, por fim, o quinto e último elemento elencado é a humilhação, tristeza, desgosto, constrangimento, ocasionado pelo dano estético à vítima.

Vale ressaltar que segundo Enéas de Oliveira Matos para a caracterização do dano estético, é essencial a prova da ocorrência do dano, a qual deverá ser realizada por perícia médica, que, seguindo os critérios do estado da arte, deverá responder se o evento danoso causou, ou não, uma ofensa certa à integridade da pessoa humana, bem como se essa ofensa é permanente, não se aceitando a passageira ou recuperável.[51]

Assim, o dano estético estaria compreendido no dano psíquico e moral, podendo haver, dessa forma, a cumulação da indenização por dano estético e dano moral representada pelo sofrimento, vergonha, angústia, sensação de inferioridade e os sentimentos mais íntimos da vítima. Porém, para que haja essa cumulação, é de suma importância que tenha existido um "enfeamento" da vítima, ou seja, que a aparência tenha se tornado pior que a anterior, e que seja permanente ou durável, havendo um sofrimento moral, tendo como causa uma ofensa à integridade física da vítima.

2.2.4 Das situações que podem dar origem ao dano estético

2.2.4.1 O dano estético pode ser delitual ou contratual

[50] DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 47.
[51] MATOS, Eneas de Oliveira, *op. cit.*, p. 183.

No Brasil, a responsabilidade civil é, ainda, fundada na culpa, e para que haja indenização é necessária a existência de um dano, e que este tenha decorrido de ação ou omissão, negligência, imprudência ou imperícia e prova do nexo causal entre a culpa e o dano. Esses requisitos ora expostos, também se aplicam à responsabilidade contratual e extracontratual.

As principais diferenças entre a responsabilidade contratual e a extracontratual são elencadas por Teresa Ancona Lopez, senão vejamos: i) na responsabilidade civil contratual há uma violação de obrigação em sentido, ou seja, a responsabilidade é estrita nas cláusulas contratuais. Já a responsabilidade extracontratual, por sua vez, é uma violação a uma obrigação em sentido genérico, ou seja, geralmente consiste no dever de não causar dano à pessoa; ii) na responsabilidade contratual há modificação no objeto da prestação devida, porém não prejudica a identidade da relação obrigacional. No que diz respeito à responsabilidade extracontratual, a obrigação de indenizar nasce de uma violação a legalidade ou de direito absoluto; iii) a responsabilidade contratual é definida e limitada nos termos do contrato e pode, ainda, excluir a abrangência de culpa, não podendo ferir normas de ordem pública. A responsabilidade extracontratual não tem limite traçado e deve ser aplicada sempre que houver prejuízo, independente da espécie de culpa, iv) por fim, a principal diferença está na presunção da culpa, a qual é aplicada na responsabilidade contratual, acarretando inversão do ônus da prova e maior facilidade da vítima conseguir indenização. Em matéria delitual, a culpa do dano deve ser provada pela vítima.[52]

2.2.4.2 O dano estético proveniente de acidentes

Nos casos de acidentes causados por menores, a responsabilidade de ressarcir o dano causado é dos pais ou tutores, conforme previsão do art. 932, incisos I e II, do Código

[52] LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 68-9.

Civil, a menos que o menor não estava sob sua autoridade e em sua companhia e, consequentemente lhes foge o dever de vigilância. A responsabilidade dos pais ou tutores é baseada na teoria objetiva ou do risco, pois de acordo com o Código Civil Brasileiro, as pessoas elencadas no art. 932 do referido código responderão pelos atos praticados por terceiros ainda que não haja culpa de sua parte, ou seja, mesmo que os pais ou tutores não tenham culpa do dano ocasionado, responderão por seus filhos e tutelados. Vale ressaltar as excludentes de responsabilidade nos casos de culpa exclusiva da vítima, no caso fortuito e força maior, capazes de romper o nexo causal.

Quando se tratar de emancipação do menor por seus pais, estes deverão responder por seus atos ilícitos. Porém, se a emancipação ocorreu por motivos previstos em lei, como o casamento, o exercício efetivo em cargo público, ou economia própria do menor de 16 anos completos, os pais não respondem, em princípio. Por outro lado, o art. 928 do Código Civil busca melhorar a situação dos responsáveis cujos incapazes possuem maior poder aquisitivo, ou seja, o incapaz responde pelos prejuízos que causar, desobrigando seus pais quando não caracterizada a obrigação ou não dispuserem de meios suficientes. Assim, a responsabilidade dos pais é objetiva, e estes não podem ilidir essa responsabilidade, salvo quando ficar provado que o filho cometeu o dano quando não estava sob sua autoridade e companhia.

Outro caso de dano estético por acidente é o de ruína por edifícios, hipótese esta prevista no art. 937 do Código Civil e, neste a responsabilidade é incumbida ao dono do prédio. Como exemplo, podemos citar o aresto que trata o desprendimento de sacada de edifício de revestimento feito de argamassa de reboco, vindo a atingir jovem de 19 anos que passava pela rua e devido aos ferimentos perdeu uma perna por amputação.

É preciso esclarecer que a responsabilidade não se restringe à ruína do prédio, mas se estende a todos os danos advindos do edifício, cabendo ao proprietário e mais ninguém reparar integralmente o dano causado pela queda de um pedaço de revestimento.

Caso análogo ao dano estético por acidente ocasionado por ruína, é o elencado no art. 938 do Código Civil que trata da responsabilidade objetiva de coisas lançadas ou caídas de prédio. A presunção de culpa recai sobre quem habitar o imóvel.

Nos casos advindos de danos estéticos cometidos em desastres de automóveis ou atropelamentos, as vítimas não são ressarcidas de acordo com os princípios da teoria da guarda da coisa inanimada, mas pela teoria da culpa, a qual a vítima deve provar a responsabilidade do agente causador do dano.

