CAIO GUIMARÃES FERNANDES

A AUTONOMIA DOS DANOS ESTÉTICOS

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. Rui Geraldo Camargo Viana

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2020

CAIO GUIMARÃES FERNANDES

A AUTONOMIA DOS DANOS ESTÉTICOS

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Civil, sob a orientação do Prof. Dr. Prof. Doutor Rui Geraldo Camargo Viana.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2020

Catalogação da Publicação

Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Fernandes, Caio Guimarães
A autonomia dos danos estéticos ; Caio Guimarães Fernandes ; orientador Rui Geraldo Camargo Viana -- São Paulo, 2020.
114
Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Dano estético. 2. Responsabilidade civil. 3. Direito Civil. I. Viana, Rui Geraldo Camargo, orient. II. Título.

Banca examinadora:

_____

_____

_____

Aos meus pais, que sempre me apoiaram em minhas decisões, cujo amor incondicional que sempre foi dedicado a mim e minha criação moldaram meu caráter, me ensinando os valores da vida e o que ela representa. Obrigado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Dr. Rui Geraldo Camargo Viana pela oportunidade de ser seu orientando, depositando sua confiança em meu trabalho.

Agradeço a todos os professores que passaram por minha vida e me influenciaram de forma positiva para que este estudo fosse idealizado e concluído.

RESUMO

GUIMARÃES, CAIO. *A autonomia dos danos estéticos*. p.115. Mestrado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2020

Este trabalho tem como objetivo apresentar um estudo sobre o dano estético, delimitando sua autonomia frente ao dano moral e material, por meio da apresentação de seu conceito e de suas características inerentes. Embora a doutrina tenha evoluído sobremaneira na questão da responsabilidade civil, especificamente no tocante aos danos estéticos, e que a jurisprudência pátria já reconheça, majoritariamente, sua existência e a necessidade de reparação, inclusive tendo sido matéria de súmula editada pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda há focos de discordância entre os juristas, tanto no que tange o entendimento de tratar-se de mera subdivisão dos danos morais, como na verificação dos requisitos ensejadores e do cálculo do valor indenizatório para tais lesões. Nessa senda, será apresentado um paralelo entre os dois posicionamentos existentes, o primeiro negando a existência deste como sendo um dano autônomo e, portanto, descabida a sua reparação autônoma; e o segundo corroborando sua existência. A análise do tema será desenvolvida a partir da conceituação do que é dano, quando é configurada a sua existência e em que situações há a obrigatoriedade jurídica de sua reparação, para depois dividi-los e verificar as peculiaridades do dano estético. Para perceber e estabelecer as diferenças entre os danos estéticos, morais e materiais, será estudada a natureza jurídica do dano em questão, seu amparo legal, iniciando pela análise das garantias que asseguram sua proteção em âmbito constitucional, para, em seguida, verificar a proteção e possíveis aplicações destes nas normas infraconstitucionais. Será enfrentada a problemática do cálculo da extensão dos danos estéticos e a sua quantificação adequada para chegar ao arbitramento do montante apropriado para sua justa reparação. Isto feito, serão apresentadas hipóteses de seu acontecimento em situações fáticas não usuais, como danos provenientes de disposição voluntária do corpo, advindas de Transtorno da Identidade da Integridade Corporal, pesquisas clínicas e gestação por substituição**.**

Palavras-chave: Responsabilidade civil, dano extrapatrimonial, dano estético, reparação integral de danos, dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

GUIMARÃES, CAIO. *The autonomy of aesthitic damages*. p.115. Master in Law – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo. 2020.

This paper has the capacity to present a study about aesthetic damage, delimiting its autonomy regarding moral and material damage, this will be done through presentation of its concept and inherent characteristics. Although the doctrine has evolved deeply in relation to civil responsibility, specifically in regard to aesthetic damages, and that common law already recognizes, predominantly, its existence and the need for reparation, which was also the subject of an abstract edited by the Superior Justice Court, there are areas of disagreement among legal experts, both in the matter of the understanding of the subject being a subdivision of moral damages, as well as the validation of the resulting requirements and the calculation of the indemnization amounts for such injuries. In this path, a parallel between both existing positions will be presented, the first denying its existence as an autonomous damage and, therefore, deeming inappropriate its autonomous reparation, and the second understanding its existence. The analysis of the subject will be developed from the conceptualization of what is damage, when its existence is configured, and in what situations there is the legal obligation of reparation, to subsequently divide them and validate the peculiarities of the aesthetic damage. To acknowledge and establish the differences between aesthetic, moral, and material damages, the legal nature of the damage at hand will be studied, its legal basis, starting with the analysis of guarantees that ensure the protection in a constitutional scope, in order to subsequently validate the protection and possible applications of them in the infra-constitutional rules. The problematic of the calculation of the extension of aesthetic damages and its adequate quantification to reach the ruling of the appropriate amount for fair reparation will be faced. Once this is done, the hypothesis of the events in non-usual factual situations will be presented, such as resulting damages from voluntary disposition of the body resulting from body integrity dysphoria, clinical research, surrogacy.

Keywords: Civil liability, Extra-patrimonial damages, aesthetic damage, Full damage reparation, human person dignity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....11

CAPÍTULO I - O dano.....14
1. Conceituação de dano 14

CAPÍTULO II - O dano estético.....23
1. O dano estético como espécie de dano moral. 28
1.1. Fundamentação legal dos danos estéticos como sendo danos morais 35
1.2. Requisitos para a configuração dos danos estéticos e explicação para a possibilidade de sua cumulação..... 37
2. Danos estéticos como danos autônomos 41
2.1. Fundamentação legal para os danos estéticos como danos autônomos.....50
2.2. Requisitos e explicação para a possibilidade da cumulação destes danos ...53

CAPÍTULO III - O quantum indenizatório em relação aos danos estéticos.....61

CAPÍTULO IV - Hipóteses de acontecimentos dos danos estéticos.....72
1. A autolesão 72
2. Danos estéticos advindos da disposição voluntária do corpo em vida, como transgenitalização e decorrentes de transtorno da identidade da integridade corporal.....74
4
3. Danos estéticos decorrentes de lesões corporais *post mortem* 77
4. Danos estéticos advindos da disposição do corpo para estudos clínicos 78
5. Danos estéticos advindos da gestação por substituição.....92

CAPÍTULO V - dano estético em legislações estrangeiras.....99
1. Argentina.....99
2. Espanha.....101
3. Itália 102
4. Portugal.....103

CONCLUSÃO **105**

REFERÊNCIAS **110**

INTRODUÇÃO

Cabe ao Direito, em sua função precípua, regular a vida em sociedade e proteger o ser humano de sofrer abusos e lesões das mais diversas naturezas. Para tanto, este deve acompanhar a evolução da sociedade ao qual está inserido, possibilitando apresentar soluções mais eficientes diante das novas necessidades sociais demandadas pelas inovações da realidade que se apresentam.

Um Direito estático acaba por gerar mais problemas à vida do homem do que benefícios, porém é razoável afirmar que não se pode agir de forma a desgastar as noções jurídicas de forma vã, de maneira a ir além do que estabelece o próprio limite da defesa de direitos, buscando reparações por supostas violações irrelevantes. Há, sim, que se fazer a ponderação de se o suposto direito violado é considerado um bem jurídico digno de ser tutelado.

Percebe-se que a erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil[1], isto é, a perda relativa da importância da análise da culpa e da flexibilização do nexo de causalidade como impeditivos ao ressarcimento dos mais variados danos sofridos, resultou no acolhimento de um maior número de pretensões indenizatórias, alargando, até mesmo, as hipóteses de danos ressarcíveis, gerando uma celeuma entre os juristas pátrios. É diante desta perspectiva que este trabalho se apresenta, analisando a necessidade de se indenizar os danos estéticos de forma autônoma.

O Superior Tribunal de Justiça, no mês de setembro do ano de 2009, editou a Súmula 387, expressando que é lícita a cumulação das indenizações por danos estéticos e por danos morais. Todavia, apesar de se passar pouco mais de uma década desse feito, a temática dos danos estéticos ainda encontra forte resistência para a compreensão e a defesa de sua autonomia.

Como será devidamente demonstrado, este fato ocorre por diversos fatores, entre eles, a existência de uma corrente de juristas que defende que tais danos possuem natureza jurídica de dano moral e catalogam requisitos, exclusivamente, de cunho moral para a configuração do dever de indenizar pelos danos estéticos,

[1] A respeito da erosão dos filtros da responsabilidade para que surja o dever de indenizar, uma importante lição encontra-se no livro de Anderson Schreiber, intitulado “Novos paradigmas da responsabilidade civil”, em que se pondera o papel atual da culpa e a flexibilização do nexo de causalidade em relação aos casos envolvendo o instituto da responsabilidade civil.

criando, dessa forma, um grande desarranjo para quem deseja estudar esta modalidade de dano, bem como na aplicação de seus conceitos para a prolatação de decisões indenizatórias pelos tribunais brasileiros, pois deve-se considerar qual seria a justificava apropriada para se cumular a indenização advinda de duas modalidades de danos supostamente diversos que compartilhariam a mesma natureza jurídica, sem gerar um verdadeiro *bis in idem*.

Este trabalho apresentará e analisará as duas correntes que visam explicar o dano estético, a primeira como visto, que o considera como uma espécie de dano moral e que subdivide-se internamente na defesa da possibilidade ou não, a contrário senso do que expressa o Superior Tribunal de Justiça, de se cumular as duas modalidades de danos em um pleito indenizatório; e a segunda que defende o dano estético como detentor de uma natureza jurídica diversa, devendo ser considerado como um dano autônomo.

Para verificar se o dano estético é merecedor de uma tutela autônoma, serão investigados e compreendidos os direitos que este visa resguardar com sua reparação, bem como serão realizadas críticas aos requisitos apontados por ambas as correntes para que surja sua configuração. E isso porque, como será demonstrado, boa parte da doutrina e das decisões que defendem a autonomia desses danos acabam por confundir sua natureza e estabelecem requisitos que atingem o psicológico do homem para caracterizá-lo e realizar o cálculo de seu arbitramento.

Se, em relação aos conceitos dos danos estéticos e aos requisitos a serem verificados para que haja a sua configuração e o dever de repará-los, inúmeros problemas são encontrados, em relação ao cálculo do valor para seu arbitramento, seria impossível encontrar uma situação diferente.

Como será evidenciado no transcorrer deste trabalho, os tribunais utilizam critérios subjetivos e incongruentes com a natureza do dano para arbitrar a verba indenizatória e distingui-la do montante dos danos morais e, isto, quando o fazem, pois em inúmeras decisões, é arbitrado um valor genérico que englobaria as duas modalidades de danos, deixando as partes sem o devido conhecimento sobre a proporcionalidade dos danos, bem como as justificativas para o arbitramento em tal patamar.

Após delimitados tais conceitos, requisitos e forma de cálculo indenizatório, acompanhando a evolução das problemáticas que envolvem os indivíduos na

sociedade contemporânea, serão apresentadas hipóteses modernas e pouco encontradas na doutrina brasileira que abordam a temática dos danos estéticos, como violações provenientes da pesquisa clínica em seres humanos e na gestação por substituição, pois, como foi expresso, o avanço da ciência não pode ficar à margem do Direito.

Por fim, serão apresentados os posicionamentos de alguns países a respeito da temática dos danos estéticos, sem qualquer pretensão de se realizar um estudo de direito comparado, apontando características semelhantes e divergentes em relação às duas correntes de pensamento expostas neste trabalho.

CAPÍTULO I - O DANO

1. Conceituação de dano

Como será demonstrado no desenvolvimento deste trabalho, há divergências bastante acentuadas no emprego de diferentes conceitos quando se busca aprofundar na temática dos danos estéticos, mesmo quando há a convergência dos entendimentos daqueles que abordam a matéria. Esta confusão não é um fato recorrente somente ao se analisar a doutrina brasileira, mas também pode ser diagnosticada nos posicionamentos apresentados pelos tribunais de justiça ao fundamentarem suas decisões em processos que versam sobre essa temática.

Esse fato faz transparecer, de forma bastante nítida, a falta de consenso e sintonia na forma de apreciação e ponderação dos casos nos quais ocorrem a violação da integridade física do lesado. Percebe-se uma grande mistura de conceitos envolvendo o que seria considerado dano estético e o que seria dano moral, quais os requisitos ensejadores da reparação por essas modalidades de danos, falhas na análise da composição dos danos para arbitrar o *quantum* indenizatório, etc.

Dessa forma, antes de adentrar especificamente ao tema deste trabalho, isto é, o dano estético, faz-se necessário compreender o conceito do dano em si, pois, é pelo seu desdobramento que será possível iniciar o desenvolvimento de uma linha de raciocínio capaz de permitir conceituar, de forma definitiva, a modalidade desse dano. Essa conceituação conduzirá, indubitavelmente, à conclusão pela defesa da autonomia dos danos estéticos em face dos danos morais ou materiais.

É de extrema importância salientar que, pelo fato de estar sendo analisado somente o dano estético, neste trabalho, a abordagem que será feita em relação ao conceito de dano e às suas consequências será em relação somente àqueles danos efetuados contra a pessoa humana e não em relação às coisas.

O Código Civil brasileiro não expressa ao seu leitor o conceito de dano, porém, ao realizar uma apreciação do que poderia ser compreendido como tal, chega-se ao resultado de que este deve ser entendido como um fato jurídico aberto, não podendo, portanto, ser considerado como um dado inscrito na natureza das

coisas, mas, sim, deve se dizer, e esta é a visão dos existencialistas, que este possui um conceito moldável e deve ser interpretado como um conceito situado, ou seja, um conceito que é construído de acordo com o espaço de tempo e cultura no qual está inserido.[2]

Ao analisar o ordenamento jurídico pátrio, percebe-se que este exprime a ideia de que o dano é o elemento principal, e fundamental, para a responsabilidade civil, em outras palavras, para que haja o dever de ressarcimento há que se constatar a violação de um legítimo interesse merecedor de tutela.

Agostinho Alvim expressa que, como regra geral, a inexistência do dano obsta à pretensão de uma reparação, mesmo que possa haver a violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa ou até mesmo dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida se não houver a verificação de qualquer prejuízo.[3]

No presente trabalho, defende-se a obrigatoriedade de que haja reparação, de forma autônoma, nos casos em que forem constatados haver o dano à integridade física da pessoa humana. Desse modo, portanto, tem-se clara a noção de que o corpo humano, como estrutura física, deve ser considerado como um legítimo interesse merecedor de tutela.

Ao se analisar a origem etimológica da expressão "dano", verifica-se que o termo deriva do latim *damnum*, que, por sua vez, de forma genérica, possui o significado de todo mal ou ofensa que tenha uma pessoa causado a outrem, da qual possa resultar uma deterioração ou destruição à coisa dele ou um prejuízo ao seu patrimônio.[4]

Assim, temos que o dano, quando ocorre, é algo que traz consigo, por uma decorrência lógica da própria existência, alguma deterioração, diminuição, ou seja, um prejuízo àquele que o suportou.

Portanto, tem-se que é mediante a sua ocorrência que nasce o dever de reparação do lesado pelo agente que praticou este ato prejudicial, e aqui, inclui-se,

---

[2] MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação*. Doutrinas Essenciais de Dano Moral | vol. 1/2015 | p. 867| Jul / 2015 | DTR\2001\588

[3] ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1980. p.142

[4] DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. 2, p. 2.

de maneira geral, as condutas comissivas e omissivas, dolosas e culposas, tanto para a responsabilidade subjetiva, quanto em relação à responsabilidade objetiva.[5]

Em relação, então, ao fato de o dano ser intrínseco à indenização, o jurista Sergio Cavalieri Filho expõe:

> Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. [6]

Seguindo apenas este posicionamento, estamos diante de uma responsabilidade civil apenas reparatória, mas o instituto não mais é pensado somente desta maneira.

Visando melhor compreender e adequar a responsabilidade civil à sociedade contemporânea, moldada há décadas pelo pensamento da sociedade de risco, há um pensamento moderno que apresenta um debate sobre a existência da possibilidade de haver a configuração da responsabilidade civil sem que haja o dano em si.

Neste passo, o instituto passaria a ter, também, uma função preventiva, fundamentada sobre um princípio e um dever de prevenção, para os casos em que o risco do dano for atual, concreto e real, e um de precaução, nos casos de riscos potenciais, hipotéticos, abstratos e que possam levar a danos graves e irreversíveis, compreendido como "risco do risco"[7], a serem respeitados para estimular a prática de condutas e adoção de medidas com a finalidade de evitar violações aos interesses juridicamente tutelados.

Portanto, sob este novo enfoque, a responsabilidade civil passaria a existir não somente para possibilitar o ressarcimento dos prejuízos do ofendido, decorrentes de atos pretéritos, mas, também, existiria para coibir a prática de atos potencialmente lesivos, que poderiam resultar em danos. Estaríamos, desse modo, diante da existência de uma responsabilidade civil preventiva do dano.

---

[5] ALPA, Guido, *Responsabilità civile e danno*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 477.
[6] CAVALIEIRI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, n. 17, p. 76-77
[7] LOPEZ, Teresa Ancona. *Responsabilidade civil na sociedade de risco*. In: Sociedade de Risco e Direito Privado. Atlas São Paulo 2013.p.6.

O dano pode decorrer de um ato praticado dentro de um contrato, o chamado dano contratual, ou de um ato ilícito, chamado de dano aquiliano, o qual Pontes de Miranda chamava de ilícito absoluto[8].

O artigo 186 do Código Civil traz o conceito do ato ilícito e preceitua que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que seja exclusivamente moral, comete ato ilícito.[9]

Não será feito o debate sobre a possível imperfeição conceitual do ato ilícito trazido pelo Código Civil, pois não é o escopo desta dissertação, mas ficará apenas apontado que tal conceito é visto por parte dos doutrinadores como equivocado, pois não necessariamente há de se obter o dano como resultado do ato para que este seja considerado ilícito. A ilicitude do ato está na violação da norma, independentemente se esta violação veio ou não a causar um dano a alguém.

O dano, também, é classificado como sendo patrimonial e extrapatrimonial, e, é exatamente neste quesito, na conceituação do que se entende por dano patrimonial e por dano extrapatrimonial, que são gerados resultados e raciocínios divergentes sobre a autonomia ou não do chamado dano estético.

O dano patrimonial, chamado também de dano material, pode ser entendido como a lesão a um interesse econômico concretamente merecedor de tutela[10], no dano patrimonial há o interesse econômico, o dano diminui o "patrimônio" da pessoa.

Há, nesta modalidade de dano, o prejuízo atual, chamado de dano emergente, *damnum emergens*, e o prejuízo futuro, que ocorre quando a pessoa deixa de receber vantagens que viria a receber se o fato não ocorresse, o chamado lucro cessante, *lucrum cessans* e são designados pela legislação brasileira com expressão perdas e danos.[11]

Como é possível verificar nos ensinamentos de Carvalho Santos a respeito do dano patrimonial, o verdadeiro conceito de dano contém em si dois elementos,

---

[8] PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Ed. RT, 2012, Tomo LIV, p.309, atualizado por Rui Stoco

[9] "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"

[10] BRAGA NETTO, Felipe*, Novo tratado de responsabilidade civil*. 2 ed. – São Paulo : Saraiva 2017, p. 257

[11] Artigo 420 do Código Civil brasileiro de 2002: "Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar."

o dano emergente, a perda ou diminuição que o credor sofreu pela inexecução da obrigação avençada com outra parte e os lucros cessantes, caracterizados pela privação de um ganho que se deixou de auferir em consequência da inexecução ou retardamento da obrigação.[12]

A conceituação do dano patrimonial, como visto acima, não é o motor para a dificuldade enfrentada pela autonomia dos danos estéticos. A primeira possibilidade para que seja feita a distinção dos danos morais para os danos estéticos reside no entendimento do que seria o dano extrapatrimonial.

Nota-se a importância de se pontuar o conceito do que seria o dano extrapatrimonial, pois há autores que defendem de forma obstinada, a contrário senso do que já pacificou o Superior Tribunal de Justiça, que o reconhecimento da possibilidade da cumulação dos danos morais e estéticos resultaria em *bis in idem* pelo simples fato de subdividir os danos como sendo, somente, os danos morais e danos patrimoniais.[13]

Para estes, o direito brasileiro não se perfila com a noção de que dano extrapatrimonial possa ser representado em um caráter irrestrito em nenhuma hipótese, mas tão somente existiria o conceito de dano moral representando toda a espécie deste dano.

Antônio Jeová Santos, em seu livro intitulado “Dano moral indenizável”, abre um capítulo chamado “a indenização por dano estético não tem autonomia, apesar da súmula 387 do STJ”[14], e utiliza-se de um argumento de autoridade para justificá-lo, não jurídico, pois o jurídico baseia-se, inicialmente, na separação dos danos nos moldes expressos no parágrafo anterior, entendendo que a lesão à integridade física não deve ser reparada, mas sim as suas consequências.

O autor justifica seu capítulo expressando que exerceu a magistratura por mais de vinte e cinco anos, e que jamais conseguiu estremar as causas do dano moral e do dano estético, nem viu como seria possível apurá-los de forma autônoma.

---

[12] CARVALHO SANTOS, J. M., *Código Civil Brasileiro Interpretado*, 8ª ed., Editora Freitas Bastos, 1964, vol. XIV, p.255

[13] SANTOS, Antônio Jeová, *Dano moral indenizável*, 6. ed. rev. atual. e amp. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 395.

[14] SANTOS, Antônio Jeová, *Dano moral indenizável*, 6. ed. rev. atual. e amp. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 394.

A bem da verdade, para o autor, não há o dano estético em si, não há a proteção à integridade física do indivíduo, sendo a repercussão anímica e espiritual, que a lesão estética causaria, o único bem extrapatrimonial tutelável, como pode ser compreendido no trecho retirado de seu livro, em que este usa o exemplo de um grave caso em que ocorreria a amputação de ambas as pernas do indivíduo:

> Para efeitos de indenização, o dano é moral e material tão somente. Basta que o juiz aumente o valor da indenização, dada a gravidade da lesão, e fixe o montante indenizatório em um valor alto, a título de dano moral, para a questão ser solucionada, sem que seja necessária a indesejada repetição. Afinal o que dá azo a indenização não é a perda da beleza, muito menos a ausência da normalidade física, mas as consequências, a repercussão anímica e espiritual que a lesão estética causa ao sujeito que a sofre.[15]

Essa noção de que basta elevar o valor da indenização por dano moral para abarcar o dano estético somente pode ser aceita se o dano estético for conceituado da forma errônea tal qual expõe o autor, mas jamais poderia ser aceita se uma visão mais moderna sobre o que é o dano e qual a função do Direito na vida do ser humano fosse adotada.

Cristiano Chaves de Faria, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald expressam que, no Brasil, a denominação de danos extrapatrimoniais significa a mesma coisa que danos morais, pontuando que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo quinto, incisos V e X, bem como o artigo 186 de Código Civil, empregam a expressão danos morais para se referirem a todas as espécies de danos não patrimoniais.[16]

Com o devido respeito a esse posicionamento e àqueles que o defendem, adotá-lo seria utilizar o direito positivo para limitar e adequar o homem ao Direito, quando, na verdade, para cumprir a sua função precípua, seria o Direito que deveria se amoldar às necessidades dos indivíduos. Caso contrário, deixaria o ser humano à margem de alcançar soluções justas para as violações perpetradas contra si nas diversas situações às quais se expõe em seu cotidiano.

De forma mais acertada, impedindo qualquer motivação limitadora que tenha como pretensão equivaler o conceito de dano extrapatrimonial de forma exclusiva

---

[15] SANTOS, Antônio Jeová, *Dano moral indenizável*, 6. ed. rev. atual. e amp. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 395.
[16] Braga Netto, Felipe, Novo tratado de responsabilidade civil, 2 ed. – São Paulo: Saraiva 2017, p. 312.

ao dano moral, as legislações alemã, portuguesa e italiana trazem em seu corpo o termo dano não patrimonial[17], pois, para estes ordenamentos, resta evidente que o dano moral deve ser entendido como apenas uma parcela dos danos extrapatrimoniais.

Portanto, deve-se conceituar o dano extrapatrimonial a partir de uma concepção negativista do dano patrimonial, para não incorrer no equívoco de conceituá-lo apenas em relação à antiga concepção de dor, ofensa aos direitos da personalidade, ou qualquer outra de ordem substancial e, por consequência, não abarcar todas as modalidades de danos extrapatrimoniais sofridos pelo ser humano.[18]

Deve-se conceituar o dano extrapatrimonial como sendo todo aquele que não se enquadrar, que não for decorrente direto, como uma ofensa a um bem jurídico apreciável monetariamente. Este posicionamento parece ser o mais adequado ao se pensar que o Direito, em sua essência, é a regulação da vida do homem em sociedade, devendo aquele servir a este e não o inverso.

O Direito, como ciência social, precisa de maiores aberturas em sua análise e aplicação, devendo ser sensível a qualquer modificação da realidade, de forma a sempre ampliar-se, tendo como ponto norteador o homem, em sua evolução psicofísica e em sua evolução existencial.

Como ensina, de forma bastante prudente, Pietro Perlingieri, a transformação da realidade social, independente do aspecto analisado, significa a transformação da realidade normativa e vice e versa.[19]

Conceituar os danos extrapatrimoniais como sendo apenas os danos morais limitaria o papel do Direito, retroagindo séculos de evolução do pensamento jurídico, uma vez que este se desenvolveu para abarcar todas as espécies de danos que o ser humano pode sofrer.

Como defende Gustavo Tepedino, a personalidade humana deve ser considerada, antes de tudo, como um valor jurídico insuscetível de redução a uma situação jurídica tipo ou a um elenco de direitos subjetivos típicos, desta forma é

---

[17] Vide BGB §§253 e 847 (*der nicht Vemögensschaden ist);* Código Civil italiano, atigo 2/059 (*danno non patrimoniale);* Código Civil de Portugal, artigo 496 (danos não patrimoniais).
[18] MATOS, Enéas de Oliveira. *Dano moral e dano estético.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 59.
[19] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil* / Pietro Perlingieri; tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev. e amp. - Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Pag. 1 e 2.

capaz de se proteger de forma eficaz as diversas situações nas quais o ser humano possa se encontrar.[20]

A limitação dos danos à violação de um direito previamente especificado em lei encontra-se absolutamente incompatível com a realidade jurídica contemporânea, uma vez que a complexidade das relações humanas é capaz de exibir as falhas de se pensar nas codificações como modelos completos de se aplicar o Direito às situações cotidianas. Sob a ótica de conservação dos valores e pensamentos arcaicos, é necessário se atentar que o direito positivo pode exercer uma função inversa à desejada, isto é, tentar conservar, moldar, a sociedade às normas pré-existentes, ao invés de acompanhar a sua evolução.[21]

Dessa forma, deve-se pensar na reparação integral das lesões sofridas, não em sua limitação. O basilar norteador para tais ponderações deve ser sempre o princípio da dignidade da pessoa humana.

A consagração deste princípio como sendo um valor fundamental nas constituições do último século, associada à aplicação das normas constitucionais nas relações privadas trouxe consigo a ampliação da ressarcibilidade dos danos extrapatrimoniais.[22]

Essa ideia, já devidamente aplicada, da constitucionalização do direito civil e da necessidade de se ter a reparação de novas espécies de danos anteriormente não concebidas e negadas é exposta pelo autor Anderson Schreiber em seu livro "Novos paradigmas da responsabilidade civil" de forma simples e bastante elucidativa:

> O fenômeno da constitucionalização do direito civil refletiu-se, portanto, também na responsabilidade civil, e de forma notável. Um novo universo de interesses de tutela veio dar margem, diante da sua violação, a danos que até então sequer eram considerados juridicamente como tais, tendo de forma direta ou indireta, negada a sua ressarcibilidade.[23]

---

[20] TEPEDINO, Gustavo. "Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002". In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional*, 2007, p. XXIII e XXV.

[21] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil* / Pietro Perlingieri; tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev. e amp. - Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Pag. 2.

[22] SCHREIBER, Anderson, *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à dissolução dos danos*, 6. ed – São Paulo: Atlas, 2015. p. 91.

[23] SCHREIBER, Anderson, *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à dissolução dos danos*, 6. ed – São Paulo: Atlas, 2015. p. 91.

Neste diâmetro espectral, sem quaisquer dúvidas, posiciona-se a aceitação, tal qual ocorreu com o direito à privacidade, que durante os últimos séculos, houve a evolução do pensamento jurídico para que houvesse a reparabilidade de sua lesão, da configuração do dano estético como uma nova modalidade de dano, capaz ser reconhecido e indenizado como um dano autônomo.

O protagonista da experiencia jurídica é o ser humano, e dessa forma, este não pode receber do Direito tratamento idêntico ao que se é dispensado às coisas. Há que se privilegiar uma ideia personalista, que coloque o homem como centro do Direito, fazendo oposição ao ultrapassado conceito patrimonialista de ter como centro de interesse da dogmática jurídica a propriedade[24].

