

UMBERTO CASSIANO GARCIA SCRAMIM

**DA EXPANSÃO DOS DANOS INDENIZÁVEIS E SUA
CATEGORIZAÇÃO**

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Professora Titular Silmara Juny de Abreu Chinellato

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO / SP

2016

UMBERTO CASSIANO GARCIA SCRAMIM

**DA EXPANSÃO DOS DANOS INDENIZÁVEIS E SUA
CATEGORIZAÇÃO**

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, com área de concentração em Direito Civil, sob a orientação da Professora Titular Silmara Juny de Abreu Chinellato.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO / SP

2016

Agradeço a Deus, primeira e especialmente, por me permitir esta oportunidade e,
até aqui, haver me conduzido.

Aos meus pais, pelas bases firmadas e pelos constantes conselhos e direções.

À minha esposa, pelo permanente apoio e incentivo.

À Professora Silmara Chinellato, pela confiança em mim depositada, bem como pela
orientação e ensinamentos repassados.

Aos meus professores, que sempre me abriram os horizontes, por meio do
conhecimento.

Aos colegas da Pós-Graduação, pela ajuda, ideias e materiais compartilhados.

SCRAMIM, Umberto Cassiano Garcia. *Da expansão dos danos indenizáveis e sua categorização*. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

RESUMO

O presente trabalho trata da expansão de danos indenizáveis e sua classificação. Por meio de uma análise do panorama atual da responsabilidade civil, serão verificados o fenômeno da expansão de danos indenizáveis, a necessidade do dano para que exista a responsabilidade civil, o conceito de dano, sua bipartição em dano-evento e dano-prejuízo, a classificação econômica do dano (patrimoniais e não patrimoniais) e as modalidades de dano já existentes no Brasil. A partir desse exame, demonstrar-se-á que sob a classificação econômica do dano, que deve ser realizada tomando por base o dano-prejuízo, somente existem duas espécies de prejuízos possíveis: os patrimoniais e os extrapatrimoniais, inexistindo uma terceira espécie diversa, que com estes possa figurar cumulativamente. Serão analisados, por fim, os prejuízos decorrentes de lesão à integridade física, dentre os quais, no sistema jurídico brasileiro, encontram-se o dano estético e o dano existencial, e examinados os danos de privação de uso e a perda de uma chance, expondo-se que não se trata de “novos danos” autônomos.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil – “Novos danos” – Classificação Econômica - Dano Patrimonial – Dano Extrapatrimonial

SCRAMIM, Umberto Cassiano Garcia. *The expansion of the recoverable damages and their categorization. Dissertation (Degree Master). Faculty of Law, University of São Paulo. São Paulo, 2016.*

ABSTRACT

This work concerns about the expansion of the recoverable damages and their classification. Through an analysis of the current situation of civil liability, will be checked the phenomenon of expansion of compensable damages, the need of the damage so that subsist liability, the concept of damage, its division into damage-event and damage-prejudice, the economic classification of the damage (patrimonial and moral damage) and the kinds of damages existing in Brazil. From that examination, it will prove that under the economic classification of the damage, which must be based on the damage-prejudice, there are only two kinds of possible damages: the patrimonial and moral damages, and does not exist a third different type, that with these can figure cumulatively. Will be examined, finally, damages from injuries to physical integrity, among them, in the brazilian legal system, are aesthetic damage and existential damage, and examined the loss of use and the loss of chance, exposing that it is not “new autonomous damages”.

KEYWORDS: Civil Liability – “New Damages” – Economic Classification - Patrimonial Damage – Moral Damage

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 PANORAMA ATUAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL	11
2.1 DA DIRETRIZ DE PROTEÇÃO À VÍTIMA	14
2.2 DA OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	18
2.3 DA FLEXIBILIZAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE	25
2.4 DA CRESCENTE SOCIALIZAÇÃO DOS RISCOS	34
2.5. DA EXPANSÃO DOS DANOS INDENIZÁVEIS	41
2.5.1 Da Ampliação das Atividades Humanas Potencialmente Danosas.....	45
2.5.2 Dos Novos Sujeitos de Direito.....	51
3 DO CONCEITO DE DANO E SUA CLASSIFICAÇÃO ECONÔMICA	56
3.1 DO DANO COMO REQUISITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	56
3.2 DO CONCEITO DE DANO.....	63
3.2.1 Da Acepção Naturalística.....	63
3.2.2 Da Concepção Jurídica de Dano	64
3.2.3 Do Dano-Evento e do Dano-Prejuízo.....	69
3.2.3.1 Do Dano-Evento	70
3.2.3.2 Do Dano-Prejuízo	75
3.2.3.3 Da Inexistência de Necessária Identidade entre a Natureza do Dano-Evento e do Dano-Prejuízo	80
3.3 DA CLASSIFICAÇÃO ECONÔMICA DO DANO.....	82
3.3.1 Do Dano Patrimonial.....	88
3.3.2 Do Dano Extrapatrimonial.....	97
4 DOS DANOS ESPECÍFICOS.....	109

4.1 DOS DANOS À INTEGRIDADE FÍSICA (DANOS CORPORAIS OU DANOS À SAÚDE)	109
4.1.1 Do Dano Corporal no Direito Francês (<i>Dommages Coporels</i>).....	115
4.1.2 Do Dano à Saúde no Direito Italiano	124
4.1.3 Da Lesão à Integridade Física no Direito Brasileiro	126
4.1.3.1 Dos Danos Patrimoniais	127
4.1.3.2 Dos Danos Morais	134
4.1.3.3 Do Dano Estético.....	140
4.1.3.4 Do Dano Existencial	148
4.1.3.4 Análise Crítica	152
4.2 DA PRIVAÇÃO DE USO	157
4.3 DA PERDA DE UMA CHANCE.....	167
5 CONCLUSÃO	177
REFERÊNCIAS.....	184

1 INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, acha-se a responsabilidade civil inserida num cenário de grandes incertezas. Os novos inventos, maquinários e tecnologias, o maior contato entre as pessoas, proporcionado pelos mais variados meios, e uma forte tendência à ampliação de direitos reconhecidos têm ocasionado inúmeras e inéditas possibilidades de interferência na esfera jurídica alheia.

Ao mesmo tempo em que se estenderam imensamente as possibilidades de produção de lesões, surgiu, como contraponto a essa evolução, uma pujante inclinação no sentido de se proteger, do modo mais integral possível, a pessoa da vítima, visando torná-la indene em relação aos diversos prejuízos que se afiguravam a cada instante.

A responsabilidade civil, diante desse contexto, sofreu uma série de alterações, que tiveram origem especialmente nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, posteriormente incorporados, como regra, nas legislações vigentes. Houve inúmeras flexibilizações nos requisitos necessários à imputação do dever de indenizar, cujo fim orientava-se na direção de facilitar o devido ressarcimento daquele que foi ofendido, já que os danos deixaram de ser considerados obra do acaso, para passarem a ser vistos como resultado provável do convívio social.

Essa menor rigidez na avaliação das exigências para a responsabilização, a amplificação das atividades humanas promotoras de risco, a crescente propagação dos seguros compulsórios, o reconhecimento de novos sujeitos de direito e *status* do ser humano, a promoção ao amplo acesso à Justiça, tudo somado ao elastecimento dos interesses juridicamente tutelados, oportunizaram a expansão dos danos indenizáveis, com a correspondente aparição de variadas espécies de prejuízos.

No Brasil, vislumbrou-se tal movimento de dilatação notadamente em momento posterior à Constituição Federal de 1988, pois, com amparo em seu texto, albergou-se a ampla possibilidade de indenizações por danos morais em nosso sistema jurídico, outrora legislativamente restrito a algumas hipóteses especificadas no Código Civil de 1916 e em leis esparsas, embora a jurisprudência já houvesse reconhecido, timidamente, a possibilidade da indenização por danos não patrimoniais em relação a diversas situações não normatizadas.

O caminho trilhado a partir das disposições constitucionais alargou exponencialmente o reconhecimento de novos formatos de dano, para além dos danos morais já consolidados, a exemplo dos danos estéticos e dos chamados danos existenciais.

A noção do conceito de dano e respectivas classificações, então, passaram a experimentar certa instabilidade, porquanto se levantou um sem-número de novos conceitos e modalidades, cada qual se atentando a alguma especificidade deste requisito da responsabilidade.

Com os olhos voltados para essa realidade, serão analisadas neste trabalho as seguintes questões:

1. Panorama atual da responsabilidade civil e possíveis tendências;
2. O fenômeno da expansão dos danos indenizáveis;
3. A imprescindibilidade do dano para existência da responsabilidade civil;
4. O conceito de dano;
5. A bipartição do dano em dano-evento e dano-prejuízo;
6. A classificação econômica do dano (patrimoniais e extrapatrimoniais);
7. As modalidades de dano já tratadas no Brasil.

Baseando-se na verificação dos indigitados itens, procurar-se-á evidenciar, por meio de análise do tratamento doutrinário, legislativo e jurisprudencial conferido, que:

1. O panorama atual da responsabilidade civil, conjugado a outras circunstâncias, contribuiu para a expansão dos danos indenizáveis;

2. Esse fenômeno ampliativo redundou na aparição de conceitos e classificações equivocadas, mormente no que diz respeito aos prejuízos extrapatrimoniais, em que se permitiu, até mesmo, a cumulação da indenização por danos que, apresentados como autônomos, possuem a mesma natureza, proporcionando o surgimento de indesejado *bis in idem*;

3. O dano deve ser examinado em dois momentos, um imediato, denominado dano-evento, e outro mediato, designado dano-prejuízo, e que, a partir do segundo (consequências refletidas sobre a esfera jurídica da vítima), poder-se-á classificar o

prejuízo, economicamente, em duas espécies: patrimoniais (subdivididos em danos emergentes e lucros cessantes) e extrapatrimoniais.

A presente pesquisa, desse modo, tem por objetivo demonstrar:

1. Que a classificação econômica do dano tem por base o dano-prejuízo, ou seja, leva em consideração a natureza dos efeitos incidentes sobre a vítima, resultantes da lesão ao interesse juridicamente tutelado (e respectiva norma de proteção);

2. Que somente existem, sob a apreciação econômica, duas espécies de prejuízo: os patrimoniais (subdivididos em danos emergentes e lucros cessantes) e os extrapatrimoniais (designados, majoritariamente, na cultura jurídica brasileira, danos morais), inexistindo um *tertium genus* que com eles possa se cumular;

3. Que no Brasil não se revela necessário a multipartição do dano extrapatrimonial em diversas subcategorias.

Dentro dessa perspectiva, o trabalho estruturar-se-á em três principais capítulos.

No primeiro, será analisado o panorama geral da responsabilidade civil atualmente, abordando-se a diretriz de proteção à vítima como vetor da matéria, as tendências deste ramo do direito (mitigação da culpa, flexibilização do nexo de causalidade, coletivização dos riscos e expansão dos danos indenizáveis) e como as três primeiras inclinações, associadas a outros fatores, contribuíram para a ampliação dos danos indenizáveis.

No segundo capítulo, serão verificados a imprescindibilidade da existência do dano para que ocorra o surgimento da responsabilidade civil; o conceito de dano, em sua acepção naturalística e concepção jurídica; os dois momentos em que se subdivide o dano: dano-evento e dano-prejuízo, bem como as diferenciações e consequências decorrentes desta divisão, e, por fim; a classificação econômica do dano, em que serão conceituados os danos patrimonial e extrapatrimonial.

No terceiro capítulo, examinar-se-ão resumidamente as espécies de danos já reconhecidas no sistema jurídico brasileiro, conferindo-se especial atenção aos prejuízos decorrentes de lesões à integridade física, em razão do portentoso potencial de possíveis consequências negativas oriundas da violação deste direito da

personalidade. Será realizada, igualmente, uma breve análise dos danos corporais no direito francês e uma singela remissão aos danos biológicos (ou à saúde) ligados ao direito italiano.

Ao final, serão apresentadas as conclusões obtidas com a pesquisa realizada.

2 PANORAMA ATUAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Na atual quadra histórica, vive a responsabilidade civil um grande desconcerto. Não se trata de situação inusitada para este ramo do Direito Civil, que se desenvolveu sempre em meio a um turbilhão de entendimentos díspares, seja em nível doutrinário, seja na seara jurisprudencial.

Ocorre, contudo, que hodiernamente acentuou-se expressivamente o descompasso acerca das posições sobre cada um dos requisitos do indigitado instituto. A doutrina, não raro seguida pela jurisprudência, não encontra lugar comum nas mais variadas circunstâncias¹.

A contemporaneidade tem vivenciado o surgimento de um sem-número de situações conflituosas, cuja solução acha-se longe de ser alcançada, ao menos com um mínimo de consenso. Cita-se, nesse sentido, as questões envolvendo a expansão de danos indenizáveis, a aferição relacionada à necessidade ou não da culpa e a análise em torno do nexo de causalidade.

Do mesmo modo, no ímpeto de se compensar integralmente a vítima, ou mesmo, antecipando-se, evitar sua lesão, a responsabilidade civil padece, igualmente, de conflito de identidade, não se sabendo de modo unívoco qual sua efetiva função. Deve voltar-se unicamente à reparação de danos já consolidados, dentro de sua exata extensão, ou faz-se imprescindível punir o ofensor? Ou, ainda, deve prevenir futuras condutas indesejadas?

Só a resposta a esses questionamentos preliminares já reflete imediata e profundamente nos requisitos da responsabilidade, bem como na maneira de se quantificar o montante da indenização.

Ilustrativamente, caso se atribua função preventiva à responsabilidade civil, de modo principal e não apenas acessório à função compensatória, dentre outras

¹ Ao tratar do desenvolvimento da responsabilidade civil, Louis Josserand, já na primeira metade do século XX, explicitava: “A palavra ‘evolução’ caracteriza palidamente o fenômeno que me proponho analisar diante de vós: é antes de ‘revolução’ que conviria falar, tão rápido, tão fulminante se evidencia o movimento que leva a teoria da responsabilidade a novos destinos; nessa matéria, a verdade de ontem não é mais a de hoje, que deverá, por sua vez, ceder o lugar à de amanhã”. (JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. Tradução de: Raul Lima. *Revista Forense*, vol. 86, p. 52 – 63, Junho, 1941, p. 52).

consequências, poderão surgir hipóteses de responsabilidade sem dano, porquanto este ramo do direito antecipar-se-ia à própria lesão, visando evitá-la, com fundamento no perigo ou risco da atividade, em aplicação aos princípios da prevenção e precaução².

Por outro lado, na hipótese de se excluir a função punitiva, deixar-se-ia de se resguardar inúmeros e relevantes interesses, mormente os de natureza extrapatrimonial, já que, em muitos casos, além de não se antecipar ao dano, permitindo (ou não evitando) sua realização, numa análise estritamente econômica, afigurar-se-ia mais rentável produzir (e continuar produzindo) a lesão do que corrigir a conduta indevida.

Mas seria essa incumbência preventivo-punitiva atribuição da responsabilidade civil? Ou pertenceriam essas funções a outros ramos do direito, restringindo-se a responsabilidade civil à eliminação dos prejuízos? Tratam-se de intrincadas questões.

Impende destacar a existência de pujante divergência doutrinária acerca do tema, não obstante haver maior número de adeptos³ à atribuição à responsabilidade civil da função preventivo-punitiva, bem como ser a posição dominante na jurisprudência⁴.

² Segundo Philippe Le Torneau e Loïc Cadiet, contemporaneamente, a função preventiva ainda se desenvolve por diversas vias, dentre as quais se acha o aparelhamento dos tribunais, com eficientes armas para se impedir a superveniência de danos iminentes e por meio da legislação interna e comunitária europeia, que impõe a obrigação geral de segurança dos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo. Esse papel profilático está em curso de evolução sob a influência do princípio dito “da precaução”, oriundo do direito comunitário europeu. (LE TORNEAU, Philippe; CADIET, Loïc. *Droit de la responsabilité e des contrats*. Paris: Dalloz, 2002/2003, p. 4).