E por fim, os danos estéticos causados por animais, como por exemplo, mordidas de cães, coice de cavalo, etc., são baseados na teoria objetiva ou do risco, cabendo ao dono do animal ressarcir o dano ocasionado. A vítima deverá provar, apenas, que o dano foi causado por um animal, vinculando o responsável deste ao ressarcimento do dano sofrido.[53]

2.2.4.3 O dano estético oriundo de atos criminosos

A responsabilidade civil e penal tem âmbitos diferentes, sendo a responsabilidade civil à proteção ao interesse particular e, a responsabilidade penal a proteção ao interesse público. O art. 935 do Código Civil estabelece que quando decidida à questão da existência do fato ou o autor do delito, tais situações não podem mais ser questionadas.

Conforme Teresa Ancona Lopez, ao citar Washington de Barros Monteiro em sua obra, elenca três regras gerais atinentes à responsabilidade civil e penal. São elas: em caso de inexistência de fato ou de autoria na esfera penal, é impossível pleitear ação de indenização na esfera cível; em caso de absolvição do réu por não reconhecimento da culpa, pode haver reparação na esfera civil, pois nesta a culpa levíssima induz a responsabilidade; a questão

[53] LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 80-7.

decidida no crime faz coisa julgada no cível, assim, um dos efeitos da sentença condenatória é a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.[54]

2.2.4.4 O dano estético cometido por agentes do Poder Público

A responsabilidade pelos danos causados pelo Estado está prevista na Constituição Federal em seu art. 37, §6º o qual dispõe que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos causados a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa. Assim, as empresas privadas que prestarem serviços à população responderão pela teoria do risco, como se Estado fossem, bastando a vítima provar ter sido o dano causado por funcionário público. Como exemplo de dano estético causado pelo Poder Público, podemos citar a "invasão da PUC", quando jovens tiveram suas pernas queimadas causadas por bombas lançadas contra estudantes que participavam da assembleia.[55]

2.2.4.5 O dano estético considerado acidente do trabalho

A Constituição Federal/88 dispõe expressamente em seu art. 7º, XXVIII que os trabalhadores urbanos e rurais têm direito ao seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa. Assim, basta a prova da culpa do empregador, bem como o nexo de causalidade entre o evento e o dano decorrente da conduta culposa para que o obreiro possa pedir indenização em face do empregador com fundamento do Direito Civil. Nos casos de indenização acidentária por meio da previdência social, a responsabilidade do réu é objetiva e, de acordo com o art. 5º

[54] LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 87-9.
[55] LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 89-91.

da Lei 9.129/1995 e art. 2º da Lei 9.528/97, é necessário que o dano estético cause redução da capacidade funcional do obreiro.

Vale ressaltar que, se o dano estético ao empregado for causado por terceira pessoa, estranha a relação trabalhista, porém, durante o período de trabalho o recebimento da indenização também será por meio do Direito comum, pois o seguro da Previdência Social foi pago por meio de descontos na folha de pagamento do empregado e, não seria justo o ofendido ter o ônus de sua própria desgraça e o causador do dano se liberar só porque a indenização pela Previdência já havia sido paga. Portanto, cabe a cumulação da indenização por ações civis e acidentárias.[56]

2.2.4.6 O dano estético cometido por médicos

No exercício da medicina, a responsabilidade médica está enquadrada dentro das obrigações por atos ilícitos, prevista no art. 951 do nosso Código Civil que se estende a todos os profissionais dessa área ao prever que "no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho".[57]

A doutrina e jurisprudência, no que diz respeito ao enquadramento da responsabilidade médica, são francamente pela responsabilidade *ex contractu* do médico, ou seja, a responsabilidade extracontratual.

Ao tratarmos da responsabilidade médica, é importante distinguir brevemente as obrigações de meio e as obrigações de resultado, sendo que naquelas a própria atividade do devedor é o objeto do contrato, devendo a atividade ser desempenhada da melhor maneira possível, com a diligência necessária para melhor resultado. Já nestas, o devedor se obriga a

[56] LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 91-5.
[57] VADE MECUM, *op. cit.*, p. 203.

alcançar determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação.[58] Assim, a culpa do médico é contratual e, portanto, uma obrigação de meio, devendo proceder de forma zelosa, com conhecimento profissional específico da área, para que o desejo do paciente seja alcançado. Isto quer dizer que a vítima do dano deverá provar a culpa do médico, visto que nas obrigações de meio não há reversão do ônus da prova.

Quanto aos médicos empregados de hospitais públicos ou privados, a responsabilidade é objetiva, ou seja, o hospital responderá com fundamento no risco de atividade, havendo a possibilidade de ação regressiva contra o médico. É a chamada responsabilidade legal, pois vem diretamente da lei, excluindo a responsabilidade contratual e tendo como fundamento as relações em massa, a vulnerabilidade e a hipossuficiência da vítima. O novo Código Civil, em seu art. 932, III, prevê a responsabilidade do empregador pelos danos cometidos pelos seus empregados no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

A avaliação da responsabilidade médica será apreciada *in concreto*, ou seja, a responsabilidade deverá ser certa. Segundo Teresa Ancona Lopez, para essa avaliação, deverão ser observados alguns princípios e regras gerais, tais como:

i) Dever de informação, considerado como regra básica de qualquer tratamento ou intervenção, presente durante todo o processo de tratamento. O médico deve apresentar as vantagens e desvantagens das técnicas a serem empregadas. Atrelado ao dever de informar, encontramos os princípios da boa-fé objetiva, da transparência e da vulnerabilidade do consumidor; ii) Consentimento do paciente ou de sua família; iii) A margem de risco é sempre a favor do médico; iv) O erro de diagnóstico é passível de condenação apenas se houve grave negligência, imprudência ou imperícia no momento do diagnóstico.[59]

[58] LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 70.
[59] LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 113-8.

O ramo das operações plásticas estéticas ou cosmetológicas, segundo Teresa Ancona Lopez, objetivam o embelezamento das pessoas. Sendo assim, quando alguém procura um profissional para melhorar um aspecto estético, quer exatamente o resultado de melhoria de uma situação que até então, pode ser motivo de tristeza. Portanto, a responsabilidade pelos danos produzidos por cirurgia estética é vista com muito mais rigor, pois ninguém se submete a uma operação plástica se não for para obter um determinado resultado.