Nesse sentido, ao se atribuir maior valor ao patrimônio do que ao ser humano, acaba-se por se cometer um total desprestígio em relação à pessoa humana, bastando ponderar que os objetos e bens sempre serão desprovidos de qualquer valor, sentido ou finalidade se distanciados da pessoa humana, enquanto esta, por si só, já possui valor intrínseco à sua existência.[25]

Contudo, é primordial observar que o princípio da dignidade da pessoa humana possui um conceito e uma fluidez bastante ampla, o que permite que, por muitas vezes, seja invocado sem certa ética, buscando força jurídica em situações não merecedoras de se invocar este princípio, o que pode resultar no enfraquecimento da tese jurídica em situações em que este deva ser invocado para proteger o indivíduo de quaisquer lesões provocadas em seus direitos inatos.

[24] FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.48
[25]CAPPELARI, Récio Eduardo. *Os novos danos à pessoa*: na perspectiva da repersonalização do direito. Rio de Janeiro: GZ Ed. 2010. p.31.

CAPÍTULO II - O DANO ESTÉTICO

Se, em relação à classificação do dano estético, são apresentadas divergências, quanto à elaboração de seu conceito, essa modalidade de dano também não apresenta uma definição pacífica na comunidade jurídica, divergindo em diversos aspectos que serão aqui abordados.

Este capítulo apresentará como as duas correntes que tratam do dano estético o conceituam: a primeira seguindo o entendimento de que ele é uma espécie de dano moral; e a segunda considerando-o uma espécie autônoma de dano, partindo da premissa de que para ambas as correntes o dano estético é uma violação à integridade física do indivíduo.

Deve-se deixar explícito, neste ponto, que essa é apenas uma discussão doutrinária que, em breve, prevalecendo a observância do fato que se deve respeitar o ser humano em todas as suas esferas, promovendo-lhe a reparação integral de todos os danos sofridos, deverá ficar ultrapassada, tal como ocorreu com as divergências a respeito da possibilidade de se indenizar o indivíduo por dano moral.

Em relação ao dano moral, até a década de sessenta do século passado, este não possuía a aceitação, pelos tribunais brasileiros, para a sua reparação. Isso ocorria, pois havia uma forte associação entre o conceito jurídico de dano e o decréscimo matemático sofrido pela vítima[26]. Somente aceitava-se e previa-se o dano que fosse dotado de caráter patrimonial, acrescentando-se o fato de que não havia expressa previsão legal que autorizasse a indenização pelos danos morais sofridos pela vítima dessa espécie de lesão.

Foi somente no ano de 1966, que o Supremo Tribunal Federal, revertendo a orientação majoritária, reconheceu a possibilidade de se indenizar o indivíduo por danos morais[27], estabelecendo, portanto, que o dano era capaz de gerar reflexos de outra ordem que não a econômica, estendendo a proteção aos interesses extrapatrimoniais ou existenciais do ser humano.[28]

---

[26] SCHREIBER, Anderson, *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à dissolução dos danos*, 6. ed – São Paulo: Atlas, p. 105.

[27] Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 39 p. 38-44. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/039_1.pdf>. Acesso em: 10/03/2018.

[28] Neste julgamento, Recurso Extraordinário n°59.940-SP, que versava sobre um acidente automobilístico que resultou no falecimento de duas crianças, o Ministro Aliomar Baleeiro em seu voto expressa que as decisões que foram reformadas expressavam que não havia dúvidas quanto

Porém, mesmo com o reconhecimento do Supremo Tribunal Federal, os tribunais ainda restaram relutantes[29] e, somente com o advento da promulgação da atual Constituição Federal em 1988, por força de previsão expressa no texto constitucional, que a reparação por danos morais se tornou incontestável.

Voltando à temática dos danos estéticos, foi expresso que a questão de sua aceitação deve ficar ultrapassada, restando apenas discussões doutrinárias. E isso porque, no ano de 2009, o Superior Tribunal Justiça editou a Súmula de número 387, de acordo com a qual prevê-se que é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral, o que resultou na pacificação do entendimento expresso nas decisões proferidas pelos tribunais de justiça sobre a autonomia dessa modalidade de dano.

Entretanto, apesar de pacificar o entendimento de que é possível indenizar por danos estéticos de forma autônoma, na prática, essa questão, até o presente momento, enfrenta certa resistência por parte de alguns magistrados. Ainda é

à responsabilidade da ré pelo evento. O autor da decisão também expressou que não houve qualquer prejuízo de ordem material para os pais da criança. Dessa forma, para o magistrado, o dano moral só seria indenizável se ocasionasse também dano material, que o menor era fonte de despesa e não de receita, impossível se indenizar a conjectura do possível auxílio futuro, mas somente a perda certa, efetiva e atual e de maneira bastante brilhante o refuta. Aqui será transcrita parte de seu voto "O homem normal, que constitui família, não obedece apenas ao impulso fisiológico do sexo, mas busca satisfações espirituais e psicológicas, que o lar e os filhos proporcionam ao longo da vida e até pela impressão de que se perpetua neles. Não é outra a razão da clientela dos médicos especializados na cura da esterilidade involuntária. Antes e depois do nascimento, como disse a sentença de fôlha, os filhos são fontes de despesa, em que se comprazem os pais, criando-os, tratando-os, vestindo-os e educando-os, para gôzo das consolações que lhe trazem e trarão no futuro, não sendo contra o direito e a moral a esperança de amparo na velhice, quer pela assistência afetiva, quer mesmo pela alimentar. Se o responsável pelo homicídio lhes frustra a expectativa futura e a satisfação atual, deve reparação, ainda que seja a indenização de tudo quanto despenderam para um fim lícito malogrado pelo solo ou culpa do ofensor. Perderam, no mínimo, tudo quanto investiram na criação e educação dos filhos, e que se converteu em pura frustação pela culpa do réu. O patrimônio não são apenas coisas concretas, mas o acervo de todos os direitos que o titular dele pode exercitar."

[29] RESPONSABILIDADE CIVIL. Dano moral. Fato anterior a 1988. A indenização pelo dano moral pode ser deferida por fato ocorrido antes da Constituição de 1988, pois já antes dela o nosso ordenamento legal admitia a responsabilidade civil do causador de dano extrapatrimonial. Recurso conhecido e provido. (STJ - REsp: 232103 SP 1999/0086120-5, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 18/11/1999, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 17.12.1999 p. 382). Nesse processo, a vítima que, em 1983, caiu do trem no qual viajava, sofreu ferimentos de alta gravidade, como fraturas generalizadas pelo corpo, perda da perna esquerda, invalidez permanente de cinquenta por cento. Mediante o ocorrido, foi vitoriosa em uma ação preterida, pleiteando danos materiais e buscando a reparação pelos danos morais sofridos. Em primeira instância, teve seu pleito acolhido para que lhe fossem pagos quinhentos salários mínimos a título de indenização pelos danos morais sofridos, mas a decisão foi reformada em segunda instância, afastando a condenação por danos morais sob o argumento de que o evento danoso, isto é, o acidente ferroviário, ocorreu antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, logo a indenização era descabida. Conforme demonstra a ementa colacionada, o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 1999, reformou a decisão para manter a condenação.

possível encontrar, com uma frequência maior do que a desejada, decisões que arbitram um único valor para indenizar as duas espécies de danos.

Para ilustrar o expresso acima, foi julgada, em 20 de outubro de 2016, sete anos após a edição da Súmula de número 387 pelo Superior Tribunal de Justiça, pelos desembargadores Beretta da Silveira, na qualidade de relator, Egídio Giacoia e Viviani Nicolau, pertencentes ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, uma apelação em um processo que versava sobre agressões desferidas a um cliente pelos seguranças de uma casa noturna.

Neste acordão, é expresso que os "danos estéticos constituem lesões concernentes à estética do paciente", o que, como será demonstrado em capítulo futuro, não está tecnicamente acertado. Entretanto, não é em relação a esse ponto que deve-se ater por enquanto, mas, sim, ao fato de que o voto prossegue expressando que as provas trazidas àqueles autos demonstravam que o autor daquela ação obteve como resultado das agressões uma cicatriz em sua face, o que justificaria "a indenização tanto por dano moral, quanto por dano estético, na esteira da Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça". Porém, ao realizar a condenação, considerando "os parâmetros para fixação desta espécie de reparação", estes condenam o agente lesivo a pagar a quantia de dois mil reais, a título das duas indenizações.[30]

Deve-se notar que, na decisão, não há qualquer individualização dos valores: não se sabe o quanto desta verba é destinado à reparação dos danos estéticos, nem quais foram os critérios utilizados para que se realizasse o arbitramento desta verba neste patamar.

[30] APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. DANOS ESTÉTICOS. DANOS MORAIS. LUCROS CESSANTES. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA CONFIRMADA. RECURSO PROVIDO EM PARTE APENAS PARA DEFERIR A AJG. Litigância de má-fé: verificada a má-fé no agir da parte autora, uma vez que sua conduta se enquadra nos casos previstos pelo art. 80 do CPC/2015, configurando-se ofensa aos deveres processuais. Danos estéticos corroborados, não havendo razão para incrementar a rubrica. Apesar de comprovada a existência do dano estético, considerada a extensão das cicatrizes, conforme demonstrado nas fotografias juntadas ao processo, a conclusão é no sentido de que o prejuízo, embora presente, não é capaz de causar repulsa social a ponto de justificar seja majorada a verba. Danos morais corroborados, incabível a majoração, pois os montantes fixados estão adequados ao caso concreto e aos valores usualmente praticados em casos análogos. Para o deferimento dos lucros cessantes imprescindível a prova escorreita da perda econômica e esta não veio aos autos. Impositivo seja confirmada a sentença nesse aspecto. Gratuidade Judiciária deferida. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70079682886, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de... Justiça do RS, Relator: Guinther Spode, Julgado em 12/12/2018).(TJ-RS - AC: 70079682886 RS, Relator: Guinther Spode, Data de Julgamento: 12/12/2018, Décima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/12/2018)

Em outro processo, os desembargadores Kioitsi Chicuta, Luis Fernando Nishi (Presidente) e Francisco Occhiuto Júnior, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, foram mais além, em acordão prolatado em 10 de abril de 2018, em um processo que versava sobre um acidente automobilístico, estes expressaram categoricamente que “os danos estéticos por repercutirem inclusive no patrimônio moral do ofendido, devem ser inseridos no conceito de dano moral” e que, diante desse fato, não haveria razão para a fixação de um valor individuado e separado para os danos estéticos em consideração apenas à indenização de cunho moral.[31]

É perceptível que há uma grande contradição no que é expresso nesse acordão: se os danos estéticos podem repercutir - observe a palavra utilizada -, inclusive, no patrimônio moral do ofendido, repercutem também fora desse âmbito, não somente nos danos materiais, mas de forma autônoma, como expressa a Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Sendo assim, os danos estéticos não estão inseridos no conceito de dano moral, seus critérios para fixação são diversos e, portanto, não podem ser julgados como se fossem uma mesma coisa, afastando a ideia de que não haveria razão para a fixação de um valor individualizado dos respectivos danos.

Essa forma de sentenciar praticada pelos tribunais, como vista nos casos elencados, definitivamente não é uma situação isolada, mas é a reprodução de como a reparabilidade pelos danos estéticos é realizada, não passando de um

[31] Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Ação indenizatória. Colisão com motocicleta que trafegava na preferencial. Procedência parcial. Recurso apenas do autor. Discussão limitada ao montante da indenização fixada. Danos morais caracterizados, neles englobados os danos estéticos. Adequação do valor indenizatório. Fixação dentro dos parâmetros usualmente aceitos. Sentença mantida. Não incidência do § 11, do art. 85, do CPC. Recurso desprovido. A reparação do dano causado deve ser integral e os danos estéticos, por repercutirem inclusive no patrimônio moral do ofendido, devem ser fixados em conjunto com a indenização pelos danos morais. Não há, portanto, razão para fixação de valor individuado e separado para danos estéticos. A quantificação dos danos morais observa o princípio da lógica do razoável, ou seja, deve a indenização ser proporcional ao dano e compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e a duração dos transtornos experimentados pela vítima, a capacidade econômica do causador dos danos e as condições sociais do ofendido. A fixação em R$10.000,00, neles incluídos danos estéticos sofridos, revela-se razoável e satisfatória para compensar as lesões e o sofrimento padecido pelo autor. Não há que se falar em incidência dos termos do § 11, do art. 85, do NCPC. Isto porque, deve haver a majoração da verba honorária como forma de remunerar o patrono da parte pelo trabalho adicional desempenhado em grau de recurso quando o recurso do adverso é improvido ou não conhecido. Não é o caso dos autos.
(TJ-SP 10100530420168260506 SP 1010053-04.2016.8.26.0506, Relator: Kioitsi Chicuta, Data de Julgamento: 10/04/2018, 32ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/04/2018)

reflexo comportamental baseado em uma postura arcaica a qual vêm sendo perpetrada pelos tribunais nas últimas décadas.

Para corroborar com o expresso no parágrafo anterior, temos outro processo advindo do Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual a decisão em primeiro grau foi prolatada pela juíza Alessandra Laskowski em 25 de junho de 2009, e foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acordão de relatoria do desembargador Edgar Rosa, no que se referia ao arbitramento dos danos estéticos, acordão prolatado no dia 16 de agosto de 2012.[32]

Esse processo retrata um pleito a uma indenização por danos materiais, morais e estéticos decorrentes de um atropelamento por uma ambulância enquanto a autora atravessava a rua na faixa de pedestres.

A sentença[33] desses autos expressa que o dano moral sofrido pela autora consiste em sofrimento físico, lesão corporal de natureza grave com perigo de vida, abalo psicológico, redução da capacidade neurológica e cicatriz na região do pescoço. Nesta senda, percebe-se que é feita uma confusão, pela magistrada, entre elementos que se configuram como sendo danos morais propriamente ditos e elementos que configuram os próprios danos estéticos e, por fim, os danos morais decorrentes dos danos estéticos em si.

Ante tal fundamentação o resultado da sentença prolatada neste processo não poderia ser diverso, a juíza arbitra a indenização pelos danos morais e estéticos em uma quantia única, duzentos mil reais, sem fazer qualquer diferenciação sobre a origem das verbas indenizatórias, ou seja, quanto deste

---

[32] RESPONSABILIDADE CIVIL. ATROPELAMENTO DE PEDESTRE POR AMBULÂNCIA. VEÍCULO QUE GOZA DE PREFERÊNCIA DESDE QUE EM SERVIÇO E DEVIDAMENTE SINALIZADA COM SIRENE E LUZ INTERMITENTE ACIONADAS. PROVA PRODUZIDA CONCLUSIVA DE QUE NÃO HAVIA URGÊNCIA. SINAIS SONOROS E LUMINOSOS NÃO ACIONADOS. DESRESPEITO AO SINAL VERMELHO, EM ALTA VELOCIDADE. VÍTIMA COLHIDA NA FAIXA DE PEDESTRES. CULPA GRAVE CONFIGURADA, PRESUMIDA A RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. ARTIGO 1.521, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL DE REGÊNCIA. SÚMULA 341 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACIDENTE OCORRIDO SOB A VIGÊNCIA DO CC/1916. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PENSÃO VITALÍCIA DE UM SALÁRIO MÍNIMO. LAUDO MÉDICO CONCLUSIVO DE INCAPACIDADE DEFINITIVA. INDEVIDO O ACRÉSCIMO DE 1/3 DE FÉRIAS E 13º SALÁRIO. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. DANO MORAL E ESTÉTICO. CUMULABILIDADE POSSÍVEL. VERBAS DISTINTAS E PERFEITAMENTE IDENTIFICÁVEIS. VÍTIMA DO SEXO FEMININO E EM PLENA JUVENTUDE, AO SER ATROPELADA. RISCO DE VIDA. LESÃO NEUROLÓGICA SEVERA. INDENIZAÇÃO ARBITRADA NO VALOR DE R$ 200.000,00, PELOS DANOS ESTÉTICOS E MORAIS. VALOR ADEQUADO AO CASO. - Apelação parcialmente provida, com determinação de ofício; - 1º e 3º agravos retidos não conhecidos; 2º Agravo retido desprovido.(TJ-SP - APL: 358167419998260100 SP 0035816-74.1999.8.26.0100, Relator: Edgard Rosa, Data de Julgamento: 15/08/2012, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 16/08/2012)

[33] Autos nº 99-035816-0

montante seria destinado à reparação pelos danos estéticos, quanto seria decorrente dos danos morais vivenciados e quais critérios foram adotados para chegar a tais valores.

Após a decisão ser impugnada e o processo encaminhado para Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para que fosse feita sua revisão, o acordão ali prolatado, de forma correta, mantem a possibilidade de cumulação das verbas relativas aos danos morais e aos danos estéticos, pautando-se na súmula de número 387 do Superior Tribunal de Justiça, bem como colaciona decisões, comprovando o posicionamento jurisprudencial emanado que deu origem à edição da referida súmula[34], porém nada oferece de novidade em relação à sentença quanto à separação do montante arbitrado, do que seria para indenizar os danos morais e o que serviria como reparação aos danos estéticos.

Portanto, como se pode verificar, apesar de parecer superada a questão da autonomia dos danos estéticos, ao se analisar a forma e os critérios que estão sendo utilizados para que se garanta a reparação por estes danos, percebe-se que ainda existe uma enorme irregularidade no modo como vem sendo praticada a sua reparação.

1. O dano estético como espécie de dano moral

Para abrilhantar esta linha de raciocínio, ainda defendida por diversos doutrinadores como Rui Stocco, Caio Mario da Silva Pereira, Carlos Roberto Gonçalves, Humberto Theodoro Junior, Sergio Cavalieri, entre outros, da teoria da não autonomia dos danos estéticos, a ilustre jurista Teresa Ancona Lopez, autora de obra referência sobre o tema, define os danos estéticos como sendo:

[34] RECURSO ESPECIAL N. 705.457-SP (2004/0166324-8) “Civil e Processual. Indenização. Acidente. Amputação. Parte distal do pé direito. Dano estético. Código Civil de 1916, art. 1.538. Exegese. Inclusão como dano moral. Possibilidade de cumulação. Condições ausentes. Revisão de matéria fática. Súmula n. 7-STJ. Vedação. I. As questões federais não enfrentadas pelo Tribunal Estadual recebem o óbice das Súmulas n. 282 e n. 356 do C. STF, não podendo, por falta de prequestionamento, ser debatidas no âmbito do recurso especial. II. Podem cumular-se danos estético e moral quando possível identificar claramente as condições justificadoras de cada espécie. III. Importando a amputação traumática do pé em lesão que afeta a estética do ser humano, há que ser valorada para fi ns de indenização, ainda que possa ser deferida englobadamente com o dano moral. IV. Sucumbentes as partes em parcelas equivalentes, consistente na exata metade dos pedidos formulados, dá-se o decaimento recíproco. V. Recurso especial conhecido em parte e provido.”

> 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. [35]

Denota-se, então, deste trecho, que a doutrinadora entende o dano estético como sendo um dano moral resultante de qualquer modificação na aparência externa que acarrete humilhação e desgosto para quem o sofre.

A autora expressa, ainda, que tal modalidade de dano não decorre somente dos casos em hajam feridas horripilantes, falta de partes do corpo, como, por exemplo, a falta de uma orelha, amputações de quaisquer membros, de cicatrizes com aparências monstruosas ou mesmo o aleijão, propriamente dito, para que haja a configuração da responsabilidade civil, bastando, somente, que a pessoa sofra uma transformação em seu aspecto físico, ou seja, a pessoa deve passar por um evento danoso e, como resultado deste, não possuir mais a aparência que antes ostentava.

Defende-se que há que acontecer um desequilíbrio entre o formato do corpo que o lesado possuía no passado e como este se encontra no presente, devendo a modificação, obrigatoriamente, ser para pior.[36]

Portanto, para a autora, o dano estético é uma transformação externa, aparente, do corpo do indivíduo, um desequilíbrio permanente que resulta em um quadro piorado da estética pessoal.

Nesta linha de pensamento ocorre, somente, a valoração dos atributos estéticos, e aqui o uso desse termo carrega consigo a conotação de beleza, intrínseca ao ser humano afetado pelo dano, de como era a pessoa no passado, da apreciação de como esta era bela, e como se encontra após o evento danoso.

Em relação à obrigatoriedade de permanência do dano, tem-se afigurado como um requisito essencial para que haja o dever de reparar, pois caso contrário, na opinião da autora, essa modalidade de lesão se consubstanciaria em um dano material, devendo ser reparado como tal.

É importante frisar que, embora classifique os danos estéticos como danos morais, Teresa Ancona Lopez é favorável à cumulação dessa nova modalidade de

---

[35] LOPEZ, Teresa Ancona, O dano estético: responsabilidade civil 3. ed. rev. e atual. como Código Civil de 2002. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. pag. 46

[36] LOPEZ, Teresa Ancona, O dano estético: responsabilidade civil 3. ed. rev. e atual. como Código Civil de 2002. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. pag. 46.

dano com os danos morais, expressando que o dano deformante à integridade física não pode ser considerado com sendo análogo a qualquer outro tipo de dano moral, pois é, indubitavelmente, a mais grave e violenta das lesões à pessoa, pois além de gerar sofrimento pela transformação física, que seria considerado um dano moral objetivo, gera-se outro dano, que seria o dano moral à imagem social.[37]

Assim, ao contrário do que é apresentado por este trabalho, que expressa que o dano estético deve ser considerado autônomo simplesmente pelo fato de ser uma lesão à integridade física da pessoa, violando um direito à saúde, a autora defende que o dano estético gera prejuízo autônomo reparável pela humilhação diuturna e perene que a vítima de tal dano sente ao enfrentar o ambiente social do qual ela não pode fugir, argumentando que o artigo 5° da Constituição Federal admite a reparação para três diferentes tipos de dano: o material, o moral e o dano à imagem, não sendo este último a imagem no sentido estrito, que proíbe a reprodução da imagem das pessoas sem a prévia autorização, mas sim da imagem como valor ético, que incluiria o respeito e a aceitação social.[38]

Em relação ao tema, o ilustre jurista Yussef Said Cahali expõe, em sua obra "Dano e Indenização", este apontamento:

> Analisando o direito do indivíduo sobre o seu corpo, direito cuja existência é reconhecida na doutrina, Griot inclui na integridade corporal, a integridade da aparência, da imagem, principalmente os traços da face e os movimentos habituais a uma pessoa e observa que haverá atentado à existência física, não somente em caso de ferimento ou secção ou fratura de uma parte do corpo, como também quando o gravame é feito à aparência física. [39]

É possível perceber que, para essa, corrente o dano estético está intimamente ligado à imagem, a noção do corpo como estrutura de aparência externa. Nesse sentido, poder-se-ia dizer que o dano estético corresponde a qualquer lesão experimentada por uma pessoa que atingisse a integridade de sua aparência, o modo de andar, de se comportar e de gesticular[40].

---

[37] LOPEZ, Teresa Ancona, O dano estético: responsabilidade civil 3. ed. rev. e atual. como Código Civil de 2002. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. pag. 163.
[38] LOPEZ, Teresa Ancona, O dano estético: responsabilidade civil 3. ed. rev. e atual. como Código Civil de 2002. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. pag. 165.
[39] CAHALI, Yussef Said. *Dano e Indenização.* São Paulo: Ed RT, 1980. p. 70.
[40] DA SILVA FILHO, Artur Marques, *A responsabilidade civil e o dano estético*, RT 689, p. 38-49, mar./1993

Seguindo a mesma corrente de pensamento, Antônio Jeová Santos define o dano estético como sendo aquele caracterizado pela alteração do corpo que o torna mais feio. Tal dano seria a desfiguração, deformação ou mutilação sofrida pelo corpo em consequência de um evento causador de um agravo, que pode ser exemplificado como a desfiguração causada pelas cicatrizes e as deformações anatômicas, como a perda da capacidade de deambular de forma normal, a amputação de um braço, a perda do couro cabeludo, etc.[41]

Concluindo o posicionamento do autor, pode-se afirmar que, para ele, não é qualquer dano à integridade física da pessoa que merece ser tutelado e reparado, já que a lesão simples, efêmera e que não apresente certa importância e gravidade, não deve ser indenizável nem a título de dano moral, nem a de dano patrimonial.

Aparentemente, para essa corrente, a ideia do direito a ser tutelado não está vinculada à proteção do corpo humano em si, como um bem jurídico valioso, mas sim em prezar pela proteção da beleza do corpo humano.

Nessa ótica, a problemática para que se haja o dever de indenizar gerado pela lesão não é a objetividade da anatomia humana, se houve ou não a violação da preservação da estrutura e integridade do corpo, mas sim o que tal lesão afeta na subjetividade da beleza de determinada pessoa, se há ou não a ocorrência do "afeamento".

Wilson Melo da Silva, em total consonância com o que é exposto no trecho retirado do livro "O Dano Estético" de Teresa Ancona Lopez, expressa que:

> [...] dano estético não é apenas o aleijão, mas, também, as deformidades ou deformações outras, as marcas e os defeitos ainda que mínimos que podem implicar, sob qualquer aspecto, num 'afeamento' da vítima ou que pudessem vir a se constituir para ela numa simples lesão 'desgostante' ou em permanente motivo de exposição ao ridículo ou de inferiorizantes complexos. [42]

As discussões que podem ser travadas dentro dessa corrente residem, de forma primária, na análise do grau e da extensão da modificação corporal, para que esta seja caracterizada como um dano estético. Retomando de forma breve o que foi visto, para alguns doutrinadores, como Antônio Jeová Santos, as mínimas alterações não são capazes de gerar nem danos estéticos nem danos morais e,

[41] SANTOS, Antônio Jeová, *Dano moral indenizável*, 6. ed. rev. atual. e amp. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 402..
[42] SILVA, Wilson Melo da O dano estético. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 194 1961, p. 23.

portanto, não seriam passíveis de qualquer forma de indenização. Já outros, como Wilson Melo da Silva, entendem que a mínima alteração que cause afeamento ou constrangimento deve ser indenizada.

De forma secundária, porém basilar para a compreensão da referida matéria, há a discussão travada acerca da possibilidade de se entender o dano estético como sendo cumulável ao dano moral, pois excetuando-se Teresa Ancona Lopez, que vislumbra o dano estético como sendo um dano autônomo, com suas próprias especificidades, e deseja introduzir no pensar jurídico a possibilidade de se permitir classificar o dano estético, sob o prisma da perda da beleza, como sendo um dano moral autônomo dentro do próprio gênero “dano moral”, e não somente como sendo um dano patrimonial, em sua maioria os autores citados apenas definem o dano estético como sendo moral e a cumulação de sua indenização de forma autônoma seria considerado *bis in idem.*

Assim, para essa corrente, ou o dano estético pode trazer como consequências o dano patrimonial e um agravante, que seria calculado de forma autônoma, ao dano moral, pela humilhação diária e perene que a vítima de tal dano sente ao enfrentar o ambiente social do qual ela não pode fugir, mas não credita indenização para o dano causa desse agravante, como por exemplo, ter um braço decepado em um acidente automobilístico, ou não há qualquer reparação autônoma desta modalidade de dano, já que este não passaria de dano moral e qualquer arbitramento de uma indenização a este título já repararia tal dano.

Em relação à linha de pensamento que admite a cumulação mesmo sendo um dano moral, tece-se a dura crítica de que a transformação do corpo, o que podemos chamar de dano-causa, não geraria por si só o dever de indenizar, somente indenizar-se-ia caso a pessoa lesada experimentasse o sentimento de dor, de angústia e as humilhações advindas do fato danoso, ou seja, indeniza-se as consequências psicológicas trazidas pelo dano e não o dano em si.

Observando este raciocínio, pode-se concluir que a mesma cicatriz, ou qualquer outra deformidade resultante de um evento prejudicial, traria consequências opostas para diferentes pessoas, chegando no limite de o mesmo dano ser passível de indenização para determinada pessoa e para outra não, dependendo, exclusivamente, do estado psicológico em que se encontra a vítima após ter sua integridade física alterada.

Aguiar Dias, ao se posicionar sobre o dano estético, expõe o pensamento acima elencado de forma bem clara, expressando, categoricamente, que a indenização deve ser creditada analisando exclusivamente os efeitos psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima:

> Este consiste na penosa sensação da ofensa, na humilhação perante terceiros, na dor física, enfim, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano, em consequência deste, seja provocada pela recordação do defeito ou da lesão seja pela atitude de repugnância ou de reação ao ridículo tornadas pelas pessoas que o defrontam. [43]

Nota-se que não esses doutrinadores não negam a existência do dano estético ou este não deva ser reparado; há somente um entendimento, mais conservador, que expressa a integração desse dano ao dano moral, não se admitindo uma condenação específica para a reparação de tais danos, mas sim que sua reparação deve ocorrer através do dano moral.

Para eles, o dano estético, por ser um dano extrapatrimonial, configura-se como dano moral e o integra, porém se materializa no exterior da vítima, diferentemente do dano moral que se manifesta no íntimo da pessoa.

Verifica-se este fato na obra, por exemplo, do desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira, que corrobora com o que foi escrito:

> Desse modo, o dano estético materializa-se no aspecto exterior da vítima, enquanto o dano moral reside nas entranhas ocultas dos seus dramas interiores; o primeiro, ostensivo, todos podem ver; o dano moral, mas encoberto, poucos percebem. O dano estético, o corpo mostra, o dano moral, a alma sente. [44]

Conceber o fato de que o dano estético ocorre somente nesses moldes irá, obrigatoriamente, conduzir o estudioso do direito a um pensamento restritivo que, consequentemente, irá levá-lo ao equívoco, pois não permitirá que a vítima do dano tenha uma reparação completa de suas violações. Tomemos como exemplo o caso do ser humano que se envolve em um acidente de carro, cuja consequência culmina em um dano interno, perdendo um órgão interno, como um rim, ou mesmo

---

[43] DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*, 7. ed. Rio de Janeiro: Ed Forense, 1983. p.828.
[44] OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*, 6ª ed., LTR, 2011, São Paulo, p. 243 e 244.

a integridade de sua estrutura óssea. Nesse caso, pelo fato do dano não ser externo, não haveria a necessidade de repará-lo?