³ Em levantamento efetivado por Maria Celina Bodin de Moraes, são favoráveis à função punitiva: Caio Mario da Silva Pereira, Maria Helena Diniz, Silvio Rodrigues, Teresa Ancona Lopez, Sergio Severo, Sergio Cavalieri Filho, Carlos Alberto Bittar, Antonio Junqueira de Azevedo, Clayton Reis, José Carlos Moreira Alves, dentre outros; contrários à tese: José de Aguiar Dias, Pontes de Miranda, Wilson de Melo da Silva e Orlando Gomes (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 345). Acrescenta-se ao rol de adeptos à função punitiva a professora Silmara Chinellato (CHINELLATO, Silmara Juny Abreu. Da responsabilidade civil no Código de 2002 – aspectos fundamentais. Tendências do direito contemporâneo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 951 a 953).

⁴ Transcreve-se importante precedente do Superior Tribunal de Justiça, que, a título de desestímulo, majorou o valor da indenização por dano moral, em razão de matéria jornalística ofensiva referente a ex-presidente: DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA OFENSIVA À HONRA. MODIFICAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ELEVAÇÃO NECESSÁRIA, COMO DESESTÍMULO AO COMETIMENTO DE INJÚRIA. CONSIDERAÇÃO DAS CONDIÇÕES ECONÔMICAS DOS

Outro ponto controvertido refere-se à problemática atinente aos destinatários do dano, mormente no que se refere aos danos coletivos e sociais. A responsabilidade civil desenvolveu-se voltada aos conflitos e lesões individuais. A massificação das relações e expansão das atividades humanas potencialmente danosas, no entanto, trouxeram intrinsecamente a possibilidade de se atingir inúmeras vítimas, muitas vezes sem a devida determinação.

Surgem, a partir disso, diversas questões em torno do tema. Quem está legitimado a pedir a reparação? Qual o montante da indenização? Para quem deve ser destinado o indigitado valor? Qual a natureza do ressarcimento, patrimonial ou extrapatrimonial? Quem deve ser considerado responsável?

A título de exemplo, no que tange à esfera coletiva, também chamada de “danos de massa”, citam-se os danos ao meio ambiente, ou mesmo referentes ao mercado de consumo, cujas dimensões transcendem ao indivíduo⁵.

Além das mencionadas questões, os próprios requisitos da responsabilidade têm sido revistos e, em hipóteses diversas, superados. Os arquétipos tradicionais acham-se em contínuo processo de desgaste. Elementos habituais, anteriormente considerados imprescindíveis e peremptórios, tais como nexos de causalidade, dano e

OFENSORES, DA CONCRETIZAÇÃO POR INTERMÉDIO DE VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO DE GRANDE CIRCULAÇÃO E RESPEITABILIDADE E DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO OFENDIDO. PREVALECIMENTO DE VALOR MAIOR, ESTABELECIDO PELA MAIORIA JULGADORA EM R\$ 500.000,00. 1.- Matéria jornalística publicada em revista semanal de grande circulação que atribui a ex-Presidente da República a qualidade de "corrupto desvairado". 2.- De rigor a elevação do valor da indenização por dano moral, com desestímulo ao cometimento da figura jurídica da injúria, realizada por intermédio de veículos de grande circulação e respeitabilidade nacionais e consideradas as condições econômicas dos ofensores e pessoais do ofendido, Ex-Presidente da República, que foi absolvido de acusação de corrupção cumpriu suspensão de direitos políticos e veio a ser eleito Senador da República. 3.- Por unanimidade elevado o valor da indenização, fixado em R\$ 500.000,00 pelo entendimento da D. Maioria, vencido, nessa parte, o voto do Relator, acompanhado de um voto, que fixavam a indenização em R\$ 150.000,00. 4.- Recurso Especial provido para fixação do valor da indenização em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). (BRASIL. STJ. REsp 1120971 / RJ. TERCEIRA TURMA. Ministro SIDNEI BENETI. DJe 20/06/2012).

⁵ Nesse sentido, Geneviève Viney: “A expressão ‘danos de massa’ ainda não foi bem assimilada pelo vocabulário jurídico. Ela designa contudo uma realidade, a dos danos devidos a uma causa única que atingem simultânea ou sucessivamente grande número de pessoas. Suas duas variantes essenciais são, de um lado, os danos sociais do consumo, devidos a um produto largamente difundido junto ao público e que se revela defeituoso e, de outro lado, os atentados graves ao ambiente, como as marés negras ou a poluição de um rio, de um solo ou do ar por uma catástrofe industrial. Ora, para tutelar corretamente a indenização desses danos - que atualmente se multiplicam - uma tripla reflexão se impõe. É preciso, de fato, primeiro atribuir as responsabilidades aos verdadeiros autores (1º), em seguida aperfeiçoar as técnicas de garantia coletiva (2º) e enfim estabelecer um procedimento adaptado a esse tipo de dano (3º)”. (VINEY, Geneviève. *As tendências atuais do direito da responsabilidade civil*. Tradução de: Paulo Cezar de Mello. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 52).

conduta culposa, são reinterpretados e, sem maiores pudores, relativizados e excluídos⁶, na tentativa de se acompanhar as transformações sociais que, a cada dia, tornam-se mais rápidas e instáveis⁷.

Dentro de todas essas perspectivas, a responsabilidade civil procura se encontrar, balizando, dentro do possível e de modo minimamente razoável, os critérios de sua existência.

Na tentativa de melhor sistematizar os trilhos pelos quais se direciona esta disciplina, cujos reflexos influenciam diretamente o estudo do dano, serão brevemente analisados, neste capítulo, a proteção à vítima, em razão de se mostrar como uma das mais relevantes diretrizes, se não a principal, que impulsiona os rumos da responsabilidade civil, a mitigação da culpa, a flexibilização do nexo causal, a socialização dos riscos e, em seguida, diante da finalidade deste trabalho, a expansão dos danos indenizáveis, visando-se apontar e analisar as causas deste fenômeno ampliativo.

2.1 DA DIRETRIZ DE PROTEÇÃO À VÍTIMA

A proteção à vítima tem sido a grande diretriz norteadora da responsabilidade civil⁸. A leitura de suas funções e requisitos, na pós-modernidade, passa a ser

⁶ Caio Mário da Silva Pereira faz advertência nesse sentido, afirmando que: “O progresso da técnica e a ciência prometem maiores avanços, que forçosamente exporão o homem a maiores e mais frequentes riscos, exigindo, por conseguinte, maior segurança. É nesse rumo que marchará a teoria da responsabilidade civil, com perspectiva de atingir sua própria essência, a ponto de subverter seus próprios fundamentos. Talvez seja um tanto paradoxal: tanto crescerá a necessidade de se garantir o ser humano, dentro nesse turbilhão evolutivo, que a ideia de responsabilidade civil se tornará insuficiente, e será substituída por novos conceitos, que atingirão sua própria subsistência”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil: alguns aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 142).

⁷ Nas palavras de Zygmunt Bauman: “Ao descrever os sólidos, podemos ignorar inteiramente o tempo; ao descrever os fluidos, deixar o tempo de fora seria um grave erro. Descrições de líquidos são fotos instantâneas, que precisam ser datadas. [...] Essas são as razões para considerar a ‘fluidez’ ou a ‘liquidez’ como metáforas adequadas quando queremos captar a natureza da presente fase, *nova* de muitas maneiras, na história da modernidade”. (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 8 e 9).

⁸ Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar: “A preocupação com as vítimas de danos é, realmente, o fator central na construção da teoria da responsabilidade civil, tendo suscitado os contínuos aperfeiçoamentos que vem experimentando”. (BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 21).

efetivada sob as lentes da tutela ao lesado. A ordem vigente parece não mais tolerar que a vítima permaneça irressarcida⁹.

Percebe-se que o enfoque anteriormente estabelecido sobre o nexos causal e conduta, na busca de dados acerca dos elementos subjetivos, visando apreciar a imputação moral da lesão ao seu causador, deslocou-se para a análise do dano. Quer isso dizer, a maior preocupação já não se encontra no agente produtor do prejuízo, mas sim na vítima¹⁰.

Diante da constatação de que os danos não são uma fatalidade, frutos do azar ou da casualidade, mas efeitos colaterais decorrentes da própria vida em sociedade, busca-se não deixar a vítima desguarnecida e desamparada¹¹. A fórmula é consubstanciada na seguinte assertiva: a vida em sociedade, necessariamente, provoca danos e estes não devem ser suportados exclusivamente por um de seus participantes¹².

⁹ “A grande questão, em sede da responsabilidade civil contemporânea, a se envolver nas dobras do pensamento jurídico da pós-modernidade, afinal de contas, é aquela que mostra a atual tendência de revolta contra as torrentes de construções doutrinárias e jurisprudenciais que visaram, precipuamente, *dar menos* à interpretação dos textos legais, no sentido do favorecimento do direito das vítimas, para *dar mais*, a essa interpretação que correu no sentido de melhor favorecer o interesse do demandado em não reparar o dano causado”. (HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 799).

¹⁰ “A transferência ou eliminação do peso da prova da culpa e a relativa desimportância da prova do nexos causal diante da sua flexibilização vêm acolhidas na prática jurisprudencial justamente com a finalidade, ideologicamente legítima, de garantir ao ofendido alguma indenização. É evidente que, com isto, não se cancela a importância da culpa e do nexos causal na estrutura elementar da responsabilidade civil, mas tem-se, no âmbito desta mesma estrutura, um gradual deslocamento de foco – que deixa a culpa e o nexos causal em direção ao dano” (SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. In: *Responsabilità Civile e Previdenza*, vol. 71, n. 3, Milano: Giuffrè, marzo, 2006, p. 586-600. Disponível em <http://www.andersonschreiber.com.br/artigos.html>, acesso em 21.04.2015, p. 12).

¹¹ Consoante a lição de Maria Celina Bodin de Moraes: “O acidente, como emerge da sociedade industrial, tem características que impedem de o interpretar nos significados anteriores de acaso ou providência. O conceito obedece a um tipo de objetividade específica e decorre do curso natural das atividades coletivas, e não acontecimentos excepcionais ou extraordinários. O evento danoso, deixa, pois, de ser considerado uma fatalidade e passa a ser tido como um fenômeno ‘normal’, estatisticamente calculável”. (MORAES, Maria Celina Bodin de, op. cit., p. 390).

¹² Seguindo essa mesma diretriz, J.J. Calmon de Passos enuncia: “Os danos que decorrem de atividades cuja licitude foi admitida em proveito (teoricamente) de todos, conseqüentemente em benefício da convivência social, em que pese seu componente de risco, devem ser por essa mesma sociedade suportados”. (PASSOS, J.J. Calmon de. O imoral nas indenizações por dano moral. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade - dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 257).

Daí, então, a necessidade de se facilitar a reparação dos danos sofridos, para se evitar a injusta e indesejável situação de alguém, individualmente, suportar o ônus do convívio em sociedade. Trata-se de ideia análoga à responsabilização do Estado, em razão de danos cometidos até mesmo por atos lícitos.

Da mesma maneira que o cidadão não pode sofrer sozinho o prejuízo decorrente de um ato promovido pelo Estado e que, portanto, a todos beneficia¹³, a vítima não pode permanecer irressarcida em virtude de um efeito colateral da própria existência coletiva.

Os avanços da responsabilidade civil, então, sob a premissa de se evitar o abandono do lesado à sua própria sorte, consistiram e ainda consistem na promoção permanente de uma releitura de seus requisitos, na tentativa de se maximizar as possibilidades de reparação¹⁴.

Nesse sentido, investem doutrina e jurisprudência¹⁵. No intuito de se promover a integral proteção das vítimas, ainda que futuras¹⁶, várias técnicas e novos parâmetros têm sido apresentados¹⁷: a conduta culposa abre espaço para a crescente objetivação, apoiada na ideia do risco; o nexos de causalidade é abrandado, por meio

¹³ Celso Ribeiro Bastos preleciona: “A segunda razão de ser da responsabilização do Poder Público é a prática de um ato injusto, é dizer, embora fruto de um comportamento legal, a atuação estatal acaba por fazer incidir sobre algumas pessoas, bem individualizadas, os ônus cuja contrapartida é um benefício que aproveita a toda sociedade. [...] Este princípio é decorrência de outro que lhe é afim, qual seja o da igualdade de todos perante as vantagens e ônus da Administração”. (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 338).

¹⁴ Conforme Louis Josserand: “[...] o legislador, a jurisprudência e a doutrina se esforçam, por meios variados e processos técnicos apropriados, por vir em socorro das vítimas, notadamente assegurando-lhes, do ponto de vista da prova e da luta judiciária, uma situação tão favorável quanto possível”. (JOSSERAND, Louis, op. cit., p. 558 e 559).

¹⁵ René Savatier apontava que a jurisprudência moderna personalizava o código e as leis, em proveito da vítima, restabelecendo, desse modo, a ordem natural que coloca o direito a serviço do homem antes de servir ao patrimônio (SAVATIER, René. *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*. 3ª série. Paris: Dalloz, 1959, p. 87). No mesmo sentido, Carlos Alberto Bittar: “Observa-se, na análise da jurisprudência, que os tribunais vêm imprimindo integração coerente com os desígnios da teoria em questão, mesmo quando operam *ultra legem*, exatamente porque se têm situado na linha protetiva das vítimas de infortúnios e de atentados contra os seus direitos fundamentais”. (BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, p. 622).

¹⁶ Nesse caso, com enfoque na responsabilidade ambiental, em razão do art. 225 da Constituição Federal. *In verbis*: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

¹⁷ Silmara Chinellato, tratando do tema ora em análise, ensina: “Apontam-se, tradicionalmente três tendências: 1. expansão dos danos indenizáveis 2. objetivação da responsabilidade civil 3. coletivização da responsabilidade”. (CHINELLATO, Silmara Juny Abreu, op. cit., p. 940).

da adoção de teorias que já não exigem maiores rigores na apreciação do liame causal; há uma crescente socialização dos riscos, com a correspondente coletivização da responsabilidade; os danos passíveis de indenização são ampliados estrondosamente, na tentativa de que nenhum interesse relevante da vítima seja (ou permaneça) prejudicado.

Impende advertir, contudo, que na pretensão de se elevar a tutela em favor dos lesados, surgem, em meio ao processo de imputação de responsabilidade, as mais diversas distorções, porquanto, em muitos casos, já não se busca mais identificar quem efetivamente *causou* o dano, mas sim aquele que pode *suportar* economicamente o peso de sua reparação¹⁸.

Faz-se necessário evitar, nesse contexto, que o amparo às vítimas atinja níveis extremados, desproporcionais, a ponto de se instaurar um clima de completa insegurança jurídica, a partir do qual, independentemente do que se faça ou se deixe de fazer, seja o indivíduo responsabilizado pelo simples fato de possuir recursos.

Responder, apenas por possuir condições de reparar o dano, pouco importando se criou o risco, ou mesmo se agiu culposamente, revela-se absolutamente equivocado, visto que, além da já mencionada insegurança, estar-se-ia invertendo a lógica da proteção, pois se atribuiria a alguém, também de modo individual, apenas de maneira trocada, os ônus da vida em sociedade¹⁹.

Destarte, afigura-se correta a postura de efetiva proteção às vítimas, especialmente na sociedade tecnológica, pós-moderna, em que a geração de riscos deve caminhar junto com a responsabilização pelas consequências produzidas. Contudo, cumpre não confundir tutela das vítimas com abuso na atribuição do dever

¹⁸ Ao tratar do modelo solidarista que permeia o Código Civil de 2002, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que “questiona-se hoje se à vítima deva ser negado o direito ao ressarcimento, e não mais, como outrora, se há razões para que o autor do dano seja responsabilizado” (MORAES, Maria Celina Bodin de, op. cit., p. 392).

¹⁹ Nesse sentido, Anderson Schreiber: “A revolução, contudo, é falha, porque meramente parcial. Os tribunais desconsideram a culpa (*todos somos culpados*) e a causa (*todos somos causadores*) dos danos, mas concluem o processo judicial de responsabilização lançando o ônus indenizatório sobre um único - e, muitas vezes, randômico - responsável. Há solidarismo no que diz respeito às condições para a deflagração do dever de reparar, enquanto a atribuição do dever em si continua arraigada ao individualismo mais visceral. O ônus de auxiliar as vítimas pertence a todos, mas vem atribuído a cada réu, aleatória e isoladamente, o que acaba por resultar em injustiça, a rigor, tão grave quanto manter o dano sobre a vítima”. (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 7).

de indenizar, mormente quando este ocorre de modo alheio aos requisitos necessários, baseando-se em critérios econômico-financeiros.