No entanto, quanto ao enquadramento da "obrigação de meio" ou "obrigação de resultado", há divergências na doutrina, porém, Teresa Ancona Lopez elenca hipóteses para solucionar o problema:

> 1.º) Quanto ao ato cirúrgico propriamente dito e suas compilações, considera-se a álea de toda intervenção. Portanto, sobre isso estamos diante de uma obrigação de meio.
> 2.º) Sobre a mudança estética prometida, que constitui o fim e a causa da operação, não há como não considerá-la obrigação de resultado. Ou seja, foi feito um croqui, um desenho do que se pretende. O resultado final tem de ser alcançado e, conforme o modelo, o desenho. É uma escultura que tem de dar certo.
> Em suma, o resultado estético ou artístico é da natureza da prestação. Exclui-se nesse aspecto toda a álea e o médico sempre responderá: se não fez o que prometeu no croqui ou se não informou claramente o cliente sobre o resultado ou a mudança de imagem, mesmo que seja para melhor.
> 3.º) Mas pode ser que, além de não cumprir o prometido no contrato, o médico plástico cause dano à pessoa operada. Agora estamos diante da responsabilidade extracontratual, que poderá ser cumulada com a contratual até que a vítima seja totalmente ressarcida em seus danos estéticos, morais e materiais.[60]

Assim, a corrente majoritária é adepta da obrigação de resultado, pois a cirurgia plástica é uma obrigação de cumprir o que se prometeu. Vale ressaltar que a culpa médica pode ser ilidida se, em caso de reação inesperada, devido à constituição física ou psíquica do paciente, o profissional procedeu com cautela, perfeição técnica e informou o paciente dos danos que poderiam acontecer.[61]

[60] LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p., p. 122.
[61] *Idem*, p. 123.

2.2.4.7 O dano estético cometido por farmacêuticos, enfermeiros, dentistas, cabeleireiros, massagistas, esteticistas, etc.

A responsabilidade dos farmacêuticos, enfermeiros, dentistas, cabeleireiros, massagistas, esteticistas, entre outros, é regulada pelo princípio geral da responsabilidade baseada na culpa, ou seja, todo o profissional que por imprudência, negligência ou imperícia, causar dano à pessoa entregue aos seus cuidados deverá repará-lo. Trata-se de responsabilidade contratual, tendo amparo no Código Civil/2002, inclusive no Código de Defesa do Consumidor.

Nos casos de danos estéticos cometidos por farmacêuticos serão observadas as seguintes situações: se o farmacêutico causar dano por ato próprio, deverá responder por culpa, porém, se foi cometido por seu empregado ou preposto, responderá objetivamente. Se por outro lado, o farmacêutico manipula remédios, a responsabilidade será sempre objetiva caso o produto oferecido pela farmácia cause dano.

Os dentistas, tanto quanto os médicos, são profissionais liberais e respondem por culpa. Nesse ramo de atividade, há possibilidade de vários tipos de danos, desde o próprio trabalho feito na boca do cliente até a aplicação de anestesias ou extrações que podem ocasionar danos estéticos.

Os pedicuros, massagistas, cabeleireiros, esteticistas, etc., também podem causar danos estéticos, e a obrigação pode ser "de meio" ou "de resultado" por se tratar de responsabilidade contratual. Para se concluir o dever jurídico atinente ao contrato pactuado, deve-se verificar o que foi celebrado entre o cliente e o profissional, para, a partir daí, concluir se o serviço visou um fim em si mesmo ou apenas um desempenho diligente do profissional. A responsabilidade será medida de acordo com o objeto do vínculo obrigacional.[62]

[62] LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 124-5.

3 DA INDENIZAÇÃO DA VÍTIMA DE DANO ESTÉTICO

3.1 DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO CAUSADOR DO DANO

A respeito desse tema, como já exposto no Capítulo 1 deste trabalho, a responsabilidade do causador do dano poderá ser subjetiva ou objetiva. Ora como sobredito, a interpretação que cabe aos artigos do Código Civil no quesito "causar dano a outrem" é única: a regra geral da responsabilidade civil é a subjetiva, cabendo, por exceção, aos casos previstos em lei, ou quando proveniente de dano de atividade perigosa do ofensor, a responsabilidade objetiva.

O Código Civil/2002 prevê algumas situações em que a responsabilidade será objetiva, as quais serão elencadas a seguir.

Nos casos de dano causado pelo Estado e das prestadoras de serviço público, a responsabilidade civil é objetiva, prevista no art. 43 do Código Civil/2002, o qual dispõe:

> As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.[63]

A responsabilidade objetiva é fundamentada na teoria do risco administrativo, onde plana a responsabilidade simplesmente pela prova do dano, o nexo de causalidade entre o ato e o dano, sem qualquer perquirição de culpa por parte do ofensor, havendo excludente de culpabilidade se provada culpa exclusiva da vítima, a força maior, o ato de terceiro ou o estado necessidade.

Assim sendo, é indiscutível a responsabilidade objetiva direta do Estado por ato danoso, inclusive quanto ao concessionário de serviço público, havendo importante previsão no art. 37, §6º da Constituição Federal/88, resguardando direito fundamental de reparação dos danos causados pelo Estado.

[63] VADE MECUM, *op. cit.*, p. 153.

No que diz respeito à responsabilidade pelo risco da atividade e circulação de veículos, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil aduz a responsabilidade objetiva por desempenho de atividade de risco, porém, para a aplicação deste artigo deverá ser observado o significado de atividade de risco, o conceito de risco, e em que momento deverá ser aplicada a responsabilidade objetiva. Assim, não se pode concluir pela responsabilidade objetiva nos casos da circulação de veículos.