Sob essa ótica, parece haver uma enorme falha na noção apresentada do dano estético como sendo considerado um dano simplesmente moral, que se baseia, apenas, nos reflexos gerados ao indivíduo ante os constrangimentos que a perda da beleza irá lhe fazer vivenciar perante a vida em sociedade.

Esses questionamentos serão retomados mais à frente no subtópico que elencará quais os requisitos necessários para que o dano estético se configure na visão daqueles que o consideram como um dano moral, bem como qual a razão para a cumulação dos dois danos, já que eles seriam a mesma coisa.

É necessário pontuar que, mesmo para essa corrente de pensamento, quando se expressa que o dano estético é um dano na aparência da pessoa, este não somente deve ocorrer com esta estática, mas também quando está em movimento, seja alterando a forma de se movimentar, seja reduzindo a capacidade corporal de desempenhar determinados movimentos.

Concluindo, para esse posicionamento, o dano estético é um subtipo autônomo de dano moral que, para ser configurado, deve obrigatoriamente causar na vítima uma alteração corporal que lhe traga humilhação e tristeza. Em suma, deve deixá-la menos feliz. É um sofrimento moral que teve como causa uma ofensa à integridade física, que constitui um direito fundamental inerente ao ser humano.

Para que exista o dano estético é necessário que a lesão torne a pessoa mais feia e que seja duradoura, pois, caso contrário, não se poderá atribuir à lesão a classificação nessa modalidade de dano, mas esta se encaixaria em um atentado reparável à integridade física ou lesão estética passageira que se resolve através das habituais perdas e danos.

Nas próprias palavras da Teresa Ancona Lopez “Pensamos que o dano estético passageiro poderá causar dano moral, mas é de fato dano material, facilmente indenizável e facilmente superável”.[45]

Neste sentido, então, há o posicionamento de que o dever de reparar o dano no direito à integridade física está intimamente ligado e baseado na imagem externa da pessoa.

[45] LOPEZ, Teresa Ancona, O dano estético: responsabilidade civil 3. ed. rev. e atual. como Código Civil de 2002. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. pag. 47-48.

1.1. Fundamentação legal dos danos estéticos como sendo danos morais

Além do entendimento a respeito do que seria o dano extrapatrimonial, outro ponto que possibilita a separação das duas correntes divergentes a respeito dessa modalidade de dano encontra-se na fundamentação legal para que haja a possibilidade da reparação do dano.

Se essa corrente pensa o dano estético como sendo um dano moral, a fundamentação apresentada é a de que o dano estético é uma ofensa a um direito da personalidade, a saber, o direito à integridade física pessoal, sob a ótica da imagem externa da pessoa.

Faz-se, então, necessária uma breve explanação a respeito do que é um direito da personalidade e sua natureza jurídica. Nas palavras de Carlos Alberto Bittar, temos que

> São os direitos que transcendem, pois, o ordenamento jurídico positivo, porque ínsitos à própria natureza do homem, como ente dotado de personalidade. Intimamente ligados à condição humana, para sua proteção jurídica, independentes de relação imediata com o mundo exterior ou outra pessoa, são intangíveis de *lege lata*, pelo Estado ou pelos particulares. [46]

Portanto, são direitos da personalidade as prerrogativas inerentes ao homem enquanto sujeito de direitos sobre a própria vida, seu corpo, sua imagem, sua honra, etc. Faz parte destes direitos o direito à integridade física, que pode ser entendido como o direito de manter-se a higidez física e a lucidez mental do ser, opondo-se a qualquer atentado que venha a atingi-las, como direito oponível a todos.[47]

Dessa forma, o direito à integridade física visa tutelar o bem jurídico da incolumidade física e intelectual, para que sejam preservados os atributos naturais da pessoa, tanto na parte física quanto mental, condenando atentados ao físico e à saúde, sob os prismas anatômicos, fisiológicos e psicológicos do indivíduo.

Nesse sentido, a corrente reafirma o posicionamento, uma vez que o dano estético, por ser uma ofensa a um direito da personalidade, deve ser classificado como um dano moral.

---

[46] BITTAR, Carlos Alberto, *Os direitos da personalidade.* 8., rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. – São Paulo : Saraiva, 2015, pag. 43

[47] BITTAR, Carlos Alberto, *Os direitos da personalidade.* 8., rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. – São Paulo : Saraiva, 2015, pag. 129

A fundamentação legal para a reparação por danos estéticos, então, encontra respaldo na Constituição Federal de 1988 em seu artigo V, incisos V e X[48], de acordo com os quais é assegurado o direito a indenizar-se por dano moral e que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente desta violação.

Já no Código Civil, os direitos da personalidade encontram-se elencados na Parte Geral, no Livro I – Das Pessoas, Título I – Das Pessoas Naturais, no Capítulo II – Dos Direitos da Personalidade, entre os artigo 11 a 21.[49] Em relação à possibilidade de se pleitear a indenização por danos morais, encontra-se a fundamentação na parte final do *caput* do artigo 948, na terceira parte do artigo 949, no parágrafo único do artigo 953 e no artigo 954[50].

---

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

[49] Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.
Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.
Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.
Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.
Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.
Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.
Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.
Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.
Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.
Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.
Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.
Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.
Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.
Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.
Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

[50] Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

Portanto, é com base nestes artigos que se justifica pleitear a indenização pelos danos estéticos como se fossem danos morais.

1.2 Requisitos para a configuração dos danos estéticos e explicação para a possibilidade de sua cumulação

Neste ponto, retomaremos a questão abordada na parte da conceituação do dano estético. Serão elencados os requisitos para que seja configurado o dano estético em si, bem como serão tecidas algumas críticas sobre este pensar.

Como já visto, para aqueles que acreditam que o dano estético é um dano moral, este deve ocasionar uma modificação na integridade física da pessoa, de forma que esta seja certa e permanente, que resulte em uma modificação em sua aparência externa e que, obrigatoriamente, deixe-a mais feia, causando humilhação, tristezas e desgosto, e fazendo com que a pessoa se sinta diferente do que era.

Iniciando a análise dos requisitos, não há dúvidas que o dano estético é uma modificação da integridade física do indivíduo. O que diferencia esta corrente da segunda é que, para aqueles que defendem a autonomia dessa modalidade de dano, este ocasionará um dano à saúde, como será visto mais à frente, ao invés de uma violação simplesmente moral.

Em relação à permanência do dano, não me parece adequado ser necessário o preenchimento desse requisito para a configuração do dano, pois, uma vez que se considera o dano estético como sendo puramente moral, este se configura com a mera violação do direito da personalidade. Se há a humilhação, tristeza e desgosto, a pessoa somente poderá ser reparada se o desgosto ficar para sempre?

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.
Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.
Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.
Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Caso a pessoa vivencie uma situação constrangedora pelo período de um ano, advinda de uma violação ao seu direito da personalidade, ela não deverá ser reparada pelo dano sofrido pelo fato de que este foi algo transitório? Não me parece adequado.

Se o dano estético for considerado exclusivamente moral, não há que se falar na possibilidade da correção deste dano, pois o reflexo moral, a angústia, ocorre de forma direta, não há válvula de escape corretora capaz de ilidir os danos psicológicos sofridos com as experiências danosas advindas, por exemplo, de uma cicatriz em uma região sensível que a pessoa carregou durante alguns meses ou anos e que foi corrigida posteriormente com uma cirurgia reparadora.

Certo é que durante tal período houve a vivência da humilhação e do desgosto, o que é simplesmente ignorado ao se adotar tal postura. Ademais, esses sentimentos serão sempre carregados na memória do indivíduo lesado e a cada vez que revisitar tal momento em seus pensamentos, os mesmos sentimentos de outrora serão revividos.

Dessa forma, exigir a permanência do dano para que este possa ser reparado, indubitavelmente, seria prestigiar o causador do dano, que se livraria de qualquer punição pelo constrangimento pelo qual fez a vítima passar.

Apresenta-se, também, impossível cogitar em afastar a necessidade de reparação por dano estético com a utilização de próteses que substituam as partes do corpo humano que foram danificadas, tais como olhos de vidro, pernas mecânicas, dentaduras, etc. Como foi anteriormente exposto, o direito à integridade física visa à manutenção da harmonia e atributos do próprio corpo e não com instrumentos externos, que por mais perfeitos que sejam não são a mesma coisa.

Outros pontos questionáveis são a necessidade da modificação externa da pessoa e que esta modificação resulte em uma diminuição da beleza da vítima para que haja a configuração dos danos estéticos. Isto, pois, se este dano se consubstancia na lesão à integridade física, esta deve ser protegida de forma plena e não somente os atributos do seu exterior.

Não se pode coadunar com a hipótese de deixar alguém sem a devida reparação pelo fato de que o dano que acometeu a vítima não resultou em uma perda de um membro, queimaduras externas ou cicatrizes, mas sim a perda de um órgão interno ou de tecidos musculares ou ósseos.

A reparação deve ser sempre integral, na extensão de todos os danos, respeitando a dignidade da pessoa humana, até mesmo pelo fato de que a perda da funcionalidade de um órgão interno gera, pelo menos em relação ao homem médio, angústias e tristezas insanáveis, ainda que o não torne, esteticamente, menos atraente.

Quanto à necessidade de se haver o “afeamento”, este requisito também não parece adequado.

O dano estético, em sua forma autônoma, quando pensado na proteção do ser humano em integralidade, não se relaciona com o conceito de beleza, mas sim com a exatidão da proporcionalidade da igualdade do corpo pré-dano e pós-dano.

Além do fato de que a questão da beleza é extremamente subjetiva, algo que para um é belo para outro não o é, e mais, ao se adotar este pensamento como sendo um requisito essencial estaríamos chancelando a possibilidade de privilegiar alguns em detrimento de outros, como ocorreu e ainda ocorre no arbitramento dos danos morais em si.

Deixar imperar a subjetividade da beleza para o arbitramento dos danos estéticos, fatalmente, resultará no surgimento decisões extremamente prejudiciais à sociedade.

Um exemplo é o caso que ocorreu com a atriz Maitê Proença, que pediu a condenação por danos morais advindos da utilização indevida de sua imagem por um jornal carioca que publicou fotos suas que foram tiradas e autorizadas para publicação pela revista Playboy em julho de 1996.

Nesse fatídico caso, ao ter seu processo julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a atriz obteve a negativa de seu pleito, pois somente as mulheres feias poderiam se sentir humilhadas e constrangidas ao ver seu corpo desnudo estampado em jornais e revistas:

> Fosse a autora uma mulher feia, gorda, cheia de estria, de celulite, de culote e de pelancas, a publicação de sua fotografia desnuda – ou quase- em jornal de grande circulação certamente lhe acarretaria um grande vexame, muita humilhação, constrangimento enorme, sofrimentos sem cona, a justificar – aí sim – o seu pedido de indenização por dano moral, a lhe servir de lenitivo para o mal sofrido. Tratando-se, porém, de uma das mulheres mais lindas do Brasil, nada justifica pedido dessa natureza, exatamente pela inexistência, aqui de dano moral a ser indenizado. [51]

[51] Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, número 41, p. 184-187.

Felizmente, essa decisão foi reformada ao ser julgada pelo Superior Tribunal de Justiça[52], porém ela reflete com exatidão o perigo que se incorre ao atribuir valores subjetivos à ponderação de terceiros para que este classifique se há ou não a existência de um dano pautado, exclusivamente, na perda da beleza de um indivíduo e não na proteção objetiva do próprio corpo humano.

Feitas estas ponderações em relação ao conceito de danos estéticos e seus requisitos, visto que para esta corrente o dano estético é um dano moral e sua condenação como um dano autônomo resultaria em *bis in idem*, como é possível explicar e ajustar este pensamento com o já sumulado entendimento do Superior Tribunal de Justiça expressando no sentido de que danos morais e danos estéticos são coisas diversas e por isso são passíveis de cumular?

Para Caio Mário da Silva Pereira, "se é verdade que nem todo dano moral resulta do dano estético, a recíproca não é verdadeira, ou seja, todo dano estético redunda em dano moral. Além, evidentemente, do dano material que decorre do aleijão ou deformidade"[53]. Carlos Roberto Gonçalves, por sua vez, afirma que "o que não se deve admitir, porém, é a cumulação do dano estético com o moral".

O mais adequado, então, é chegar à conclusão retomando um argumento já apresentado e citar, por mais uma vez, a ilustre Teresa Ancona Lopez e a solução apresentada por ela para este controverso assunto. Em suas palavras:

> [...] refletindo sobre o tema nos últimos anos, chegamos à certeza de que o dano deformante à integridade física não é igual a qualquer outro tipo de dano moral; é, sem dúvida, a mais grave e mais violentas das lesões à pessoa, porque, além de gerar sofrimento pela transformação física (dano moral objetivo), o que não precisa ser provado, porque ninguém duvida das tristezas e humilhações pelas quais passa uma pessoa que, por exemplo perde uma perna, gera um outro dano moral, que ao primeiro se soma, que é o dano moral à imagem social.[54]

Sendo assim, caso o dano estético seja compreendido como um dano moral, este não seria um dano moral qualquer, mas sim o mais grave dos danos, gerando danos morais menos gravosos, o dano moral objetivo e o dano à imagem social. A autora continua e expressa:

---

[52] Recurso Especial 270.730/RJ. 20.12.2000.

[53] PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Responsabilidade civil.* 11. ed. rev. e atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2016p. 105-107.

[54] LOPEZ, Teresa Ancona, O dano estético: responsabilidade civil 3. ed. rev. e atual. como Código Civil de 2002. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. pag. 163.

> Dessa forma, não só é 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 bens jurídicos diferentes. O dano estético (dano físico) é dano moral objetivo que ofende um dos direitos da personalidade, o direito à integridade física. Não precisa ser provado, é o *damnum in re ipsa*. O sofrimento e a dor integram este tipo de dano. O dano moral é o dano à imagem social, à nova dificuldade na vida de relação, o complexo de inferioridade.[55]

Assim, há uma separação do dano moral em duas espécies distintas, sendo uma delas o dano estético, vinculado exclusivamente à aparência externa e à beleza do indivíduo.

Desta forma, esta corrente tenta se modernizar e explicar o motivo pelo qual foi editada a Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça que permite arbitrar verbas indenizatórias tanto para os danos estéticos, quanto para os danos morais de forma autônoma.

2. Danos estéticos como danos autônomos

Para os juristas favoráveis à autonomia dos danos estéticos o centro da responsabilidade civil é o dano em si e não o reflexo psicológico causado no ser humano. Estes classificam os danos extrapatrimoniais com um pensamento negativista em relação aos danos patrimoniais anteriormente referidos.

Definindo os danos patrimoniais, tem-se que eles devem ser materializados pela perda ou mesmo deterioração de um bem passível de valoração pecuniária. Ilustrando esse conceito com um exemplo, tome-se a ideia de alguém ser proprietário de uma casa, uma fonte, uma obra de arte ou mesmo um veículo e um terceiro causar um dano que resulte na deterioração total ou parcial desse bem. Nesse caso, tal prejuízo, dano, deve ser auferido em sua extensão e, uma vez apurado o seu valor monetário, o agente causador deverá indenizar o lesado.

Em relação aos danos extrapatrimoniais, deve se pensar no extremo oposto desse espectro: os danos causados ao lesado não são suscetíveis de uma avaliação em dinheiro, pois este é causado em caráter intrínseco da pessoa.

[55]LOPEZ, Teresa Ancona, O dano estético: responsabilidade civil 3. ed. rev. e atual. como Código Civil de 2002. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. pag. 165.

Portanto, defende-se a ideia de o conceito do dano extrapatrimonial ser a negativa do dano patrimonial, não podendo se tomar como correta a abordagem de que o dano extrapatrimonial é, necessariamente, um dano moral.

Isto também não quer dizer que estas modalidades de danos não possam surgir do mesmo evento danoso, ou mesmo decorrerem um do outro. Não há essa rigidez em relação ao surgimento e necessidade de reparabilidade dos danos.

António Pinto Monteiro, a esse respeito, expressa que o bem ou o interesse lesado pela conduta pode não ter natureza patrimonial, como nos casos em que há a violação da integridade física do sujeito, da saúde, da liberdade, da honra, do bom nome e de sua reputação, mas essas violações resultarem em danos patrimoniais para aqueles que os sofreram, resultando, por exemplo, na diminuição das receitas de um profissional quando este tem seu nome maculado por ofensas a seus direitos da personalidade.

> Pode o bem ou interesse lesado não ter natureza patrimonial, como sucede com a integridade física, com a saúde, a liberdade, a honra, o bom nome e reputação, e, apesar disso, da lesão resultarem danos patrimoniais. É o que pode acontecer, por exemplo, caso ocorra uma ofensa ao bom nome e reputação de um médico, advogado ou engenheiro: embora o bem lesado, em si mesmo, careça de valor pecuniário, a ofensa traduzir-se-á, frequentemente, num prejuízo pecuniário, expresso numa diminuição das receitas provenientes do exercício da atividade profissional respectiva (perda de clientela). [56]

Nesta mesma lição, o professor catedrático de direito civil da Faculdade de Direto da Universidade de Coimbra expressa que o inverso também é possível. Não somente é possível decorrer danos patrimoniais advindos dos danos morais, como também estes últimos podem ter sua origem em danos materiais, como no caso da destruição de um bem a qual o proprietário tinha uma forte relação afetiva.

> Inversamente, pode tratar-se de violação de um bem patrimonial – e, ainda assim, da lesão resultarem (também) danos não patrimoniais. Imagine-se que alguém destrói determinado objeto com o qual seu proprietário tinha uma forte e justificada relação afetiva. Não é de excluir que, numa situação deste tipo, para lá do dano patrimonial ocorram danos não patrimoniais merecedores de tutela jurídica.[57]

[56] MONTEIRO, António Pinto. *Sobre a reparação dos danos morais*. Revista Portuguesa do Dano Corporal 1/19.
[57] MONTEIRO, António Pinto. *Sobre a reparação dos danos morais*. Revista Portuguesa do Dano Corporal 1/19.

Portanto, os danos extrapatrimoniais não são somente os danos morais, mas todo e qualquer dano que não possua reflexo imediato patrimonial, como ocorrem com os danos estéticos. Estes, por sua vez, podem ter como consequência direita o surgimento do dever de reparar ao agente causador do dano, em decorrência da ofensa da integridade física, por danos morais e danos materiais.

Para essa corrente, há que se acompanhar a evolução da vida em sociedade e das práticas lesivas, evoluindo também os conceitos e campos de atuação da responsabilidade civil. Faz-se necessário ampliar as hipóteses fáticas de reparação, o seu rol de legitimados para a reparação, os conceitos de danos indenizáveis e, consequentemente, aumentar os valores das condenações.

É advindo do fenômeno social que se pode se afirmar pela importância crescente do dano para a responsabilidade civil[58], na medida em que estes se apresentam em dimensões inusitadas e complexas, advindas da sociedade pós-industrial, revelando inúmeras novas responsabilidades especiais.[59]

Isto pois, parte-se da premissa de que de houve a constitucionalização do Direito Civil, elevando o homem ao centro do Direito, visando buscar sempre a proteção dos direitos inerentes ao seu ser, decorrentes, simplesmente, do princípio norteador da dignidade da pessoa humana.

É possível afirmar que, em sua maioria, ordenamentos jurídicos ocidentais mostram uma base axiológica na figura da pessoa humana, que requer que a existência do ser humano seja valorada a tal ponto que esta é a própria justificativa para a existência de um direito positivado.[60]

Esse fato é justificado pela autora Judith Martins-Costa pelos acontecimentos ocorridos no transcorrer do século XX, a exemplo das duas grandes guerras mundiais, evolução da tecnologia e medicina.

De acordo com ela, a afirmação do valor da pessoa humana como titular de sua própria esfera da personalidade teve como contrapartida o totalitarismo estatal econômico ou científico, fundando-se no reconhecimento da dignidade própria à pessoa:

---

[58] CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1997, pp. 80-83.
[59] ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile, la responsabità civile*. v. 4. Milano: Giuffrè, 1999, pp 601-602.
[60] PEREIRA, Fabio Queiroz, *Danos estéticos: uma análise à luz da função social da responsabilidade civil e da dignidade humana*, RDPriv. 50/205, abril 2012.

> Embora o termo dignidade fosse há muito conhecido e o juízo de uma dignidade própria remonte à filosofia de Kant, a ideia de uma existência de uma proteção jurídica que é devida em razão da dignidade liga-se fundamentalmente a um duplo fenômeno: a barbárie nazista e à biomedicina. [61]

Assim, impõe-se essa mudança de valores jurídicos que coloca o homem como destinatário final dos interesses e proteções enquanto ser, preservando-o integralmente através do respeito, que se faz essencial, à sua dignidade, devendo, consequentemente aplicar as normas contidas no nosso ordenamento jurídico visando amparar e garantir os direitos fundamentais seja na apuração dos danos por ele sofridos, seja no arbitramento dos valores indenizatórios.

Se, ao abordar os danos estéticos como sendo meramente danos morais, utilizou-se o conceito da ilustre jurista Teresa Ancona Lopez, para realizar a análise dos danos estéticos como danos autônomos, será retirada a definição do dano estético do livro do doutrinador Enéas de Oliveira Matos, de acordo com o qual essa modalidade de danos seria toda ofensa causada aos direitos físicos da pessoa humana:

> Dano estético é toda ofensa causada aos direitos físicos da pessoa humana, correspondentes à integridade física da pessoa humana, ligados diretamente à pessoa de seu titular, sejam eles, v.g, direito à higidez corpórea e às partes do corpo, protegendo o corpo de qualquer modificação não autorizada.[62]

O bem jurídico ofendido é a integridade física, tal qual ocorre com o dano moral, porém, apesar de tal violação de direito extrapatrimonial, a sua reparação, diferentemente do dano moral, não deve ser arbitrada de forma subjetiva, mas sim objetiva, conforme a gravidade da transformação física sofrida pela vítima, o que é facilmente apurado por uma prova pericial médica.

Sob esse olhar, o dano estético pode ser constatado, por exemplo, quando há a mutilação de membros, não importando a dimensão desta ou da parte do corpo mutilado, existe o dano estético, seja na perda mínima na ponta de um dedo, seja ao se perder uma perna ou decorrente de evento danoso aos quais resultarem cicatrizes. Mas, além disso, estará configurada a existência do dano estético

---

[61] MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação*. Revista Roma e America, t. 10, Roma, 2000

[62] MATOS, Enéas de Oliveira. Dano moral e dano estético. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pag. 168-169.

quando há extração ou alteração no funcionamento de um órgão interno do ofendido.

> Assim, temos danos estéticos quando há mutilação de membros – v.g., amputação de perna, braço ou dedo –, seja quando por retirada não voluntária, imputável responsabilidade a outrem, de órgão – como por retirada de órgão, v.g., baço ou rim, tendo em vista acidente automobilístico, sendo o responsável obrigado a repara o dano estético causado aí –, vez que o que caracteriza o dano estético não é a concepção subjetiva de enfeamento, mas sim o conceito objetivo – aferível através de perícia médica – de ofensa à integridade física que a trona diferente do estado anterior. [63]

Em artigo escrito por Sérgio Martins Rston, também há o entendimento de que o dano estético não se configura como sendo dano moral, pois o dano estético seria uma lesão à integridade física do indivíduo, caracterizando-se pela transformação que a pessoa sofre em sua aparência, em suas palavras: " O dano estético não é uma espécie de dano moral, mas ocupa lugar de uma categoria autônoma de ofensa aos direitos da personalidade: a integridade física". [64]

Apesar de pontuar de maneira enfática que o dano estético não é uma espécie de dano moral, e sim uma categoria autônoma, este autor pode exemplificar a confusão apresentada pelos juristas quando se trata de conceituar e defender a autonomia dos danos estéticos. No mesmo parágrafo, em um trecho anterior, escreve:

> O dano estético é um misto de dano abstrato e dano concreto. Ele é abstrato quando representa o sofrimento e a humilhação que a vítima sofre em razão do aleijão. Ao mesmo tempo, ele é concreto quando, em razão do progresso da medicina, existem cirurgias reparadoras e próteses mecânicas. [65]

Assim, o autor se apresenta com a intenção de defender a autonomia dos danos estéticos, mas mistura-os com os danos morais quando expressa categoricamente que aqueles são uma mistura de dano abstrato, representado pelo sofrimento e humilhação, e de dano concreto.

Se o dano é representado pelo sofrimento e humilhação, ele não é dano estético, mas sim um dano moral decorrente do dano estético.

---

[63] MATOS, Enéas de Oliveira. Dano moral e dano estético. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pag. 168-169.
[64] RSTON, Sérgio Martins, *Dano estético*, RIASP 9/95, jan/2002
[65] RSTON, Sérgio Martins, *Dano estético*, RIASP 9/95, jan/2002

O dano estético elencado por este autor seria um dano composto parte por dano moral, o dano abstrato, e parte pelo concreto. Enquanto o dano moral decorreria da violação dos direitos da personalidade de uma forma geral, o dano estético decorreria unicamente da violação à integridade física.

Percebe-se, então, que é comum encontrar autores que, mesmo defendendo a autonomia dos danos estéticos, atrelam a este o sentimento de humilhação, sofrimento ou até a configuração da beleza, justificando a importância da sua ressarcibilidade diante da excessiva valorização dos aspectos corporais do indivíduo ante a sociedade em que estamos inseridos ou a função que exercemos.

Essa última ideia será abordada em momento futuro e afastada, uma vez que, como será explicado, a reparabilidade de não exercer mais uma profissão por causa de danos estéticos é uma consequência que deve ser reparada por danos materiais.

Para ilustrar o expresso no parágrafo anterior, será utilizada a ideia trazida pelo jurista Fabio Queiroz Pereira, no artigo “Danos estéticos: uma análise à luz da função social da responsabilidade civil e da dignidade humana”. Nesse texto, o autor expressa que a crescente valorização da beleza é um verdadeiro fenômeno social da contemporaneidade e que a busca pelo ideal de graça e perfeição é difundido pelos meios de comunicação, fazendo com que boa parte da economia mundial esteja pautada e gire em torno da busca pelo belo.[66]

Diante desse quadro, o jurista explica e justifica a importância da reparabilidade do dano estético à sociedade, já que a beleza é um elemento essencial para formação de uma rede de relacionamentos, como uma forma de autoafirmação em seu meio e moldando a personalidade do indivíduo.

> Diante deste panorama, tem-se que os elementos estéticos que compõem uma pessoa são dotados de curial importância, seja para a formação de uma rede de relacionamentos, seja para a sua própria necessidade de autoafirmação, muitas vezes, é pautando-se na nos seus elementos de ordem estética que o indivíduo molda a sua personalidade. Nesse ponto, soma-se ainda a relevância com que é ponderada a beleza no marcado de trabalho principalmente em profissões que exijam um contato direto com o público.[67]

[66] PEREIRA, Fabio Queiroz, *Danos estéticos: uma análise à luz da função social da responsabilidade civil e da dignidade humana*, RDPriv. 50/205, abril 2012

[67] PEREIRA, Fabio Queiroz, *Danos estéticos: uma análise à luz da função social da responsabilidade civil e da dignidade humana*, RDPriv. 50/205, abril 2012

Percebe-se que, este autor explica o dano estético, de maneira similar àqueles que defendem os danos estéticos como sendo meramente danos morais, há o entendimento de que o dano estético consiste na lesão dos aspectos exteriores de um indivíduo e tal lesão resultaria na alteração da imagem da pessoa e da apresentação física, causando prejuízos na percepção do corpo pelo próprio lesado e exposição ao juízo de terceiros.

Essa concepção, apesar de se pautar na integridade física, não me parece adequada para fundamentar os danos estéticos, pois, aparentemente, pouco preocupa-se a respeito da integridade física em si, do dano à saúde, do dano à estrutura corporal, mas cuida do reflexo psicológico do dano estético, a consequência moral negativa que atingirá o indivíduo, seja em relação à sua própria percepção do corpo, o que seria chamado de elemento pessoal, seja o reflexo que isto causará na sua apresentação perante a sociedade, que seria chamado de elemento social.

Desta forma, ao se referir e se posicionar a respeito desta modalidade de dano, o autor o descreve não como dano estético, mas como dano moral. Defender a visibilidade do dano e o impacto do seu fator social não deve ser aplicado no conceito autônomo desta modalidade de dano, pois, além de parecer equivocado, somente gera mais confusão a respeito da temática, o que resulta no enfraquecimento da defesa de sua autonomia e, consequentemente, ocasiona prolatações de decisões utilizando critérios equivocados.