Estabelecida essa ressalva, imprescindível à segurança jurídica, há que se mencionar que os tópicos adiante explicitados demonstram a consolidação dessa diretriz de proteção à vítima. Apresentam uma série alterações legislativas, novas interpretações doutrinárias e, notadamente, jurisprudenciais, cujo pano de fundo acha-se na efetiva tutela do lesado.

2.2 DA OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O surgimento de uma nova espécie de responsabilidade civil, desvinculada do conceito de dolo ou culpa, mostra-se um dos maiores avanços ocorridos na história desse ramo do direito. Tratou-se de verdadeira revolução²⁰. Tal acontecimento possuiu (e ainda possui) tamanha envergadura, que até mesmo nos dias atuais permanece sua contínua evolução.

A objetivação, que se iniciou de modo tímido e razoavelmente contestado²¹, hoje se encontra com ampla aceitação, especialmente naquelas em que se acha presente a ideia do risco, ou seja, circunstâncias nas quais há alta probabilidade da ocorrência de danos.

O Código Civil Francês de 1804, denominado Código Napoleão, que é o fundamento moderno das legislações ocidentais, tratou em seu art. 1.382 da responsabilidade civil extracontratual, com expressa menção da culpa como requisito necessário à sua configuração. Seu projeto sofreu forte influência do Direito Romano, mais especificamente da Lei Aquília²².

²⁰ “Estava, todavia, reservada à teoria clássica da culpa o mais intenso dos ataques doutrinários que talvez se tenha registrado na evolução de um instituto jurídico.” (LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 39 e 40).

²¹ Pode-se apontar na doutrina, como precursor deste movimento, Raymond Saleilles, que, no ano de 1897, ao tratar de um aresto da Corte de Cassação Francesa, datado de 1896, atinente a acidente do trabalho, escreveu acerca da necessidade de superação da doutrina da culpa. Nas palavras do próprio autor: “A vida moderna, mais do que nunca, é uma questão de risco”. (SALEILLES, Raymond. *Les accidents de travail et la responsabilité civile*. Paris: L.N.D.J., 1897, p. 4).

²² “No Código Civil francês, tem a legislação moderna o seu modelo e inspiração. Antes, porém, que surgisse esse monumento jurídico, o direito francês já exercia sensível influência nos outros povos. De interesse geral, portanto, recordar que, aperfeiçoando, a pouco e pouco, as ideias românicas, ele

A pedra de toque da responsabilidade civil achava-se na culpa, encarada como requisito necessário à imputação do dever de indenizar. Tratava-se de influência de três fatores diversos, quais sejam, o espírito iluminista da época, consignado na valorização da liberdade; o pensamento cristão que impregnava alta significação ética e moral ao instituto da responsabilidade, e; a confusão acerca da natureza da indenização, se compensatória ou punitiva²³.

Sem que se mostrasse culposa, uma conduta não poderia ensejar o dever de reparar, porquanto tal circunstância seria tachada de indevida ingerência na liberdade individual da pessoa. Somente o mau uso deste direito de primeira geração é que oportunizaria a indigitada imputação²⁴.

Percebe-se que ao se propugnar a análise dos elementos subjetivos da conduta, conferiu-se à reparação, de certo modo, um caráter de sanção, e não de mera restituição ao estado anterior de coisas (ou seja, de eliminação do dano). A compensação da vítima não era visualizada de modo individual, unitário, mas sim conjugada à penalização do causador. A lógica implícita consistia na seguinte equação: se o agente não pode ser sancionado, a vítima, por conseguinte, não será indenizada.

Para que tivesse de reparar o dano, o causador teria de agir mal. O feitiço moral era explícito. Dentro do pensamento da época, questionava o ideal iluminista: como sancionar (leia-se: imputar o dever de reparar) o indivíduo que livremente agiu de maneira legítima? Protestava, na mesma linha, a doutrina cristã: há pecado (leia-se: dever de indenizar) sem conduta eticamente reprovável (leia-se culpa)?

estabeleceu nitidamente um princípio geral da responsabilidade civil, abandonando o critério de enumerar os casos de composição obrigatória” (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 23).

²³ Saleille denunciava que o princípio romano da responsabilidade baseada na culpa resultava de uma confusão fundada na velha ideia de que não se podia condenar alguém a uma pena privada sem que existisse culpa de sua parte. Na vida moderna, mais do que nunca, em razão dos inúmeros riscos a que se estava submetido, não se tratava mais de infligir uma pena, mas sim de saber quem arcaria com o dano, o causador ou a vítima. (SALEILLES, Raymond, op. cit., p. 4 e 5).

²⁴ “No início do processo, ainda com fundamento na ideologia liberal, propugnava-se a exclusão de qualquer responsabilização por atividades perigosas, sustentando-se a aplicação da regra segundo a qual ‘as perdas devem ficar onde caíram’, como um meio de evitar que o progresso técnico viesse a ser dificultado pelo pagamento de indenizações, a não ser que houvesse ‘alguma forte razão justificativa’ para determinar que o dano fosse transferido da vítima para o agente. A única razão justificativa para tal deslocamento, porém, era identificada na própria noção de culpa”. (MORAES, Maria Celina Bodin de, op. cit., p. 391 e 392).

A culpa consolidava, desse modo, a falta, o erro de conduta, a anormalidade do comportamento esperado, o descumprimento de um dever de cuidado, exteriorizado pela imprudência (falta de cuidado associada a uma ação), negligência (falta de cuidado associado a uma conduta negativa) ou à imperícia (falta de habilidade ligada a uma questão técnica), produzindo um resultado que era previsto ou, ao menos, previsível. Era o liame que permitiria imputar, inclusive moralmente, o dever de indenizar²⁵.

Tal pensamento, contudo, já não se coadunava com as transformações sociais ocorridas ao longo do Século XIX e início do Século XX, porquanto o surgimento da era industrial fez brotar inúmeras novas situações com sensível incremento na criação de novos danos, diante do risco inerente às atividades industriais²⁶.

Já não mais se podia exigir a comprovação da culpa nos casos que envolvessem o exercício de atividades perigosas, sob pena de se condenar a vítima à eterna irreparação²⁷. Dois eram os principais motivos para tanto: a extrema dificuldade probatória e a iniquidade de se atribuir ao lesado o ônus (risco) pela possibilidade de benefício alheio.

Acerca do primeiro, com a maior complexidade das relações sociais, tornou-se a prova da culpa verdadeiramente diabólica. Sua demonstração passou a se

²⁵ A definição e elementos da culpa sempre foram objeto de grande controvérsia. Para uma melhor análise acerca das várias concepções, *vide*: LIMA, Alvino, op. cit.; DIAS, Aguiar. op. cit.; SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Bernardo Alvares, 1962; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997; VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*. 4ª ed. Paris: L.G.D.J., 2013.

²⁶ “Mas, com a disseminação do uso das máquinas no processo industrial - e as consequentes transformações que trouxe à vida em sociedade, tornando mais complexos e mais perigosos os mecanismos de relacionamento privado - operou-se sensível modificação na orientação da doutrina e jurisprudência para o tratamento das questões relativas à responsabilidade civil. [...] A par disso, à medida que máquinas e aparatos vinham sendo integrados à existência diária, aumentando os riscos, os países civilizados editavam leis especiais sobre responsabilidade civil, destacadas das codificações e enredadas, apenas, sobre base objetiva”. (BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil nas atividades nucleares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 28).

²⁷ “Isso porque, impor à vítima, como pressuposto para ser ressarcida do prejuízo experimentado, o encargo de demonstrar não só o liame de causalidade, como por igual o comportamento culposos do agente causador do dano, equivalia a deixá-la irressarcida, pois, em numerosíssimos casos, o ônus de prova surgirá como barreira intransponível”. (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. vol. 4. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 152).

revelar um severo óbice à reparação civil²⁸. Visando, desse modo, não deixar as vítimas desamparadas, a jurisprudência, bem como a doutrina, começou a se valer de uma série de expedientes no sentido de amenizar a comprovação da culpa. Dentre eles, salienta-se a distinção entre culpa *in concreto* e culpa *in abstracto*; as teorias da culpa na guarda, da culpa anterior, da culpa desconhecida (ou anônima), da culpa coletiva, e; das presunções de culpa²⁹.

Iniciada uma nova fase da responsabilidade civil, imputada não mais sob o fundamento da conduta culposa, diante dos fatores já consignados, diversas foram as modalidades de riscos desenvolvidas tendentes a atribuir responsabilidade sem culpa ao causador, facilitando a reparação. Comprovado o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, surgia o dever de indenizar.

Esta tendência não alcançou, de maneira imediata, o nível de desenvolvimento e de dilatação em que hoje se acha. Seu progresso, malgrado contínuo, ocorreu paulatinamente, através da doutrina, jurisprudência e, igualmente, da edição de diversos diplomas especiais, que determinavam sua aplicação em hipóteses específicas. No Brasil, a evolução legislativa do tema pode ser apresentada na seguinte ordem cronológica:

1. Decreto 2.681/12 - Regula a Responsabilidade Civil das Estradas de Ferro;
2. Decreto 24.637/34 – Lei de Acidentes do Trabalho;
3. Decreto-Lei 483/38 – Código Brasileiro do Ar;
4. Constituição Federal de 1946, de 1967 e Emenda 1 de 1969 - Responsabilidade Civil do Estado;

²⁸ Josserand sintetizou a questão da seguinte maneira: “Como um operário que, se feriu durante o seu trabalho, pode demonstrar a culpa do patrão? Como o pedestre, colhido por um automóvel, num lugar solitário, à noite, na ausência de testemunhas, pode provar – supondo-se que tenha sobrevivido ao acidente – que o carro não estava iluminado ou que corria a uma velocidade excessiva? Como o viajante que, no curso de um trajeto efetuado em estrada de ferro, cai sobre a via, pode provar que os empregados tinham negligenciado no fechamento da porta, logo depois da partida da última estação? Impor à vítima ou aos seus herdeiros demonstrações dessa natureza equivale, de fato, a recusar-lhe qualquer indenização; um direito só é efetivo quando sua realização, sua praticabilidade é assegurada: não ter direito, ou, tendo-o, ficar na impossibilidade de fazê-lo triunfar, são uma coisa só. (JOSSERAND, Louis, op. cit., p. 551).

²⁹ Tais modulações da culpa, até a adoção da responsabilidade objetiva, são exaustivamente detalhadas na obra de Alvino Lima, utilizada, neste trecho, como diretriz (LIMA, Alvino, op. cit., p. 52 a 102).

5. Lei 6.194/74 - Seguro obrigatório por danos pessoais causados por veículos automotores - DPVAT;
6. Lei 6.453/77 - Responsabilidade Civil por Danos Nucleares;
7. Lei 6.938/81 - Política nacional do Meio Ambiente;
8. Lei 7.565/86 – Código Brasileiro de Aeronáutica;
9. Constituição Federal de 1988 - Responsabilidade Civil do Estado;
10. Lei 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor;
11. Lei 10.406/02 - Código Civil;
12. Lei 10.671/03 – Estatuto do Torcedor;
13. Lei 11.105/05 – Lei de Biossegurança;
14. Decreto 5.910/06 - Convenção de Montreal³⁰ (referente ao transporte aéreo internacional);
15. Lei 12.305/10 – Política Nacional de Resíduos Sólidos;
16. Lei 12.846/13 – Lei Anticorrupção.

O Código Civil de 2002 trouxe inúmeras modificações em relação à responsabilidade civil extracontratual. Não obstante isso, continuou este diploma, em regra, vinculado à teoria subjetiva³¹.

O art. 186³², conjugado com o art. 927³³, ambos do Código Civil, continua sendo o supedâneo da responsabilização aquiliana, com previsão, ainda, da necessidade da aferição da culpa. Ocorre, contudo, que à margem da teoria subjetiva,

³⁰ Neste ponto, frise-se que a Convenção de Varsóvia (promulgada no Brasil pelo Decreto 20.704/31), precursora acerca do assunto, dispôs, apenas, de uma presunção de culpa. Posteriormente, adotou-se, através do Acordo de Montreal de 1966, que *os voos que tangenciassem o solo Norte Americano* estariam sujeitos à responsabilização objetiva, limitada até os montantes estipulados no indigitado documento.

³¹ “O novo Código Civil manteve-se fiel à teoria subjetiva. Em princípio, para que haja responsabilidade, é preciso que haja culpa; sem prova desta inexistente obrigação de reparar o dano”. (MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 2ª Parte. vol. 5. 41ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 611).

³² “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”.

³³ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

os art. 187³⁴, art. 927, parágrafo único³⁵, e art. 931³⁶ consolidaram os pilares da objetivação no indigitado diploma.

Ao tratar da cláusula geral do abuso de posição jurídica, o art. 187 elevou à categoria de ato ilícito a atitude daquele que, ao exercer um direito, desvia-se da finalidade para a qual este foi instituído, corrompendo as balizas de seu fim econômico, função social, boa-fé objetiva ou bons costumes.

Para sua configuração, pouco importa a intenção ou aspecto subjetivo do agente. Se em seu agir, ainda que formalmente amparado no texto legal, foge ao escopo da norma, comete ato ilícito, apto a ensejar, na eventual hipótese de dano, o dever de indenizar³⁷.

Trata-se de importante avanço para a elevação da eticidade no exercício de direitos regularmente conferidos. O sistema jurídico já não se revela complacente à existência de direitos e posições jurídicas absolutas, ilimitadas. A pessoa do outro, bem como o contexto social correspondente, passa a constituir um relevante filtro na verificação da legitimidade dos atos praticados, ainda que sob a formal permissão do texto legal.

No que concerne ao parágrafo único do art. 927, impende destacar seu pioneirismo no trato da matéria³⁸, no sentido de estabelecer verdadeira cláusula geral de responsabilização objetiva na hipótese em que a atividade habitualmente desenvolvida pelo causador do dano implicar risco às atividades de outrem.

³⁴ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

³⁵ “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”.

³⁶ “Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”.

³⁷ Clóvis Beviláqua, depois de fazer um inventário das principais posições sobre o tema, explicita: “O exercício anormal do direito é abusivo. A consciência pública reprova o exercício do direito do indivíduo, quando contrário ao destino econômico e social do direito, em geral”. (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil comentado*. vol. 1. 11^a ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1956, p. 348). Cf. também: JOSSERAND, Louis. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999.

³⁸ Referindo-se à cláusula geral de responsabilização objetiva, Maria Celina Bodin de Moraes explicita: “O Brasil parece ter sido o primeiro país a concretizar tal anseio” (MORAES, Maria Celina Bodin de, op. cit., p. 385).

Sob o amparo de tal dispositivo, constata-se que a responsabilidade objetiva pode-se mostrar presente em duas circunstâncias distintas: quando vier explicitada em lei (ex. Código de Defesa do Consumidor, responsabilidade civil do Estado, ambiental, etc.) ou “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

No caso de a própria lei estabelecer a objetivação, pouco há a se dizer. Trata-se de opção legislativa, amparada sob o princípio democrático. Contudo, em relação à identificação do que seja “atividade normalmente desenvolvida”, que implique, “por sua natureza”, “risco” aos direitos de outrem, existe uma visível abertura normativa a ser concretizada pelo Poder Judiciário, à luz do caso concreto.

Se, sob a perspectiva da vítima, ganha-se em possibilidade de proteção, de outro lado, perde-se na segurança jurídica³⁹. O que pode ser considerada atividade “normalmente desenvolvida” e que “por sua natureza” implique riscos a terceiros? Há de ser empreendida em nível profissional, empresarialmente?

Parece não ter sido essa a intenção da lei, de restringir a disposição legal a determinadas atividades empresariais. Além de assim não explicitar manifestamente, a responsabilidade pelo exercício empresarial acha-se consubstanciada no art. 931 (não se deixando de apontar que a importância deste artigo reside na possibilidade de responsabilização objetiva dos empresários, pelo fato do produto, fora das relações de consumo).