A responsabilidade nos casos de acidentes de trabalho, por aplicação direta do art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal de 1988, quanto à responsabilidade civil por culpa, é a regra geral, cabendo tão somente a objetiva nos casos expressamente determinados em lei, ou que a jurisprudência assim determinar cabíveis. Sendo assim, a responsabilidade do empregador por acidentes do trabalho é por "culpa ou dolo", ou seja, depende da existência de culpa.[64]

3.2 DA FIXAÇÃO MONETÁRIA DO DANO ESTÉTICO

O objetivo da reparação do dano estético é dar à pessoa lesada o que lhe é devido, isto é, o ressarcimento pelo mal sofrido injustamente. Porém, no que diz respeito à indenização desses danos extrapatrimoniais, ensejam neles certas dificuldades. Anteriormente, havia alegação de imoralidade em compensar a dor com dinheiro, mas hoje, essas objeções foram superadas, sendo elevada a reparação do dano moral à norma constitucional, com apoio da doutrina, jurisprudência e o novo Código Civil.

Na solução da indenização do dano estético, o maior problema a ser enfrentado é o que se refere a sua avaliação, havendo dois tipos de averiguação para que um dano possa se

[64] MATOS, Eneas de Oliveira, *op. cit.,* p. 315-26.

transformar em indenização, quais sejam: o que se considera devido – *an debeatur*, e o montante da indenização – *quantum debeatur*.

Há diretrizes quanto à matéria, segundo Teresa Ancona Lopez, que devem ser seguidas e darão conteúdo ao *pretium doloris* (preço da dor), quais sejam: i) a ocorrência de um aleijão ou deformidade; ii) o valor da indenização será regulado de acordo com a riqueza do ofensor, as circunstâncias pessoais e sociais do ofendido e a gravidade do defeito.

O juiz deverá tomar em consideração a gravidade objetiva do dano no caso particular, observando que tipo de deformidade abaterá mais a pessoa. Em princípio, as deformidades no rosto são sempre mais graves que no resto do corpo, porém, a perda de um braço há de ser muito pior que uma cicatriz no rosto. Deverá, inclusive, o juiz, considerar as circunstâncias particulares do ofendido, devendo levar em conta o sexo, a idade, as condições sociais, a profissão, a beleza.

O novo Código, no art. 949 possui regra genérica para a reparação de todas as lesões à pessoa, incluindo aquelas que acarretam dano estético, pois a averiguação e conceito de dano estético aparecerão no momento do julgamento, diante do caso concreto.

Após fixação dos elementos do *pretium doloris*, deverá ser determinado o *quantum* devido à vítima de dano estético. Nessa fase há o prudente arbítrio do juiz e o uso deste poder discricionário, pois se trata de ofensa a bens estritamente pessoais e, impossível se torna uma prévia avaliação. Posteriormente, é necessária a reparação do prejuízo, a qual pode ser feita das seguintes maneiras: i) restituição das coisas de maneira mais perfeita possível ao *status quo;* ii) não sendo possível a reposição natural (*status quo*), temos a função de equivalência, ou seja, o pagamento em dinheiro do equivalente ao dano causado; iii) não sendo possível as hipóteses mencionadas, busca-se uma substituição em dinheiro, do prejuízo, possuindo uma função satisfatória ou compensatória do dinheiro.

Na verdade, quando se fala em dano estético, não há equivalente da dor em dinheiro e, sim uma compensação ou benefício de ordem material, que atenue a dor sofrida pelo lesado.[65]

3.3 DA FIXAÇÃO MONETÁRIA DO DANO MORAL

Quanto à fixação do *quantum*, Maria Helena Diniz elenca regras a serem seguidas pelo órgão judicante para que haja homogeneidade pecuniária na avaliação do bem, quais sejam:

> a) evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa, ilícito ou injusto da vítima. a indenização não poderá ser ínfima, bem ter valor superior ao dano, nem deverá subordinar-se à situação de penúria ao lesado; nem poderá conceder a uma vítima rica uma indenização inferior ao prejuízo sofrido, alegando que sua fortuna permitiria suportar o excedente do menoscabo;
> b) não aceitar tarifação, porque esta requer despersonalização e desumanização, e evitar porcentagem do dano patrimonial;
> c) diferenciar o montante indenizatório segundo a gravidade, a extensão e a natureza da lesão;
> d) verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas. (...)
> e) atentar às peculiaridades do caso e ao caráter antissocial da conduta lesiva;
> f) averiguar não só os benefícios obtidos pelo lesante com o ilícito, mas também a sua atitude ulterior e situação econômica;
> g) apurar o real valor do prejuízo sofrido pela vítima e do lucro cessante, fazendo uso do juízo de probabilidade para averiguar-se se houve perda de chance ou oportunidade, ou frustração de uma expectativa. (...)
> h) levar em conta o contexto econômico do país. (...)
> i) verificar não só o nível cultural e intensidade do dolo ou o grau da culpa do lesante em caso de responsabilidade civil subjetiva, e, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poder-se-á reduzir, de modo equitativo, a indenização (CC, art. 944, parágrafo único), como também as posses econômicas do ofensor para que não haja descumprimento da reparação, bem se lhe imponha pena tão elevada que possa arruiná-lo. (...)
> j) basear-se em prova firma e convincente do dano;
> k) analisar a pessoa do lesado, considerando os efeitos psicológicos causados pelo dano, a intensidade de seu sofrimento, seus princípios religiosos, sua posição social ou política, sua condição profissional e seu grau de educação e cultura;
> l) procurar a harmonização das reparações em casos semelhantes;
> m) aplicar o critério do *justum* ante as circunstâncias particulares do caso *sub judice* (LINDB, art. 5º), buscando sempre, com cautela e prudência objetiva, a equidade e, ainda, procurando demonstrar à sociedade que a conduta lesiva é condenável, devendo, por isso, o lesante sofrer a pena.[66]

[65] LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 141-7.
[66] DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 121-2.

Assim, para que a quantificação do dano moral seja justa, deverá ser observado o princípio da razoabilidade, examinando o grau da culpa nos casos de responsabilidade civil subjetiva, o nível socioeconômico do ofensor, o grau da ofensa e as peculiaridades do caso em exame.