Este fato pode ser bem representado ao se verificar o resultado do julgamento ocorrido no dia 29 de janeiro de 2015 feito pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que tiveram a participação o desembargador Natan Zelinschi De Arruda, relator, Fábio Quadros, presidente sem voto, Enio Zuliani e Maia Da Cunha, no qual a autora do processo teve seu globo ocular direito perfurado no transcurso de um procedimento cirúrgico de *lifting* para correção de sua pálpebra.[68]

[68] Indenização por danos materiais, morais e estéticos, envolvendo realização de cirurgia plástica "lifting". - Agravo retido do polo ativo, alegando deserção do apelo interposto pelo polo passivo. Ausência de qualquer irregularidade quanto ao recolhimento do preparo, pois este está vinculado à quantia estabelecida na condenação, e não ao valor da causa. Artigo 4º, inciso II, § 2º, da Lei Estadual n.º 11.608/03. Agravo retido desprovido. - Apelações. Médico réu perfurou o globo ocular da autora/paciente. Cirurgia plástica abrange resultado, porquanto se trata de embelezamento. Inobservância dos cuidados necessários caracterizada. Erro médico presente. Indenização por

Explana a decisão que “como bem observado pelo MM. Juiz sentenciante a distinção é manifesta”, a sentença expressou que o dano estético “está voltado para fora, vulnera o corpo, desfigura a silhueta, a beleza e a plástica, corresponde ao patrimônio da aparência”, e o dano moral é intrínseco, “está voltado para dentro, afeta os sentimentos, marca a alma, penetra nos domínios da emoção, incorpora-se ao psiquismo e integra a essência da pessoa, constitui o acesso da consciência”.

Esta decisão está longe de ser bem observada e de servir como exemplo.

Novamente o jurista se depara com uma decisão que carrega os estigmas de que o dano estético deve ser externo e compromete a beleza, ou como utilizado, afeta o “patrimônio da beleza” e não tutelar o direito à integridade física e à saúde do indivíduo.

Porém, esse mesmo autor, na continuidade de seu artigo pontua, de maneira correta, que o dano estético é uma modalidade de dano objetivo, sendo possível ser aferível concretamente por uma análise pericial, isto pois é notável a diferenciação da integridade física antes e o depois do evento lesivo, seja o dano de causado forma estática ou dinâmica do corpo, nas palavras do próprio autor:

> Assim, configuram-se danos estéticos: as cicatrizes, as amputações de membros, as deformações físicas, as paralisias faciais, as paralisias motoras, a perda do pavilhão auricular, o efeito de coxear, dentre outras lesões que interfiram na forma como o indivíduo apresenta-se perante o grupo social. Estas sequelas são, normalmente, subdivididas em dois tipos: implicações estáticas e implicações dinâmicas. No primeiro grupo, encontram-se as cicatrizes, queimaduras, pigmentações anormais, assimetrias, entre outros danos. Já no segundo grupo, verificam-se as lesões na marcha, alterações de mímica, modificações de gestos ou mudanças vocais.[69]

---

dano moral envolve aspecto intrínseco, visto que afeta os sentimentos, marca a alma, penetra nos domínios da emoção, incorpora-se ao psiquismo e integra a essência do ser, constitui o acesso da consciência. Já a lesão estética está voltada para fora, vulnera o corpo, desfigura a silhueta, a beleza e a plástica, corresponde ao patrimônio da aparência. Referidos danos não se confundem. Majoração das verbas reparatórias sobre danos morais e estéticos apta a sobressair, em observância às peculiaridades da demanda, levando em conta a capacidade financeira das partes. Danos materiais configurados. Prova técnica apontou a necessidade de tratamento contínuo, inclusive com transplante de córnea. Pedido certo e determinado. Devido processo legal levado em consideração. Lucros cessantes não evidenciados. Apelo da autora provido em parte. Recurso do réu desprovido.(TJ-SP - APL: 01671424020118260100 SP 0167142-40.2011.8.26.0100, Relator: Natan Zelinschi de Arruda, Data de Julgamento: 29/01/2015, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 04/02/2015)

[69] PEREIRA, Fabio Queiroz, *Danos estéticos: uma análise à luz da função social da responsabilidade civil e da dignidade humana*, RDPriv. 50/205, abril 2012

Tal trecho é bastante interessante, em virtude da subdivisão e classificação entre danos estáticos e dinâmicos, mas, ainda sim, é insuficiente, permanecendo a ideia de que o dano estético é um dano aparente, o que resulta no entendimento de que não há uma proteção completa à integridade física, mas somente protege o autor de eventuais constrangimentos com sua aparência, o que não deve ser admitido.

Se o dano estético é a proteção à integridade física e higidez corpórea do indivíduo não se pode limitá-la ou limitar-se a proteção à exclusivamente aparência externa ferindo, portanto, sua dignidade.

Deve se proteger tanto o corpo em sua exterioridade, e aqui o externo pode ser visível, aparente, ou não, como nos casos de lesões que possam ficar a maior parte do tempo cobertas por roupas, usualmente fora dos olhares de terceiros, quanto as estruturas corporais internas, venham elas a externar uma deformidade ou não, ou seja, deve-se proteger a estrutura corporal do homem como um todo.

Neste período em que há um cenário não pacificado e de confusões de conceitos dentro da própria corrente que defende a autonomia dos danos estéticos, são proferidas decisões cujas fundamentações são completamente desarrazoadas, baseando a procedência do julgamento de tais pedidos de indenizações, por exemplo, justificando o dano e sua autonomia em decorrência de sua visibilidade[70]

[70] DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores que integram a Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento aos agravos retidos; conhecer parcialmente e, na parte conhecida, negar provimento ao recurso da Cohapar, e dar parcial provimento aos recursos da Guia Veículos e do autor, nos termos do voto. Acordado (R$17.400,00) se referia "especificamente ao valor do veículo avaliado, ficando ressalvados eventuais direitos a danos morais e lucros cessantes, bem como eventual reparação correspondente a despesas médicas e hospitalares" (fl. 77-Projudi). EMENTA: AGRAVOS RETIDOS - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO - MAGISTRADO DESTINATÁRIO DAS PROVAS, QUE ANALISA QUAIS SÃO SUFICIENTES PARA O DESLINDE DA CONTROVÉRSIA - DESPROVIMENTO.APELAÇÕES CÍVEIS - ACIDENTE DE TRÂNSITO - AUSENTE NULIDADE DA SENTENÇA, VISTO QUE ESTÁ DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA, DE ACORDO COM O CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS - Apelação Cível n. 1.517.287-9 LEGITIMIDADE PASSIVA DA LOCADORA DE VEÍCULOS - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 492 DO STF - LEGITIMIDADE PASSIVA DA COHAPAR - MOTORISTA DO AUTOMÓVEL RESPONSÁVEL PELO SINISTRO QUE ERA EMPREGADO DE EMPRESA TERCEIRIZADA DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DO SERVIÇO PELOS DANOS CAUSADOS - DANOS EMERGENTES QUE NÃO FORAM ABRANGIDOS PELO ACORDO CELEBRADO ENTRE O AUTOR E A SEGURADORA - POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO A ESSE TÍTULO - **DANOS ESTÉTICOS NÃO CONFIGURADOS, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS FÍSICOS VISÍVEIS** - DANO MORAL - ABALO PSÍQUICO E EMOCIONAL DECORRENTE DO GRAVE ACIDENTE - DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DANO - QUANTUM FIXADO PELA SENTENÇA Apelação Cível n. 1.517.287-9 DE ACORDO COM OS PARÂMETROS ADOTADOS PELA JURISPRUDÊNCIA - LUCROS CESSANTES - COMPROVAÇÃO DO AFASTAMENTO DO AUTOR

ou não, ou seja, na exteriorização do dano, no abalo que tal dano causará perante a sociedade e não em relação à integridade física, como pode ser visto no trecho retirado de decisão prolatada pela 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho:

> A reparação por danos estéticos busca compensar os reflexos visíveis na imagem, no corpo e na integridade física do ofendido enquanto os danos morais servem para compensar o abalo psicológico decorrente do dano. [71]

2.1 Fundamentação legal para os danos estéticos como danos autônomos

Como visto, para aqueles que defendem a tese de que dano estético é um dano moral, a fundamentação jurídica apresentada encontra-se amparada na violação aos direitos da personalidade, como um resultado de uma lesão psicológica ocasionada à vítima, nasce a obrigatoriedade de se indenizar pelo fato de que o evento danoso ocasionou uma violação à imagem externa do indivíduo.

Já para esta corrente, o dano estético é uma violação ao direito à saúde do ser humano, que deve ser encarado, obrigatoriamente, como sendo um dano evento, isto é, que pode ou não trazer, como decorrência de sua existência, um dano moral, que seria considerado, portanto, um dano consequência a lesão à integridade física do indivíduo.

Assim, por ser o dano estético uma lesão à saúde do ser humano, este possui previsão constitucional e verifica-se que a carta magna confere proteção ao direito fundamental à saúde, especificamente, em seus artigos 6º[72] e 196[73].

Desse modo, todas as vezes que esta modalidade de lesão se apresenta em um caso concreto, há a violação à Constituição Federal.

Conclui-se, desta forma, que os danos estéticos são uma violação ao direito à saúde do indivíduo, sendo indiferente a necessidade de sua externalização, como será analisado no tópico abaixo, quando se tratar dos requisitos intrínsecos ensejadores desta espécie de dano.

---

[71] Recurso de Revista número 47300-86.2008.5.01.0013, julgamento dia 09 de outubro de 2018, decisão publicada em 11 de outubro de 2018 de relatoria da Ministra Maria Helena Mallmann.

[72] Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição

[73] Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Este, ao que parece, é um entendimento mais adequado ao se analisar o dano estético, pois, como já expresso, se há o interesse jurídico em tutelar a integridade física do seu humano não se pode, nem se deve, limitar a tutela somente às violações que externam o indivíduo, mas devem ser abarcados todos os danos sofridos, inclusive os internos, não interessando o nível de internalização.

Essa corrente está alinhada com o entendimento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, que, editando a Súmula 387, considera possível a cumulação destas modalidades de dano, expressando que "é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral." [74]

Analisando o Código Civil é possível verificar que seu artigo 949 expressa que, no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Assim, além da expressa autorização legal prevista no artigo para que haja a indenização por danos materiais, há, também, para que se possa pleitear indenização pelos danos estéticos de forma autônoma.

Importante notar que a parte final do artigo é aberta, afastando, portanto, a eventual afirmação por aqueles contrários à reparação autônoma dos danos estéticos de que o artigo apenas teria o condão de positivar a autorização pela reparação de danos morais advindos de lesão à saúde, já que este é categórico ao expressar "algum outro prejuízo que se prove" e, não, algum outro prejuízo de ordem moral.

Se a vontade do legislador fosse restringir e limitar as modalidades de indenização à violação ao direito à saúde, este teria expressamente redigido o artigo do Código Civil de forma diferente, pontuando especificamente que as lesões ao direito à saúde seriam indenizáveis somente através de danos materiais e morais. Porém, ainda se assim o tivesse feito, diante de tudo o que foi exposto sobre a necessidade da reparação integral dos danos causados ao homem para que lhe seja respeitada a sua dignidade, este fato não seria uma excludente da possibilidade da reparação autônoma pelos danos estéticos.

[74]SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Súmula 387*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula387.pdf>. Acesso em: 10/07/2018.

Retomando a lição aqui exposta de Pietro Perlingieri, a eventual limitação dos danos à violação de um direito previamente especificado em lei encontra-se absolutamente incompatível com a realidade jurídica contemporânea, uma vez que a complexidade das relações humanas é capaz de exibir as falhas de se pensar nas codificações como modelos completos de se aplicar o Direito às situações cotidianas. Sob a ótica de conservação dos valores e pensamentos arcaicos, é necessário se atentar que o direito positivo pode exercer função inversa à desejada, isto é, tentar conservar, moldar, a sociedade as normas pré-existentes, ao invés de acompanhar a evolução desta.[75]

Como uma lesão à saúde, o dano estético também encontra amparo para sua reparação nos casos que derivem de relações de consumo. O Código de Defesa do Consumidor possui diversos dispositivos que garantem ao consumidor a sua proteção à saúde como o inciso I do artigo 6°, os artigos 8, 9 e 10 localizados na Seção I do Capítulo IV intitulado “Da Proteção à Saúde e Segurança”, o inciso II do parágrafo sexto do artigo 18, que expressa que são impróprios ao uso e consumo os produtos nocivos à vida e à saúde, o artigo 31, que expressa as ofertas devem informar os riscos que o produto trouxer a saúde, o parágrafo segundo do artigo 37 que considera abusiva a publicidade que leve o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde.[76]

---

[75] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil* / Pietro Perlingieri; tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev. e amp. - Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Pag. 2.

[76] Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;
Art. 8° Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.
§ 1º Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto.
§ 2º O fornecedor deverá higienizar os equipamentos e utensílios utilizados no fornecimento de produtos ou serviços, ou colocados à disposição do consumidor, e informar, de maneira ostensiva e adequada, quando for o caso, sobre o risco de contaminação.
Art. 9° O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.
Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.
§ 1° O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.
§ 2° Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço.

2.2. Requisitos e explicação para a possibilidade da cumulação destes danos

Iniciando o tema dos requisitos, logo em um primeiro momento, faz-se necessário expressar que, para esta corrente, o dano estético também deve ser permanente. Entretanto, ao se analisar o conceito de permanência que será expresso, não há problemas nesta concepção.

Se o dano estético é uma lesão à integridade física e deve ser reparado de maneira objetiva, isto é, mediante a verificação efetiva da alteração do corpo do ser humano pré e pós-evento danoso, parece claro que se não há a diferença na estrutura, na integridade física final, pois esta foi integralmente corrigida, logo não há a diferenciação pré e pós-evento e, consequentemente, não há o dever de indenizar.

A questão basilar, que se mostra extremante interessante e necessária, relaciona-se à noção do que deve ser considerado como sendo um dano permanente, possibilitando, desta forma, que este se configure um dano estético legítimo de ser tutelado e merecedor de reparação.

A princípio, essa indagação pode soar estranha, mas imagine um acidente de carro que resultou em graves cicatrizes ao longo do corpo do indivíduo, todas elas capazes de serem integralmente reparadas se o agente lesado se submeter a

---

§ 3° Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou seguança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito.

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 6° São impróprios ao uso e consumo:

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 2° É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

uma, ou a uma série de cirurgias plásticas reparadoras. Neste caso, então, a pessoa que sofreu os danos não deveria ser reparada por suas lesões à integridade física pelo fato de seus danos não serem considerados como permanentes?

O artigo 15 do Código Civil expressa que ninguém poderá ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, o que por si só, bastando a leitura do artigo, afastaria o argumento de que os danos estéticos considerados passíveis de serem corrigidos não devem ser indenizados, pois é uma opção tão-somente da pessoa de querer ou não se submeter a um procedimento cirúrgico ou tratamento médico para corrigi-los, não sendo possível obrigá-la a tal ato.

Antes de aprofundar este pensamento, faz-se necessário pontuar que o artigo elencado apresenta uma grande falha.

Ao realizar a sua leitura, pode-se depreender que somente os tratamentos médicos ou intervenções cirúrgicas que imponham risco de vida à pessoa estarão amparados por esta norma, o que não é verdade. Caso assim o fosse, estaríamos diante de uma norma autorizadora de tratamentos compulsórios que não coloque a vida do cidadão em risco, limitando os direitos da personalidade deste.

Nas palavras de Anderson Schreiber:

> A despeito do que sugere o art. 15 do Código Civil, compelir pessoa consciente a se submeter, contra a sua vontade, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica, mesmo que sem risco de vida, é conduta vedada no ordenamento jurídico brasileiro. O tratamento compulsório só é admitido em hipóteses excepcionalíssimas, nas quais se identifica fundada ameaça ao interesse coletivo à saúde ou à segurança.[77]

Desta forma, retomando a ideia central da permanência ou não do dano, uma vez que há a autonomia da vontade sobre o próprio corpo vedando o caráter compulsório do tratamento ou intervenção, apenas parece adequado justificar tal permanência do dano estético pelo entendimento de que o corpo, sem que ocorra nenhuma intervenção externa de terceiros ou mesmo do próprio indivíduo prejudicado, seja através da aplicação de cremes ou realização de tratamentos, possa voltar ao que era antes de forma autônoma, restaurando-se naturalmente.

Assim, se avaliado pela perícia médica, caso fuja do senso comum, como a amputação de algum membro ou órgão, o corpo puder se regenerar do dano

[77] SCHREIBER, Anderson, *Direitos da personalidade*, 3. ed.- São Paulo: Atlas, 2014, p. 54.

sozinho, este deverá ser considerado como transitório e não deverá ser reparado, mas se necessitar de intervenções para se tornar igual ao que era antes do evento danoso, verifica-se, então, um dano estético permanente que obrigatoriamente deverá ser reparado.[78]

Isto pois, caberá somente a pessoa que sofreu o dano a escolha de reparar-se ou não.

Claro que, no caso desta escolher pela reparação, os gastos para este fim devem ser suportados pelo agente causador da lesão através da realização de um pedido específico para este feito, indenizando-a em danos materiais, observando, evidentemente, o prazo prescricional para a realização de tal pedido.

Portanto, para que o pleito à indenização pelos danos estéticos não possa resultar em quaisquer outras violações aos direitos individuais do ser humano, sejam decorrentes, simplesmente, de não ter o prejuízo reparado ou da imposição de que este se submeta a um procedimento médico restaurador, devemos compreender o aspecto da permanência do dano unicamente como aquele que é incapaz de se regenerar automaticamente.

Como exemplo podemos citar alguém que compulsoriamente teve seu cabelo raspado, seja pelo marido abusador, seja por um trote universitário. Evidentemente, este fato modificou a integridade física da vítima bem como lhe trouxe grande abalo psicológico, afeamento, exposição vexatória perante a sociedade e família, mas pelo fato do dano ocorrido ser transitório, isto é, o cabelo voltar a crescer, não há que se falar na configuração de uma lesão passível de ser indenizada pelos danos estéticos. Contudo, devido ao fato de ser autônomo, nada impede a configuração do direito de ser indenizada por danos morais e materiais.

---

[78] [78]TJRJ - ApCiv 0147814-96.2009.8.19.0001 - 6.ª Câmara Cível - j. 29/2/2012 - julgado por Teresa de Andrade Castro Neves - DJe 12/3/2012
APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. DANO ESTÉTICO CARACTERIZADO. IRREVERSIBILIDADE. PRESCINDIBILIDADE. INDENIZAÇÃO DEVIDA. O simples fato de o dano estético poder ser afastado através de cirurgia plástica não o desnatura, já que a marca ou deformidade contida no corpo acarreta repugnância à figura da vítima no meio social, o que enseja a reparação pelo dano estético sofrido. Precedentes do TJ/RJ. Valor da indenização que deve ser fixado considerado o valor da indenização do dano moral, em razão da tênue fronteira entre esses danos, devendo ser respeitada a razoabilidade e proporcionalidade. Dano moral fixado em 1º grau no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), mantido por não ter sido atacado por recurso. Dano estético de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) que se mostra adequado. Condenação do réu ao pagamento de custas e honorários advocatícios no equivalente a 10% da condenação. Reforma da sentença. Provimento do recurso.

Tem-se, portanto, sob este enfoque, que a permanência da lesão deve ser considerada como requisito necessário a qualquer modificação na integridade física. O dano necessita da possibilidade de ser aferido pela perícia médica possuindo tal característica, tornando-o objetivo, o que confere ao lesado maior facilidade para a sua reparação.

Reitera-se que não se pode confundir a possível dor e humilhação consequentes da lesão à integridade física como sendo dano estético, estas se constituiriam nas suas consequências, seriam os danos morais advindos de uma lesão puramente estética.

Analisando sob esta ótica, torna-se mais fácil a missão de separar os danos estéticos dos danos morais, pois os bens tutelados são diferentes. A confusão ocorre quando se confunde o dano estético, passível de reparação autônoma, que é o dano à integridade física, a mudança corporal em si, com um possível e previsível dano moral que esta mudança causará ao indivíduo.

Mais uma vez, citando o livro "Dano Moral e Dano Estético", do jurista Enéas de Oliveira Mato, retiramos o seguinte ensinamento:

> [...] retira-se a autonomia do dano estético do dano moral, considerando o bem juridicamente tutelado, vez que o dano estético corresponde a uma ofensa à integridade física, enquanto o dano moral corresponde a uma ofensa à integridade moral, também, porque enquanto o dano estético é passível de apreciação objetiva, o dano moral padece de análise de caráter subjetivos.[79]

Outro requisito trazido por decisões judiciais[80] e pela doutrina, como já exposto anteriormente, seria a necessidade do afeamento da vítima para que haja a configuração e o dever de reparar pelos danos estéticos.

Novamente, defende-se a desnecessidade da piora estética, no sentido de deterioração de sua beleza, para que esteja configurado o dano estético, pois este

---

[79] MATOS, Enéas de Oliveira. Dano moral e dano estético. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pag. 169.

[80] Falha na prestação de serviço público de saúde. Omissão. Dano moral. Comprovado. Dano Estético. Não comprovado. 1. Comprovado o nexo causal entre o surgimento de escaras em paciente paraplégico internado e a omissão de agentes do Estado, impõe-se o dever de indenizar por dano moral. 2. A dor, angústia e sofrimento experimentados pelo surgimento de escaras por pressão caracteriza dano moral a ser indenizável. 3. Para a fixação do valor de indenização por dano moral impõe-se considerar, para além da razoabilidade e proporcionalidade, a dimensão do abalo experimentado pela vítima. 4. Em se tratando de dano estético, mister que se comprove que houve transformação na aparência física da vítima, ou como preferem alguns, um “afeamento”, agredindo-a, portanto, em sua autoestima. 6. Apelo parcialmente provido. (TJ-RO - AC: 00042386720148220007 RO 0004238-67.2014.822.0007, Data de Julgamento: 30/09/2019)

pensamento somente aprecia as consequências psicológicas trazidas pelo dano estético e não este em si mesmo com alteração da integridade física.

Para que se configure o dever de indenizar não interessa, para esta modalidade de dano, se este causou prejuízo à imagem social do indivíduo ou prejuízo à imagem que este tem de si mesmo, pois, nestes casos, a medida reparatória que se faz adequada para tal lesão é a indenização por danos morais, e mais, creditar a necessidade do afeamento faz-se incorrer, por decorrência lógica, no pensamento de que este dano deve obrigatoriamente ser externo.

Por consequência deste raciocínio, deve-se afastar a ideia de que esta modalidade de dano não deva ser indenizável quando o acidente que transformou a integridade física da pessoa a deixou de alguma forma esteticamente melhor ou mais bela, isto pois, a indenização pelo dano estético visa tutelar, unicamente, a integridade física da pessoa em si mesma, não importando se seu corpo era visto como belo ou, até mesmo, funcional por terceiros antes do evento danoso.

Se os dentes do indivíduo são podres, os dentes podres devem ser tutelados, não se podendo, em nenhuma hipótese, valorar o dever de indenizar por conceitos pessoais do que seria considerado belo ou funcional. Assim, caso vier a ocorrer um evento danoso que ocasione a perda de tais dentes, o indivíduo lesado deve ser reparado.

Para verificar a lógica deste pensamento, imagine uma pessoa que possua má-formação em um de seus membros e a esta foi causado um dano a sua integridade física justamente no membro malformado. Se um dos requisitos para que surja o dever de reparar advindo dos danos estéticos for o afeamento ou a perda da funcionabilidade, este não seria reparado, resultando na segregação do indivíduo pelo Poder Judiciário quanto à aplicação da proteção de seu direito constitucional à dignidade.

Caso interessante, que ilustra o acima expresso, ocorreu envolvendo o apresentador Rodrigo Faro e a Rádio e Televisão Record S.A,[81] no qual, em seu

[81] PELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS - PARTICIPAÇÃO EM PROGRAMA TELEVISIVO - EXTRAÇÃO DE DENTIÇÃO SEM NECESSIDADE - LAUDO PERICIAL QUE COMPROVA OCORRÊNCIA DOS DANOS - VALORES ARBITRADOS DE FORMA PROPORCIONAL E RAZOÁVEL - INCIDÊNCIA DOS JUROS - EVENTO DANOSO - RECURSO DESPROVIDO. Presentes os elementos caracterizadores do ato ilícito previstos no artigo 186 do Código Civil, caracteriza-se o ato ilícito passível de reparação. Caracteriza dano estético a alteração significativa da aparência física resultante de perda desnecessária de dentição, a qual, para recuperação terá que ser submetido a tratamento. O dano material está efetivamente

programa veiculado nesta rede de televisão, havia um quadro chamado “arruma meu marido”.

Neste quadro, em uma oportunidade, participou uma pessoa que apresentava a dentição em estado completamente maltratado e, para corrigi-la, foi submetida a um tratamento odontológico extenuante, não recomendado pela perícia contratada para analisar o caso, tendo lhe sido extraídos doze dentes em um período de dois dias. Como foi apontado pela prova pericial produzida naquele processo, o tratamento poderia ocorrer de forma plena extraindo-se menos dentes.

Evidentemente, restou claro que o tratamento realizado não era o adequado para reparar o quadro clínico da pessoa envolvida no programa. Tal fato lhe ocasionou diversas lesões tanto na integridade física, passível de reparação pelos danos estéticos, como na extração desnecessária de dentes, grande perda óssea, etc., quanto morais, já que este passou por situação vexatória, foi exposto a dores terríveis e, como consequência direta, teve que passar por novos procedimentos odontológicos para corrigir os problemas advindos da má-prestação de serviço.

Ao julgar o caso, a Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, nas pessoas da desembargadora Cleuci Terezinha Chagas Pereira da Silva, na condição de relatora, do desembargador Carlos Alberto Alves da Rocha e do desembargador Dirceu dos Santos, condenou o apresentador e a rede de televisão para que estes indenizassem o lesado em danos estéticos, morais e materiais, apesar do fato de que os dentes que foram extraídos estavam em estado deplorável.

Este caso ilustra que, ainda que o dano venha a ocorrer em alguma parte do corpo que não esteja em perfeitas condições, que não seja belo, isso não ilide o dever de indenizar quando se há uma transformação da integridade física do lesado.

No caso apresentado, para a correção de seus problemas era necessária a extração dos dentes, mas não na quantidade realizada e, por não estar em

---

demonstrado pelos documentos carreados aos autos. Os valores arbitrados a título de danos morais, estéticos e materiais foram fixados de acordo com os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade. (Ap 39375/2018, DESA. CLEUCI TEREZINHA CHAGAS PEREIRA DA SILVA, TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, Julgado em 19/09/2018, Publicado no DJE 26/09/2018)(TJ-MT - APL: 00395689720128110041393752018 MT, Relator: DESA. CLEUCI TEREZINHA CHAGAS PEREIRA DA SILVA, Data de Julgamento: 19/09/2018, TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, Data de Publicação: 26/09/2018)

conformidade com os padrões esperados pela boa prática da odontologia, resultou em novos danos.

Ainda que um terceiro possa expressar que a extração dos demais dentes comprometidos possa ser considerada como um resultado favorável ao indivíduo, retirá-los violou a integridade física do indivíduo.

Por fim, como já foi expresso, não há a necessidade de o dano ser externo nem tão pouco aparente para sua configuração.

Note que há uma diferença fundamental entre a externalidade do dano e este ser aparente, pois o dano pode ser externo, manifestar-se na exterioridade do corpo, mas ficar coberto por roupas no desenvolver das práticas dos atos da vida cotidiana do lesado.

O dano estético se configura com qualquer alteração da integridade física, seja interna ou externa, aparente ou não, impossível seria pensar que a alteração à integridade física permanente causada pela transmissão de uma doença ou infecção incurável, como no caso do HIV, seja por um ato culposo ou doloso, que afete o desenvolvimento e funcionamento normal do corpo humano não possa ser passível de indenização por esta modalidade de dano por não ser visível para terceiros.

Isto pois, como ensina com maestria Adriano de Cupis, a integridade física segue na hierarquia dos bens mais elevados, tal como o bem da vida, e enquanto este último consiste somente na existência, a integridade física, pressupondo a existência, acrescenta-lhe alguma coisa, que é a incolumidade física.[82]

Este bem, apesar de ser único, pode satisfazê-lo em diferentes medidas, assumindo uma grande variedade de figuras, sendo uma delas a imunidade a doenças.[83]

Portanto, o posicionamento que se é defendido aqui é de que somente é necessária a aferição de dois requisitos para que haja o reconhecimento do dano estético e, consequentemente, o dever de repará-lo.

O primeiro é que o dano seja proveniente de qualquer modificação na integridade física da pessoa humana, independente de sua extensão, do local

[82] DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade.* Trad. de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004. p. 76
[83] DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade.* Trad. de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004. p. 76

afetado, da exterioridade ou do afeamento; e, segundo, que o dano seja permanente, na concepção da impossibilidade de sua regeneração de forma autônoma, isto é, sem que haja interferência do lesado ou de terceiros para que este volte ao seu estado pré-evento danoso, como, por exemplo, o crescimento dos cabelos.

Assim, pelo fato do dano moral e do dano estético serem lesões advindas de proteções jurídicas distintas ao ser humano, impossível seria se pensar na vinculação destas modalidades de dano, restando a conclusão lógica pela sua autonomia. Nesse sentido, tanto sua condenação, quanto o arbitramento do montante indenizatório, devem ser realizados de forma individualizada, pois, para cada espécie de dano, são analisados aspectos totalmente diferentes.