Portanto, ao se interpretar estritamente a dicção legal, pode-se concluir que o mencionado parágrafo abrange toda e qualquer conduta, não isolada, mas reiterada no tempo, de modo a se repetir com razoável frequência, e que, em sua essência, no seu próprio exercício, encontre-se contida a *real* e *anormal* (leia-se: acima do normal)⁴⁰ criação de riscos de danos.

³⁹ “[...] se, por um lado, traz um avanço e busca um sentido de maior proteção às vítimas de atos ilícitos, por outro lado, tendo em vista a amplitude e largueza do enunciado contido no art. 927, parágrafo único, poderá dar ensejo a exageros” (STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.165).

⁴⁰ “A obrigação de reparar o dano independe de culpa nos casos especificados em lei e quando o autor do dano criar um risco maior para terceiros, em razão de sua atividade”. (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao código civil - parte especial: direito das obrigações*. vol. 11 (arts. 927 a 965). Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 927).

O artigo, que já se revela controvertido diante da alta indeterminação de seus principais preceitos⁴¹, merece interpretação consentânea e, de certo modo, segundo os exatos termos nele propostos. Da mesma forma que não se pode restringi-lo às atividades empresariais, não se deve expandi-lo de forma a enquadrar sob seu beneplácito toda e qualquer atividade humana.

Seus limites acham-se na *habitualidade* da conduta, bem como na existência de um risco real, probabilisticamente comprovado. Deve-se demonstrar que dada atividade, comprovadamente, expõe as pessoas a um risco anormal, e não meramente ordinário, de lesão. Corroborados tais elementos, possível se apresenta a aplicação da apontada norma, que, repita-se, é de exceção, já que a cláusula geral de responsabilidade civil continua sendo, como regra, a teoria subjetiva, consolidada no art. 186.

Analisada esta primeira tendência, passa-se ao exame da flexibilização do nexo de causalidade.

2.3 DA FLEXIBILIZAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE

Trata-se o nexo de causalidade de relevante requisito da responsabilidade civil, que nem sempre pode ser analisado isoladamente, de modo alheio aos demais requisitos, referindo-se, antes, à ligação entre estes. Ou seja, tem por função colocar em relação um fato gerador (conduta ou atividade) do agente (ou de terceiro ou coisa dos quais é responsável) e um dano.⁴²

Diante da dificuldade de sua verificação em inúmeras hipóteses, diversas são as teorias que pretendem demonstrá-lo. Dentre algumas variações designativas, faz-se possível arrolar três principais proposições, quais sejam, a teoria da equivalência

⁴¹ Em relação ao artigo analisado, Humberto Theodoro Júnior alerta: “Ao adotar, todavia, uma abertura maior para a introdução da teoria da responsabilidade objetiva, o fez em termos vagos e genéricos, deixando para a jurisprudência a tarefa de conceituar o que seja atividade de risco, caso a caso, o que pode representar o perigo de um alargamento desmesurado da responsabilidade sem culpa, contrariando a própria orientação de prestigiar como principal a responsabilidade derivada da culpa”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Responsabilidade civil: noções gerais. Responsabilidade objetiva e subjetiva. In: JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 36).

⁴² VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne, op. cit., p. 235 a 238.

dos antecedentes (também chamada *conditio sine qua non*), teoria da causalidade direta e imediata e teoria da causalidade adequada⁴³.

A primeira e mais antiga, desenvolvida pelo criminalista Von Buri, no Século XIX, consolida a ideia de que um acontecimento deve ser considerado causa de um dano sempre que se puder afirmar que este não teria acontecido se aquele não tivesse ocorrido. Não existiria, desse modo, diferença entre condições e causas do dano⁴⁴.

A segunda, adotada em diversas legislações, especialmente no Código Napoleão, e reproduzida no Brasil⁴⁵, igualmente, tem sua inspiração na doutrina de Pothier. O substrato desta teoria consiste em atribuir como causa a condição da qual o dano é resultado direto e imediato, dentro de uma relação de necessariedade. Não se leva em consideração, assim, a cronologia dos acontecimentos, mas, antes, para que determinado fato seja considerado causa, não se pode existir posterior interrupção do nexo de causalidade por outro ato de terceiro, da própria vítima ou fato da natureza⁴⁶.

A terceira teoria, desenvolvida por Von Kries, no Século XIX, dispõe que nem toda condição, ainda que necessária, pode ser considerada causa, mas, apenas e tão-somente, aquela que se revelar mais adequada à produção do dano. Para se identificar tal qualificação, faz-se necessário analisar se o fato não somente na circunstância concreta foi o causador do dano, mas se também o seria num eventual juízo abstrato, isto é, se pela ordem natural das coisas, dentro do que ordinariamente acontece, determinado fato estaria apto a produzir aquele dano⁴⁷.

Cumprе mencionar, neste ponto, que inexistе consenso acerca de qual teoria foi adotada pelo direito brasileiro. Tal desconcerto pode ser explicado em razão da

⁴³ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 345.

⁴⁴ NORONHA, Fernando. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. In: *Doutrinas essenciais de responsabilidade civil*. vol. 07. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 302.

⁴⁵ “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”.

⁴⁶ ALVIM, Agostinho, op. cit., p. 347 a 372.

⁴⁷ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. vol. 1. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 889.

existência de diversos aspectos favoráveis e desfavoráveis, bem como na maior ou menor amplitude, em relação a cada uma das citadas doutrinas.

Note-se que a teoria da equivalência das condições é severamente criticada por estender o desdobramento causal até o infinito passado⁴⁸, bem como não explicar adequadamente a omissão como fato gerador do dano⁴⁹, mas, em contrapartida, possui a virtude de melhor resolver as questões relacionadas à multiplicidade de causas, tornando solidário o dever de reparar⁵⁰ e, assim, ampliando as garantias da vítima.

Já a teoria da causalidade direta e imediata possuiria a virtude de limitar a extensão do nexo causal, não o desdobrando indefinidamente, mas, por outro lado, não responderia adequadamente às questões relacionadas a danos oriundos de múltiplas causas, especialmente quando concomitantes.

No que tange à teoria da causalidade adequada, há a vantagem de se delimitar como causa a condição que melhor contribuiu para o evento danoso, expurgando situações em que danos são advindos de situações extraordinárias. Contudo, além de não resolver de modo satisfatório a questão de lesões decorrentes de múltiplas causas, como ocorre com a proposição anterior, possui o inconveniente de tornar excessivamente discricionário o que pode ser considerado “ordinário”, o que normalmente acontece, e o que deve ser tido por “extraordinário”, isto é, danos advindos de situações excepcionais.

Firmados esses esclarecimentos preliminares, faz-se possível constatar que este requisito afigura-se como um dos maiores limitadores da responsabilização. Em muitos casos, torna-se difícil⁵¹ a identificação da causa efetiva do dano, mormente nas

⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 6. Rio de Janeiro: PADMA, 2001, p. 3-19.

⁴⁹ TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: ILACP, 1996, p. 55.

⁵⁰ Trata-se de dicção do art. 942, parágrafo único, do Código Civil. Transcreve-se: “Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932”.

⁵¹ “Um dos pontos mais difíceis da responsabilidade civil é este de saber que danos acontecidos podem ser considerados causados por um determinado fato. Nem sempre é fácil saber se a contribuição de um fato para um dano é suficiente para que se deva considerá-lo gerador deste. Por outro lado, pode também acontecer que um só dano deva ser atribuído a diversas causas. Pode ainda haver vários danos, e de diversa natureza (patrimoniais e extrapatrimoniais, presentes e futuros, etc. [8.1]), todos ligados a um só fato, ou a diversos, sem se saber quais são os danos que foram determinados por cada fato”. (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 612).

situações de concursos e desdobramentos causais⁵², ou mesmo naquelas em que não se consegue provar, adequadamente, a origem do dano, apesar da alta probabilidade de sua procedência.

Não se pode deixar de mencionar, igualmente, as situações em que, conquanto exista a intervenção de circunstâncias alheias, é a própria atividade da pessoa (física ou, em regra, jurídica) que possibilita o desdobrar dos acontecimentos, proporcionando o surgimento do dano. Visualiza-se tal circunstância, v.g., no incêndio de um quarteirão inteiro, em razão da descarga elétrica de um raio, durante uma tempestade, sobre determinada fábrica ou distribuidora de fogos de artifício.

Em razão dessa sensível dificuldade de aferição do nexo de causalidade, e na tentativa de se evitar que a vítima permaneça lesada, uma série de flexibilizações a esse elemento foi e ainda será propugnada.

A primeira maneira de abrandamento do rigor causal refere-se à adoção da teoria que melhor se adapte ao caso concreto, visando demonstrar o liame entre fato gerador e o dano⁵³. Conforme já analisado, figuram no cenário jurídico três principais teorias, sem que se faça possível identificar qual é, efetivamente, aquela que possui prevalência. Revela tal indefinição, o fato de os tribunais, muitas vezes, acatarem os fundamentos de uma teoria sob a expressa designação de outra⁵⁴.

⁵² Colaciona-se polêmica decisão do Superior Tribunal de Justiça, que atribuiu responsabilidade ao causador de acidente de trânsito, por erro médico superveniente. A questão é: há interrupção ou mero desdobramento do nexo? *In verbis* “RESPONSABILIDADE CIVIL. [...] 2. O erro do médico no tratamento das lesões sofridas em acidente de trânsito provocado culposamente pelo preposto da ré, está no desdobramento causal do acidente; pelo resultado mais grave responde o causador do dano, ressalvado à ré o direito de pleitear eventual ressarcimento junto a quem concorreu com a sua imperícia. Recurso não conhecido. (BRASIL. STJ. REsp 326.971/ AL. QUARTA TURMA. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR. DJ 30/09/2002)”.

⁵³ Marco Fábio Morsello, citando o entendimento de Baudouin e Deslauriers, ao qual também adere, explicita: “No mesmo diapasão, segue o entendimento de Baudouin e Deslauriers, asseverando que os Tribunais do Quebec denotam nítida tendência a inserir o problema da causalidade como questão de fato, preponderando sempre, a tendência à adoção, no caso *in concreto*, da teoria mais favorável aos direitos da vítima, prevendo, inclusive a adoção dos princípios da equidade e solidariedade, com o que concordamos integralmente”. (MORSELLO, Marco Fábio. O nexo causal e suas distintas teorias: apreciações críticas. In: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. vol. 19. Jan-Jun, 2007, p. 215).

⁵⁴ Nesse sentido, Gisela Sampaio da Cruz, ao analisar as mais diversas teorias elaboradas sobre o nexo causal (equivalência dos antecedentes causais, causa próxima, causa eficiente, causa preponderante, causalidade adequada, escopo da norma jurídica violada, ação humana, dano direto e imediato e imputação objetiva), aponta que: “os tribunais brasileiros não raras vezes confundem as teorias. De fato, no Brasil, a verificação do nexo de causalidade é feita de forma intuitiva e atécnica, ora sob a influência de uma escola, ora de outra”. (CRUZ, Gisele Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 122).

A seleção desta ou daquela, destarte, não é realizada conforme uma técnica ou doutrina universalmente aceita, mas, antes, de forma a privilegiar a reparação da vítima. Não existiria, assim, uma teoria vigente pré-determinada, mas sim doutrinas possíveis a serem escolhidas *a posteriori*, isto é, consoante as nuances do caso concreto⁵⁵.

As múltiplas proposições serviriam como verdadeiro fator de correção subsidiário, permitindo que situações não alcançadas pelos fundamentos de uma fossem abrangidas pela técnica de outra, evitando que a vítima permanecesse sem a devida compensação, em razão do complexo domínio do nexo causal, especialmente no que se refere à dificuldade probatória.

Saliente-se que não é de se estranhar essa ausência de precisas direções, porquanto, com o contínuo e crescente afastamento da culpa, o grande limitador da responsabilidade passou a ser este requisito, que, *ipso facto*, sofreu, e ainda sofre, inúmeros ataques no intento de restar superado.

Outra flexibilização, diz respeito à perfilhação de entendimentos que não permitam o afastamento do nexo de causalidade por nenhuma de suas excludentes tradicionalmente aceitas, diante do excessivo risco associado à atividade ou em virtude da relevância do bem atingido.

Consistem as excludentes do nexo causal em fatos que interrompem o liame que une a conduta (ou atividade) do agente e o dano, atribuindo à outra circunstância a causa efetiva e exclusiva da lesão⁵⁶, o que, por conseguinte, acaba por afastar a própria responsabilidade, com a correspondente supressão do dever de indenizar.

⁵⁵ “No tocante ao nexo de causalidade requerido pela responsabilidade aquiliana, cumpre deixar explícito que não existem, no estado actual da Ciência do Direito, fórmulas universais válidas. Ou melhor: tais fórmulas podem ser ensaiadas; mas são pouco úteis, em casos menos habituais, tanto mais que só são alcançáveis em planos de elevada abstração. A causalidade relevante deve ser construída, caso a caso, perante as directrizes da Ciência do Direito”. (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil. Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil*. vol. 8. Coimbra: Almedina, 2014, p. 548 e 549).

⁵⁶ Nessa direção, Gisele Sampaio da Cruz: “A interrupção do nexo causal não é regra, mas exceção que pressupõe, na opinião da doutrina especializada: (i) a existência de um nexo de causalidade, a ser interrompido, entre o 1º fato e o dano; (ii) que o segundo fato seja completamente independente do 1º, no sentido de que não seja uma consequência necessária; (iii) que o 2º fato tenha provocado o efeito independentemente do 1º fato, de tal maneira que só a eficácia causal do 2º fato tenha operado o dano”. (CRUZ, Gisele Sampaio da, op. cit., p. 159).

Podem-se enumerar as seguintes excludentes⁵⁷: culpa (ou fato) exclusiva da vítima⁵⁸, culpa (ou fato) de terceiro⁵⁹ e caso fortuito ou força maior⁶⁰.

Sucedem, contudo, que em determinadas circunstâncias, em razão do demasiado risco produzido pela atividade, as excludentes de responsabilização não podem operar seus efeitos, sob pena de se inverter a própria lógica da imputação de responsabilidade.

Nesse tipo de situação, diante da extraordinária probabilidade de causação de danos, o agente explorador deve se precaver de todas as formas para evitar a ocorrência da lesão, antecipando-se, por previsível, a qualquer atitude da vítima, de terceiro ou mesmo de fato da natureza, já que, caso engendrado o prejuízo, será considerado responsável, sem que lhe seja possível atribuir causa outra à origem do dano.

Nessa senda, explicita Patrícia Faga Iglecias Lemos⁶¹: “É certo ainda que, na responsabilidade nuclear ou agravada, prescinde-se até mesmo do nexos causal. A simples exploração da atividade é causa para a reparação”. Na hipótese, ainda que não haja nexos causal visível, físico, atrelado a uma ação da pessoa jurídica exploradora da atividade nuclear, este requisito da responsabilidade mostrar-se-á presente de modo virtual, ligado à omissão de um dever de se evitar o resultado.

Do mesmo modo, mercê de determinados bens assumirem posição de essencialidade ao ser humano, e, assim, possuírem importância extremada, reconhece-se que a responsabilidade por lesões a eles concebidas não poderá ser

⁵⁷ LE TOURNEAU, Philippe; CADIET, Loïc, op. cit., p. 473 e 474.

⁵⁸ No Código Civil, há duas referências acerca da culpa da vítima, a saber: “Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior” e “Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

⁵⁹ No Código Civil há uma referência expressa ao fato de terceiro, mencionando que, no caso do contrato de transporte, sua existência não excluirá a responsabilidade. Transcreve-se: “Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.

⁶⁰ Com relação à responsabilidade contratual, aplicável, igualmente, à responsabilidade aquiliana, há expressa menção no Código Civil. Colaciona-se: “Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

⁶¹ LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Direito ambiental: responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 126.

afastada, ainda que a situação subsuma-se a eventual excludente denexo causal. Mencionem-se, a título de exemplo, os danos provocados ao meio ambiente⁶².