O dano moral, para Rui Stoco, deve ser arbitrado em valor fixo e único, pois é um "não dano" (sob o aspecto patrimonial) e, não tem dimensão matemática, sendo fixado apenas para compensar a dor, a humilhação, o vexame, a angústia, o medo, o abalo psicológico, a tristeza e outros fatores relativos à alma. Menciona, inclusive, que a lei que rege o fato *sub judice* prever expressamente critérios para a reparação do dano moral, basta lançar mão desse critério e fixar o valor devido na própria decisão que apreciou o mérito da causa e, não havendo critérios predeterminados, com maior razão o *quantum* deve constar da sentença que apreciou o mérito. Ressalta que não há lei especial que estabeleça critérios e valores para a reparação do dano moral, cabendo ao julgador arbitrá-los com prudência.[67]

3.4 DA CUMULAÇÃO DO DANO ESTÉTICO E DO DANO MORAL

3.4.1 Possibilidade de cumulação do dano estético e do moral na indenização

A indenização por dano estético cumulada com o dano moral pode parecer, para muitos doutrinadores e juristas, um *bis in idem*, ou seja, uma repetição de indenização para o mesmo dano sofrido. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça vem permitindo a acumulação dos danos material, estético e moral, ainda que decorrentes de um mesmo acidente, quando for possível distinguir com precisão as condições que justifiquem cada um deles.

[67] STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.** 8 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 1510-1.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 387, a qual dispõe: "É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral". [68] Assim, é possível afirmar que, no âmbito da responsabilidade civil, a cumulação dos pedidos de dano moral e dano estético são compatíveis entre si e pode ser deferida a quem os pleiteia.

3.4.2 Entendimento da doutrina

O Código Civil/2002, embora não tenha feito referência expressa ao dano estético decorrente de aleijão ou deformidade, mantém a possibilidade de reparação dos danos material e moral decorrentes de lesão estética. Dessarte, se a lesão estética for reversível, ensejando a correção através de ato cirúrgico ou outras técnicas, o dano terá sido apenas de natureza material. Mas, se a lesão estética for irreversível, converte-se em dano moral.

Atualmente, já não se controverte sobre a cumulação do dano material e do dano moral, ainda que decorrentes do mesmo fato, entendimento esse pacificado e sumulado pelo STJ, o qual editou a Súmula 37 que prevê: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato". [69]

Contudo, o ilustre doutrinador Rui Stoco, ao citar Caio Mário da Silva Pereira, dispõe que não é possível à dupla indenização pelo dano estético e pelo dano moral, como se fossem coisas diversas, pois o dano estético redunda em dano moral, e o dano material decorre do aleijão ou deformidade. E ainda, consagra o entendimento de Wladimir Valler que obtempera que a distinção entre lesão estética e dano moral é equivocada, pois a lesão estética pode ou não constituir um dano patrimonial, conforme haja ou não prejuízo passível de indenização pecuniária. Menciona, inclusive, o entendimento de Eduardo A. Zannoni o qual

[68] VADE MECUM, *op. cit.*, p. 1822.
[69] VADE MECUM, *op. cit.*, p. 1814.

acentua que a lesão estética é sempre um dano moral porque afeta um interesse extrapatrimonial da vítima.[70]

Assim, para alguns doutrinadores, é impróprio pretender indenização por dano estético e por dano moral cumulativamente, pois haveria a verdade *contraditio in terminis*, conduzindo a insuportável *bis in idem.*

Porém, com o advento da Súmula 387 do STJ, inúmeros autores perfilham do entendimento da possibilidade de cumulação dos danos moral e estético. Como por exemplo, Eneas de Oliveira Matos, em defesa dessa tese, verbera que:

> Não se pode concordar que a Constituição ao elencar a dignidade da pessoa humana como princípio – norma – fundamental de nosso ordenamento, não acrescente nada à questão da reparação dos danos causados à pessoa humana: pelo contrário, com esse fundamento, deve-se interpretar a responsabilidade sempre no sentido de promoção e melhor proteção a pessoa humana, o que só se consegue com a orientação pela autonomia dos danos moral e estético.[71]

A doutrinadora Teresa Ancona Lopez entende que não é só possível, mas principalmente justa, a cumulação do dano estético com o dano moral por serem dois tipos diferentes de danos morais à pessoa, ou seja, atingem bem jurídicos diferentes.[72]

Assim, resta claro que há controvérsias, com relação ao dano estético e o dano moral, considerado isoladamente. De acordo com a jurisprudência atual e doutrina, a cumulação de valores autônomos, um fixado a título de dano moral e outro a título estético, derivados do mesmo fato, será possível apenas quando referidos danos forem passíveis de apuração em separado, tendo causas inconfundíveis que devem ficar explícitas ao órgão julgador.

3.4.3 Entendimento dos tribunais

[70] *Apud.* STOCO, Rui, *op. cit.*, p. 1411.
[71] MATOS, Eneas de Oliveira, *op. cit.,* p. 297.
[72] LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 165.

A jurisprudência brasileira sempre se pautou em reparar os danos desde que expressamente prevista a sua reparabilidade em texto de lei. Com a Constituição Federal/88, a jurisprudência se inclinou pacificamente pela plena reparação do dano moral no que diz respeito à reparação civil.