CAPÍTULO III - O QUANTUM INDENIZATÓRIO EM RELAÇÃO AOS DANOS ESTÉTICOS.

Em relação ao quantum indenizatório, não parece correto definir um patamar máximo ou tabelar o montante que deve ser arbitrado em juízo para a reparação desta modalidade de dano, mas, sem dúvidas, devem ser definidas linhas mestras que deverão ser observadas para chegar ao montante justo capaz de ressarcir o prejuízo sofrido, retirando o subjetivismo e as disparidades encontrados tanto na doutrina quanto nas decisões emanadas dos tribunais brasileiros.

Como preceitua o próprio Código Civil em seu artigo 944[84], e este conceito é um basilar do próprio instituto da responsabilidade civil, há que se buscar realizar a reparação dos danos estéticos de maneira plena, com a finalidade de se reparar o dano em toda sua extensão.

Utilizando esta lógica, tem-se como resultado direto o fato de que não será possível se coadunar com a defesa de argumentos restritivos, os quais pregam a possibilidade de impor limites à reparação, não importando sua justificativa, já que somente interessa ao direito à reparação integral do dano.

Analisando os danos estéticos, com o enfoque nesta perspectiva, torna-se impossível ao pensador do Direito se posicionar favorável à ideia de que a reparação advinda desta modalidade de dano, caso seja fixada em uma soma considerada elevada, possa ser configurado como enriquecimento ilícito do ofendido.

Assim, para adequarmos o *quantum* indenizatório, há que se verificar o grau da lesão, isto é, qual a extensão dos danos ocasionados, realizando uma análise comparativa da variação das características morfológicas da pessoa, obtidas como resultado do evento danoso, se há ou não uma redução da eficiência de seus sentidos, se há a redução da possibilidade da própria pessoa na utilização de seu corpo e de sua capacidade social, e aqui, não se trata da capacidade de se relacionar com outras pessoas por um trauma psicológico, medos e receios, não se trata dos danos à imagem social, mas sim se a pessoa ainda possui as mesmas capacidades de realizar atos sociais comuns a sua vida antes do dano. Assim, se o indivíduo tinha uma rotina de jogar boliche toda semana com seus amigos, após

[84] Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano

o evento danoso deve se verificar se ele ainda consegue praticar o ato de jogar boliche com seus amigos, bem como se há a redução da sua capacidade laborativa ou mesmo se há uma redução das oportunidades de buscar por um trabalho.

Após esta verificação, deverá ser analisado o grau de culpa entre as partes envolvidas no litígio para a ocorrência do evento que gerou o dano estético, para que se possa verificar se há a necessidade de mitigação ou não do arbitramento das verbas reparatórias e a efetiva condenação do agente lesante.

Assentada esta questão, a doutrina traz como um dos fatores determinantes para se calcular o valor a ser arbitrado pelos danos estéticos a análise do grau socioeconômico das partes.[85]

Apesar de respeitar este posicionamento e aqueles que o defendem, esta afirmação não me parece ser a mais sensata. E isso porque, fatalmente, tal conduta iria levar ao resultado de que um membro ou um órgão, como um braço ou um rim, de uma pessoa mais rica valeria mais que o braço de um indivíduo pobre.

Quando se busca pela tutela à integridade física do ser humano, não se pode fazer do patrimônio material de cada um motivo para valorar seus atributos físicos, não há nenhum sentido nesta lógica, já que o bem lesado é comum a todos os indivíduos: a integridade física e a dignidade da pessoa humana.

Realizar esta distinção é autorizar que Poder Judiciário possa ser socialmente excludente.

Ponderar o fator socioeconômico do lesado é regressar a tradição política e filosófica do período clássico, na qual a dignidade da pessoa humana estava intimamente ligada ao *status* social do indivíduo e ao seu reconhecimento pelos demais membros de sua comunidade, de modo que poder-se-ia falar na existência de pessoas mais ou menos dignas de acordo com a sua posição social[86],e não na noção de dignidade fundada na autonomia da vontade e na ideia de que o homem é um fim em si mesmo, que jamais poderia ser tratado como sendo um mero objeto, apresentada por Immanuel Kant.[87]

---

[85] MATOS, Enéas de Oliveira*. Dano moral e dano estético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pag. 191

[86] SARLET, Ingo Wolfgang, *Comentários à Contituição do Brasil*,/ J. J. Gomes Canotilho... [et al.]; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 123

[87] KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costume.* Lisboa. Edições 70. p. 69

Há que se analisar, apenas, a condição socioeconômica do ofensor,[88] para que, verificando este ser abastado, fixar a indenização advinda do dano estético de forma exemplar, de modo que este, e outros em condição social semelhante, não se sintam confortáveis para cometer este tipo de violação.

Caso contrário, ao se fixar uma indenização com um valor irrisório, cogitando-se que a soma reparatória poderia resultar em um suposto enriquecimento ilícito por parte daquele que foi lesado, correríamos o risco, sem que houvesse a intenção, já que o Direito serve, também, para coibir injustiças, de atribuir valor irrisório às partes do corpo do ser humano daqueles mais desprovidos de bens materiais, e, consequentemente chancelar que os mais ricos cometam atos dolosos, por puro sadismo, que resultem em mutilação ou em transmissões de doenças, sabendo que a contrapartida seria o pagamento de valores irrisórios a título de indenização para os mais pobres, ou mesmo que estes assumam o risco de atuar de maneira negligente, imperita ou imprudente e causar tais danos pelo fato de não haver qualquer impeditivo relevante capaz de fazer que se adote práticas preventivas.

Diante desta ótica, entende-se fazer extremamente necessária a defesa do raciocínio de que somente se deve realizar a análise e a ponderação da condição econômica do ofensor, jamais a do ofendido. [89]

---

[88]Em sentido contrário ao aqui exposto temos a decisão INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAL E ESTETÍCO. ARBITRAMENTO DE VALOR. FATORES A SEREM CONSIDERADOS. Ao fixar a indenização dos danos moral e estético, o julgador deve ser cauteloso, e o valor fixado deve ser o suficiente para dar alívio ao indenizado pela dor decorrente do dano moral sofrido, seja pela repercussão que o dano estético venha a lhe causar, bem como forte o bastante para inibir o causador do dano à prática de atos semelhantes, evitando-se, porém, que o ressarcimento transforme-se em fonte de enriquecimento injustificado. Por isso, deve-se levar em conta as condições econômicas, sociais e culturais de quem cometeu o dano e principalmente de quem o sofreu; a intensidade do sofrimento; a gravidade da repercussão da ofensa; a intensidade do dolo ou grau de culpa do responsável.(TRT-3 - RO: 03312201203203005 0003312-59.2012.5.03.0032, Relator: Convocado Ricardo Marcelo Silva, Nona Turma, Data de Publicação: 22/07/2015)

[89]Decisão em sentido favorável ao exposto RECURSO ORDINÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO. ATIVIDADE DE RISCO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. Tratando-se de acidente de trabalho decorrente de atividade de risco, em que não existe possibilidade de eliminação do fator agressivo à saúde do trabalhador, mas probabilidade ou possibilidade real de sua ocorrência, aplica-se a regra prevista pelo parágrafo único, do art. 927, do Código Civil, concluindo-se pela responsabilização objetiva do empregador. DANO MORAL E ESTÉTICO. VALOR INDENIZATÓRIO. O valor da indenização por dano moral e estético, arbitrado pelo juízo de piso, revela-se consentâneo com a hipótese dos presentes autos, tendo em vista o caráter pedagógico da medida, a extensão do dano causado (abalo psicológico, social e dano estético permanente), bem como o porte financeiro da empresa demandada. Sentença mantida.
(TRT-7 - RO: 00005471920125070028, Relator: DURVAL CÉSAR DE VASCONCELOS MAIA, Data de Julgamento: 04/07/2016, TURMA 2, Data de Publicação: 08/07/2016)

Em conjunto com todo o exposto, deve-se verificar também se o ofensor é reincidente na prática de tais atos lesivos à integridade física do ser humano, isto se deve ao fato de que jamais pode se admitir que haja, subliminarmente no inconsciente dos indivíduos, a noção de impunidade quando perpetrados tais atos.

Ao condenar o reincidente com uma indenização irrisória, evidentemente que levado este pensamento ao seu extremo, obter-se-ia como resultado uma ideia de permissividade, uma autorização tácita de que é possível cometer tais atos de forma reiterada sem maiores prejuízos, o que deixaria o ofensor em uma situação cômoda, não o dissuadindo de continuar a praticar tais atos lesivos.

Para ilustrar tal pensamento, tome-se como exemplo o caso de uma pessoa que arruma brigas constantemente, seguranças de uma mesma casa noturna que possuem a postura de agredir seus clientes para resolver conflitos, transportadoras que não realizam a manutenção adequada em seus caminhões e causam constantemente acidentes em rodovias, empresas de transporte de pessoas que colocam a disposição da população veículos sem que tenham sido realizados os devidos reparos em suas peças causando danos aos seus passageiros e todas as demais empresas que colocam produtos e serviços à disponibilidade do cidadão sem que haja a verificação adequada da seguridade dos mesmos.

Importante frisar que a análise da reincidência não tem o condão de majorar o arbitramento dos valores reparadores como forma de punir àqueles que causaram o dano estético, os chamados *punitive damages*, mas de adequar o *quantum* indenizatório para um montante correspondente à capacidade econômica deste, e, assim, forçá-lo a tomar medidas preventivas que obstem novos acontecimentos dessa natureza, prezando, verdadeiramente, pela efetiva proteção à integridade física do ser.

Outro ponto que deve ser debatido é a necessidade de se verificar a existência do fator social do dano para arbitrar a sua quantificação, deveria uma cicatriz na face possuir valor de reparação econômico maior que uma cicatriz em uma área que se encontra usualmente coberta?

Parece adequado analisar o caso a caso, não para fazer a distinção da localização do dano, mas para se verificar a extensão das lesões.

Uma vez que o bem jurídico tutelado é a integridade física do ser humano, o fator da exposição do dano para terceiros, na verdade, somente agrega valor ao dano moral, pois causará um impacto psicológico na vítima, não um impacto capaz

de atribuir valor pela diferenciação da estrutura corporal do indivíduo em si, que é o que importa para a análise dos danos estéticos.[90]

É salutar a decisão prolatada, advinda do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de relatoria do desembargador Pedro Kodama e que teve a participação dos desembargadores João Pazine Neto e Sergio Gomes, em que se nega a indenização a título de danos estéticos pelo fato destes possuírem sua fundamentação, exclusivamente, amparada em argumentos que justificariam a condenação da outra parte em indenização por danos morais.[91]

---

[90] Aqui, são trazidas duas ementas de acórdãos que valoram o dano estético de maneira equivocada, utilizando elementos singulares do dano moral para valorar os danos estéticos "EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - PASSEIROS DE AMBULÂNCIA DO ESTADO - LESÕES GRAVES - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - DEVER DE INDENIZAR - DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. 1- A responsabilidade civil do ente público exige a prova de três pressupostos, que são o fato administrativo - comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, singular ou coletivo atribuído ao Poder Público -, o dano material ou moral e o nexo causal entre o fato administrativo e o dano; 2- A responsabilidade civil do Estado é objetiva em relação passageiros que ocupavam ambulância de sua propriedade; 3- O dano moral indenizável é aquele capaz de atingir profundamente a esfera subjetiva da pessoa, causando-lhe grave dor interna, angústia ou sentimento de impotência, capaz de lhe subtrair a própria dignidade; 4- "É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral" (STJ/387); 5- Assim como ocorre com os danos morais, não é qualquer lesão que justifica a indenização estética; 6- O dano estético deve ser entendido como a sequela que causa repulsa ou constrangimento no convívio social, de modo contundente, diante de prejuízo estético permanente para a vítima; 7- Conforme decidido na Questão de Ordem na ADI nº 4425/DF, de acordo com o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 nas dívidas não tributárias da Fazenda Pública aplica-se a TR como fator de correção monetária e os índices de remuneração da poupança como juros moratórios no período compreendido entre 29/06/2009 a 25/03/2015. A partir de 26/03/2015 os juros moratórios serão calculados como base na integralidade da remuneração da poupança (TR + juros) utilizando-se como fator de correção monetária o IPCA-E.(TJ-MG - AC: 10024081347064001 MG, Relator: Renato Dresch, Data de Julgamento: 24/05/2018, Data de Publicação: 29/05/2018)"

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL C/C DANO ESTÉTICO E PENSÃO VITALÍCIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO DE PEDESTRE. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS COMPROVADOS. INDENIZAÇÃO DEVIDA. REFORMA DA SENTENÇA. RECURSO PROVIDO. Configurada a culpa pelo evento danoso, nasce o dever de indenizar por parte do causador ao lesado, ante a sua imprudência. O valor da indenização por danos morais envolve critérios sabidamente subjetivos em seu arbitramento. Não deve abranger montante que possa caracterizar enriquecimento ilícito, nem tampouco valor insignificante frente ao constragimento suportado. Sua fixação deve considerar os diversos fatores que envolveram o ato lesivo e o dano dele resultante, em especial, a duração, intensidade, gravidade e repercussão da ofensa, as causas que deram origem à lesão e a condição sócio-econômica das partes envolvidas. O dano estético está ligado à reintegração social do indivíduo, posto que as sequelas advindas do acidente de trânsito provocam constrangimento e desgosto à vítima diante da sociedade. É possível a cumulação dos danos morais com os estéticos advindos do mesmo fato, desde que contenham fundamentos distintos.
(TJ-SC - AC: 475057 SC 2007.047505-7, Relator: Stanley da Silva Braga, Data de Julgamento: 15/07/2010, Primeira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Itajaí)"

[91] Autora passageira do ônibus. A responsabilidade do transportador pelos danos causados é de natureza objetiva. Danos materiais e morais configurados. Embora lícita a cumulação das indenizações de dano estético e moral, não cabe indenização quando possuírem fundamentos idênticos. Redução do valor arbitrado a título de indenização por danos morais. Os juros de mora incidem a partir da citação. Recurso parcialmente provido.

Desprende-se dos autos que a vítima da lesão, advinda de um acidente automobilístico, requereu indenização por danos materiais, estéticos e morais, e, estes últimos, fundamentados no fato de que a autora da ação suportou um inquestionável sofrimento, dores e angústias desde o momento de seu acidente, que esta ficou imobilizada e necessitou usar cadeiras de rodas por um longo período, que precisou de auxílio dos familiares para se banhar, entre outros fatos que, indubitavelmente, são capazes de gerar o dever de indenizar por danos morais ao agente lesante.

Já no momento em que a autora abordou o pedido para que houvesse a indenização decorrente dos danos estéticos que havia sofrido, ela expressou que obteve um encurtamento da perna esquerda, perda da ponta do dedo mínimo da mão direita, que apresentava uma grande cicatriz no joelho da perna direita e danos horrorosos na perna direita, ou seja, apresentou lesões inquestionáveis a sua integridade física capazes de gerar o direito de ser indenizada por danos estéticos. Porém, ao fundamentar seu pedido, expressou que a indenização a este título lhe era devida, pois, sua presença no meio social lhe causava constrangimento, vez que se utilizava de muletas para se locomover e pelo fato de que suas cicatrizes eram vistas por terceiros, quando estava em público, fato que lhe causava grande constrangimento em sua própria estima.

Nota-se que, apesar dos danos terem violados sua integridade física, o pedido foi fundamentado, exclusivamente, nos reflexos morais causados à pessoa advindos do dano estético em si, foi somente ponderado, em seu pleito, o fator social decorrente dos danos em seu corpo, isto é, a exposição das lesões para terceiros, para embasar o seu pedido de indenização por danos estéticos, e não pela alteração e degradação do próprio corpo, o que, de forma correta, jamais poderia ter acolhido.

Corroborando com o julgamento expresso acima e por tudo o que foi exposto no capítulo anterior: se o fator social não gera o dever de indenizar por danos estéticos, por qual motivo este poderia, de alguma forma, compor o cálculo para chegar ao valor de arbitramento dos danos estéticos?

(TJ-SP - APL: 00131389420118260019 SP 0013138-94.2011.8.26.0019, Relator: Pedro Kodama, Data de Julgamento: 23/06/2015, 37ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 24/06/2015)

Pondere a situação em há um acidente automobilístico envolvendo duas vítimas, ambas sofreram danos de mesma gravidade à sua integridade física que resultaram em cicatrizes de mesmas dimensões, porém, em uma delas, o dano resultou em uma cicatriz em sua face e para a outra a lesão resultou em uma cicatriz na parte interna de sua coxa.

Analisando somente os danos estéticos e, evidentemente, que as cicatrizes não resultaram em nenhuma perda de mobilidade ou qualquer outra consequência, não se deve quantificar valores diferentes a título de danos estéticos já que as lesões possuem a mesma gravidade, no sentido da alteração corporal, e proporção.

Resta claro que aquela que possuir uma cicatriz na face terá mais dificuldade em cobri-la, expondo-a para terceiros na prática de seus atos cotidianos e, possivelmente experimentar sentimentos desgostosos maiores e com maior frequência do que a que sofreu a cicatriz no interior de sua coxa. Mas a experiência de vivenciar emoções ruins deve ser reparada através de um arbitramento indenizatório maior quando se for verificar a existência dos danos morais, como já expresso.

Situação completamente diversa ocorreria se o mesmo acidente causasse uma cicatriz na face de uma vítima e uma lesão cerebral, ou a qualquer outro órgão interno, para a outra vítima, de mesmo tamanho ou, até mesmo, menor que a cicatriz na face. A diferenciação da gravidade dos danos experimentados fundamentaria e motivaria o aplicador do direito a arbitrar uma reparação maior pelos danos estéticos sofridos no segundo caso.

Sérgio Martins Rston afirma que a tarifação dos danos estéticos deve ser combatida, mas que uma cicatriz no rosto é muito mais grave que uma cicatriz na coxa. Ele ainda vai além, afirmando que uma cicatriz em uma atriz de telenovela ou modelo, em princípio, é muito mais grave que em uma cicatriz em um trabalhador comum.[92]

Como expresso, este posicionamento parece estar longe de ser considerado adequado.

A análise defendida aqui é da autonomia total dos danos estéticos e adotar este tipo de pensamento mistura, de maneira não intencional, esta modalidade de dano com os danos materiais e morais.

---

[92] RSTON, Sérgio Martins, *Dano estético*, RIASP 9/95 , jan/2002

Como dito em parágrafos anteriores, a cicatriz no rosto de uma pessoa é uma lesão à integridade física tal qual é a cicatriz no interior de sua coxa, baseando-se no fato das cicatrizes serem de mesma extensão e intensidade, somente trocando-as de lugar.

Não se pode presumir que a cicatriz no rosto deva ser considerada mais grave pelo fato de estar exposta a um maior número de pessoas do que uma cicatriz na coxa, até porque, se invertermos o pensamento e expressar que a coxa, dependendo da localização da cicatriz, é uma parte considerada como sendo mais íntima no corpo do que o rosto, que pode sugerir e, até mesmo possuir, uma conotação sexual, e que só ficaria exposta em um momento de grande intimidade, será que a vítima do dano estético se sentiria confortável em se expor para o outro, agiria de maneira natural em um momento íntimo tal como se não houvesse sofrido o dano?

Assim, vê-se que este pensamento não retrata o dano estético em si, mas sim o dano moral decorrente do dano estético, que deve ser analisado caso a caso.

A reparabilidade pretendida pelo dano estético é objetiva. É a cicatriz em si mesma utilizada como exemplo, que deve ser analisada em sua extensão e grau de deformidade, ou seja, a indenização que se busca ao se pleitear valores condenatórios fundamentada nos danos estéticos é baseada na transformação física, no dano à integridade física causado em uma comparação do corpo do indivíduo pré-evento danoso e pós-evento danoso.

Portanto, para a questão do quanto a ser arbitrado para a reparação dos danos estéticos, deve-se analisar a extensão do dano em relação à integridade física e não o quanto este dano está exposto para causar angústias e sofrimento ao lesado, pois estes fatos devem ser reparados através de indenização por danos morais.

Ao expressar, no início deste capítulo, que um dos requisitos para se chegar ao *quantum* indenizatório devido para a reparação dos danos estéticos seria verificar se o dano estético ocasionou à vítima uma redução de sua capacidade laborativa ou mesmo uma redução das oportunidades de buscar por um trabalho, deve-se analisar estas circunstâncias, unicamente, sob a perspectiva do dano estético como sendo o dano evento e não como uma consequência do dano.

Importante expor que, com esta análise, o que se busca compreender é a extensão efetiva do dano causado, pois se o dano verificado resultar nestas

situações, isto significará que sua natureza é grave, devendo a parte lesada ser indenizada em um montante mais elevado.

Jamais se pode retirar deste posicionamento a ideia de que o aumento do valor seria justificado pela falta da capacidade laborativa em si, pois isto é considerado uma decorrência do dano estético e deve ser apurado e reparado a título de danos materiais e não nesta modalidade.

Portanto, o posicionamento expresso pelo jurista Sérgio Martins Rston de que se deve, em princípio, indenizar uma modelo ou uma atriz em um valor maior do que um trabalhador comum não se mostra adequado ante as ideias aqui demonstradas.

Frisa-se, ao se partir da ideia de que se deve indenizar por dano estético com um valor maior à modelo, pelo fato desta depender de seu rosto e de sua imagem para sobreviver, e, caso ocorra algum prejuízo em sua imagem esta perderia o emprego e o dinheiro advindo deste, estaria se atribuindo um dever de indenizar por dano estético para uma lesão que já é devidamente amparada, é pacificado que esta deve ser reparada através da apuração dos lucros cessantes que compõem a indenização por dano material, conforme expressa o artigo 402 do Código Civil[93].

Mais um ponto que deve ser questionado para se estabelecer o montante da indenização seria se a idade da vítima deveria influenciar no cálculo do arbitramento para chegar ao valor da reparação.

A resposta para esta indagação é que se deve analisar as especificidades individuais de cada caso à medida que estes forem apresentados.

Imagine que uma jovem criança sofre um acidente em brinquedo “gira-gira”, instalado de maneira incorreta em um parque de diversões, e que este acidente resulte em uma fratura exposta em sua perna esquerda. Se ao invés da vítima dos danos ser uma criança, esta fosse um adolescente, um adulto ou um idoso, o valor da indenização por danos estéticos deveria ser arbitrado de maneira diversa para cada fase da vida?

A resposta será positiva, mas a fundamentação para justificar a diferença da verba reparatória não repousa na idade do indivíduo em si, e sim na verificação da

[93] Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

possibilidade de que o dano causado possa ter diferentes extensões e reflexos para cada idade em que este ocorrer.

No caso trazido como exemplo, da fratura exposta na perna da criança, o dano, provavelmente, causará - e neste ponto verifica-se o quão importante é a realização de uma perícia médica - reflexos no desenvolvimento natural do seu corpo, que restará prejudicado, o que não ocorrerá com o adolescente, o adulto ou o idoso, que já possuem pleno desenvolvimento do seu corpo. Portanto, nesta hipótese, o valor que deverá ser arbitrado para a reparação dos danos causados à criança deverá ser maior do que para as outras pessoas elencadas.[94]

Mediante o exposto, para concluir este capítulo, foi visto que é de suma importância analisar cada caso de forma individual, pois todos possuem suas características específicas.

Se somente forem considerados os danos estéticos, é de fácil constatação que o mesmo evento danoso poderá gerar reflexos diferentes para pessoas distintas, independente dos conceitos ventilados pela doutrina e pela jurisprudência

---

[94] AÇÃO CONDENATÓRIA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, ESTÉTICOS E MORAIS. CRIANÇA QUE SOFRE ACIDENTE EM BRINQUEDO "GIRA-GIRA" DO PARQUE DA ESCOLA. FRATURA EXPOSTA NA PERNA ESQUERDA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO. EXEGESE DO ART. 37, § 6º, DA CF. EXCLUDENTES NÃO DEMONSTRADAS. DEVER DO ENTE PÚBLICO DE ZELAR PELA SEGURANÇA DOS ALUNOS. PROVAS FOTOGRÁFICAS DE QUE O EQUIPAMENTO FOI INSTALADO DE FORMA INCORRETA. DANOS MATERIAIS. DESPESAS COM HOSPITAL DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. DANOS MORAIS. MENOR SUBMETIDO A DOIS PROCEDIMENTOS CIRÚRGICOS. FIXAÇÃO DE PARAFUSOS DE SUSTENTAÇÃO. AFASTAMENTO DAS SUAS ATIVIDADES HABITUAIS POR MAIS DE QUATRO MESES. IMPORTÂNCIA ESTIPULADA DE ACORDO COM OS OBJETIVOS DA REPARAÇÃO, COM ATENÇÃO À PECULIAR GRAVIDADE DA HIPÓTESE SUB JUDICE. DANOS ESTÉTICOS. CICATRIZES AO LONGO DO MEMBRO INFERIOR QUE CERTAMENTE REFLETIRÃO NO CRESCIMENTO DO INFANTE. CONDENAÇÃO DEVIDA. CORREÇÃO MONETÁRIA INCIDENTE DESTE JULGAMENTO. FIXAÇÃO DOS CONSECTÁRIOS LEGAIS. JUROS DE MORA DO EVENTO DANOSO. ÍNDICES DA CADERNETA DE POUPANÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/1997, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.960/2009, DECLARADA PELO STF. ENTENDIMENTO CONSAGRADO NO TEMA 810 DA REPERCUSSÃO GERAL. ATUALIZAÇÃO PELO IPCA-E. ADEQUAÇÃO. No julgamento do RE n. 870.947, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em acórdão de relatoria do Exmo. Sr. Min. Luiz Fux e publicado aos 20-11-2017, chancelou o entendimento (Tema 810) de que "O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina". HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DIMINUIÇÃO PARA 10% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. APELOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. SENTENÇA INALTERADA NA PARTE SUBMETIDA A REEXAME NECESSÁRIO.
(TJ-SC - REEX: 03004922020178240020 Criciúma 0300492-20.2017.8.24.0020, Relator: Jorge Luiz de Borba, Data de Julgamento: 10/04/2018, Primeira Câmara de Direito Público)

de que se deve analisar o fator socioeconômico do ofendido, do afeamento, da localização do dano e seu reflexo no fator social do indivíduo, da idade do lesado por si só, os quais não devem, em nenhuma hipótese, ser considerados quando se calcular o montante indenizatório.

Para chegar ao arbitramento do *quantum* indenizatório devido a título de reparação pelos danos estéticos, deve-se analisar o grau de culpa entre os envolvidos, a extensão da lesão à integridade física perpetrada, a diferenciação do conjunto harmonioso do corpo pré e pós-evento danoso, jamais atribuindo valores indenizatórios pelos reflexos psicológicos causados pela alteração corporal, que devem ser reparados por danos morais, ou da prejudicialidade que este dano causou para a capacidade laborativa do indivíduo, já que estes danos deverão ser reparados pelos danos materiais, e o poder econômico do ofensor.

CAPÍTULO IV - HIPÓTESES DE ACONTECIMENTOS DOS DANOS ESTÉTICOS

Como visto, o dano pode decorrer de uma grande variação de possibilidades, podendo advir de um ato praticado dentro de um contrato, o chamado dano contratual ou de um ato ilícito, chamado de dano aquiliano, o qual Pontes de Miranda chamava de ilícito absoluto95.

Diante destas múltiplas possibilidades, tendo em vista que o dano estético é um dano à integridade física e a necessidade de sua reparação, de forma autônoma, deriva do fato deste ser uma violação ao direito à saúde conferido a todos os cidadãos, este capítulo pretende analisar algumas situações que fogem dos exemplos clássicos que são trazidos à baila quando se busca melhor compreender esta modalidade de dano, tais como os advindos de acidentes automobilísticos, acidentes de trabalho, agressões físicas, erros médicos e odontológicos, danos causados por animais, danos advindos de atos criminosos, etc.

A partir da análise da autolesão, isto é, compreender o conceito da autolesão e se este ato, por haver a violação de um interesse juridicamente tutelado, é capaz de gerar um dever de reparação por danos estéticos, serão feitos questionamentos, baseando-se na proteção ao corpo, conferida pelo Código Civil em seu artigo 13, que expressa que é proibido, ressalvadas as hipóteses por exigência médica, o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes, e em seu artigo 14[96], que dispõe sobre a proteção do corpo após a morte.

1. A autolesão

Assim, como expresso no parágrafo anterior, iniciaremos este capítulo analisando a autolesão. Esta pode ser definida pela representação de qualquer comportamento intencional envolvendo agressão direta ao corpo, sem intenção

[95] Pontes de Miranda Tratado de Direito Privado. São Paulo: Ed. RT, 2012, Tomo LIV, p.309, atualizado por Rui Stoco

[96]Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.
Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

consciente de suicídio, não aceita socialmente em meio a sua própria cultura e nem para exibição, excluindo-se as lesões estéticas,[97] isto é lesões com o intuito de tornar o corpo mais belo para aqueles que as fazem, enquadrando-se, portanto, sob este aspecto as tatuagens, *piercings* e demais *body modifications* feitas em si mesmo.

Os comportamentos auto lesivos mais comuns são cortes superficiais na pele, arranhões, mordidas, queimaduras, bater partes do corpo contra a parede e enfiar objetos pontiagudos no corpo[98], sendo comum às pessoas que praticam tais atos utilizarem mais de um método para a automutilação em diferentes ocasiões[99]. Diante do exposto, repousa a pergunta: é possível imaginar que destes atos praticados contra si resulte o dever de indenizar por danos estéticos?