Portanto, ao se deparar com atividades cujo risco seja descomunal ou com bens cuja necessidade seja imperiosa, aplicar-se-á a responsabilização absoluta, sem que exista nenhuma possibilidade de afastamento⁶³.

Há que se mencionar, também, a mitigação das excludentes, especialmente no que se refere à culpa (ou fato) de terceiro e ao caso fortuito, quando considerados inerentes ao risco da própria atividade desenvolvida, dentro do que se convencionou chamar fortuito interno.

Tratam-se de situações em que terceiro causador ou fato da natureza promovem a lesão dentro de condições propiciadas pela atividade do agente considerado responsável, e que estão inseridas em sua área de desempenho.

Cite-se como exemplo de fortuito interno ocasionado por terceiro, as mais diversas hipóteses ocorridas no âmbito de atuação das instituições financeiras⁶⁴, tais

⁶² Segundo o magistério de Antonio Herman V. Benjamin, “o Direito Ambiental não aceita as excludentes do fato de terceiro, de culpa concorrente da vítima (que vítima, quando o meio ambiente tem como titular a coletividade?) e do caso fortuito ou força maior (...). Se o evento ocorreu no curso ou em razão de atividade potencialmente degradadora, incumbe ao responsável por ela reparar eventuais danos causados, ressalvada sempre a hipótese de ação regressiva”. (BENJAMIN, Antonio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. In: *Revista de Direito Ambiental*. vol. 9. p. 5-52, 1998, p. 41).

⁶³ Cita-se importante precedente do Superior Tribunal de Justiça, decidido em sede de recurso repetitivo: “RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO, EM JANEIRO DE 2007, NOS MUNICÍPIOS DE MIRÁI E MURIAÉ, ESTADO DE MINAS GERAIS. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. NEXO DE CAUSALIDADE. 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a *responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar*; b) em decorrência do acidente, a empresa deve recompor os danos materiais e morais causados e c) na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado. 2. No caso concreto, recurso especial a que se nega provimento. (BRASIL. STJ. REsp 1374284 / MG. SEGUNDA SEÇÃO. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. DJe 05/09/2014)”.

⁶⁴ Nesse sentido, a jurisprudência sumulada do Superior Tribunal de Justiça: “Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça: As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”.

como a clonagem de cartões de crédito, o extravio de talões de cheque, a abertura de contas corrente por falsários, etc.

Pode-se exemplificar, igualmente, como situação considerada fortuito interno decorrente de fato da natureza, transtornos aeronáuticos advindos de tempestades, quando o avião acha-se em pleno voo. Com a tecnologia hoje existente, já não se pode mais considerar a tempestade como um fator externo, apto a afastar a responsabilização da empresa. Trata-se, deveras, de circunstância ínsita ao risco da companhia aérea.

Importante advertir, contudo, que se faz necessário analisar com razoabilidade até onde vai a margem do que se pode considerar o domínio da atividade, com *real*, e não fantasiosa, possibilidade de se controlar ou muito dificultar atuações lesivas externas.

Do mesmo modo que não se deve relegar à vítima o risco criado, ainda que implementado por terceira pessoa ou fato da natureza, não se pode atribuir ao empreendedor da atividade a responsabilidade por *qualquer* acontecimento, sob pena de se adotar a teoria do risco integral em todas as hipóteses, desvirtuando a boa técnica na apreciação da causalidade.

É possível perceber a dificuldade de avaliação do que deve ou não ser considerado risco da própria atividade, por meio da análise da intrincada questão que muito tumultuou o entendimento dos tribunais, acerca dos assaltos cometidos nos coletivos urbanos. A concessionária deveria ser responsabilizada pelo roubo? Trata-se de fator externo ou mero fortuito interno?

A jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, depois de muito vacilar sobre o tema, ora adotando posicionamento favorável, ora contrário, à pretensão das vítimas, finalmente pacificou a questão, entendendo tratar-se o assalto ao transporte coletivo de fortuito externo, apto a excluir o dever de indenizar das companhias de transporte. Considerou-se que não se fazia razoável exigir que as mencionadas concessionárias utilizassem-se, para todos os ônibus, do serviço de escolta armada⁶⁵.

⁶⁵ “AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - TRANSPORTE COLETIVO - ASSALTO - CASO FORTUITO - EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE - PRECEDENTES - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO. 1.- O entendimento desta Corte é firme no sentido de que, em caso de transporte coletivo de passageiros,

Por fim, outro aspecto relevante a ser mencionado refere-se à criação de presunções de causalidade naquelas hipóteses em que não se faz possível comprovar, *efetivamente*, a causação do dano por determinado agente, mas em que há forte probabilidade de que este tenha sido seu implementador.

Nesse sentido, afirma Philippe Le Tourneau que a relação causal pode ser comprovada pelos mais diversos meios, inclusive por intermédio de presunções⁶⁶.

Não se trata tais presunções de tema verdadeiramente novo para o Direito, porquanto já no direito romano podia-se perceber a presença da *actio effusis et dejectis*, em que eram responsabilizados integralmente os habitantes da casa pelas lesões oriundas da queda de objetos, ainda que não se pudesse identificar, individualmente, o causador⁶⁷.

Saliente-se, no ponto, que tal disposição permanece em nosso ordenamento⁶⁸, estendendo-se a responsabilidade para todos os habitantes do condomínio vertical nos casos de objetos caídos, em que não se faça possível identificar o causador.

Impende destacar que, apesar de não se tratar de situação nova, a contemporaneidade tem permitido o surgimento de novas situações, nas quais a aplicação das indigitadas presunções revela-se presente.

Cita-se, para melhor ilustrar a questão, o caso de transfusão sanguínea em que o paciente é contaminado com o vírus da AIDS. Como comprovar a responsabilidade do laboratório, que este foi o causador da transmissão? Caso não

"o transportador só responde pelos danos resultantes de fatos conexos com o serviço que presta" (REsp 468.900/RJ, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJ 31.3.2003) e de que "assalto à mão armada dentro de coletivo constitui fortuito a afastar a responsabilidade da empresa transportadora pelo evento danoso daí decorrente para o passageiro" (Rcl 4.518/RJ, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, DJe 07/03/2012). 2.- O Agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. 3.- Agravo Regimental improvido. (BRASIL. STJ. AgRg no AREsp 235.629. TERCEIRA TURMA. Ministro SIDNEI BENETI. DJe 06/11/2012)".

⁶⁶ LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilité civile*. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1976, p. 189.

⁶⁷ DÍAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 123.

⁶⁸ Trata-se de dispositivo do Código Civil: "Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido".

se permitisse a utilização de presunções, baseadas na verossimilhança da hipótese concreta, a prova revelar-se-ia muito complexa, se não impossível⁶⁹.

Examinadas as questões circundantes à flexibilização do nexos causal, passa-se à averiguação da coletivização da responsabilidade.

2.4 DA CRESCENTE SOCIALIZAÇÃO DOS RISCOS

Pode-se apontar, também, como inclinação da responsabilidade civil, a coletivização dos riscos ou socialização das perdas, através da crescente utilização dos seguros de responsabilidade, inclusive compulsórios. Trata-se de um modo de não se permitir que a vítima permaneça sem o devido ressarcimento e, igualmente, que o causador do dano não seja obrigado a, sozinho, arcar com certos custos, muitas vezes, elevadíssimos⁷⁰. Resguardam-se a vítima e o causador dos inevitáveis danos decorrentes da vida em sociedade.

A insegurança, decorrente da falta de previsibilidade razoável acerca de possíveis consequências danosas advindas das inúmeras atividades industriais e tecnológicas, transforma o seguro em importante instrumento para resguardar tanto a pessoa e patrimônio da vítima, como o patrimônio do causador. Note-se que a probabilidade de causar, e, por conseguinte, sofrer, danos é elevada drasticamente, conforme se avançam os conhecimentos e atividades humanas.

⁶⁹“Essa flexibilização começa pelo nexos causal para casos de ‘danos graves e irreversíveis’. Em hipóteses graves, têm sido aplicadas as ‘presunções de causalidade’, baseadas na probabilidade e na estatística. A probabilidade, assim como a verossimilhança, se aproxima da verdade, diferentemente da estatística, que não diz nada com relação ao caso concreto. A estatística só serve para cálculo em contrato de seguro. As ‘presunções de causalidade’ têm sido aplicadas aos danos à saúde, como a presunção de contaminação com o vírus HIV, depois de receber transfusão de sangue. Pode ser que não seja de fato verdade, mas juridicamente é tida como verdadeira essa decisão. Aliás, essa é a aplicação da regra da *res ipsa loquitur*, ou seja, a coisa fala por si mesma, já usada em casos de erro médico há muito tempo. (LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 135).

⁷⁰ “A melhor, senão única maneira de corrigir esse inconveniente, encontra-se no seguro. Através do contrato de seguro, o encargo de reparar o dano recai diretamente sobre os ombros dos segurados, isto é, sobre a mutualidade dos segurados; caso o seguro seja obrigatório ou se encontre extremamente difundido, o dever de indenizar recairá indiretamente sobre toda a sociedade. A ela caberá, através do mecanismo do seguro, absorver o prejuízo sofrido pela vítima (v. v. 3). Assim se consegue evitar, como bem aponta Savatier, que o dever de indenizar faça do responsável uma outra vítima”. (RODRIGUES, Silvio, op. cit., p. 4).

O seguro, então, possui como um de seus pressupostos a mutualidade, isto é, a constituição de um fundo comum, oriundo da contribuição de diversos segurados, denominada prêmio, que garante a indenização do dano praticado por qualquer deles, dentro dos limites previamente estipulados, chamado de sinistro. O segurador, desse modo, atua como mero intermediador e gestor do fundo.

Trata-se de técnica de repartição, na qual todos, coletivamente, contribuem um pouco, para que ninguém, isoladamente, tenha de pagar por muito. Há notório feito social e solidário⁷¹.

Por conferirem inegáveis benefícios à coletividade, mormente no que tange à tutela aos lesados, propugnou-se no final do Século XIX e ao longo do Século XX⁷², dentro da projeção do Estado de Bem-Estar Social, ligado aos direitos de segunda geração⁷³, a crescente compulsoriedade na participação dos seguros.

Primeiramente, criaram-se seguros voltados à Previdência Social, que estabeleciam prestações mínimas, custeadas por contribuições compulsórias, para que os trabalhadores não caíssem em indigência, em razão de diversos riscos sociais, notadamente os acidentes do trabalho. Tais seguros foram gradativamente ampliados, cobrindo maior número de riscos e de pessoas⁷⁴.

⁷¹ Nesse sentido, Pedro Alvim: “Importa socialmente evitar o sacrifício de alguém pelo risco e eliminar a insegurança que ameaça a todos. Isto só é possível através do processo do mutualismo que reparte os prejuízos para muitos em pequenas parcelas que não afetam sua estabilidade econômica. O patrimônio de todos é resguardado. Já foi dito que o seguro é a técnica da solidariedade. (ALVIM, Pedro. *O Contrato de seguro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 60).

⁷² Em estudo realizado pelo Conselho de Estado da França, revelou-se que o pensamento liberal proscovia a ideia de socialização de riscos, que somente ganhou contornos mais definidos em 1945. Colaciona-se: “O pensamento liberal oriundo da Revolução queria, a todo custo, que cada indivíduo enfrentasse livremente os altos e baixos de sua própria existência. [...] No entanto, esta abordagem vai desviar-se para uma maior solidariedade que integrará, evidentemente, uma evolução mais geral do pensamento político e moral que resultará, principalmente, na seguridade social, em 1945”. (CONSELHO DE ESTADO DA FRANÇA. *Responsabilidade e socialização do risco*. Tradução: Michel Abes. Coord. Marcelo Dias Varella. Brasília: UNICEUB, 2006, p. 20).

⁷³ Conforme a obra de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, ao tratar dos direitos de segunda dimensão: “Uma nova compreensão do relacionamento Estado / sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar suas angústias estruturais. Daí o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social. [...] São direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade igual e real para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 137).

⁷⁴ Cf. MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*. Tomo I. São Paulo: LTr, 1998. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Malgrado não se tratar de seguro especificamente ligado à responsabilidade civil, os regimes de previdência social resguardam, ainda que minimamente, a subsistência da vítima de eventual infortúnio. Imagine-se a situação de um segurado lesado em sua integridade física, sem condições de exercer seu labor, conjugado com a inexistência de recursos por parte do causador do dano. A previdência consubstanciaria um seguro que impediria a completa preterição da vítima, deixando esta de permanecer lançada à própria sorte.

Num segundo momento, floresceram os seguros obrigatórios voltados à responsabilidade civil, visando à cobertura dos mais diversos riscos. A iniciativa mais ousada, segundo Marco Fábio Morsello, ocorreu na Nova Zelândia, que, na década de 70, por meio de tributação progressiva, vinculou os respectivos valores à criação de um regime de responsabilidade, em que caberia ao Estado velar pela indenização daqueles que fossem lesados, passando a vigorar, a partir 1º de abril de 1974, o *Accident Compensation Act*, que teve por principal finalidade a justa indenização das vítimas⁷⁵.

A indigitada lei possuiu amplo alcance, abarcando toda gama de ofendidos, fossem ou não residentes no respectivo território, além de proibir o ajuizamento de ações reparatórias atinentes a perdas e danos decorrentes de acidentes. A jurisprudência, contudo, já em 1982, permitiu o ajuizamento de ações pessoais voltadas aos *exemplary damages*. Diante da insuficiência do sistema, bem como dos enormes encargos sociais criados para sustentá-lo, editou-se em 1992 o *The Accident Rehabilitation and Compensation Insurance Act*, por meio do qual se restringiu o alcance da reparação, suprimindo-se as indenizações por incapacidade parcial e danos morais, assumindo a responsabilidade civil função complementar⁷⁶.

No Brasil, que também possui seguros sociais, encontra-se como obrigatório o regime de Previdência Social⁷⁷, regulamentado pela Lei 8.212/91, que se refere ao

⁷⁵ MORSELLO, Marco Fábio. A Responsabilidade civil e a socialização dos riscos. O sistema neozelandês e a experiência escandinava. In: *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. Ano 7, n.º 2, p. 13-22, julho-dezembro, 2006, p. 15 e 16.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 17.

⁷⁷ Colaciona-se o artigo da Constituição Federal que determina a compulsoriedade do regime, bem como os riscos a serem cobertos: Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de *filiação obrigatória*, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, *invalidez*, *morte* e idade avançada; II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os

custeio da Previdência, e pela Lei 8.213/91, que arrola os benefícios previstos, com os respectivos requisitos, bem como os possíveis beneficiários.

Além do regime de previdência, uma série de seguros compulsórios é arrolada pelo Decreto-Lei 73/66⁷⁸, dentre os quais se destaca o seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre (DPVAT), instituído e regulamentado pela Lei 6.194/74⁷⁹.

A notoriedade desta última norma decorre do crescimento do ramo automobilístico no país, assim como da constante exposição a riscos que promove. Visa esta forma específica de seguro obrigatório cobrir danos pessoais decorrentes de morte, invalidez permanente, total ou parcial, e despesas por assistência médica, dentro de limites por ela definidos⁸⁰. Impende destacar que estes valores não inibem o ajuizamento de ações cuja pretensão seja a reparação integral, conquanto devam ser abatidos em caso de eventual condenação⁸¹.

dependentes dos segurados de baixa renda; V - *pensão por morte* do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

⁷⁸ Transcreve-se o art. 20 do mencionado diploma: “Art 20. Sem prejuízo do disposto em leis especiais, são *obrigatórios* os seguros de: a) danos pessoais a passageiros de aeronaves comerciais; b) responsabilidade civil do proprietário de aeronaves e do transportador aéreo; c) responsabilidade civil do construtor de imóveis em zonas urbanas por danos a pessoas ou coisas; d) bens dados em garantia de empréstimos ou financiamentos de instituições financeiras pública; e) garantia do cumprimento das obrigações do incorporador e construtor de imóveis; f) garantia do pagamento a cargo de mutuário da construção civil, inclusive obrigação imobiliária; g) edifícios divididos em unidades autônomas; h) incêndio e transporte de bens pertencentes a pessoas jurídicas, situados no País ou nêles transportados; j) crédito à exportação, quando julgado conveniente pelo CNSP, ouvido o Conselho Nacional do Comércio Exterior (CONCEX); l) danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres e por embarcações, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não; m) responsabilidade civil dos transportadores terrestres, marítimos, fluviais e lacustres, por danos à carga transportada”.