No que âmbito da responsabilidade civil e sua reparação por erro médico, não são poucos os arestos que informam a pacificação da cumulação dos danos morais e danos estéticos, e a título exemplar:

> RESPONSABILIDADE CIVIL - DANOS MORAIS ERRO MÉDICO Cerceamento de defesa Inocorrência Prova oral que não possui força para contradizer o resultado obtido no laudo pericial, danos materiais e morais, em virtude de alegada má-prestação de serviço pelo requerido Submetido à cirurgia de desvio de septo, deu causa a uma lesão estética e funcional permanente e irreversível em sua visão do olho direito - Pensionamento afastado (questão já decidida em processo diverso, onde se reconheceu incapacidade definitiva para tanto e concedida aposentadoria ao autor) Cumulação de danos moral e estético Possibilidade, já que oriundos do mesmo fato Culpa demonstrada Indenização devida Fixação em 300 salários mínimos, levando em conta a gravidade do fato, sua repercussão na vida do autor e a capacidade econômica dos responsáveis pelo evento - Sentença reformada Recurso parcialmente provido. (TJSP Apelação 1112858720038260100 SP 0111285-87.2003.8.26.0100, Relator: Salles Rossi. Data de Julgamento: 29/09/2011, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/10/2011).[73]

No mesmo sentido:

> Ação de indenização por danos morais e materiais Erro médico Agravo retido Não reiteração em sede de apelação ou contrarrazões Não conhecimento Ação de indenização por danos morais e materiais Erro médico Autora submetida a abdominoplastia e mamoplastia redutora diante do quadro de flacidez e abdômen de avental - Laudo pericial que constatou assimetria dos seios e disformidade nos auréolos após a cirurgia Procedimento estético considerado de resultado - Ocorrência de violação ao dever de informar a paciente sobre os riscos da cirurgia Responsabilidade configurada Presença dos requisitos do dever de indenizar Danos materiais afastados - Possibilidade de cumulação de indenizações a título de dano moral e estético (Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça) Valor da indenização Atendimento aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade Recurso não provido. (TJSP – Apelação 2338310820078260100 SP 0233831-08.2007.8.26.0100, Relator: Marcia Regina Dalla Déa Barone, Data de Julgamento: 13/11/2012, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/11/2012).[74]

[73] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação nº.** 1112858720038260100. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20508181/apelacao-apl-1112858720038260100-sp-0111285-8720038260100-tjsp>. Acesso em: 23 mai. 2013.

[74] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação nº.** 2338310820078260100. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22630626/apelacao-apl-2338310820078260100-sp-0233831-0820078260100-tjsp>. Acesso em: 24 mai. 2013.

É pacífica e vasta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça com relação ao entendimento de que é possível a cumulação da indenização para reparação por danos estético e moral, e como exemplo, segue o Recurso Especial interposto no STJ:

> RECURSO ESPECIAL DE JPGB E OUTROS. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. HOSPITAL MUNICIPAL. AMPUTAÇÃO DE BRAÇO DE RECÉM-NASCIDO. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM FAVOR DOS PAIS E IRMÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.1. É possível a cumulação de indenização por danos estético e moral, ainda que derivados de um mesmo fato, desde que um dano e outro possam ser reconhecidos autonomamente, ou seja, devem ser passíveis de identificação em separado. Precedentes.2. Na hipótese dos autos, em Hospital Municipal, recém-nascido teve um dos braços amputado em virtude de erro médico, decorrente de punção axilar que resultou no rompimento de veia, criando um coágulo que bloqueou a passagem de sangue para o membro superior.3. Ainda que derivada de um mesmo fato - erro médico de profissionais da rede municipal de saúde -, a amputação do braço direito do recém-nascido ensejou duas formas diversas de dano, o moral e o estético. O primeiro, correspondente à violação do direito à dignidade e à imagem da vítima, assim como ao sofrimento, à aflição e à angústia a que seus pais e irmão foram submetidos, e o segundo, decorrente da modificação da estrutura corporal do lesado, enfim, da deformidade a ele causada.4. Não merece prosperar o fundamento do acórdão recorrido no sentido de que o recém-nascido não é apto a sofrer o dano moral, por não possui capacidade intelectiva para avaliá-lo e sofrer os prejuízos psíquicos dele decorrentes. Isso, porque o dano moral não pode ser visto tão-somente como de ordem puramente psíquica - dependente das reações emocionais da vítima -, porquanto, na atual ordem jurídica-constitucional, a dignidade é fundamento central dos direitos humanos, devendo ser protegida e, quando violada, sujeita à devida reparação.5. A respeito do tema, a doutrina consagra entendimento no sentido de que o dano moral pode ser considerado como violação do direito à dignidade, não se restringindo, necessariamente, a alguma reação psíquica (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 76/78).6. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 447.584/RJ, de relatoria do Ministro Cezar Peluso , acolheu a proteção ao dano moral como verdadeira "tutela constitucion (DJ de 16.3.2007) al da dignidade humana", considerando-a "um autêntico direito à integridade ou à incolumidade moral, pertencente à classe dos direitos absolutos". RE 447.584/RJ7. O Ministro Luix Fux, no julgamento do REsp 612.108/PR , bem delineou que "deflui da Constituição Federal que a dignidade da pessoa (1ª Turma, DJ de 3.11.2004) humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual". REsp 612.108/PR , bem delineou que "deflui da Constituição Federal 8. Com essas considerações, pode-se inferir que é devida a condenação cumulativa do Município à reparação dos danos moral e estético causados à vítima, na medida em que o recém-nascido obteve grave deformidade - prejuízo de caráter estético - e teve seu direito a uma vida digna seriamente atingido - prejuízo de caráter moral. Inclusive, a partir do momento em

> que a vítima adquirir plena consciência de sua condição, a dor, o vexame, o sofrimento e a humilhação certamente serão sentimentos com os quais ela terá de conviver ao longo de sua vida, o que confirma ainda mais a efetiva existência do dano moral. Desse modo, é plenamente cabível a cumulação dos danos moral e estético nos termos em que fixados na r. sentença, ou seja, conjuntamente o quantum indenizatório deve somar o total de trezentos mil reais (R$ 300.000,00). Esse valor mostra-se razoável e proporcional ao grave dano causado ao recém-nascido, e contempla também o caráter punitivo e pedagógico da condenação.9. Quanto ao pedido de majoração da condenação em danos morais em favor dos pais e do irmão da vítima, ressalte-se que a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada. Essa excepcionalidade, contudo, não se aplica à hipótese dos autos. Isso, porque o valor da indenização por danos morais - fixado em R$ 20.000,00, para cada um dos pais, e em R$ 5.000,00, para o irmão de onze (11) anos, totalizando, assim, R$ 45.000,00 -, nem é irrisório nem desproporcional aos danos morais sofridos por esses recorrentes. Ao contrário, a importância assentada foi arbitrada com bom senso, dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.10. Recurso especial parcialmente provido, apenas para determinar a cumulação dos danos moral e estético, nos termos em que fixados na r. sentença, totalizando-se, assim, trezentos mil reais (R$ 300.000, 00). RECURSO ESPECIAL ADESIVO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. REVISÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. O recurso especial adesivo fica prejudicado quanto ao valor da indenização da vítima, tendo em vista o exame do tema por ocasião do provimento parcial do recurso especial dos autores. 2. O quantum indenizatório dos danos morais fixados em favor dos pais e do irmão da vítima, ao contrário do alegado pelo Município, não é exorbitante (total de R$ 45.000,00). Conforme anteriormente ressaltado, esses valores foram fixados em patamares razoáveis e dentro dos limites da proporcionalidade, de maneira que é indevida sua revisão em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 3. Recurso especial adesivo não-conhecido. (STJ Recurso Especial 910794 RJ 2006/0273335-8, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 21/10/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/12/2008 RSTJ vol. 213 p. 155).[75]