Parece seguro afirmar que não.

O artigo 186 do Código Civil traz o conceito do ato ilícito e preceitua que aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.[100]

Nota-se que este artigo é bastante claro ao afirmar que o ato ilícito deve "causar dano a outrem", no mais, parece completamente desarrazoado imaginar que uma pessoa possa causar uma lesão à sua integridade física, deformando-se, e, após o ato, ingressar com uma ação indenizatória pleiteando valores decorrentes dos danos estéticos contra si mesma, ficando afastado, desta forma, qualquer possibilidade de se questionar a existência de danos estéticos advindos da autolesão.

---

[97] GIUSTI, J. S. (2013). *Automutilação: Características clínicas e comparação com pacientes com transtorno obsessivo-compulsivo* (tese). Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil. p.5. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-03102013-113540/publico/JackelineSuzieGiusti.pdf>. Acesso em 15/12/2019.

[98] CEDARO, J. J., & Nascimento, J. P. G. (2013). Dor e gozo: Relatos de mulheres jovens sobre automutilações. *Psicologia USP*, *24*(2), 203-223. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-65642013000200002>. Acesso em 15/12/2019/

[99] GIUSTI, J. S. (2013). *Automutilação: Características clínicas e comparação com pacientes com transtorno obsessivo-compulsivo* (tese). Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil. p.6. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-03102013-113540/publico/JackelineSuzieGiusti.pdf>. Acesso em 15/12/2019.

[100] "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"

2. Danos estéticos advindos da disposição voluntária do corpo em vida, como transgenitalização e decorrentes de Transtorno Da Identidade Da Integridade Corporal

Nesta senda, faz-se interessante analisar o artigo 13 do Código Civil sob o enfoque exclusivo de se verificar a ocorrência dos danos estéticos em atos de disposição voluntária do corpo em vida, pois, como ensina Antônio Chaves, para melhor se compreender os danos causados à integridade física faz-se necessário separar, dentre direitos fundamentais da pessoa, "aqueles que se relacionam, ainda que por via reflexa, predominantemente à preservação do seu corpo, dos que de maneira especial, procuram resguardar o integral respeito aos diferentes aspectos do seu psiquismo." [101]

Assim, ao iniciar a análise do artigo 13 do Código Civil temos que este expressa que "salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes". Nota-se que o artigo traz em seu corpo, de forma expressa, a noção da obrigatoriedade da permanência do dano à integridade física, um dos requisitos para que surja o dever se indenizar pelos danos estéticos.

Ainda que se possa tecer duras críticas a respeito deste dispositivo legal, como o fato de se autorizar qualquer disposição do próprio corpo por "exigência médica", o que, inegavelmente, retomaria uma antiga concepção paternalista do profissional da saúde, elevando o médico a uma posição de superioridade em relação às próprias escolhas do indivíduo sobre seu corpo e, até mesmo, capaz de elevá-lo "a um patamar superior a qualquer avaliação ética ou jurídica",[102] ou de serem utilizados termos vagos como os de "contrariar os bons costumes" e de se exigir a permanência da lesão à integridade física, o que, em ambos os casos permitiria uma vasta gama de interpretações, enfraquecendo os contornos dado à proteção jurídica conferida ao corpo do ser humano.

Em relação a utilizar os bons costumes como um critério de proibição à disposição do corpo, por exemplo, permite-se introduzir noções subjetivas à

---

101 CHAVES, ANTÔNIO. DIREITOS DA PERSONALIDADE DIREITOS À VIDA, AO PRÓPRIO CORPO E ÀS PARTES DO MESMO (TRANSPLANTES). DOUTRINAS ESSENCIAIS DE DIREITO CIVIL | VOL. 3 | P. 89 - 111 | OUT / 2010 | DTR\2012\1384.

102 SCHREIBER, Anderson, *Direitos da personalidade*, 3. ed.- São Paulo: Atlas, 2014. p.34.

aplicação do direito em uma determinada situação específica, o que resultaria na limitação de um direito personalíssimo do ser humano a ponderações exclusivamente individuais de terceiros, substituindo os desejos relativos a eventuais transformações em seu próprio corpo por noções individuais de um julgador.

Imagine uma pessoa que deseje bifurcar sua língua, introduzir implantes subcutâneos em sua testa, fazer tatuagens, entre outras modificações corporais para que possa se parecer com um dragão. Esse é o caso de um americano chamado Richard Hernandez, conhecido, atualmente, como "*Tiamat, The Dragon Lady",*[103] ou nos casos do homem e da mulher que possuem o maior número de transformações corporais, o alemão Rolf Buchholz, que possui, entre a colocação de chifres, tatuagem em seus olhos, diversos piercings espalhados por sua face e corpo, o número de 516 modificações corporais[104]; e a mexicana Maria José Cristerna, que realizou 49 modificações corporais[105]. Seria possível limitar e impedir a concretização dos desejos íntimos destes indivíduos, de sua autonomia e liberdade de expressão corporal, mediante a noção individual de um terceiro que acredita que tais práticas contrariariam os bons costumes e por isto tais alterações deveriam ser impedidas?

Em diferente espectro existem outras diminuições físicas permanentes socialmente aceitas, como ocorrem nos casos das cirurgias estéticas que visam a eliminação de anomalias visíveis, e, que segundo Adriano de Cupis, representariam "um interesse sério e respeitável, é por isso que não se pode falar de oposição aos bons costumes, salvo em casos excepcionais, como se for consentida uma operação gravemente perigosa com o fim de corrigir um defeito estético de pouca importância."[106].

Isso leva a debates de questões cirúrgicas mais sérias, como a mudança ou readequação de sexo, regulada pela Resolução do Conselho Federal de Medicina

---

[103]EVERIPEDIA, Everyone's Encyclopedia. *Richard Hernandez (Tiamat The Dragon Lady)*.Disponível em: <https://everipedia.org/wiki/lang_en/richard-hernandez-tiamat-the-dragon-lady>. Acesso em: 30/12/2019.

[104]GUINNESS WORLD RECORD. *Most body modification (male)*. Disponível em: <https://www.guinnessworldrecords.com.br/world-records/210946-most-body-modifications-male>. Acesso em: 30/12/2019.

[105]GUINNESS WORLD RECORD. *Most body modification (female)*. Disponível em: <https://www.guinnessworldrecords.com.br/world-records/most-body-modifications-(female)>. Acesso em: 30/12/2019

[106] DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade.* Trad. de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004. p. 83

número 1.955/2010, e os casos em que o indivíduo sofre com Transtornos da Identidade da Integridade Corporal ou Apotemnifilia, em que as pessoas não possuem conformidade com a anatomia de seu corpo e desejam amputar partes do corpo para se adequarem à imagem que tem de si mesmo, que não encontra qualquer regulamentação.

Para o caso da mudança ou a readequação de sexo, o Conselho Federal de Medicina, na resolução acima referida, expressa que a definição de transexualismo deverá obedecer, no mínimo, quatro critérios: o desconforto com o sexo anatômico natural, o desejo expresso de eliminar os genitais, perdendo as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto, que haja a permanência desses distúrbios de forma consistente por, no mínimo, dois anos e a ausência de outros transtornos mentais.

Para este último foi feita uma ressalva expressando que onde se lê na resolução o trecho “ausência de outros transtornos mentais”, deve ser lido “ausência de transtornos mentais”.[107]

Esta resolução, também, expressa que a seleção dos pacientes para a cirurgia de transgenitalismo deverá obedecer uma avaliação de equipe multidisciplinar que deverá ser constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo aos critérios, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto, de que seja realizado diagnóstico médico de transgenitalismo, de que a pessoa seja maior de vinte e um anos e que haja a ausência de características físicas inapropriadas que inviabilizem a realização da cirurgia.[108]

O que importa para este trabalho, entretanto, é verificar se a disposição voluntária do corpo, nestes casos, isto é, para os pacientes que se submeteram à readequação sexual ou a uma amputação cirúrgica de um de seus membros, decorrente do Transtorno da Identidade a Integridade Corporal, é capaz de gerar o direito de indenização por danos estéticos para aquele que sofreu a limitação da sua integridade física, o que, a contrário do que será exposto nos casos da

[107] Artigo terceiro da Resolução número 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1955>. Acesso em 30/12/2019

[108] Artigo quarto da Resolução número 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1955>. Acesso em 30/12/2019

disposição do corpo para estudos clínicos e dos danos decorrentes da gestação por substituição, deve ser afastado.

Questiona-se: se houvesse o direito do paciente de ser indenizado, quem deveria ser a pessoa que seria condenada a indenizar? Seria o médico que realizou o procedimento com a expressa manifestação de vontade do indivíduo, que por vezes coloca a própria vida em risco realizando a prática de automutilações para tentar adequar a sua anatomia ao seu estado psíquico?

Parece não ser cabível tal pleito, tais modificações corporais, apesarem de ser permanentes, decorrem, exclusivamente, de distúrbios que, para serem, no mínimo, amenizados, se pautam no direito individual de tutela do próprio corpo e princípios concernentes à realização da pessoa humana, como a liberdade sexual, liberdade de expressão e, em sua máxima, do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, cuja tutela constitucional "impõe que cada aspecto da pessoa, em particular, seja sopesado em busca de uma solução que permita o máximo desenvolvimento da sua personalidade".[109]

O direito ao próprio corpo, portanto, deve ser protegido como instrumento de realização da própria pessoa e não como uma exigência social de ordem e segurança,[110] sendo, impossível, imputar um dever de indenizar por danos estéticos àqueles que de forma prudente, perita e responsável, seguindo todas as diretrizes médicas e respeitando a vontade do ser humano, realizaram a operação que causou uma modificação permanente da integridade física ao paciente, até porque o que se buscou com a realização de tais cirurgias é a manutenção da saúde do ser humano e não lesar qualquer um dos direitos inerentes a condição humana.

3. danos estéticos decorrentes de lesões corporais *post mortem*

Exposta no tópico anterior a análise da não existência dos danos estéticos nos casos de disposição voluntária do corpo em vida, o Código Civil em seu artigo 14 expressa que "é válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte" e em seu parágrafo único que "o ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer

[109]SCHREIBER, Anderson, *Direitos da personalidade*, 3. ed.- São Paulo: Atlas, 2014. p.46.
[110]SCHREIBER, Anderson, *Direitos da personalidade*, 3. ed.- São Paulo: Atlas, 2014. p.46.

tempo". Surge, então, o questionamento a respeito de ser possível tutelar o direito à reparação por danos estéticos decorrentes de alguma violação à integridade física do corpo após a morte do indivíduo?

Tome-se, por exemplo, um acidente automobilístico envolvendo um carro funerário que transportava o corpo do falecido, e, em decorrência deste acidente, o corpo vier a ser danificado com a perda de um membro, ou, mesmo, se após a morte houver a remoção de um órgão para transplante sem que, em vida, o sujeito de direitos tenha consentido com o transplante de órgãos. Poder-se-ia cogitar a possibilidade dos legitimados, previstos no parágrafo único do artigo 12 do Código Civil,[111] proporem uma ação indenizatória, em nome do falecido, para se pleitear os danos estéticos em face daqueles que entenderem terem causado estes danos?

A resposta, novamente, revela-se negativa.

Como expresso, o direito à indenização por danos estéticos decorre da lesão à integridade física como forma de se proteger o direito à saúde do indivíduo, que em sua maior extensão, a lesão máxima a estes bens juridicamente tutelados, ocasiona na morte do ser.

Assim, impensável seria tutelar um direito à saúde de pessoa já falecida, devendo, portanto, tal pleito ser rejeitado, até mesmo, porque, pensando na necessidade de se preencher o requisito da permanência da lesão à integridade física para que se surja o dever de indenizar por esta modalidade de dano, compreendendo esta como sendo a expressão de danos os quais o corpo não consegue autonomamente se regenerar, com a morte não mais existem as funções biológicas do homem, sendo todo dano permanente pela falta da existência da vida, o que resultaria por desvirtuar este requisito.

4. Danos estéticos advindos da disposição do corpo para estudos clínicos

Diante das limitações do conhecimento do ser humano, os profissionais da saúde são constantemente obrigados a testar, aprimorar, buscar novos ajustes terapêuticos para o tratamento dos pacientes, principalmente, quando não

[111] Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.
Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

conseguem se valer da literatura médica para encontrar um procedimento, acima de quaisquer dúvidas, para a obtenção da cura, do alívio, do sofrimento e do cuidado da saúde humana em todas as suas dimensões, sendo a solução a realização de pesquisas e o desenvolvimento de novas tecnologias capazes de os auxiliar à manutenção da saúde do indivíduo.[112]

Essas buscas por melhorias são realizadas por meio de pesquisas clínicas, a Agência Europeia para Avaliação de Produtos Medicinais define-as como sendo a prática de qualquer tipo investigação realizada em seres humanos, cujo objetivo é "descobrir ou verificar os efeitos farmacodinâmicos, farmacológicos, clínicos e/ou outros efeitos de produto(s) e/ou identificar reações adversas ao produto(s) em investigação com o objetivo de averiguar sua segurança e/ou eficácia.".[113]

Como expressa Analluza Bravo Bolivar, de forma abreviada, a pesquisa clínica pode ser definida como um "estudo sistemático de uma molécula e/ou especialidade medicinal, que geralmente pertence a uma grande indústria farmacêutica, em voluntários humanos."[114]

Notório é que o progresso da ciência e da tecnologia teve como desfecho a implicação de benefícios atuais e potenciais para o ser humano, promovendo outra percepção da vida e outros modos de se viver, não somente em busca do prolongamento da vida, mas com o intuito de tutelar a dignidade do ser humano ao se viver.

Influenciado por estes pensamentos, o Conselho Nacional de Saúde aprovou, mediante a edição da Resolução 466 de 12 de dezembro de 2012[115] e da Resolução 510 de 07 de abril de 2016,[116] diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos, bem como normas aplicáveis a pesquisas em Ciências Humanas e Sociais, cujos procedimentos metodológicos envolvam a utilização de dados diretamente obtidos com os participantes ou de informações

---

[112] PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Responsabilidade Civil nos ensaios clínicos*. Indaituba, SP : Editora Foco, 2019. p. 11-12.

[113] AGÊNCIA EUROPEIA PARA AVALIAÇÃO DE PRODUTOS MEDICINAIS. *Manual para a boa prática clínica*. Disponível em: <www.ufrgs.br/bioetica/gcpport.htm>. Acesso em: 15.12.2019.

[114] BOLIVAR, ANALLUZA BRAVO *O CONTRATO DE PESQUISA CLÍNICA - ESTRATÉGIAS PARA A NEGOCIAÇÃO DE UM CONTRATO ATÍPICO*, REVISTA DOS TRIBUNAIS | VOL. 958/2015 | P. 45 - 61 | AGO / 2015 | DTR\2015\10815

[115] CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *Resolução Nº 466, de 12 de dezembro de 2012*. Disponível em <https://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf>. Acesso em 19/12/2019.

[116] CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *RESOLUÇÃO Nº 510, DE 07 DE ABRIL DE 2016.* Disponível em <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2016/Reso510.pdf>. Acesso em 19/12/2019

identificáveis ou que possam acarretar riscos maiores do que os existentes na vida cotidiana.

Ao se ponderar tal fato, faz-se necessária a análise dos reflexos das pesquisas realizadas em seres humanos, sob a ótica da violação à integridade física do indivíduo, e se seus resultados lesantes são passíveis de se atribuir aos seus envolvidos, seja o patrocinador, que deve ser entendido como pessoa física ou jurídica, público ou privada, que apoia a pesquisa mediante ações de financiamento, infraestrutura, recursos humanos ou apoio institucional,[117] configura-se como patrocinadora, geralmente, uma indústria farmacêutica, a instituição de pesquisa, que pode ser subdividida em instituição proponente de pesquisa, que deve ser compreendida como sendo a organização, pública ou privada, legitimamente constituída e habilitada, à qual o pesquisador responsável está vinculado[118] e a instituição coparticipante de pesquisa, entendida como sendo a organização, pública ou privada, legitimamente constituída e habilitada, na qual alguma das fases ou etapas da pesquisa pode se desenvolver,[119] ou o pesquisador responsável e o pesquisador corresponsável, o primeiro compreendido como sendo a pessoa responsável pela coordenação da pesquisa e corresponsável pela integridade e bem-estar dos participantes da pesquisa, e o segundo como um membro da equipe de pesquisa, corresponsável pela integridade e bem-estar dos participantes da pesquisa, o dever de indenizar por danos estéticos. E isso porque, a pesquisa clínica, além de ser uma atividade complexa capaz por si só de gerar controvérsias no campo ético, religioso e científico, não possui regulamentação normativa no ordenamento jurídico brasileiro.

As regras sobre a pesquisa com seres humanos, desde seu início, somente foram normatizadas na forma de ato infralegal, por meio das resoluções acima citadas do Conselho Nacional de Saúde, sendo a primeira a aprovar normas de pesquisa e saúde foi a Resolução CNS n. 1/1988, revogada pela Resolução CNS n. 196/1996, revogada pela atual Resolução CNS n. 466/2012.

[117] Está definição é a encontrada no item II.1 da Resolução número 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde.
[118] Está definição é a encontrada no item II.8 da Resolução número 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde.
[119] Está definição é a encontrada no item II.9 da Resolução número 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde.

O problema da falta de legislação não é algo específico do cenário brasileiro, países como Alemanha, Colômbia e Inglaterra, também padecem da mesma problemática.

Na Alemanha, por não existir uma lei específica, utiliza-se da Lei de Produtos e Farmacêuticos,[120], da Lei Sobre Dispositivos Médicos,[121] da Lei de Proteção de Embriões,[122] a Lei de Tecnologia Genética,[123] os estatutos profissionais, o Direito Civil e o Direito Penal para buscar a resolução de conflitos envolvendo a pesquisa em seres humanos. [124]

No Reino Unido, utiliza-se como diretriz a Lei de Medicamentos, capítulo 67, de 1968, apartado 31, *The Human Fertilisation and Embryology Regulations*[125] e leis deontológicas, já na Colômbia é utilizada a Resolução número 8.430 do Ministério da Saúde, que regula a investigação em saúde por meio de normas científicas, técnicas e administrativas. [126]

Diferente situação se apresenta no caso de países como Portugal, Espanha, França, Bélgica e Itália, que possuem leis específicas regulamentadoras da pesquisa em seres humanos. [127]

Ao se tratar da temática da responsabilidade civil, a Resolução CNS n. 466/2012, especificamente o item V.6, expressa que o pesquisador, o patrocinador, as instituições e as organizações envolvidas nas diferentes fases da pesquisa devem proporcionar assistência imediata, entendida como sendo aquela emergencial e sem ônus de qualquer espécie ao participante da pesquisa, em

---

[120]BUNDESMINISTERIUMS DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ SOWIE DES BUNDESAMTS FÜR JUSTIZ, *Arzneimittelgesetz – AMG.* Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/amg_1976/AMG.pdf>. Acesso em 20/12/2019.

[121]BUNDESMINISTERIUMS DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ SOWIE DES BUNDESAMTS FÜR JUSTIZ, *Gesetz über Medizinprodukte (Medizinproduktegesetz - MPG).* Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/mpg/MPG.pdf>. Acesso em 20/12/2019.

[122]BUNDESMINISTERIUMS DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ SOWIE DES BUNDESAMTS FÜR JUSTIZ, *Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz - ESchG*). Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html>. Acesso em 20/12/2019.

[123]BUNDESMINISTERIUMS DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ SOWIE DES BUNDESAMTS FÜR JUSTIZ, *Gentechnikgesetz – GenTG*. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/gentg/BJNR110800990.html>. Acesso em 20/12/2019.

[124]PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Responsabilidade Civil nos ensaios clínicos*. Indaituba, SP : Editora Foco, 2019. p. 49.

[125]LEGISLATION.GOV.UK, em: <https://www.legislation.gov.uk/>. Acesso em 23/12/2019.

[126] PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Responsabilidade Civil nos ensaios clínicos*. Indaituba, SP : Editora Foco, 2019. p. 49.

[127] PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Responsabilidade Civil nos ensaios clínicos*. Indaituba, SP : Editora Foco, 2019. p. 49.

situações em que este dela necessite[128]; assistência integral, entendida como sendo aquela prestada para atender complicações e danos decorrentes, direta ou indiretamente, da pesquisa[129]; bem como responsabilizarem-se pela assistência integral aos participantes da pesquisa no que se refere às complicações e danos decorrentes da pesquisa.

No item V.7, desta resolução, está expresso que os participantes da pesquisa que vierem a sofrer qualquer tipo de dano resultante de sua participação na pesquisa, previsto ou não no termo de consentimento livre e esclarecido, têm direito à indenização, por parte do pesquisador, do patrocinador e das instituições envolvidas nas diferentes fases da pesquisa.

Nota-se que neste tópico dois pontos bastantes interessantes são apresentados, o primeiro é o que está expresso que os participantes da pesquisa têm direito à indenização por qualquer tipo de dano resultante, logo inclui-se a possibilidade destes serem indenizados pelos danos estéticos que vierem a ser sofridos, e o segundo trata-se da apresentação de um requisito fundamental para que seja realizada a pesquisa clínica, a necessidade de ser elaborado um termo de consentimento livre e esclarecido o qual deve, obrigatoriamente, assinar o participante.

O Código de Ética Médica em seu artigo 101 expressa que é vedado ao médico deixar de obter do paciente ou de seu representante legal o termo de consentimento livre e esclarecido para a realização de pesquisa envolvendo seres humanos, após serem feitas as devidas explicações sobre a natureza e as consequências da pesquisa.[130]

O consentimento livre e esclarecido, também encontrado sob o termo consentimento informado, deriva do direito que possui, no caso analisado, o participante da pesquisa, à informação plena, devendo-se dar a conhecer todos os riscos, os benefícios, as implicações, o procedimento em si, de todas as etapas a

[128] Está definição é a encontrada no item II.3.1 da Resolução número 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde.
[129] Está definição é a encontrada no item II.3.2 da Resolução número 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde.
[130] Pode ser visto no Capítulo XII, ENSINO E PESQUISA MÉDICA, É vedado ao médico:
"Art. 101- Deixar de obter do paciente ou de seu representante legal o termo de consentimento livre e esclarecido para a realização de pesquisa envolvendo seres humanos, após as devidas explicações sobre a natureza e as consequências da pesquisa.". Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em: 20/12/2019.

serem necessariamente observadas para que ele possa se manifestar favoravelmente, de forma autônoma, consciente, livre e esclarecida.

André Gonçalo Dias Pereira, jurista português, leciona que "o direito ao consentimento livre e esclarecido é um postulado axiológico e normativo reconhecido por muitas ordens jurídicas e indubitavelmente consagrado no Direito português".[131]

Segundo Flaviana Rampazzo Soares, pode-se compreender o consentimento informado na área da saúde como sendo a representação de uma deliberação, ou seja, tem-se com o consentimento informado que o indivíduo, autônomo e capaz, exercitou o seu direito de tomar decisões relacionadas ao seu estado psicofísico, emitidos de forma voluntária e consciente, seja ele verbal ou escrito, expresso ou tático.[132]

Porém, é necessário fazer uma ressalva para lembrar da importante lição ensinada por Adriano de Cupis, de que “o consentir na ofensa à integridade física será ilegítimo sempre que se trate de formas de ofensa das quais a lei quer, de forma inderrogável, defendê-la”[133].

Assim, o termo de consentimento livre e esclarecido deve respeitar o ordenamento jurídico brasileiro no que expressa sobre as limitações das disposições do corpo.

Pela interpretação do Código Civil, especificamente, em seu artigo 13, que dispõe “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes” e o artigo 15, segundo o qual “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”, ambos já expostos, percebe-se que o convidado a participar da pesquisa, na realidade, encontra-se, por força legal, proibido de participar de pesquisas que lhe cause como resultado algum dano.

Seria inadmissível, dessa forma, reconhecer força legal a um consentimento livre e esclarecido que tenha como função precípua o consentimento do participante

---

[131] PEREIRA. André Gonçalo Dias. O Dever de Esclarecimento e Responsabilidade Médica in: Revista dos Tribunais | vol. 839/2005 | p. 69 - 109 | Set / 2005 | DTR\2005\584

[132] SOARES, Flaviana Rampazzo, *Responsabilidade civil: novas tendências* / Nelson Rosenvald [et al.]; organizado por Nelson Rosenvald, Marcelo Milagres. – 2. Ed. – Indaituba, SP : Editora FOCO, 2018, p. 493.

[133] DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade.* Trad. de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004. p. 80

para que este seja alvo de experiência danosa, com a finalidade de excluir a ilicitude do ato prejudicial, devendo este ser considerado nulo.

A contrariedade à norma legal não poderia declarar sem mais ilicitude o ato que se quer consentir, pois é certo que sempre a vontade daquele que consente se refere a um ato, *per si*, ilícito.[134]

Pior ainda seria imaginar um cenário de imposição pelo pesquisador para compelir a pessoa a participar deste tipo de pesquisa clínica.

Tal posicionamento é alinhado com o pensamento do ilustre jurista Eduardo Tomasevicius Filho, que em seu artigo, "O Código Civil brasileiro na disciplina da pesquisa com seres humanos", expressa:

> o participante da pesquisa está legalmente proibido de concordar com pesquisas que possam causar-lhe danos, isto é, não se admite consentimento do ofendido como exclusão de ilicitude do ato, assim como o pesquisador não pode obrigar o participante a participar de determinado estudo, ainda que se pretenda com isso a preservação da vida.[135]

Complementando a formidável lição, este autor expressa, ainda, que o artigo 14 do Código Civil admite a disposição gratuita do próprio corpo, com objetivos científicos ou altruísticos apenas após a morte da pessoa[136]. Portanto, praticar a disposição do corpo em vida para fins de estudo é absolutamente contrário à lei. Porém, a análise pertinente a este trabalho, isto é, para verificar se há a tutela da integridade física, como proteção ao direito à saúde, após a morte com a finalidade de se verificar eventual possibilidade de que se gerar o dever o de se indenizar por danos estético o cadáver já foi realizada, obtendo-se a resposta negativa.

Neste diapasão, seguindo a mesma linha de raciocínio, se o consentimento informado é nulo quando se é consentido à possibilidade de que o participante autorize e concorde que venha a sofrer danos com a realização da pesquisa, mesmo tratamento deverá ser aplicado às cláusulas restritivas à indenização dos danos, impossível seria coadunar, a contrário senso do ordenamento jurídico brasileiro, legalizar que se pratique danos à pessoa.

---

[134] DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade.* Trad. de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004. p. 80

[135]TOMASEVICIUS FILHO, E. O Código Civil brasileiro na disciplina da pesquisa com seres humanos. Revista de Direito Sanitário, v. 16, n. 2, p. 116-146, 30 out. 2015.

[136]TOMASEVICIUS FILHO, E. O Código Civil brasileiro na disciplina da pesquisa com seres humanos. Revista de Direito Sanitário, v. 16, n. 2, p. 116-146, 30 out. 2015.

Importante salientar que o participante pode retirar-se do estudo, revogando sua manifestação de vontade, a qualquer tempo, sem qualquer justificativa e sem que haja qualquer sanção, pois a sua participação está vinculada a mitigação de um direito considerado como indisponível, já que se está diante da tutela da integridade física do indivíduo, inclusive a Resolução 466/2012 é categórica em vedar este tipo de cláusula dispondo no item IV.4, “c”, que não se pode exigir do participante da pesquisa, em nenhuma hipótese, a renuncia ao direito à indenização.[137]

Feitas estas ponderações, serão analisadas as responsabilidades individuais de cada envolvido no processo de pesquisa com seres humanos, sendo de extrema relevância pontuar que, ao se verificar a existência de danos, sejam materiais, morais ou estéticos, advindos destas pesquisas, deve-se aplicar o que se prevê às hipóteses da responsabilidade objetiva, pois se está diante de uma atividade que, pela sua própria natureza, coloca em risco direitos do participante, e, para estes casos, é dispensada a verificação da culpa do agente na prática do ato que resultou o dano, conforme estabelece o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.[138]

Ao patrocinador, tem-se que este concentra toda a administração da pesquisa, exerce essa atividade profissionalmente, cujo objetivo é receber lucros com a descoberta de um novo medicamento que lhe conferirá, caso exitoso na pesquisa, após a aprovação pelo órgão competente, o direito de comercializar, patente, entre outros.[139]

É o patrocinador quem financia, lança, gere e articula todo o ensaio clínico, possuindo o dever de implementar e garantir a qualidade e segurança de cada fase da pesquisa, devendo comunicara as autoridades competentes fatos que possam

---

[137]“IV.4 - O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido nas pesquisas que utilizam metodologias experimentais na área biomédica, envolvendo seres humanos, além do previsto no item IV.3 supra, deve observar, obrigatoriamente, o seguinte: c) não exigir do participante da pesquisa, sob qualquer argumento, renúncia ao direito à indenização por dano. O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido não deve conter ressalva que afaste essa responsabilidade ou que implique ao participante da pesquisa abrir mão de seus direitos, incluindo o direito de procurar obter indenização por danos eventuais.”

[138] Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
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.