⁷⁹ Conforme Gustavo Tepedino: “Por meio do DPVAT, diluem-se os riscos de ocorrência do sinistro, caracterizado pelo acidente de trânsito, por toda a massa de proprietários de veículos automotores de via terrestre, os quais custeiam, dessa maneira, esse sistema do seguro obrigatório, arcando, por conseguinte, com os riscos resultantes do crescimento e desenvolvimento da atividade automobilística do país”. (TEPEDINO, Gustavo. Seguro obrigatório de veículos e indenização por dano moral. *Revista dos Tribunais Rio de Janeiro*. vol. 4. p. 245-260. Mar-Abr, 2014, p. 248).

⁸⁰ Colaciona-se o teor do Art. 3º da Lei 6.194/74: “Art. 3º Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no art. 2º desta Lei compreendem as indenizações por morte, por invalidez permanente, total ou parcial, e por despesas de assistência médica e suplementares, nos valores e conforme as regras que se seguem, por pessoa vitimada: I - R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) - no caso de morte; II - até R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) - no caso de invalidez permanente; e III - até R\$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais) - como reembolso à vítima - no caso de despesas de assistência médica e suplementares devidamente comprovadas”.

⁸¹ Enunciado 246 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada”.

Conforme as delineações até então expostas, constata-se que há diversas vantagens decorrentes da utilização desse sistema de distribuição de riscos, consistentes na possibilidade de compensação da vítima, que não restará desguarnecida pela eventual falta de recursos do causador, e na proteção à situação econômica do agente, que não verá seu patrimônio consumido por reparações vultosas e inesperadas.

Constitui-se, deveras, um fator de resgate e manutenção do *status quo ante* para todos os envolvidos, depois mesmo do dano produzido, minimizando, destarte, as deletérias consequências deste.

Em razão de tais proveitos, muito se cogitou na possibilidade do declínio da própria responsabilidade civil individual⁸², que seria substituída por esta mutualidade, muitas vezes gerenciada pelo Estado, como verdadeiro segurador universal⁸³.

Acontece que não obstante a virtude das vantagens em se perfilhar esse tipo de sistema, no qual se evitaria uma série de inconvenientes que verdadeiramente atormentam a responsabilidade civil, seja no campo abstrato (diversos requisitos a serem comprovados, com as mais variadas teorias), seja na própria realidade concreta (existência de patrimônio suficiente à cobertura dos prejuízos sofridos), há que se apontar a ocorrência de múltiplos argumentos contrários à sua integral implementação.

Pode-se explicitar, inicialmente, a necessidade de aumento considerável na tributação para se fazer frente às despesas decorrentes da reparação de toda e qualquer lesão produzida, fato este, que por si só, já colocaria em risco grande parte das economias mundiais.

Conforme Marco Fábio Morsello, mesmo a Nova Zelândia possuindo fatores favoráveis ao desenvolvimento, tais como baixos índices de corrupção, elevado nível educacional e diminutos problemas raciais, este país apresentou, durante toda a

⁸² Caio Mário da Silva Pereira, sintetizando a obra "*Le déclin de la responsabilité individuelle*" de Geneviève Viney, editada em 1965 e referência acerca do assunto, assim afirmou: "Em síntese, mostra ela que até o fim do século XIX a responsabilidade civil conservava o monopólio da reparação dos danos, à qual mecanismos de indenização coletiva faziam concorrência. Na época contemporânea esta preeminência foi rebaixada pela aparição e desenvolvimento rápido das técnicas de socialização dos riscos, ulteriormente duplicada de prerrogativas destinadas à sanção dos atos prejudiciais. Numa visão otimista da realidade contemporânea, sua obra intenta orientar a fase da responsabilidade individual para a sanção e prevenção de faltas". (PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 143 e 144).

⁸³ Nesse sentido: SILVA, Wilson Melo da, op. cit., 203.

década de 1980 até meados da década de 1990, índices de estagnação⁸⁴. Note-se que, conforme já mencionado, no ano de 1992, por meio do *The Accident Rehabilitation and Compensation Insurance Act*, fez-se necessário reduzir a amplitude do sistema adotado.

Outro aspecto a ser destacado, ao se adotar um sistema de socialização integral dos riscos, refere-se à preterição aos princípios da prevenção e precaução. A ausência de possível responsabilização tende a caminhar para a frouxidão nos cuidados para se evitar o dano.

Não é outra a lição de Teresa Ancona Lopez, ao afirmar que “o seguro é o oposto da prevenção” e que “a socialização dos riscos não acaba com os riscos, ao contrário, pode tornar os responsáveis por eles menos cuidadosos”⁸⁵. Tal circunstância também contribuiria para aumento do déficit fiscal, porquanto, certamente, haveria acréscimo na quantidade de danos engendrados e, conseqüentemente, dos gastos com sua reparação.

Impende esclarecer, outrossim, que o sistema compulsório não se coaduna com a indenização por danos extrapatrimoniais, diante da infinidade de possíveis novos interesses tutelados⁸⁶, o que resulta na difícil elaboração dum cálculo atuarial, que preserve sua saúde financeira⁸⁷. A situação, aqui, difere radicalmente dos seguros privados, em que se delimitam hipóteses de cobertura e valores a serem indenizados, definição esta que reflete, invariavelmente, no prêmio a ser pago.

⁸⁴ MORSELLO, Marco Fábio, op. cit., p. 18.

⁸⁵ LOPEZ, Teresa Ancona, op. cit., p. 55.

⁸⁶ Importante, no caso, a advertência delineada por Silmara Chinellato: “Anoto que a não taxatividade é mais uma das características dos direitos da personalidade”. (CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Comentários à parte geral – artigos 1º a 21 do código civil. In: MACHADO, Antonio Cláudio da Costa (Org.). CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord.). *Código civil interpretado artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 6ª ed. São Paulo: Manole, 2013, p. 40

⁸⁷ Conforme o ensino de Gustavo Tepedino, ao tratar do seguro DPVAT, em argumentação que pode ser aplicada analogicamente aos seguros obrigatórios: “O dano moral, seja na perspectiva subjetiva, compreendido como dor, humilhação, e aborrecimento, que prevalece em parte na jurisprudência dos Tribunais, seja sob o viés objetivo, entendido como violação à cláusula de proteção à personalidade humana (art. 1º, III, CF), extrapola a contratação compulsória, sendo incogitável prever as circunstâncias específicas em que, ao lado do dano material, a personalidade das vítimas poderia vir a ser exposta no contexto de um acidente de trânsito. A interpretação extensiva, nesse caso, ampliaria, de modo ilimitado os riscos de cobertura do DPVAT, os quais não encontrariam correspectivo nos prêmios pagos pelos proprietários de veículos automotores, a representar inequívoco desequilíbrio econômico financeiro dos contratos de seguro DPVAT”. (TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 251).

Por fim, mencione-se a crítica exarada por Caio Mário da Silva Pereira, ao mencionar que paralelamente aos argumentos técnicos, a realidade nacional tem demonstrado a ineficiência em se criar sistemas de mutualização geridos pelo Estado, seja porque este não efetiva os aportes a que é obrigado, seja porque aumenta a folha de servidores a um ponto insustentável, gerando déficits permanentes. Nas palavras do mencionado autor: “A ideia do Estado Segurador Universal não passa de uma falácia”⁸⁸.

Em conclusão ao presente item, diante de argumentos relevantes em ambos os sentidos, pode-se mencionar que o pendor da responsabilidade civil referente à socialização dos riscos deve ser levado adiante, sem que se pretenda, contudo, substituir este ramo do direito civil. Necessita-se, antes, que contracenem os dois institutos, de maneira conjunta e complementar.

Desse modo, afigura-se uma alternativa razoável a instituição de seguros obrigatórios que resguardem a vítima de infortúnios, mas que se limitem às seguintes balizas:

- 1) somente seriam indenizados danos materiais;
- 2) a indenização estaria limitada a quantias necessárias ao resguardo da subsistência digna da vítima;
- 3) possibilidade de ação regressiva em face do autor do dano ou seu segurador⁸⁹;
- 4) possibilidade de a vítima pleitear indenização complementar, de modo amplo, em face do causador do dano.

Tratam-se de diretrizes que permitem resguardar a pessoa da vítima, sem que se comprometam os princípios da prevenção e precaução, especialmente em razão dos itens 3 e 4, bem como a saúde financeira do sistema.

⁸⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 147 e 148.

⁸⁹ Destaque-se que em nosso ordenamento, é possível o ajuizamento de ações regressivas previdenciárias em face do causador de danos decorrentes de acidente do trabalho, ações estas cujo rol de hipóteses foi ampliado para além das questões trabalhistas. Transcreve-se o art. 120 da Lei 8.213/91: “Art. 120. Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis”.

No item seguinte, será realizada análise acerca da expansão dos danos indenizáveis, apreciando suas causas e amplitude.

2.5. DA EXPANSÃO DOS DANOS INDENIZÁVEIS

O surgimento de novos interesses juridicamente tutelados, passíveis de lesão, é uma realidade que tem se consolidado ao longo do tempo, especialmente e de modo mais veemente, no Brasil, em momento posterior à Constituição de 1988. Desde então, percebe-se o progressivo aumento da busca por indenizações relacionadas a estas novas esferas⁹⁰.

A todo instante novas pretensões sobejam os órgãos do Poder Judiciário com verdadeiras enxurradas de ações, nas quais se pleiteiam desde os danos já reconhecidos por nossa cultura jurídica, até as lesões aos mais inusitados interesses.

Diversas são as razões que fomentam esse acréscimo vultoso, inexistindo um aspecto único que possa ser apontado como causa eficiente. Trata-se de processo complexo que envolve uma série de variáveis, sendo algumas autênticas, próprias da evolução social e da maior conscientização dos direitos, proporcionadas pela melhor estruturação das instituições, e outras ilegítimas, decorrentes do abuso de posições jurídicas, conjugadas a intenções nada apropriadas⁹¹.

⁹⁰ Transcreve-se parte de duas notícias veiculadas no site CONJUR, a primeira do ano de 2005 e a segunda do ano de 2011, cujo conteúdo reflete com precisão o afirmado: “Dados do Superior Tribunal de Justiça mostram que, em cinco anos, o número de ações por danos morais que chegam por mês à Corte cresceu quase sete vezes: eram 145 ações em 2001 contra 974 este ano — até o início de julho de 2005, desaguaram no Tribunal 5.844 pedidos de indenização por danos morais. Quando são comparados os números atuais com os de 12 anos atrás, o crescimento é de quase 500 vezes. Em 1993, o STJ recebeu apenas 28 pedidos de indenização — ou 2 processos a cada 30 dias” (http://www.conjur.com.br/2005-jul-21/explode_volume_acoes_danos_morais_pais - acesso em 20.05.2015) e “O número de ações por dano moral no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro subiu 3.607% entre 2005 e o ano passado. Segundo levantamento feito a pedido do jornal *Valor Econômico*, o número saltou de 8.168 para 302.847 nos cinco anos, só no território fluminense. Até julho deste ano, o TJ do Rio já registrou 281.883 processos por dano moral. Isso acarretou diretamente num crescimento exponencial de recursos ao Superior Tribunal de Justiça nos últimos dez anos. Enquanto em 2000 foram 1.421 recursos, no ano passado foram 10.018 recursos autuados” (<http://www.conjur.com.br/2011-ago-29/cresce-numero-acoes-danos-morais-tj-rio> - acesso em 20.05.2015).

⁹¹ Cita-se no caso, acórdão proferido pelo TJRS, que reflete exatamente a afirmação exarada. Segundo relatório da decisão: “Restou incontroverso nos autos que a autora efetuou um pagamento no estabelecimento demandado no valor de R\$25,53 com uma nota de R\$50,00 e duas outras nos valores respectivos de R\$5,00 e R\$1,00, tendo-lhe sido devolvidas apenas algumas moedas, porque a funcionária da loja demandada pensou que a autora lhe alcançou uma nota de R\$20,00 em vez de

Com relação aos motivos não legítimos, advindos de abuso no exercício de direitos, pode-se apontar o temerário ajuizamento de ações, sabidamente destituídas de fundamentos razoáveis, escudando-se no amplo acesso à justiça, especialmente na gratuidade conferida às pessoas hipossuficientes⁹².

Por não se acharem presentes maiores consequências, existem aqueles que se propõem a ingressar com verdadeiras “aventuras” judiciais, pleiteando qualquer coisa que lhes possa propiciar alguma vantagem, ainda que eivada de fragilidades e incoerências patentes.

Neste ponto, há séria e crescente preocupação referente àquilo que se convencionou chamar de “indústria do dano moral”, alusão esta às diversas demandas cuja pretensão repousa na tentativa de se obter valores indevidos ou em montantes manifestamente excedentes aos realmente devidos⁹³.

R\$50,00. Ato contínuo, a autora ficou nervosa com a situação, e o gerente devolveu-lhe os R\$20,00 restantes após as suas reclamações”. A demandante, em razão do troco equivocado de R\$ 20,00 (que foi prontamente devolvido), ajuizou ação visando ser indenizada por danos morais, cuja decisão foi assim ementada: “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DEVOLUÇÃO DE TROCO EM VALOR INFERIOR AO DEVIDO. RECLAMAÇÕES E DISCUSSÕES. CONSTRANGIMENTO ALEGADO. INEXISTENTE DANO MORAL. MERO DISSABOR. Na casuística, a contenda funda-se na discussão acerca da configuração de dano moral advindo da devolução de troco a menor, ocasionando reclamação por parte da autora e discussão com os funcionários da requerida em frente aos demais clientes da loja. Não se vislumbra a configuração de dano moral, mas sim mero dissabor, desconforto ou contratempo a que estão sujeitos os indivíduos nas suas atividades cotidianas. Inoportuno considerar-se qualquer espécie de descontentamento ou aborrecimento incidente na esfera psíquica como suficiente ao reconhecimento do dano moral, sob pena de deturpação do instituto”. (BRASIL. TJRS. Processo: 70016985699. 9ª Câmara Cível. Relator: Odone Sanguiné. Julgamento: 28.12.2006).

⁹² Em estudo contratado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ acerca da morosidade no Poder Judiciário, elaborado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS, constatou-se que um dos motivos para o crescente ajuizamento de ações é a concessão irrestrita de gratuidade de justiça. Colaciona-se parte das conclusões (p. 194): “A partir da constatação de que um dos motivos que levam os indivíduos a buscarem a prestação jurisdicional é o baixo custo e baixo risco envolvido no procedimento judicial, e de que esses motivos estão vinculados ao benefício da Assistência Judiciária Gratuita, torna-se interessante rever o sistema de concessão do benefício. Os indivíduos, como demonstra o trabalho empírico, vêem no instituto da AJG uma forma de não pagar pela utilização do Judiciário e, sendo assim, buscam a prestação jurisdicional, muitas vezes, por motivos pouco adequados” (relatório retirado do site: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_pucrs_edital1_2009.pdf - acesso em 20.05.2015).

⁹³ J.J. Calmon de Passos, ao efetivar severas críticas à imoralidade em que se convolou a indenização por danos morais, cita o seguinte caso, revelador de tal fato: “O terceiro caso é de uma senhora já balzaquiana que, na casa de sua sogra, num dia de festa e no quintal da habitação, foi atingida por um brinquedo conhecido como ‘fadinha bailarina’, manipulado por uma criança que ficou anônima no feito. O brinquedo, no seu rodopiar, atingiu o olho da vítima que, por sinal, já se submetia a tratamento oftalmológico há algum tempo. Pois bem, em virtude desse episódio doméstico, uma fábrica de brinquedos que tem, sem exclusividade, autorização para importar o artefato de produção chinesa e sem que se fizesse qualquer prova da existência mediata ou imediata de alguma relação jurídica com a vítima, foi acionada para pagar modestos R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais) de danos morais. O curioso dessa tramóia é que a vítima, caso tivesse reclamado lucros cessantes, por ter ficado (e não

Valendo-se do subjetivismo judicial, decorrente da abertura conceitual do que seja dano moral e de seus esteios (direitos da personalidade e dignidade da pessoa humana), além da indeterminação atinente à quantificação da indenização, que varia ao sabor do magistrado, vivencia-se, hoje, uma frenética busca por indenizações superfaturadas⁹⁴.