No que diz respeito aos acidentes de veículos que ocasionam dano estético, o entendimento também é pacífico, como a seguir exposto:

> ACIDENTE DE VEÍCULO INDENIZAÇÃO - DANO MORAL E DANO ESTÉTICO - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - SÚMULA Nº 387 DO STJ 387. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral". (TJSP APL 0098640-92.2010.8.26.0000, Relator: Renato Sartorelli, Data de Julgamento: 01/02/2012, 26ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06/02/2012).[76]

[75] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Especial nº**. 910794. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6077468/recurso-especial-resp-910794-rj-2006-0273335-8-stj>. Acesso em: 24 mai. 2013.

[76] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação nº** 0098640-92.2010.8.26.0000. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21181401/apelacao-apl-98640922010826000 0-sp-0098640-92201082600 00-tjsp>. Acesso em: 22 mai. 2013.

Corroborando com esse pensamento, o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho é claro ao estabelecer a cumulação do dano estético e dano moral dos danos provindos de acidente de trânsito no transporte de trabalhadores:

> RECURSO DE REVISTA. 1. DANO MORAL E ESTÉTICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. TRANSPORTE DE TRABALHADORES. ACIDENTE DE TRÂNSITO. O cerne da controvérsia esta em saber se a primeira reclamada poderia ser responsabilizada de forma objetiva pelo acidente de trânsito que vitimou o reclamante durante o trajeto percorrido até o local de trabalho por transporte por ela fornecido e conduzido por preposto seu, não obstante o acidente tenha sido causado por culpa de terceiro. A modalidade de responsabilidade civil a incidir no caso é a objetiva, pois se trata de responsabilidade do transportador, regulada de forma específica no diploma civil, aplicável ao caso de forma subsidiária. Certo que não há falar em transporte desinteressado, ainda que o acidente tenha decorrido de culpa de terceiro, a reclamada é responsável pela indenização pelos danos sofridos no acidente, o que não elide eventual ação regressiva sua contra o terceiro causador do acidente. Incidência do artigo 734 do CC e da Súmula nº 187 do STF. Precedentes do STJ e da 3ª Turma do TST. Recurso de revista não conhecido.734CC2. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. PROPORCIONALIDADE DO VALOR. Constata-se que o reclamante, em razão de acidente de trânsito, sofreu queimaduras, possuindo, até hoje, marcas em seu corpo. Embora não se possa de modo objetivo quantificar o dano sofrido pelo reclamante, tenho que se afigura adequada a quantia de R$ 8.000,00 (oito mil reais) por danos morais e R$ 30.000,00 (trinta mil reais) por danos estéticos, valor este que se apresenta apto a ressarcir a vítima de seus danos, não causando enriquecimento sem causa. Recurso de revista não conhecido.3. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. O entendimento desta Corte Superior é no sentido de que há a possibilidade de cumulação do dano moral com o dano estético, uma vez que, embora oriundos do mesmo fato, os bens tutelados são distintos. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. (TST-Recurso de Revista 813006820095080115 81300-68.2009.5.08.0115, Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos,Data de Julgamento: 26/10/2011, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/11/2011).[77]

E ainda:

> Transporte de pessoas Acidente de trânsito Ação de Indenização por danos materiais, morais e estéticos Parcial procedência da ação principal e procedência da lide secundária Recursos isolados Apelação do autor firme na tese de que os valores das indenizações fixadas a título de danos morais e estéticos devem ser majorados, respectivamente, para R$ 80.000,00 e R$ 40.000,00 Apelação da transportadora-ré arguindo preliminar de cerceamento de defesa pelo fato de não ter sido intimada a acompanhar a realização da perícia, o que implica nulidade do laudo, além de sustentar no mérito que (1) a culpa pelo acidente não foi sua; (2) o pleito de

[77] TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Recurso de Revista nº.** 813006820095080115. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20707291/recurso-de-revista-rr-813006820095080115-81300-6820095080115-tst>. Acesso em: 27 mai. 2013.