[139] PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Responsabilidade Civil nos ensaios clínicos*. Indaituba, SP: Editora Foco, 2019. p. 131.

afetar a segurança do participante, bem como se ocorreu alguma reação adversa ao medicamento em teste. Por fim, incumbe ao patrocinador escolher o pesquisador responsável e a instituição em que ocorrerá o ensaio clínico.[140]

Desta forma, sua responsabilidade perante o participante recai sobre tudo que derive da pesquisa científica, pois a este deve ser aplicado, por uma interpretação extensiva, já que o contrato celebrado entre o patrocinador, a instituição de pesquisa e o pesquisador não configura uma relação empregatícia, nem de preposição, o artigo 932, III, que expressa que o empregador ou comitente, reponde pela reparação civil pelos atos praticados por seus empregados, serviçais e prepostos durante o exercício de seu trabalho ou em razão dele.[141]

Ao pesquisador responsável pelo estudo clínico, entres outras atribuições, compete o dever de informar e esclarecer a pesquisa, expondo de maneira clara a sua cientificidade, reprodutividade, validade, tratamentos, implicações, riscos e benefícios, para se obter o consentimento livre e esclarecido, além de despender cuidados à saúde física e mental ao participante prestando-lhe toda a assistência devida.

Às instituições de pesquisa, local em que se é realizado a pesquisa clínica em seres humanos, a responsabilidade deve ser analisada sob dois aspectos, tal como se é feito com a própria análise da responsabilidade hospitalar por um dano ao seu paciente, isto é, tem que se analisar se o dano decorreu dos serviços de hospedagem, alojamento, alimentação, enfermaria, instrumentos, medicamentos, etc., ou se os danos derivaram do serviço médico.

Esta diferenciação é feita, simplesmente, para delimitar a responsabilidade de cada indivíduo, não poderá o pesquisador responsável ser obrigado a reparar um dano o qual não lhe deu causa, como por exemplo, uma queda do participante em seu leito ao ir no banheiro pelo fato do piso da instituição estar defeituoso.

Diferente situação ocorreria se a instituição de pesquisa fosse processada para responder por um dano ocasionado por ato equivocado do próprio

---

[140] PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Responsabilidade Civil nos ensaios clínicos*. Indaituba, SP : Editora Foco, 2019. p. 131.

[141] Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

pesquisador, como, por exemplo, a aplicação de uma dose do medicamento sem a autorização, dose errada, etc.

A instituição de pesquisa, conforme foi expresso, deve responder pelo ato de seu pesquisador, isto em decorrência da aplicação do mesmo artigo 932, III, aplicado ao patrocinador.

Diante de um extenso leque de possibilidades de eventos causadores de danos oriundos da pesquisa com seres humanos, deve-se se separar os fatos geradores e analisá-los individualmente.

A primeira situação passível de gerar o dever de se indenizar às pessoas elencadas, decorre da ausência da obtenção do consentimento do participante na realização da pesquisa.

Por ser, como visto, um elemento fundamental à mitigação da indisponibilidade da integridade física, a sua ausência é causa de reparação integral de todas as modificações corporais causadas ao participante, em uma análise pré e pós evento danoso, ainda que mínimas, em decorrência estrita da pesquisa, se, por exemplo, a substância ministrada provocar um efeito colateral entendido como sendo possível de se ocorrer, este deverá ser reparado, evidentemente, pautando-se na verificação dos requisitos, previamente elencados em capítulo anterior, como configuradores do dever de indenizar pelos danos estéticos, especificamente, a obrigatoriedade da permanência do dano, isto é, a impossibilidade do corpo do participante se regenerar sem que haja interferências dele próprio ou de terceiros.

A ausência do consentimento livre e esclarecido evidência uma atitude antiética do pesquisador que, além de desrespeitar o elemento principal que é a dignidade da pessoa humana, consagrado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Constituição Federal, age, também, em desacordo com o expresso no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n° 226, de 12 de dezembro de 1991, cuja Carta de Adesão ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi depositada em 24 de janeiro de 1992 e entrou em vigor, para o Brasil, em 24 de

abril de 1992, em seus artigo 7°, segunda parte,[142] o Código de Nuremberg, a Declaração de Helsinque, bem como a própria Resolução 466/2012, no item III.1, alínea “a”, entre outros.[143]

Desta forma, sempre haverá o dever de indenizar pelos danos estéticos advindos da falta de consentimento quando for realizado qualquer ato da pesquisa clínica e este resultar em qualquer dano permanente à integridade física do participante, isto pois tolheu-se de início a liberdade do participante de tomar uma decisão consciente sobre seu corpo e sua saúde.

Isto posto, resta analisar o dever de indenizar por danos estéticos quando há para o participante o devido esclarecimento dos riscos, sendo lhe dado todo o direito à informação inerente ao ato.

Primeiro, devemos destacar, novamente, o fato de que, mesmo que conste no termo de consentimento livre e esclarecido a possibilidade de ocorrer o dano, este não retira dos agentes da pesquisa o dever de indenizar o participante, pois o risco da atividade não pode nunca ser transferido para ele, que deve ser considerado como a parte vulnerável do negócio jurídico.

Assim, a Resolução da Diretoria Colegiada – RDC número 9, de 20 de fevereiro de 2015 traz em seu corpo as espécies de eventos adversos, danos, passíveis de ocorrerem no transcorrer da pesquisa clínica.

São eles: o evento adverso, o evento adverso grave e o evento adverso inesperado.[144]

O evento adverso é conceituado como sendo “qualquer ocorrência médica adversa em um paciente ou participante do ensaio clínico a quem um produto farmacêutico foi administrado e que não necessariamente tenha uma relação causal ao tratamento”[145]. Este pode ser um sinal, um sintoma, uma doença

---

[142] Artigo 7.º Ninguém poderá ser submetido a torturas, penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Em particular, ninguém será submetido sem o seu livre consentimento a experiências médicas ou científicas.

[143] III.1 - A eticidade da pesquisa implica em: a) respeito ao participante da pesquisa em sua dignidade e autonomia, reconhecendo sua vulnerabilidade, assegurando sua vontade de contribuir e permanecer, ou não, na pesquisa, por intermédio de manifestação expressa, livre e esclarecida;

[144] Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, *Resolução da Diretoria Colegiada - RDC Nº 9, De 20 De Fevereiro De 2015*. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/3503972/RDC_09_2015_COMP.pdf/e26e9a44-9cf4-4b30-95bc-feb39e1bacc6>. Acesso em: 23/12/2019.

[145] Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, *Resolução da Diretoria Colegiada - RDC Nº 9, De 20 De Fevereiro De 2015*. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/3503972/RDC_09_2015_COMP.pdf/e26e9a44-9cf4-4b30-95bc-feb39e1bacc6>. Acesso em: 23/12/2019.

desfavorável e não intencional, isto é, fora da faixa de referência, associada ao uso do produto, seja o evento adverso relacionado com o este ou não.

Nos casos em que ocorrerem esta modalidade de evento fundamental faz-se a análise do nexo de causalidade entre o dano e o uso do medicamento para que se possibilite verificar a hipótese de reparação por danos estéticos, pois como visto, o evento adverso é algo que ocorre durante a pesquisa, mas não obrigatoriamente decorre do uso do medicamento. Por exemplo, pode ser um agravamento da doença pré-existente ou qualquer outro impacto na saúde do participante que nada se relaciona com o produto farmacêutico que está sendo analisado.

Assim, verificada a existência do dano à integridade física e a necessidade da reparação pelos danos estéticos advindos do denominado evento adverso, em primeiro lugar, deve-se analisar se este ocorreu em decorrência do uso da substância que está sendo alvo da pesquisa, o que pode se tornar uma tarefa bastante difícil, pois, como seria possível ao participante construir uma relação de nexo de causalidade entre o dano experimentado e a substância, quando nem mesmo as partes envolvidas no projeto da pesquisa possuem o pleno conhecimento da extensão das possibilidades danosas da substância, sendo a finalidade da própria pesquisa a busca por este conhecimento, em segundo lugar, novamente, observa-se a permanência do dano.

Note que o local, a externalidade e o afeamento não compõem os requisitos a serem verificados para se estar diante do dever de indenizar pelos danos estético, pois, como já expresso, o que se tutela, quando se busca a indenização por esta modalidade de dano, é o direito à saúde conferido ao indivíduo e não a sua imagem perante terceiros.

A segunda modalidade de dano trazida pela Resolução da Diretoria Colegiada – RDC número 9, de 20 de fevereiro de 2015 é o evento adverso grave, que deve ser compreendido como sendo o dano resultante de qualquer experiência adversa com o medicamento, produto biológico ou dispositivo, em qualquer dose que resulte em:

> a) óbito; b) ameaça à vida; c) incapacidade/invalidez persistente ou significativa; d) exige internação hospitalar ou prolonga internação; e) anomalia congênita ou defeito de nascimento; f) qualquer

> suspeita de transmissão de agente infeccioso por meio de um medicamento ou; g) evento clinicamente significante.[146]

Nesta hipótese, já se tem o conhecimento de que o dano foi causado pelo produto farmacêutico experimental, resolvendo o problema do nexo de causalidade, sendo analisado então a extensão do dano e a permanência do dano.

Por fim, o evento adverso inesperado deve ser entendido como sendo o evento não descrito como reação adversa na brochura do medicamento experimental ou na bula, modalidade de dano, novamente, que traz grande dificuldade de se instituir o nexo de causalidade entre o evento danoso e a substância ministrada.

Assim, torna-se bastante complexa a atividade de analisar a responsabilidade civil em pesquisas clínicas.

Deve-se buscar compreender, de forma integral, sobre o que se trata a pesquisa, se os indivíduos participantes apresentam doenças prévias ou não, pois os fatos não decorrentes direta e imediatamente não devem ser indenizados por nenhum dos agentes envolvidos na pesquisa, conforme se estabeleceu o Código Civil brasileiro, que, dentre a miríade de teorias da causalidade, adotou a teoria da causalidade direta e imediata para que se configure o nexo de causalidade e o dever de indenizar, como pode ser visto em seu artigo 403,[147] se o indivíduo que apresentou o dano estava recebendo, efetivamente, a substância ou um placebo, se o participante seguiu ou não as orientações que foram lhe dadas e se não os seguiu se foi-lhe feita tal pergunta pelo pesquisador e se o participante respondeu de forma verdadeira, bem como se houve qualquer causas de caso fortuito e de força maior para gerar o dano.

Caso sejam verificadas todas essas condições e elas resultarem no conhecimento do fato de que o dano foi causado, seja pelo pesquisador, seja pela instituição, surge o dever de reparar, como dispõe o Código Civil em seus artigos 186[148] e 927.

---

[146] Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, *Resolução da Diretoria Colegiada - RDC Nº 9, De 20 De Fevereiro De 2015*. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/3503972/RDC_09_2015_COMP.pdf/e26e9a44-9cf4-4b30-95bc-feb39e1bacc6>. Acesso em: 23/12/2019.

[147] Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

[148] 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.

No caso dos danos estéticos, novamente, há que se verificar os requisitos necessários para sua configuração, ou seja, se o dano causado violou a integridade física do participante de forma permanente.

Interessante pontuar que, verificados os requisitos, esses danos não precisam sempre ser decorrentes de uma ação ou omissão diretas, mas podem vir da perda de uma chance de tratamento, ainda que o item 33 da Declaração de Helsinque, na versão de 2013, possa declarar que é considerado ético que se possa por razões metodológicas convincentes, o uso de intervenção menos efetiva que a melhor comprovada:

> [...] razões metodológicas convincentes e cientificamente sólidas, o uso de qualquer intervenção menos efetiva que a melhor comprovada, o uso de placebo, ou de não intervenção, [seja] necessário para determinar a eficácia ou a segurança de uma intervenção.[149]

Tal situação se trata de ilícito civil que enseja reparação civil, inclusive nos casos em que a pessoa seja submetida ao estudo e lhe seja ministrado um placebo, quando houver tratamento melhor já disponível, pois nestes o participante estaria limitando voluntariamente seu direito à vida e à integridade física, o que é proibido pelos artigos 11 e 13 do Código Civil.[150]

Concluindo, a pretensão do participante de pesquisas médicas à reparação dos danos estéticos cometidos pelos pesquisadores ou pela instituição de pesquisa, deve ser pautada na análise de diversos fatores, como se há um consentimento livre e esclarecido assinado pelo participante e nele conste todas as informações sobre a pesquisa, se há nexo de causalidade entre o dano experimentado e a utilização do produto farmacêutico experimental e, por fim, e mais importante, se os danos causados violam a integridade física de forma permanente.

O direito de ser indenizado está sujeito ao prazo prescricional de três anos, aplicados para os pesquisadores e instituições privadas segundo artigo 206, parágrafo 3º, inciso V do Código Civil[151] e o prazo prescricional de cinco anos

---

[149] WORLD MEDICAL ASSOCIATION,*Declaração de Helsinque da Associação Médica Mundial (WMA)*. Disponível em: <https://www.wma.net/wp-content/uploads/2016/11/491535001395167888_DoHBrazilianPortugueseVersionRev.pdf.>. Acesso em: 30/12/2019.

[150]TOMASEVICIUS FILHO, E. O Código Civil brasileiro na disciplina da pesquisa com seres humanos. Revista de Direito Sanitário, v. 16, n. 2, p. 116-146, 30 out. 2015

[151]"Art. 206. Prescreve:§ 3º Em três anos: V - a pretensão de reparação civil;"

quando a indenização for proposta contra o Estado, nos termos do artigo 1º do Decreto n. 20.910/1932.[152]

5. Danos estéticos advindos da gestação por substituição

A gestação por substituição é uma modalidade de reprodução humana assistida. Nesse sentido, para iniciar o estudo a respeito deste tema faz-se necessário conceituar o que é a reprodução assistida.

Segundo Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf "a reprodução assistida é a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade e esterilidade satisfaçam o de alcançar a maternidade e a paternidade" .[153]

Esta espécie de reprodução encontra-se prevista no nosso ordenamento jurídico, no artigo 1597, incisos III, IV e V do Código Civil,[154] que aborda a matéria da presunção da filiação.

Nota-se que o Código Civil ao referir-se ao tema traz incisos que apresentam modalidades diferentes de reprodução assistida, decorrentes de conceitos diversos, cuja compreensão destes faz-se essencial para que seja feita a análise correta da amplitude das possibilidades que abarcam a reprodução humana assistida e possibilite o desenvolvimento de uma linha de raciocínio a respeito deste tema.

São os termos: fecundação, inseminação, concepção, reprodução assistida homóloga e reprodução assistida heteróloga.

O inciso III utiliza a palavra fecundação, que se origina do latim *fecundatio* e consiste na fertilização do óvulo pelo esperma. Isto pode ocorrer de maneira natural ou artificial, podendo ser pela fertilização *in vitro* ou pela inseminação na mulher, o

---

[152] Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

[153] MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito de Família*/ Carlos Alberto Dabus Maluf, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, 2. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, pág. 538.

[154] "Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido."

inciso IV fala sobre a concepção, esta ocorre no momento posterior ao da fecundação, representando o produto da mistura do material genético entre os pais, já o inciso V traz o termo inseminação que oriunda do verbo *inseminare* e significa a colocação do sêmen ou do óvulo fecundado na mulher.

A reprodução assistida homóloga é aquela realizada com o material genético dos próprios cônjuges ou conviventes e, geralmente, não é alvo de muitas discussões, pois costuma ser mais aceita aos olhos daqueles mais tradicionalistas. A reprodução assistida heteróloga, por sua vez, é aquela realizada com o material genético de doador, podendo ser apenas de um dos pais ou de ambos, havendo a transferência do embrião doado.

Apresentados estes importantes conceitos, sem os quais não é possível entender a reprodução assistida, enquadra-se a gestação por substituição na previsão do inciso V do artigo 1597 do Código Civil.

A gestação por substituição, ou cessão temporária de útero, não possui um procedimento ou técnica que apresentem maiores dificuldades para a sua compreensão, são os questionamentos no campo da bioética e da moral que trazem as divergências a seu respeito.

Segundo Adriana Caldos do Rego Freitas, a gestação por substituição pode ser entendida como a cessão do útero para a gestação de filho que será concebido por um terceiro, denominado de contratante, “a quem a criança gerada deverá ser entregue após o nascimento, assumindo a fornecedora condição de mãe, ou seja, é a possibilidade de uma mãe conceber um filho biológico fora do seu ventre”.[155]

A gestação por substituição pode ocorrer de diferentes formas,[156] a primeira delas é aquela que ocorre quando a fonte dos gametas masculino e femininos é proveniente do marido ou companheiro e da esposa ou companheira e a fecundação é realizada na esposa ou companheira, sendo somente o local da gravidez na mãe substituta; a segunda hipótese é aquela em que a fonte dos gametas masculinos é um doador e a dos gametas femininos é da esposa ou companheira, sendo a fecundação realizada na própria esposa ou companheira e o local da gravidez é a mãe substituta; a terceira hipótese consiste na fonte dos

[155] MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito de Família*/ Carlos Alberto Dabus Maluf, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, 2. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, p. 551.
[156]ANDORNO, Roberto. *La distinction juridique entre les personnes et les choses:à l’ epreuvedes procréactions artificielles.* Paris, LGDJ, 1996. p. 228.

gametas masculinos e femininos serem o marido ou companheiro e esposa e companheira, o local da fecundação ser um laboratório e o local da gravidez ser a mãe substituta; a quarta hipótese é aquela em que os gametas masculinos são provenientes de um doador, os gametas femininos são provenientes da esposa ou companheira, o local da fecundação é o laboratório e o local da gravidez é a mãe substituta; a quinta hipótese é aquela em que os gametas masculinos são provenientes do marido ou companheiro, os femininos de uma doadora, a fecundação é feita em um laboratório e o local da gravidez é na mãe substituta; e, por fim, a sexta hipótese, e a mais controvertida, é aquela em que não há material genético nenhum do casal que realiza a técnica da gestação por substituição, ou seja, tanto os gametas masculinos, quanto femininos são provenientes de doador e doadora, o local da fecundação é o laboratório e a gravidez ocorre na mãe substituta.

Em relação ao local da gravidez, Rolf Madaleno expressa que existem duas modalidades de mães de substituição, a mãe portadora e a mãe de substituição.

A primeira apenas emprestaria o seu útero para recepcionar os embriões do casal doador ou o óvulo de uma doadora, já a segunda não somente emprestaria o seu útero, como também poderia ceder seus óvulos, sendo inseminada com o esperma do marido ou companheiro da mulher infértil, assumindo o compromisso de dar à luz a criança e entregá-la ao casal que assumirá a filiação, renunciando seus direitos maternos. [157]

Não há regulamentação legal no nosso ordenamento jurídico a respeito deste tema, ele é apenas regulado pela resolução 2.168/17[158] do Conselho Federal de Medicina que, apesar das contundentes objeções da Igreja Católica, vem admitindo a utilização da referida técnica.

A Igreja Católica pela Instrução *Donum Vitae,* traduzido como “O Dom da Vida”, realizada pela Congregação para a Doutrina da Fé, em latim *Congregatio pro Doctrina Fidei - CDF*, a mais antiga das nove congregações da Cúria Romana, um dos órgãos da Santa Sé, publicada em 22 de fevereiro de 1987 com a aprovação do Papa João Paulo II, evidencia a rejeição eclesiástica às técnicas de reprodução

[157] MADALENO, Rolf, *Direito de Família* – 7.˚ ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 550/551.

[158] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, RESOLUÇÃO CFM nº 2.168/2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168#search=%22gesta%C3%A7%C3%A3o%20por%20substitui%C3%A7%C3%A3o%22>. Acesso em: 26/12/2019.

de fertilização medicamente assistida, reputando imprescindíveis para a gestação, a existência de relações sexuais entre homem e mulher casados entre si, e na hipótese de esterilidade a única solução apropriada seria a adoção.

A resolução 2.168/17 é bastante clara sobre para quais casos há a autorização desta técnica, o procedimento da gestação por substituição pode ser realizado, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira.[159]

Isso significa que em nenhuma hipótese a gestação por substituição é autorizada em casos de mulheres que não querem ficar grávidas por questões estéticas ou porque não querem sentir os desconfortos da gravidez ou ter problemas no trabalho.

Além deste pré-requisito inicial, para que seja possível realizar tal modalidade de reprodução assistida, devem ser observados outros requisitos, como o de que a mulher que irá realizar a gestação por substituição deverá pertencer a família de um dos parceiros, em parentesco consanguíneo até o quarto grau, sendo que os demais casos, isto é, quando este parente não existir ou não estiver de acordo com a realização desta técnica, devem se submeter à autorização prévia do Conselho Regional de Medicina.

Porém, em todos os casos a mulher que será a mãe por substituição deverá possuir, no máximo, cinquenta anos e a gestação por substituição não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. Este requisito está ligado ao fato de que há o entendimento de que esta modalidade de reprodução assistida se encaixaria na proteção constitucional do artigo 199 §4˚,[160]que veda a comercialização do corpo, e que deve ser realizado um termo de consentimento livre e esclarecido pelos pacientes e pela cedente do útero, contemplando os aspectos biopsicossociais, os riscos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação.

Deverá, também, conter no prontuário um relatório médico com perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos, um

[159] Estes requisitos são encontrados no item “VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO” da Resolução2.168/17.

[160] “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.
§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.”

termo de compromisso entre os pacientes e a doadora temporária de útero, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança, bem como a garantia, por parte dos pacientes contratantes do serviço de reprodução assistida, de tratamento e acompanhamento médico à gestante até o puerpério, decorrentes da necessidade de se observar a boa-fé contratual prevista no artigo 422 do Código Civil.[161]

Por fim, deverá ainda conter neste prontuário uma garantia de registro civil da criança pelos pacientes contratantes, devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez e a aprovação do cônjuge ou companheiro da doadora temporária do útero, para os casos em que esta for casada ou viver em união estável.

Feita tais observações sobre a gestação por substituição, sem mais alongar em temas alheios ao dano estético, verifica-se que, em decorrência do que prevê a Lei 11.804/08, poderá a gestante demandar os pais biológicos ou socioafetivos, interessados na reprodução assistida por alimentos gravídicos com vistas a garantir a assistência material durante o período gestacional, sendo este devido desde a concepção.

Consoante a normatividade da matéria, seria possível a gestante demandar os pais biológicos ou socioafetivos pelas transformações corporais as quais esta se submeteu?

Resta claro, sem adentrar em tecnicidades exclusivamente relativas às áreas médicas, que o corpo da mulher passa por diversas transformações, ajustes fisiológicos e anatômicos que acarretam acentuadas mudanças no organismo materno, sendo improvável que qualquer outra fase da vida possa causar maior mudança no funcionamento e forma do corpo humano em tão curto espaço de tempo, mudanças que se iniciam desde o momento da nidação e se estendem por todo período gestacional até o término da lactação.[162]

Há, por exemplo, uma hipertrofia e dilatação do útero que requer um aumento da vascularização, bem como da placenta, gerando um aumento de vasos

---

[161] Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

[162]SOUZA, Ariani I.; B. FILHO, Malaquias; FERREIRA, Luiz O. C.. *Alterações hematológicas e gravidez*. Rev. Bras. Hematol. Hemoter**.**, São José do Rio Preto , v. 24, n. 1, p. 29-36, Mar. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-84842002000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 26/12/ 2019.

sanguíneos, há a possibilidade de haver anemia no pré-natal, hemorragias, tromboembolismo no puerpério, entre outros.[163]

Assim, se temos que o dever de se indenizar por dano estético é decorrente de uma violação à integridade física e este possui seu fundamento jurídico na tutela do direito à saúde, nada mais plausível que se verificar a possibilidade de se incidir esta modalidade de dano no caso da gestação por substituição, já que esta causa inúmeras e extensas modificações corporais que recaem sob uma terceira contratada que cede seu corpo para que outros possam desfrutar e exercer a parentalidade.

Em relação ao fato de se argumentar sobre a possibilidade de que a mãe substituta poderia assumir os riscos das transformações e eventuais danos corporais advindos da gravidez ao assinar um termo de consentimento livre e esclarecido, deve-se relembrar a lógica que seria impossível consentir na ofensa à integridade física, sendo ilegítimo tal fato. Assim, o termo de consentimento deve respeitar o ordenamento jurídico brasileiro no que este expressa sobre as limitações das disposições do corpo.

Utilizando o artigo 13 e 15 do Código Civil, percebe-se que não se pode reconhecer força legal a um consentimento livre e esclarecido que tenha como função eximir os pais contratantes de arcar com eventuais danos estéticos que possam vir a existir durante e pós o período de gravidez.

O enfoque, desta forma, deve ser dado, mais uma vez, em relação à permanência do dano. É evidente que há inúmeras transformações corporais durante o período gestacional, como, por exemplo, alterações fisiológicas e doenças comuns na gravidez, que ao término do ciclo biológico da gestação cessam, e o corpo retorna ao seu estado pré-gestação por substituição, então, impossível seria considerar qualquer desregulação corpórea transitória pode ser causa de danos estéticos.

Em outros casos, porém, as alterações fisiológicas e o desenvolvimento de doenças podem trazer graves consequências permanentes, como ocorre nos casos, por exemplo, em que há o acrestismo placentário, isto é, quando a placenta

[163]SOUZA, Ariani I.; B. FILHO, Malaquias; FERREIRA, Luiz O. C.. *Alterações hematológicas e gravidez*. Rev. Bras. Hematol. Hemoter**.**, São José do Rio Preto , v. 24, n. 1, p. 29-36, Mar. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-84842002000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 26/12/ 2019.

se fixa profundamente na parede uterina, ultrapassando o limite normal de fixação. Ela pode ser classificada em acreta, quando está inserida profundamente na decídua – camada interna do útero, increta, quando chega à musculatura uterina, ou percreta, quando ultrapassa a musculatura uterina podendo invadir até órgãos adjacentes, como a bexiga, que em seus casos mais graves podem ocasionar na perda do útero e dos órgãos adjacentes afetados.[164]

Nestes casos, a extensão do dano é bastante ampla e, sem dúvidas, este se configura como permanente, devendo aquela que cedeu seu útero ser indenizada por danos estéticos pelos contratantes. Note que este é outro exemplo capaz de afastar a linha de argumentação de que o dano tem que ser externo ou qualquer outro que indique o dano estético como um dano simplesmente moral, do fator social ou afeamento.

Evidente que a remoção do útero e outros órgãos causará um abalo psicológico que deve ser indenizado pelos danos morais, não devendo nunca ser confundido com os danos puramente estéticos advindos da lesão à integridade física e à saúde.

164 FETALMED.NET. *Placenta Acreta*. Disponível em: <https://www.fetalmed.net/placenta-acreta/>. Acesso em: 27/12/2019

CAPÍTULO V - DANO ESTÉTICO EM LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS

Neste capítulo, será trazido o posicionamento jurídico de alguns países, Argentina, Espanha, Itália e Portugal, no que concerne ao enfrentamento da problemática da aplicação dos danos estéticos à tutela dos direitos inerentes ao ser humano.

É fundamental ser ressaltado que não será realizado um estudo de Direito comparado, mas, tão somente, será feita a exposição dos entendimentos e as formas de como tais países lidam com esta modalidade de danos.

1. Argentina

Na Argentina, o dano estético, de forma majoritária, não é compreendido como sendo um dano autônomo, apesar de ser possível encontrar algumas decisões sustentando a ressarcibilidade deste dano autonomamente[165]. Mas, ele é considerado como uma espécie de dano moral ou de dano material, a depender do reflexo causado pela alteração da integridade física do indivíduo lesado.[166]

Para o estado atual do Direito argentino, o dano estético, por si só, é incapaz de gerar o dever de indenizar tal como se fosse um dano individualizado. Esta modalidade de dano somente geraria uma obrigação indenizatória relativa ao efeito resultante da lesão, podendo, até mesmo, ser classificado como sendo, a contrário senso, uma espécie de dano patrimonial.

---

165 SAIJ – SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA, Daños y perjuicios, indemnización, daño estético, piezas dentales. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/danos-perjuicios-indemnizacion-dano-estetico-piezas-dentales-suc0020103/123456789-0abc-defg3010-200csoiramus?q=%28moreLikeThis%28id-infojus%2C%20numero-norma%5E4%2C%20tipo-documento%5E4%2C%20titulo%5E4%2C%20jurisdiccion%2C%20tesauro%2C%20provincia%2C%20tribunal%2C%20organismo%2C%20autor%2C%20texto%5E0.5%29%3Adan%F5%20biol%F3gico%29%20AND%20%28tema%3Ada%F1o%3Fest%E9tico%29&o=0&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20civil%5B3%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Jurisprudencia&t=1>. Acesso em: 03/01/2020

166 Tal posicionamento pode ser visto na decisão proferida em 13 de dezembro de 2016 pela *Cámara Civil y Comercial Sala III*, disponibilizada no site do *Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Mercedes*, disponível no <https://www.camercedes.org.ar/jurisprudencia/cayana-adolfo-c-tocaimaza-luis-a-y-otros-s-danos-y-perjuicios/>. Acesso em: 03/01/2020.