Por outro lado, existem legítimas razões que fomentam a expansão ora anunciada, concernente ao maior acesso (não abusivo) de classes menos favorecidas, outrora preteridas, ao conhecimento e possibilidade do exercício de seus direitos. Cite-se, a respeito, a criação dos juizados especiais cíveis⁹⁵ e a ampliação da Defensoria Pública.

Consigne-se, igualmente, que, em parte, também contribui para a maior judicialização e ao conflito de entendimentos, a falta de procedimentos, ou a não utilização dos já existentes, que promovam resoluções de conflitos de maneira coletiva e unificada. As chamadas “ações de massa” demandam solução global e não apenas em demandas individuais, propostas isoladamente⁹⁶.

Sobrepondo-se às importantes questões processuais, apontam-se, ainda, outras causas que resultam no reconhecimento dessa multiplicidade de danos indenizáveis, quais sejam, o expressivo aumento das atividades humanas que geram potencial perigo de dano, a crescente ampliação dos interesses extrapatrimoniais

ficou) totalmente incapacitada para trabalhar pelo resto de sua provável vida, não obteria nem a quarta parte do que pediu e obteve”. (PASSOS, J.J. Calmon de, op. cit., p. 262).

⁹⁴ Conforme sinaliza Humberto Theodoro Junior: “tem preocupado a economia nacional, a avalanche de demandas em torno do dano moral, terreno em que, à falta de parâmetros legais, a liberdade judicial conduz, muitas vezes, a arbitramentos de indenizações milionárias que, lotericamente, enriquecem a vítima e, lamentavelmente, arruinam ou desestabilizam as empresas que as têm de suportar”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 2ª ed. Belo Horizonte: Juarez de Oliveira, 1999, p. 64).

⁹⁵ Criados pela Lei 9.099/95, em âmbito estadual, e pela Lei 10.259/01, em âmbito federal, frutos de determinação da própria Constituição. Transcreve-se: “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

⁹⁶ Nesse exato sentido, Geneviève Viney: “Enfim, parece hoje cada vez mais evidente que a indenização de danos de massa demanda procedimento específico. Com efeito, a multiplicidade de vítimas traz o risco de provocar um entupimento dos tribunais se cada um deles agir separadamente. Além disso, as ações individuais revelam-se por demais onerosas para alguns e ameaçam desembocar em decisões contraditórias. Por isso, um procedimento coletivo torna-se necessário”. (VINEY, Geneviève, op. cit., p. 53).

juridicamente tutelados⁹⁷, a extensão de alguns desses direitos a outros sujeitos que não o homem individualmente considerado e a segmentação do indivíduo em vários *status* (idoso, criança, consumidor, etc.)⁹⁸.

Trata-se de simples relação de causa e efeito, visto que mais atividades, mais direitos, mais sujeitos e maiores perfis de proteção jurídica implicam, naturalmente, em maior probabilidade de dano⁹⁹.

A própria marcha evolutiva coopera com esse quadro de inflação de danos, porquanto, com o desenvolvimento e alterações sociais, inúmeros são os interesses que vão ganhando consolidação e proteção jurídica. Alguns em razão de somente poderem surgir em determinado momento histórico, diante da tecnologia então existente, tal como o direito ao esquecimento. Não fosse possível o armazenamento e reprodução de dados e não haveria que se falar em tutela jurídica deste novo direito¹⁰⁰.

⁹⁷ Ainda, segundo Geneviève Viney: “Em particular, sabe-se que a ideologia dos direitos do homem, nascida no século XVIII da ‘filosofia das luzes’, penetrou pouco a pouco na mentalidade de cidadãos de numerosos países, traduzindo-se por diversas ‘declarações de direitos’ que figuram tanto em constituições nacionais quanto em convenções internacionais. Por sua vez, tais documentos inspiraram o movimento de afirmação de direitos subjetivos, sobretudo os direitos da personalidade, que se manifesta em muitos direitos nacionais e cuja aplicação em matéria de responsabilidade é um dos instrumentos mais eficazes - as vítimas de um atentado a esses direitos cada vez mais ajuízam contra o autor para demandar reparação e os tribunais dão atenção, cada vez mais de bom grado, a essas pretensões”. (Ibidem, p. 44).

⁹⁸ Ao tratar da multiplicação dos direitos do homem, Norberto Bobbio faz a seguinte constatação: “Essa multiplicação (ia dizendo ‘proliferação’) ocorreu de três modos: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais *status* do indivíduo”. (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 63).

⁹⁹ “Por esta razão, e, aliás, como tudo no Direito, o conceito de dano não é ‘dado’, mas sim construído e, mais ainda, é, para usar uma expressão cara aos existencialistas, um ‘conceito situado’. De uma perspectiva claramente nominalista – vale dizer, dano seria tão-só o prejuízo sofrido por um bem determinado, calculado segundo a ‘teoria da diferença’ -, se alcança uma noção normativa, ou jurídica, pela qual o dano é a lesão a interesse jurídico. E o que é ‘interesse jurídico’ é sempre aquilo que determinada comunidade considera digno de tutela jurídica, razão pela qual, se modificado o que, na pessoa e em sua personalidade, se considera-se digno de interesse, haverá imediato reflexo no conceito de dano”. (MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 409).

¹⁰⁰ Cite-se elucidativa passagem de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, em que se reconheceu o direito ao esquecimento: “[...] 2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, que reabriu antigas feridas já superadas pelo autor e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole. O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado. 3. No caso, o julgamento restringe-se a analisar a adequação do

Outros interesses, por sua vez, decorrem do reconhecimento da necessidade de tutela jurídica a coisas ou elementos imateriais, admitidos e proclamados como importantes para determinado grupo, dentro de sua consciência cultural, política e social, em dado momento¹⁰¹. Aponta-se, nesse sentido, a intensa proteção ao meio ambiente, bem como aos direitos da personalidade.

Desse modo, percebe-se que a conjugação de todos esses fatores, associados ao desgaste dos demais requisitos da responsabilidade, resulta, inexoravelmente, no reconhecimento de novos interesses e na aparição de outros que, conquanto já existentes, não eram trazidos a lume. Para uma melhor aferição acerca desse fenômeno, serão analisadas de maneira pormenorizada duas das principais causas da expansão dos danos ora constatada.

2.5.1 Da Ampliação das Atividades Humanas Potencialmente Danosas

O aumento expressivo das atividades humanas¹⁰² que propiciam real perigo de dano constitui reflexo da evolução vivenciada nos últimos dois séculos, notadamente em razão das revoluções industrial, tecnológica e cultural, figurando o estágio da sociedade atual como consequência desse desenvolvimento.

direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para internet, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações. 4. Um dos danos colaterais da 'modernidade líquida' tem sido a progressiva eliminação da 'divisão, antes sacrossanta, entre as esferas do 'privado' e do 'público' no que se refere à vida humana', de modo que, na atual sociedade da hiperinformação, parecem evidentes os 'riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira' (BAUMAN, Zygmunt. *Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, pp. 111-113). Diante dessas preocupantes constatações, o momento é de novas e necessárias reflexões, das quais podem mesmo advir novos direitos ou novas perspectivas sobre velhos direitos revisitados. [...] (BRASIL. STJ. REsp 1334097 / RJ. Quarta Turma. Ministro Luis Felipe Salomão. DJe 10.09.13).

¹⁰¹ Nos dizeres de António Menezes Cordeiro: "A responsabilidade civil comporta valores culturais muito profundos". (CORDEIRO, António Menezes, op. cit., p. 423).

¹⁰² E, nesse ponto, não se pode deixar de mencionar a lição da José de Aguiar Dias: "Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade". (DIAS, José de Aguiar, op. cit., p. 1).

Os limites humanos foram ampliados em progressão geométrica, porquanto mais conhecimentos geraram mais inovações, que por sua vez proporcionaram novos avanços, dentro de uma cadeia interminável, cuja marcha sempre seguiu adiante.

A automação, a tecnologia e o maior contato entre as pessoas, proporcionado pelas mais diversas formas¹⁰³, tais como internet, telefonia, transportes, etc., engendram de maneira assustadoramente mais intensa o aumento das lesões¹⁰⁴. Há, indubitavelmente, um portentoso acréscimo de fontes produtoras de danos.

Os avanços industriais e tecnológicos conduziram os indivíduos a uma nova realidade, cujo contato com as ideias de risco e perigo é constante e contínuo, portador de uma amplitude sem precedentes¹⁰⁵. A mínima imperícia junto a um reator nuclear é apta a exterminar por prazo indeterminado regiões inteiras¹⁰⁶. O simples descuido numa determinada manifestação pública, ainda que fortuita, pode se eternizar sob as implacáveis redes sociais¹⁰⁷, tais como *Facebook* e *Whatsapp*¹⁰⁸.

¹⁰³ Conforme o ensino de Silmara Juny de Abreu Chinellato: “A quarta era dos direitos é caracterizada pelos novos e cada vez mais diversos meios de comunicação, possibilitados pelas recentes tecnologias. Da comunicação personalizada, individual e solitária passamos às grandes redes sociais, à comunicação de massa, uma das características da pós-modernidade”. (CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Pessoa natural e novas tecnologias. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. vol. 27, janeiro, 2011, p. 47).

¹⁰⁴ Norberto Bobbio explicita que: “Não é preciso muita imaginação para prever que o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão produzir tais mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que criem ocasiões favoráveis para o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdades e de poderes”. (BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 33).

¹⁰⁵ Nos dizeres de Ulrich Beck: “Na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de *riscos*. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científicos-tecnologicamente produzidos”. (BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a outra modernidade*. Tradução de: Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 23).

¹⁰⁶ Não se pode olvidar os desastres ocorridos em Chernobyl, na extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS, no ano de 1986, e em Fukushima, no Japão, em 2011, cujas consequências, que permanecem até hoje, atingiram, respectivamente, vastas regiões territoriais e oceânicas.

¹⁰⁷ Stefano Rodotà constata que “vivemos em um mundo no qual as tecnologias da informação e da comunicação contribuíram para tornar cada vez mais sutil a fronteira entre a esfera pública e a esfera privada”. (RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância. A privacidade hoje*. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2008, p. 170).

¹⁰⁸ Cite-se, a título ilustrativo, a extensa repercussão do vídeo produzido no ano de 2006, contendo cenas de intimidade entre a atriz Daniela Cicarelli e seu namorado. Embora os fatos tenham sido protagonizados em local público (praia), a dimensão proporcionada pelas redes sociais ultrapassou todo e qualquer alcance até então imaginados.

Importante salientar, que os sucessivos avanços, a todo instante, espalham-se sobre os diversos setores da atividade e conhecimento humanos, de modo quase ilimitado, se é que se pode falar na existência de qualquer fronteira real. Desnuda-se o genoma humano; promove-se a seleção genética; desenvolvem-se tratamentos que elastecem a vida, ainda que de modo automatizado (por aparelhos); fomenta-se a produção dos alimentos transgênicos; instalam-se localizadores individuais sob o formato de microchips; acelera-se a transmissão de dados; oportuniza-se ampla exposição social, por meio de redes sociais e programas televisivos; criam-se novas fontes de energia, algumas delas com possibilidades fatais (nuclear); ampliam-se as formas e rapidez dos transportes, a exemplo de aviões supersônicos e trens de alta velocidade; incrementa-se o maquinário industrial; dentre incontáveis outras evoluções.

Desde antes do nascimento até momento posterior à sua morte, passando por todos os estágios da vida, o ser humano tem sido atingido pelo desenvolvimento científico e por todas as atividades dele decorrentes. Os direitos mais fundamentais, inerentes à personalidade, encontram-se absolutamente expostos e suscetíveis a lesão. Vida, integridade física, privacidade, intimidade, honra, imagem, respeito, etc., conquanto expressa e positivamente reconhecidos, têm sido assaltados na sua real efetividade¹⁰⁹.

Tal circunstância, por conseguinte, enseja o surgimento de novos danos, outrora nem sequer imaginados e que, em diversos aspectos, causam estranheza ao operador do direito, porquanto, em muitos casos, os debates em torno do tema transcendem aos conhecimentos técnico-jurídicos, adentrando, em especial, no terreno da bioética¹¹⁰.

Para melhor compreender a dimensão do assunto, mencionam-se situações envolvendo o problemático assunto referente à identificação e seleção genética. Sabe-se que a identidade genética está na esfera de privacidade (talvez intimidade,

¹⁰⁹ Já proclamava Norberto Bobbio: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”. (BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 23).

¹¹⁰ Segundo Joaquim Clotet, hodiernamente, a bioética trata de “questões emergentes e problemas éticos pertinentes a início e fim da vida, novos métodos de fecundação, da seleção de sexo, da engenharia genética, da maternidade substituta, das pesquisas em seres humanos, dos transplantes de órgãos, dos pacientes terminais, das formas de eutanásia, entre outros temas atuais”. (CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2003, p. 22).

se, porventura não, do segredo) do indivíduo, pois revela inúmeras tendências referentes às predisposições da pessoa, seja em nível comportamental, seja em nível de condições de saúde. Por possuir determinado gene ou enzima, poderia o sujeito revelar maior probabilidade à agressão, à baixa concentração, à insubmissão ou ao desenvolvimento desta ou daquela doença.

Desse modo, pergunta-se: quando utilizados tais dados sensíveis, até que ponto existiria comportamento legítimo de companhias de seguro, empregadores, instituições financeiras, Poder Público, dentre outros, e a partir de qual limite existiria lesão à privacidade da pessoa?

Destaque-se que há um vasto campo para a produção de danos nesta seara, tanto no que se refere à possível discriminação (ex. deixar de contratar um trabalhador porque ele possui predisposição a doença degenerativa), como na própria e indevida exposição da pessoa, *v.g.*, tachando-a de provável delinquente, diante de seu possível pendor ao ilícito, em razão de possuir determinado gene vocacionado ao crime¹¹¹.

Para além disso, situação ainda mais delicada refere-se à pessoa nascida com deformações físicas ou mentais e cujo material genético foi mexido ou alterado. Haveria responsabilização dos médicos pela lesão à integridade física da pessoa estigmatizada? Note-se que não se está a mencionar qualquer relação contratual, baseada no Código de Defesa do Consumidor, entre pais e clínica (ou médico autônomo), mas sim na responsabilidade aquiliana do médico em face da criança.

Outra esfera que demonstra o expressivo aumento de danos oriundos das novas atividades refere-se ao mundo digital, ligado à tecnologia da informação. Aqui há um vasto campo para produção de lesões, desde as mais ordinárias até as mais insólitas.

As incalculáveis transformações trazidas pela internet acarretaram novas maneiras de se produzir antigos danos, bem como a possibilidade de se violar novos interesses. Ofensas irrogadas a determinadas pessoas, violação de sigilo, desvio de créditos bancários, compras com cartões de crédito alheios, desrespeito a direitos

¹¹¹ A BBC Brasil noticiou, em 2002, em matéria intitulada “Cientistas descobrem ‘gene do crime’”, estudo apontando que: “Um determinado gene pode transformar jovens que sofreram maus tratos em criminosos, segundo um estudo da King's College, em Londres. Segundo os pesquisadores, meninos com uma versão específica de um gene têm mais chance de ‘sair dos trilhos’ se sofrerem abusos”. (http://www.bbc.co.uk/portuguese/ciencia/020802_genecrimecg.shtml - acesso em 25.05.2015).

autorais por meio de reproduções não autorizadas, dentre incontáveis outras situações, apenas concernem a vetustas práticas nefastas, agora efetivadas de forma virtual.