> indenização por danos morais está abarcado pela coisa julgada, diante da improcedência, mantida em segunda instância, de uma ação promovida por outro passageiro; (3) os danos morais não restaram comprovados; (4) é indevida a cumulação de indenização por danos morais e estéticos; (5) são excessivas as verbas indenizatórias fixadas em primeira instância, que merecem redução; e, (6) a fixação dos honorários de sucumbência em 10% sobre o valor da condenação é exagerada e deve ser minorada, principalmente pelo fato de o autor ter sucumbido em parte em relação ao pleito indenizatório por danos morais Apelação da seguradora-litisdenunciada firme nas teses de que (1) os supostos danos sofridos pelo passageiro não foram provocados por ato ilícito da empresa transportadora; (2) a apólice não contempla cobertura para danos estéticos suportados por terceiros, razão pela qual deve ser excluída da condenação que sofreu a este título; (3) deve ser realizada uma interpretação restritiva do contrato de seguro, ou seja, os danos estéticos não podem ser abrangidos pela cobertura de danos morais, sob pena de ser rompido o equilíbrio contratual; e, (4) o quantum indenizatório a título de danos morais deve ser reduzido porque fixado em valor desarrazoado Não acolhimento Aplicação do art. 252, do Regimento Interno deste Eg. Tribunal de Justiça Sentença bem lançada que merece ser mantida por seus próprios fundamentos Cerceamento de defesa não caracterizado O juiz é o destinatário das provas, cabendo a ele decidir pela necessidade de produção delas Preclusão do tema da nulidade da intimação do início da perícia Transportadora que responde objetivamente por seus atos Inteligência do art. 37, § 6º, da CF/88, do art. 14, do CDC e dos arts. 734 e 735, ambos do CC/02 Em se tratando de contrato de transporte é sabido que a empresa transportadora assume responsabilidade contratual de conduzir seu passageiro incólume do ponto de embarque ao ponto de destino Transportador que possui o direito de regresso contra o terceiro causador do sinistro Inteligência da Súmula 187, do Col. STF Desnecessidade de prova do dano moral que se presume a partir do ato ilícito Possibilidade de cumulação da indenização por danos morais e estéticos Inteligência da Súmula 387, do Col. STJ Quantum indenizatório fixado adequadamente (R$para danos morais e R$para danos estéticos, acrescidos das demais onerações), atendidos os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e do albergamento da extensão do dano Lide secundária procedente Ressarcimento da transportadora devido pela denunciada no limite da apólice de seguro, abrangida a condenação por danos estéticos na cobertura de danos corporais Sucumbência mantida porque fixada de acordo com o art. 20, § 3º, do CDC Matéria preliminar rejeitada Recursos não providos.37§ 6ºCF/8814CDC734735CC/0220CDC (TJ SP Apelação 17006420098260238 SP 0001700-64.2009.8.26.0238, Relator: Moura Ribeiro, Data de Julgamento: 04/10/2012, 11ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 04/10/2012).[78]

Assim, o STJ firmou importante passo na proteção da pessoa humana e se posicionou pacificamente pela possibilidade de reparação autônoma e cumulável dos danos morais e estéticos advindos do mesmo evento desde que possível a verificação independente dos mesmos, e os demais tribunais vêm comungando do mesmo entendimento. Assim, antes da CF/88 a reparação era apenas pelos danos materiais, após a vigência da CF/88, o STJ entendeu pela possibilidade de cumulação dos danos materiais e morais, e agora, entende,

[78] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação nº.** 1700642009826023. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22469950/apelacao-apl-17006420098260238-sp-0001700-64.2009.8.26.0238-tjsp>. Acesso em: 27 mai. 2013.

pacificamente, pela ampliação desse rol de danos indenizáveis autonomamente para alcançar também os danos estéticos.

CONCLUSÃO

A monografia apresentou um tema bastante importante e discutido nos dias atuais, havendo, ainda, controvérsias na doutrina, no que diz respeito à possibilidade de cumulação das verbas indenizatórias por dano moral e dano estético. Busquei subsídios para melhor compreensão e aplicação da legislação brasileira vigente, e alguns autores foram citados e suas teses trabalhadas, haja vista a controvérsia de opiniões no tocante a aceitação do dano moral e sua cumulação com o dano estético.

Esta monografia é assunto de polêmicas discussões, que vem se fortalecendo ao longo do tempo, e como demonstrado neste trabalho, apesar das divergências doutrinárias, a jurisprudência nos Tribunais vem se pacificando na questão da reparabilidade dos danos causados ao patrimônio espiritual (dano imaterial).

Com fulcro em todo material coletado e analisado, doutrinas e julgados pertinentes à tese, cheguei a conclusão da independência e cumulabilidade das verbas pleiteadas pro dano moral e dano estético oriundos do mesmo fato gerador.

A indenização deve seguir na esteira da maior reparabilidade possível, alcançando no dano material os danos emergentes e os lucros cessantes; no dano moral a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem e, no estético a alteração morfológica do indivíduo, que implique sob qualquer aspecto um afeiamento da vítima.

Hoje é inquestionável o princípio da reparabilidade do dano moral, que pode ser pleiteado isoladamente ou cumular com o dano material, com base na Súmula 37 do STJ. Em relação a cumulação do dano moral e do dano estético, mesmo que oriundos do mesmo fato

gerador, a Súmula 387 do STJ, abarca a possibilidade de tal cumulação e, ambas as Súmulas não ferem o princípio *bis in idem*, pois serão concedidas tais verbas indenizatórias, apenas, quando for possível distinguir com precisão as condições que justifiquem cada uma delas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** Responsabilidade Civil. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
_____. **Dicionário jurídico universitário.** São Paulo: Saraiva, 2010.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Curso moderno de direito civil.** São Paulo: Nelpa, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético:** Responsabilidade Civil. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

MATOS, Eneas de Oliveira. **Dano moral e dano estético.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** Responsabilidade Civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil:** doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: RT, 2011.

TATURCE, Flávio. **Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

VADE MECUM. **Obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

REFERÊNCIAS DE INTERNET

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Especial nº.** 910794. Publicação: DJE 04/12/2008. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6077468/recurso-especial-resp-910794-rj-2006-0273335-8-stj>.
_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação nº.** 1112858720038260100. Publicação: 01/10/2011. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20508181/apelacao-apl-1112858720038260100-sp-0111285-8720038260100-tjsp>.

_____.TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação nº**. 2338310820078260100. Publicação: 14/11/2012. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22630626/apelacao-apl-2338310820078260100-sp-0233831-0820078260100-tjsp>.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação nº** 0098640-92.2010.8.26.0000. Publicação: 06/02/2012. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21181401/apelacao-apl-986409220108260000-sp-0098640-9220108260000-tjsp>.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação nº.** 1700642009826023. Data de Publicação: 04/10/2012. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22469950/apelacao-apl-17006420098260238-sp-0001700-6420098260238-tjsp>.

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Recurso de Revista nº.** 813006820095080115. Publicação: DEJT 04/11/2011. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20707291/recurso-de-revista-rr-813006820095080115-81300-6820095080115-tst>.