O dano estético será classificado desta forma quando da lesão à integridade física se obtiver como resultado uma incapacidade corporal para o lesado, ou seja, o dano estético será considerado como sendo um dano material nas hipóteses em que o agravo causado à aparência física do ser humano resultar em uma violação relevante para a esfera laboral deste indivíduo, diminuindo-lhe, de forma grave, o desenvolvimento normal das práticas laborais.[167]

Os juristas Jorge Alsina Bustamente[168] e Eduardo Zanonni[169] expressam que seria impossível pensar o dano estético como *tertium genus* para o Direito argentino, isto é, uma terceira espécie de gênero de dano.[170] Estes reafirmam o exposto no parágrafo anterior, expressando que esta modalidade de dano, por apenas possuir repercussões econômicas ou psíquicas na vítima, somente poderia ser conceituada como sendo um dano patrimonial indireto ou um dano moral, a depender da esfera lesada.

Este pensamento é justificado pelo fato de que o dano estético é entendido como uma ruptura da imagem física da pessoa, advinda de um ato ilícito que violou sua integridade física, tornando o lesado, obrigatoriamente, mais feio, deformado, ridículo ou repulsivo após o evento danoso.[171]

Importante destacar que, apesar de se exigir a piora na aparência física, não há a limitação da tutela deste direito à reparação apenas para os casos em que o lesado for considerado uma pessoa bela, o que afasta a ideia de subjetividade do conceito da beleza, devendo a indenização pelos danos estéticos ser garantida

---

[167]SAIJ – SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA, *Indemnización, daño estético.* Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/indemnizacion-dano-estetico-suc0409846/123456789-0abc-defg6489-040csoiramus?q=tema%3Ada%F1o%3Fest%E9tico&o=4&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n/Nacional%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Jurisprudencia&t=147**>.** Acesso em: 03/01/2020.

[168] BUSTAMENTE ALSINA, Jorge. *Teoria general de la responsabilidade civil.*9. ed. Buenos Aires : Abelardo-Perrot, 1997. p.677.

[169] ZANONNI, Eduardo A. *El daño em la responsabilidade civil*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993. p. 156.

[170] DICCIONARIO SOCIAL | ENCICLOPEDIA JURÍDICA ONLINE - DICCIONARIO JURÍDICO Y DE CIENCIAS SOCIALES EN LÍNEA. PALABRAS Y TÉRMINOS LEGALES Y DE LAS CIENCIAS SOCIALES: DE MEXICO, ESPAÑA, ARGENTINA, COLOMBIA, PERÚ, VENEZUELA, ECUADOR, CHILE Y DE OTRAS JURISDICCIONES. *Tertium Genus.* Disponível em: <https://diccionario.leyderecho.org/tertium-genus/>. Acesso em 03/01/2020.

[171] ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde-M.- *Integridad sicofísica*, en *Resarcimiento de daños* (vide), T.2, *Daños a las personas*, Vol. 2a, 1ª ed., 1990; Hammurabi, Buenos Aires. p. 170.

para todo ser humano, uma vez que todos possuem o direito inerente à sua própria condição de homem de ter conservada a sua aparência externa.[172]

Esta forma de se posicionar, notadamente, é bastante semelhante àquela adotada pelos juristas brasileiros que consideram o dano estético como uma espécie de dano moral, há, tal qual para a corrente brasileira, a necessidade da configuração do elemento afeamento e da exposição vexatória da sua condição "deformada" para que exista o dano estético.

Nesta concepção argentina, existe uma estreita relação da subjetividade da beleza ao dano, inclusive o jurista Miguel Lemega reforça esta ideia expressando que uma cicatriz poderia se converter em um realce ao rosto aumentando a sua atração,[173] o que, nestes casos, restaria pela não configuração do dano estético e o dever de se indenizar.

2. Espanha

Na Espanha, semelhante posicionamento acontece, o dano estético é visto como um dano a beleza, devendo ser tutelada a proteção tanto estática quanto dinâmica do corpo humano, mas não em um conceito da preservação da integridade física como forma de se proteger a saúde do indivíduo, mas de protege-lo do rechaço social que transtorna vida de quem sofre este tipo de dano, que é capaz de alterar o indivíduo em seu aspecto psíquico, modificando a sua personalidade.[174]

Jesus Fernandez Entralgo expressa que, para a existência desta modalidade de dano, faz-se necessário que ocorra um afeamento como consequência de uma lesão externa e que este afeamento seja permanente e perceptível um terceiro observador[175].

---

[172] ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde-M.- *Integridad sicofísica*, en *Resarcimiento de daños* (vide), T.2, *Daños a las personas*, Vol. 2a, 1ª ed., 1990; Hammurabi, Buenos Aires. p. 179

[173] LEMEGA, Miguel G. *El daño estético en la legislación, doctrina y jurisprudencia*, LL-Arg., 1977-D, p. 1031.

[174]ENTRALGO, Jesus Fernandez, *La problemática del perjuicio estético: especial referência a su valoracion*. Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados em Responsabilidad Civil y Seguro. Asociación Española de Abogados Especializados em Responsabilidad Civil y Seguro. n. 34. Segundo Trimestre. Año 2010. Disponível em: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/revistas/rc%20abogados%2034.pdf>. Acesso em: 04/01/2019.

[175] ENTRALGO, Jesus Fernandez, *La problemática del perjuicio estético: especial referência a su valoracion*. Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados em Responsabilidad

Portanto, nota-se que na Espanha o dano estético é considerado um dano de natureza moral, que para ser configurado deve preencher os mesmos requisitos observados pelos juristas brasileiros que não defendem a autonomia dos danos estéticos.

Isto ocorre, pois a noção de violação à integridade física é considerada como sendo um dano biológico, expressa Mariano Medina Crespo que o dano estético, apesar de integrar uma espécie de dano biológico, não deve ser considerado como sendo este último, porque o tal dano não se configura como sendo um dano funcional ao corpo capaz de ser auferido de maneira absoluta e objetiva, sendo apenas um reflexo moral da deformidade, e como tal deve ser reparado.[176]

Torna-se fácil a conclusão de que o que se tutela, quando se aborda a temática dos danos estéticos no Direito espanhol, é a preservação da integridade física ante a alteração da imagem física do indivíduo e não a preservação da integridade física como um bem juridicamente merecedor de proteção, já que, neste último caso, o dano seria denominado como sendo biológico.

Assim, quando juristas, como Mariano Medina Crespo, defendem a autonomia do dano estético, estes o fazem tal como a ilustre jurista brasileira Teresa Ancona Lopez, expressando que deve-se separar os danos puramente morais daqueles que possuem um *plus* que seria a externalidade do afeamento e deformidade do corpo.[177]

3. Itália

Em contrapartida ao posicionamento destes países apresentados, o Direito italiano apresenta-se o dano estético como diferente das outras modalidades de dano, defendendo a sua reparabilidade autonomamente.

Civil y Seguro. Asociación Española de Abogados Especializados em Responsabilidad Civil y Seguro. n. 34. Segundo Trimestre. Año 2010. Disponível em: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/revistas/rc%20abogados%2034.pdf>. Acesso em: 04/01/2019.

[176]CRESPO, MARIANO MEDINA. *EL RESARCIMIENTO DEL PERJUICIO ESTÉTICO. CONSIDERACIONES DOCTRINALES Y LEGALES, A LA LUZ DEL SISTEMA DE LA LEY 30/1995.* DISPONÍVEL EM: <HTTP://CIVIL.UDG.EDU/CORDOBA/PON/MEDINA.HTM>. ACESSO EM 03/01/2020.

[177] CRESPO, MARIANO MEDINA. *EL RESARCIMIENTO DEL PERJUICIO ESTÉTICO. CONSIDERACIONES DOCTRINALES Y LEGALES, A LA LUZ DEL SISTEMA DE LA LEY 30/1995.* DISPONÍVEL EM: <HTTP://CIVIL.UDG.EDU/CORDOBA/PON/MEDINA.HTM>. ACESSO EM 03/01/2020.

Na Itália, os juristas demonstram um entendimento tal qual foi apresentado neste trabalho, de que o dano estético é uma violação à integridade física e deve ser tutelado de maneira autônoma como forma de proteção ao direito à saúde, sendo tal direito considerado como um direito absoluto e intrínseco ao homem, devendo, no caso de sua violação ser integralmente reparado.[178]

O dano estético neste país é alcunhado de dano biológico e decorre da interpretação, em conjunto, do artigo 32 Constituição Italiana,[179] que versa sobre a proteção dada à saúde e do artigo 2.043 do Código Civil italiano,[180] que trata da norma geral para a responsabilidade civil.[181]

Desta forma, não importa para que reste configurado o dano estético que sejam aplicados os conceitos de afeamento, externalidade etc., é necessário, apenas, que haja a violação à integridade física do indivíduo lesado, pois entende-se que a saúde é o bem jurídico que deve ser merecedor de tutela e não a imagem externa do lesado em relação ao julgamento vexatório de um terceiro.

4. Portugal

Em Portugal, o Código Civil de 1966, em seu artigo 70,[182] que versa sobre a tutela geral da personalidade, estabelece uma cláusula ampla de proteção da personalidade para o ser humano, expressando que a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral, sendo compreendido o direito à vida, o direito à integridade física e direito ao próprio corpo, seja total ou parcial, no que toca a proteção à personalidade física.

---

[178] ALPA, Guido. *Il danno biológico: percorso di un'idea*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2003. p. 40.

[179] Art. 32 A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, e garante tratamentos gratuitos aos indigentes. Ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário, salvo disposição de lei. A lei não pode, em hipótese alguma, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana.

[180] Art. 2043.(Risarcimento per fatto illecito).Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.

[181] CASTRONOVO, Carlo. *Danno biológico: un itinerario di diritto giurisprudenziale*. Milano. Giuffrè, 1998. p. 268 e ss.

182 Artigo 70.º (Tutela geral da personalidade)

1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.

2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

Cumulada a esta proteção conferida ao direito à integridade física, o artigo 496, I[183], que aborda a temática da responsabilidade civil decorrente de danos extrapatrimoniais, expressa que devem ser fixadas indenizações a todos os direitos que mereçam ser tutelados, de acordo com um critério de gravidade da lesão, restando claro que, por ser um dispositivo legal que não limita as hipóteses de reparação, os danos estéticos, como forma de proteção à integridade física em relação à danos causados à saúde dos indivíduos, podem e devem ser reparados de forma autônoma.

Diante da análise do posicionamento destes quatro países, percebe-se que o dano estético, quando possui o caráter de proteção à saúde, é tutelado de forma autônoma, como uma expressão máxima de se proteger o ser humano em todo o espectro de sua vida e dignidade. Porém, quando é considerado como um reflexo subjetivo de sentimentos desgostosos ante a lesão deformante sofrida, seu conceito se amolda dentro do dano moral, sendo sua autonomia, majoritariamente, é rechaçada, pois, tal qual o último, o bem jurídico tutelado é a integridade psíquica do indivíduo.

[183] 1 - Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve como objetivo investigar a autonomia dos danos estéticos, buscando compreender suas características específicas para melhor poder delimitá-los, e, por consequência, possibilitar uma aplicação eficiente de seus conceitos em casos concretos.

No primeiro capítulo, o objetivo foi estruturar uma base teórica, a partir do conceito de dano, para possibilitar iniciar a separação integral dos danos estéticos dos danos morais, especificamente, na determinação do que deve ser entendido como sendo dano extrapatrimonial.

Em consonância com o espírito do trabalho acolheu-se a conclusão de que se deve conceituar o dano extrapatrimonial como sendo todo aquele que não se enquadre em uma ofensa a um bem jurídico apreciável monetariamente, pois este posicionamento, pautando-se no ensinamento, dentre outros juristas, de Pietro Perlingieri, que expressou que a transformação da realidade social, seja qual o aspecto analisado significa a transformação da realidade normativa e vice e versa,[184] parece ser o mais adequado ao se pensar que o Direito, em sua essência, é a regulação da vida do homem em sociedade, devendo aquele servir a este e não o inverso.

Dessa maneira, o capítulo primeiro rechaça a hipótese de que todo dano extrapatrimonial é, obrigatoriamente, um dano moral, possibilitando, assim, vislumbrar o dano estético como autônomo.

No capítulo segundo, iniciou-se a discussão especifica sobre os danos estéticos, sendo abordado primeiro o posicionamento daqueles que consideram o dano estético como sendo uma espécie de dano moral, apresentando a fundamentação legal e os requisitos para sua configuração, bem como qual seria a linha de raciocínio desenvolvida por estes juristas para que tal posicionamento estivesse em consonância com a Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça e pudesse defender a licitude da cumulação da pretensão indenizatória dos danos morais e estéticos.

---

[184] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil* / Pietro Perlingieri; tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev. e amp. - Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Pag. 1 e 2.

Observou-se que, para esta corrente de pensamento, os danos estéticos seriam danos morais por se consubstanciarem em uma ofensa a um direito da personalidade, a saber, o direito à integridade física pessoal, sob a ótica da imagem externa da pessoa, ou seja, a reparação derivaria do dever de tutela da beleza física de alguém, cujos requisitos para sua configuração seriam a necessidade da externalidade da transformação do corpo causada pelo dano, que esta modificação seja duradoura ou permanente e que esta cause o afeamento da vítima, o que, por consequência lógica, resultariam em humilhações e desgostos advindas da exposição da deformidade.

Para fundamentar a possibilidade da cumulação destas duas modalidades de dano, chegou-se à conclusão de que a lógica utilizada pela jurista Teresa Ancona Lopez, parecida com o que é defendido no Direito espanhol, é a que melhor poderia justificar, ainda que este trabalho aponte posicionamento diverso, o afastamento do *bis in idem* em sua cumulação, pois expressa que o dano deformante à integridade física não é igual a qualquer outro tipo de dano moral, sendo o mais grave de suas formas, gerando tanto sofrimento pela transformação física, quanto o dano moral à imagem social, que seria, então, o dano estético.

No item dois do capítulo segundo, foi exposta como é pensado a hipótese da autonomia dos danos estéticos, relevando que estes se fundam na proteção à integridade física visando preservar o bem jurídico da saúde do cidadão. Assim, é clara a distinção entre a primeira corrente se ocupa com a preservação da imagem externa e a segunda com a saúde.

Foram expostas as fundamentações legais para os danos estéticos como sendo autônomos, bem como os requisitos para sua configuração e a motivação para explicar a possibilidade da cumulação.

Investigados estes fatos, percebeu-se que muitos autores, que buscam explicar a autonomia dos danos estéticos, utilizam elementos típicos dos danos morais para justificar estes danos, expondo requisitos incongruentes com a proteção à integridade física com visando tutelar a saúde, como por exemplo, a externalidade e o afeamento.

Não somente, foi verificado que, para ambas as correntes, existe a necessidade da permanência do dano, ou que este seja duradouro, para a sua configuração, o que nos dois casos constatou-se estarem equivocados.

No primeiro, ao adotar que o dano estético é puramente moral, ilógico seria pensar que vivenciar uma situação ultrajante, seja pelo mínimo de tempo que for, advinda da exposição vexatória de seu corpo deformado, cuja deformidade lhe foi injustamente causada, só seria passível de reparação se a humilhação fosse perpétua, indo além, se o dano estético for considerado exclusivamente moral, não há que se falar na possibilidade da correção deste dano, pois o reflexo moral, a angústia, ocorre de forma direta, não havendo válvula de escape corretora capaz de ilidir os danos psicológicos sofridos com as experiências danosas, obrigatoriamente, a pessoa vivenciou sentimentos que ensejariam a reparação por danos estéticos de cunho moral.

Em relação à segunda corrente, conceito que também se aplica a primeira, estas esboçam um conceito de permanência que vai contra os dispositivos normativos do ordenamento jurídico brasileiro, já que se expõe a ideia de que se for possível reparar o dano com intervenções no corpo, como por exemplo, cirurgias reparadoras, o dano não poderia ser considerado permanente, o que se sobreporia a autonomia corporal do indivíduo, levando a conclusão de que caso a pessoa venha sofrer um grave dano, mas não quiser se submeter, por quaisquer motivos íntimos, a uma cirurgia ou tratamento, não teria o direito de ter seu dano reparado, o que seria inconcebível.

O trabalho conclui pela exigência do requisito da permanência do dano para que haja a configuração do dano estético e consequentemente o dever de reparar, mas com uma conceituação diversa da até então apresentada pela doutrina, pois uma vez que há a autonomia da vontade sobre o próprio corpo vedando o caráter compulsório do tratamento ou intervenção, apenas parece adequado justificar tal permanência do dano estético pelo entendimento o qual o corpo, sem que ocorra nenhuma intervenção externa de terceiros ou mesmo do próprio indivíduo prejudicado, seja através da aplicação de cremes ou realização de tratamentos, possa voltar ao que era antes de forma autônoma, se restaurar naturalmente.

Como conclusão, tem-se que o dano estético ocorre independentemente de sua externalidade, afeamento ou localização, devendo ser constatado apenas dois requisitos para sua configuração, a alteração do corpo pós evento danoso e a permanência desta alteração.

No capítulo terceiro, foi debatida a questão do *quantum* indenizatório, oportunidade em que se verificou que tanto a doutrina, quando a jurisprudência tem

um posicionamento de verificar elementos morais para o cálculo do arbitramento dos danos estéticos como, por exemplo, a localização do dano, o chamado fator social, o que no presente trabalho foi devidamente afastado, pois para a apreciação do dano estético é indiferente o reflexo moral da exposição do defeito, já que este deve ser inserido no computo dos danos morais.

Defendeu-se, também, a impossibilidade da configuração do enriquecimento ilícito por parte do ofendido, devendo somente ser observado para o cálculo do montante indenizatório o grau de culpa entre os envolvidos, a extensão da lesão, verificando seus reflexos no próprio desenvolvimento do corpo e na sua funcionabilidade, bem como a capacidade econômica do ofensor, pois caso contrário poderia a parte do corpo do abastado ter um valor maior que a de um ser humano pobre, o que violaria, em sua máxima expressão, a tutela da dignidade humana.

No capítulo quarto, foram aplicados os conceitos desenvolvidos nos capítulos anteriores para que se possibilita-se verificar a incidência ou não dos danos estéticos aos casos de autolesão, de disposição voluntária do corpo em vida, de lesões corporais após a morte, de disposição do corpo para estudos clínicos e de gestação por substituição, conferindo a didática necessária para compreender de forma integral, o que é, quais são os requisitos e como se verifica a existência ou não dos danos estéticos em casos concretos.

Por fim, foi trazido o posicionamento de ordenamento jurídico argentino, espanhol, italiano e português sobre a temática dos danos estéticos, oportunidade em que, sem realizar um estudo de direito comparado, verificou-se as semelhanças e divergências com as correntes de pensamentos existentes na doutrina brasileira.

Diante de todo o estudo, conclui-se pela autonomia dos danos estéticos, uma vez que esta modalidade de dano decorre da lesão à integridade física visando tutelar o direito à saúde conferido a todo cidadão, bem como que esta espécie de dano deve ser auferida de maneira objetiva, pois deriva da análise da transformação do corpo pré e pós evento danoso, devendo tal transformação ser permanente, no sentido da impossibilidade do corpo se restaurar sozinho, sem que haja a intervenção de terceiros ou do próprio lesado.

Por fim, para chegar ao arbitramento do *quantum* indenizatório devido a título de reparação pelos danos estéticos deve-se analisar, o grau de culpa entre os envolvidos, a extensão da lesão à integridade física perpetrada, a diferenciação do

conjunto harmonioso do corpo pré e pós-evento danoso, jamais atribuindo valores indenizatórios pelos reflexos psicológicos causados pela alteração corporal, que devem ser reparados por danos morais, ou da prejudicialidade que este dano causou para a capacidade laborativa do indivíduo já que estes danos deverão ser reparados pelos danos materiais, e o poder econômico do ofensor.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA EUROPEIA PARA AVALIAÇÃO DE PRODUTOS MEDICINAIS. *Manual para a boa prática clínica*. Disponível em: <www.ufrgs.br/bioetica/gcpport.htm>. Acesso em: 15.12.2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA, *Resolução da Diretoria Colegiada - RDC Nº 9, De 20 De Fevereiro De 2015*. Disponível em:<http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/3503972/RDC_09_2015_COMP.pdf/e26e9a44-9cf4-4b30-95bc-feb39e1bacc6>. Acesso em: 23/12/2019.

ALPA, Guido, *Responsabilità civile e danno*. Bologna: Il Mulino, 1991.

_____. *Trattato di diritto civile, la responsabità civile*. v. 4. Milano: Giuffrè, 1999.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1980.

ANDORNO, Roberto. *La distinction juridique entre les personnes et les choses:à l' epreuvedes procréactions artificielles.* Paris, LGDJ, 1996.

BITTAR, Carlos Alberto, *Os direitos da personalidade.* 8., rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. – São Paulo : Saraiva, 2015.

BOLIVAR, Analluza Bravo *O Contrato de Pesquisa Clínica - Estratégias Para A Negociação De Um Contrato Atípico*, Revista dos Tribunais | vol. 958/2015 | p. 45 - 61 | Ago / 2015 | DTR\2015\10815.

BRAGA NETTO, Felipe. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2 ed. – São Paulo : Saraiva 2017.

BUNDESMINISTERIUMS DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ SOWIE DES BUNDESAMTS FÜR JUSTIZ, *Arzneimittelgesetz – AMG.* Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/amg_1976/AMG.pdf> acesso em 20/12/2019.

_____. *Gesetz über Medizinprodukte (Medizinproduktegesetz - MPG).* Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/mpg/MPG.pdf>. Acesso em 20/12/2019.

_____, *Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz - ESchG*). Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html>. Acesso em 20/12/2019.

BUNDESMINISTERIUMS DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ SOWIE DES BUNDESAMTS FÜR JUSTIZ, *Arzneimittelgesetz – AMG.* Gentechnikgesetz – GenTG. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/gentg/BJNR110800990.html>. Acesso em 20/12/2019.

BUSTAMENTE ALSINA, Jorge. *Teoria general de la responsabilidade civil.*9. ed. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1997.

CAHALI, Yussef Said. *Dano e Indenização.* São Paulo: Ed RT, 1980.

CAPPELARI, Récio Eduardo. *Os novos danos à pessoa*: na perspectiva da repersonalização do direito. Rio de Janeiro: GZ Ed. 2010.

CARVALHO SANTOS, J. M., *Código Civil Brasileiro Interpretado*, 8ª ed., Editora Freitas Bastos, 1964, vol. XIV.

CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1997.

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

CEDARO, J. J., & Nascimento, J. P. G. (2013). Dor e gozo: Relatos de mulheres jovens sobre automutilações. *Psicologia USP*, *24*(2), 203-223. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-65642013000200002>. Acesso em 15/12/2019.

CHAVES, Antônio. Direitos da personalidade direitos à vida, ao próprio corpo e às partes do mesmo (transplantes). Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 3 | p. 89- 111 | Out / 2010 | DTR\2012\1384.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução número 1.955/2010*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1955>. Acesso em 30/12/2019`

_____. RESOLUÇÃO CFM nº 2.168/2017. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168#search=%22gesta%C3%A7%C3%A3o%20por%20substitui%C3%A7%C3%A3o%22. Acesso em: 26/12/2019.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE*. Resolução Nº 466, de 12 de Dezembro de 2012*. Disponível em [https://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf]. Acesso em 19/12/2019.

_____. *RESOLUÇÃO Nº 510, DE 07 DE ABRIL DE 2016.* Disponível em <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2016/Reso510.pdf>. Acesso em 19/12/2019.

CRESPO, Mariano Medina. *El resarcimiento del perjuicio estético. Consideraciones doctrinales y legales, a la luz del sistema de la ley 30/1995.* Disponível em: [http://civil.udg.edu/cordoba/pon/medina.htm]. Acesso em 03/01/2020.

DA SILVA FILHO, ARTUR MARQUES, *A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO ESTÉTICO*, RT 689, P. 38-49, MAR./1993.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade.* Trad. de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. 2.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*, 7. ed. Rio de Janeiro: Ed Forense, 1983.

DICCIONARIO SOCIAL | ENCICLOPEDIA JURÍDICA ONLINE - DICCIONARIO JURÍDICO Y DE CIENCIAS SOCIALES EN LÍNEA. PALABRAS Y TÉRMINOS LEGALES Y DE LAS CIENCIAS SOCIALES: DE MEXICO, ESPAÑA, ARGENTINA, COLOMBIA, PERÚ, VENEZUELA, ECUADOR, CHILE Y DE OTRAS JURISDICCIONES. *Tertium Genus.* Disponível em: [https://diccionario.leyderecho.org/tertium-genus/]. Acesso em 03/01/2020.

ENTRALGO, Jesus Fernandez, *La problemática del perjuicio estético: especial referência a su valoracion*. Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados em Responsabilidad Civil y Seguro. Asociación Española de Abogados Especializados em Responsabilidad Civil y Seguro. n. 34. Segundo Trimestre. Año 2010. Disponível em: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/revistas/rc%20abogados%2034.pdf>. Acesso em: 04/01/2019.

EVERIPEDIA, Everyone's Encyclopedia. *Richard Hernandez (Tiamat The Dragon Lady)*.Disponível em: <https://everipedia.org/wiki/lang_en/richard-hernandez-tiamat-the-dragon-lady>. Acesso em: 30/12/2019.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FETALMED.NET. *Placenta Acreta*. Disponível em: [https://www.fetalmed.net/placenta-acreta/]. Acesso em: 27/12/2019.

GIUSTI, J. S. (2013). *Automutilação: Características clínicas e comparação com pacientes com transtorno obsessivo-compulsivo* (tese). Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil. p.5. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-03102013-113540/publico/JackelineSuzieGiusti.pdf>. Acesso em 15/12/2019.

UINNESS WORLD RECORD. *Most body modification (male)*. Disponível em: <https://www.guinnessworldrecords.com.br/world-records/210946-most-body-modifications-male>. Acesso em: 30/12/2019.

GUINNESS WORLD RECORD. *Most body modification (female)*. Disponível em: <https://www.guinnessworldrecords.com.br/world-records/most-body-modifications-(female)>. Acesso em: 30/12/2019.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costume.* Lisboa. Edições 70.

LEMEGA, Miguel G. *El daño estético en la legislación, doctrina y jurisprudencia*, LL-Arg., 1977-D.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Responsabilidade civil na sociedade de risco*. In: Sociedade de Risco e Direito Privado. Atlas São Paulo 2013.

MADALENO, Rolf, *Direito de Família* – 7.˚ ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito de Família*/ Carlos Alberto Dabus Maluf, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, 2. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva.

MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação*. Doutrinas Essenciais de Dano Moral | vol. 1/2015 | p. 867| Jul / 2015 | DTR\2001\588.

MATOS, Enéas de Oliveira. *Dano moral e dano estético.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MONTEIRO, António Pinto. *Sobre a reparação dos danos morais*. Revista Portuguesa do Dano Corporal 1/19.OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*, 6ª ed., LTR, 2011, São Paulo.

PEREIRA. André Gonçalo Dias. O Dever de Esclarecimento e Responsabilidade Médica in: Revista dos Tribunais | vol. 839/2005 | p. 69 - 109 | Set / 2005 | DTR\2005\584.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil.* 11. ed. rev. e atual. por Gustavo Tependino. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Fabio Queiroz, *Danos estéticos: uma análise à luz da função social da responsabilidade civil e da dignidade humana*, RDPriv. 50/205, abril 2012.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Responsabilidade Civil nos ensaios clínicos*. Indaituba,SP : Editora Foco, 2019.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil* / Pietro Perlingieri; tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev. e amp. - Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Ed. RT, 2012, Tomo LIV, p.309, atualizado por Rui Stoco.

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, v. 39 p. 38-44. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/039_1.pdf>. Acesso em: 10/03/2018.

SANTOS, Antônio Jeová, *Dano moral indenizável*, 6. ed. rev. atual. e amp. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang, *Comentários à Contituição do Brasil*, / J. J. Gomes Canotilho... [et al.]; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à dissolução dos danos*, 6. ed – São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Direitos da personalidade*, 3. ed.- São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Wilson Melo da O dano estético. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 194 1961.

SOARES, Flaviana Rampazzo, *Responsabilidade civil: novas tendências* / Nelson Rosenvald [et al.]; organizado por Nelson Rosenvald, Marcelo Milagres. – 2. Ed. – Indaituba, SP : Editora FOCO, 2018.

SOUZA, Ariani I.; B. FILHO, Malaquias; FERREIRA, Luiz O. C. *Alterações hematológicas e gravidez*. Rev. Bras. Hematol. Hemoter**.**, São José do Rio Preto, v. 24, n. 1, p. 29-36, Mar. 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-84842002000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 26/12/ 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Súmula 387*. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula387.pdf]. Acesso em: 10/07/2018.

TEPEDINO, Gustavo. “Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002”. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional*, 2007, p. XXIII e XXV

TOMASEVICIUS FILHO, E. O Código Civil brasileiro na disciplina da pesquisa com seres humanos. Revista de Direito Sanitário, v. 16, n. 2, p. 116-146, 30 out. 2015.

WORLD MEDICAL ASSOCIATION,*Declaração de Helsinque da Associação Médica Mundial (WMA)*. Disponível em: <https://www.wma.net/wp-content/uploads/2016/11/491535001395167888_DoHBrazilianPortugueseVersionRev.pdf.>. Acesso em: 30/12/2019.

ZANONNI, Eduardo A. *El daño em la responsabilidade civil*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993.

ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde-M.- *Integridad sicofísica*, en *Resarcimiento de daños* (vide), T.2, *Daños a las personas*, Vol. 2a, 1ª ed., 1990; Hammurabi, Buenos Aires.