Cumprе destacar que essa nova realidade muito incrementa a reprodução de indesejados comportamentos nocivos do mundo real, em razão de, pelo menos, três motivos: 1) a sensação de anonimato pertencente ao agente por detrás da tela, consistente na falsa impressão de que não importa o que se fale ou faça, jamais será identificado¹¹²; 2) a ampla, irrestrita e permanente facilidade de transmissão do conteúdo, em que num único comando, instantaneamente, as informações são dispersas de modo difuso¹¹³; 3) a possibilidade de se armazenarem os dados, utilizando-os a qualquer momento e em diversos lugares.

A gravidade dos possíveis danos perpetrados, decorrente de sua magnitude e irreversibilidade, especialmente no que tange aos direitos da personalidade, ensejou a intensificação da busca por formas de se evitar as eventuais lesões, ou, na sua impossibilidade, de se diminuir sua veemência. Nesse sentido, ampliou-se o rol de responsáveis pela compensação dos prejuízos, além de se tornar mais rígida a punição de certos comportamentos nocivos, criminalizando-se determinadas condutas¹¹⁴.

Com relação à ampliação de responsáveis, é necessário registrar a possível responsabilidade dos provedores de internet, em razão do conteúdo por meio deles veiculados por terceiros. Causou este tema uma série de conflitos e controvérsias,

¹¹² Tacha-se de *falsa* a impressão de anonimato, pois, em regra, a origem dos conteúdos pode ser descoberta por meio dos IPs (*internet protocol*) – um tipo de endereço virtual do transmissor.

¹¹³ Nesse sentido, Carlos A. Ghersi: “*La alta tecnología con que hoy cuentan los medios de comunicación y su globalización (como contenido) se conozca con inmediatez y en todo el mundo casi com simultaneidad. Estos espacios así construidos generan beneficios inconmensurables de todo tipo, pero también pueden generar daños de mayor magnitud, por el ‘espacio’ del impacto (global) y la ‘dinámica’ (cantidad de personas, instituciones, etcétera)*”. (GHERSI, Carlos Alberto. *Derecho y reparación de daños: daño a la persona humana em sus derechos a la personalidad e integridad*. vol. 5. Buenos Aires: Universidad, 2005, p. 135).

¹¹⁴ Em razão dos famigerados acontecimentos envolvendo a atriz Carolina Dieckmann, em maio de 2011, cujas fotos íntimas, copiadas de seu computador, foram divulgadas na internet, a Lei 12.737/12 tipificou como crime, sob a epígrafe “Invasão de Dispositivo Informático”, a conduta de invadir dispositivos informáticos alheios, sem autorização, para obtenção, alteração ou destruição de dados ou informações.

mormente em relação a quais provedores poderia ser imputada responsabilidade, além de se saber se esta o seria pelo simples risco ou pela culpa¹¹⁵.

Depois de muito se debater, a Lei 12.965/14, denominada “Marco Civil da Internet”, sanou parte da celeuma reinante. Em breve síntese, o mencionado diploma assim dispôs acerca dos danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros: 1) retirou a responsabilidade dos provedores de conexão¹¹⁶; 2) imputou responsabilidade subjetiva aos provedores de conteúdo, caso não tornem indisponível, dentro do prazo assinalado judicialmente, o acesso ao conteúdo publicado por terceiros¹¹⁷; 3) imputou responsabilidade subjetiva e subsidiária aos provedores de conteúdo, na hipótese de se veicularem cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado, na hipótese de não tornarem indisponível o acesso a tais conteúdos, de modo diligente, depois de notificados pelo participante ou seu representante legal¹¹⁸.

Não obstante o tratamento normativo conferido à matéria, que se revela complexo, porquanto tem de salvaguardar direitos contrapostos, muitas vezes de natureza principiológica, a exemplo da vedação à censura (livre manifestação do pensamento) em face da privacidade e honra, as divergências ainda são muitas, já que parte das hipóteses não se acha contemplada, além de o marco civil somente ser aplicado às situações que ocorrerem durante sua vigência, sendo-lhe vedada a retroação¹¹⁹.

¹¹⁵ Cf. LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços na internet*. Belo Horizonte: Juarez de Oliveira, 2005.

¹¹⁶ “Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”.

¹¹⁷ “Art. 20. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 19, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário”.

¹¹⁸ “Art. 20. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 19, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário”.

¹¹⁹ Nesse sentido, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, que dispôs em parte de sua ementa: “2. Inaplicabilidade da Lei 12.965/14, marco civil da internet, a fatos pretéritos”. (BRASIL. STJ. AgRg no REsp 1384340. TERCEIRA TURMA. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. DJe 12/05/2015).

Dessa maneira, percebe-se que as novas tecnologias incrementaram consideravelmente, para pouco dizer, a produção de danos. A humanidade foi e continua a ser surpreendida por novos produtos, serviços e situações que ainda não aprendeu a utilizar, ou mesmo achar suas balizas e limites.

Impende consignar, igualmente, que além das atividades explicitadas, atinentes à biotecnologia e tecnologia da informação, há os avanços ligados a outras modalidades cujo risco de criação de lesões lhes está imanente. Visando melhorar e, até mesmo, possibilitar a vida humana, inúmeros são os progressos desenvolvidos, mas que trazem em si o princípio do risco, o que fomenta o fenômeno ora analisado.

Para não se deixar de mencionar os mais corriqueiros empreendimentos cuja realização envolve o ser humano, diariamente, e dos quais a concretização ampliou enormemente as possibilidades de danos, citam-se o desenvolvimento dos transportes (aeronáutico, rodoviário e aquaviário); a produção de energia (hidroelétrica, eólica, termoelétrica ou mesmo nuclear); a construção civil de edifícios (comerciais e residenciais), e, de modo geral, as produções industriais. Tais efetivações, conquanto úteis e atualmente indissociáveis da forma de vida humana, ocasionaram a inelutável situação de constante risco real de danos.

2.5.2 Dos Novos Sujeitos de Direito

O aumento da titularização de novos direitos, a par dos já estabelecidos, é uma das causas do fenômeno de expansão de danos ora em apreciação, visto que onde existem mais titulares, necessariamente, haverá maior possibilidade de transgressão, pois mais pessoas possuirão direitos.

A ampliação dos direitos assegurados possui duas fontes principais, quais sejam, a fundamental, consistente no reconhecimento de novos interesses juridicamente tutelados, que sofreu veemente expansão em razão da normatização

dos princípios¹²⁰, especialmente constitucionais¹²¹, e, a secundária, referente à extensão dos direitos a novos titulares. Trata-se de acréscimo objetivo e subjetivo.

Esse acréscimo subjetivo amplia a margem de possíveis lesados¹²². A personalidade e a especial proteção jurídica a ela conferida são estendidas a novos entes, indivíduos e coisas. Mencionem-se, respectivamente, nessa direção, e de forma meramente exemplificativa, as pessoas jurídicas, os nascituros e os animais.

As primeiras resultam da vocação humana ao agrupamento e da necessidade de que estes ajuntamentos possuam, de maneira autônoma e dissociada de seus participantes e instituidores, proteção e capacidade para exercício de suas atividades, contraindo obrigações, cumprindo deveres e exercendo direitos¹²³.

Ocorre, no entanto, que por possuírem personalidade própria, também estão sujeitas a sofrerem danos autônomos, bem como reparações autônomas, inclusive de natureza não patrimonial¹²⁴ - neste último aspecto, ressalva-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem afastado a possibilidade de as pessoas jurídicas de direito público serem vítimas de danos extrapatrimoniais, com base no fundamento

¹²⁰ J. J. Gomes Canotilho, explicita que “(1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1086).

¹²¹ Nas palavras de Paulo Bonavides, ao tratar dos direitos de terceira geração: “A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 264).

¹²² Nesse sentido, Silmara Chinellato aponta o alargamento do rol de titulares ativos e passivos, lesantes e lesados, como uma tendência da responsabilidade civil. Nas palavras da autora: “Entre os que causam dano a outrem, autor do dano ou lesante, incluem-se a pessoa jurídica e os ‘entes não personalizados’, da mesma forma que entre ‘os titulares do direito à indenização’, os lesados ou vítimas, incluem-se além da pessoa natural nascida, o nascituro - conceito que abrange o embrião pré-implantatório - a pessoa jurídica e os mortos”. (CHINELLATO, Silmara Juny Abreu. *Tendências da responsabilidade civil no direito contemporâneo: reflexos no código civil de 2002*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jonas Figueirêdo. *Novo código civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2006, p. 590).

¹²³ Para Caio Mario da Silva Pereira: “o sentimento gregário do homem permite afirmar que a associação é inerente à natureza, corrigindo-lhe as fraquezas e suprimindo sua com a sua continuidade a brevidade da vida. O espírito criador engendra então entidades coletivas, resultantes de um agregado de pessoas ou de um acervo de bens, por via dos quais logra a obtenção de resultados mais positivos e mais amplos do que consegue o esforço individual isolado”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 297.)

¹²⁴ Destaque-se a Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

de que os direitos fundamentais se prestam a defender as pessoas em face do Estado, e não o contrário, além de os danos morais da pessoa jurídica não refletirem, verdadeiramente, danos extrapatrimoniais propriamente ditos, mas sim lesões cujos reflexos patrimoniais são de difícil delimitação¹²⁵.

No que tange aos nascituros, apesar da celeuma decorrente das três teorias a seu respeito (natalista, concepcionista e condicional da personalidade), a personalidade jurídica lhes tem sido reconhecida, desde a concepção, possibilitando que também possam titularizar direitos e, em caso de danos, serem por estes reparados¹²⁶.

Cumpre esclarecer, que, apesar de certa divergência doutrinária, a personalidade não se limita à concepção intrauterina, mas se estende, também, ao embrião pré-implantatário¹²⁷. Essa extensão da personalidade, permitida em virtude

¹²⁵ “A pessoa jurídica de direito público não tem direito à indenização por danos morais relacionados à violação da honra ou da imagem. [...] Com efeito, o reconhecimento de direitos fundamentais – ou faculdades análogas a eles – a pessoas jurídicas de direito público não pode jamais conduzir à subversão da própria essência desses direitos, que é o feixe de faculdades e garantias exercitáveis principalmente contra o Estado, sob pena de confusão ou de paradoxo consistente em ter, na mesma pessoa, idêntica posição jurídica de titular ativo e passivo, de credor e, a um só tempo, devedor de direitos fundamentais. Finalmente, cumpre dizer que não socorrem os entes de direito público os próprios fundamentos utilizados pela jurisprudência do STJ e pela doutrina para sufragar o dano moral da pessoa jurídica. Nesse contexto, registre-se que a Súmula 227 do STJ (“A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”) constitui solução pragmática à recomposição de danos de ordem material de difícil liquidação” (BRASIL. STJ. REsp 1.258.389-PB. Quarta Turma. Relator Luis Felipe Salomão. DJe 15.04.2014).

¹²⁶ Destaque-se que o Superior Tribunal de Justiça, reiteradamente, tem reconhecido a personalidade jurídica do nascituro, seguindo a doutrina propugnada por Silmara Chinellato (ALMEIDA, Silmara J. A. C. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000). A título de exemplo, colaciona-se parte do seguinte aresto: DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA. [...] 3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro - natalista e da personalidade condicional - fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa - como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros. 4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais. [...] (BRASIL. STJ. REsp 141.572-7. Quarta Turma. Min. Luis Felipe Salomão. DJe 20.09.2014).

¹²⁷ Nesse sentido, Silmara Chinellato: “A esta corrente também me filio, sustentando que entre o embrião implantado e não implantado pode haver diferença quanto à capacidade de direito, mas não quanto à personalidade. Esta é um *quid*, enquanto a capacidade é um *quantum*”. (CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Adoção de nascituro e a quarta era dos direitos: razões para se alterar o caput*

do avanço tecnológico, torna possível o surgimento de novas lesões a que esses sujeitos poderiam ser vítimas, a exemplo da já mencionada manipulação genética que resulte em deficiência física.

Com relação aos animais, malgrado sejam tratados no Brasil como bens móveis, deve-se explicitar que há forte tendência mundial¹²⁸¹²⁹, oriunda de posições filosóficas¹³⁰ e jurídicas¹³¹, no sentido de desatrelá-los da condição de objeto de direito, tornando-os pessoas (ou coisas) *sui generis*. A consequência de se perfilhar tal entendimento resulta no fato de os animais deixarem de ser meros objetos de proteção, conforme já ocorre nos dias de hoje, por meio das leis ambientais, para serem alçados à categoria de titulares de direitos, o que permitiria, em última análise, que se tornassem vítimas de possíveis lesões.

Dentro do contexto apresentado, percebe-se que o acréscimo de novos sujeitos de direito também colabora para o fenômeno de expansão dos danos indenizáveis, porquanto em situações que outrora não se verificaria nenhuma violação a direitos, agora se mostra possível sua infringência, já que novos titulares passaram a possuí-los.

do art. 1.621 do novo código civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo código civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2003, p. 366).

¹²⁸ Segundo o escólio de António Menezes Cordeiro: “A experiência dos países do Centro da Europa é útil. Na Áustria, uma reforma introduziu, em 1988, no AGBG, um § 825^a, segundo o qual os animais não são coisas. O BGB seguiu esse exemplo, em 1990, através do § 90^a e o ZGB suíço fez outro tanto, em 2003, através do artigo 641^a. Particularmente, a reforma alemã: considera-se, em geral, bem preparada e foi bem recebida. [...] Há muito que o sentimento jurídico comum tomava os animais como coisas *sui generis*: a alteração legislativa de 1990 veio oficializar essa especialidade. As razões de reforma e seus objetivos mostram claramente que prevaleceu o entendimento segundo o qual, para a tutela dos animais, era conveniente a sua não recondução pura e simples às coisas”. (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil. Parte geral. Coisas*. vol. 3. 3^a ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 286).

¹²⁹ Na França, com a edição da Lei n.º 2015-177, de 16 de Fevereiro de 2015, que alterou o *Code Civil*, o *Code Pénal* e o *Code Rural*, passou-se a admitir os animais domésticos como “seres vivos dotados de sensibilidade”. A modificação mais chamativa encontra-se no art. 515-14 do *Code Civil*. (http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=D39673FD5F990C2FA556BE2EED47E6BC.tp dila18v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006090204&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20150401 - acesso em: 31.03.2015).

¹³⁰ Nesse sentido: SINGER, Peter. *Libertação animal*. São Paulo: Lugano, 2004, e; SUNSTEIN, Cass R.; NUSSBAUM, Martha C. *Animal right – current debates and new directions*. Oxford USA Trade, 2005.

¹³¹ Nesse sentido: DESMOULIN-CANSELIER, Sonia. Quel droit pour les animaux? Quel statut juridique pour l’animal? In: *Revue Pouvoirs*. n.º. 131. p. 43-56. Les animaux. Novembre, 2009. (disponível em: <http://www.revue-pouvoirs.fr/Quel-droit-pour-les-animaux-Quel.html> - acesso em: 31.03.2015); MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Personalidade jurídica dos grandes primatas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

Realizada a breve análise acerca do estágio atual da responsabilidade civil, demonstrando que a flexibilização de seus requisitos, associada ao maior reconhecimento de direitos e titulares, bem como o acréscimo de novas atividades potencialmente lesivas, tem proporcionado a expansão de danos indenizáveis, passa-se ao exame do conceito de dano e sua classificação econômica.

3 DO CONCEITO DE DANO E SUA CLASSIFICAÇÃO ECONÔMICA

3.1 DO DANO COMO REQUISITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O dano, conforme já verificado, é o principal requisito da responsabilidade civil, notadamente em razão da alteração do foco de interesse, que do agente causador (culpa) passou à vítima (dano). Sem que esteja presente, não haverá o surgimento do dever de indenizar e, por conseguinte, não se revelará presente o mencionado segmento do direito civil.

Jorge Mosset Iturraspe¹³², ao tratar do assunto, afirma: “[...] *nos proponemos estudiar la cuestión que se situa en el centro de la responsabilidad civil: el daño. A diferencia de la responsabilidad penal, la civil no puede existir sin un daño, perjuicio, detrimento, menoscabo o lesión*”.

José de Aguiar Dias menciona que é verdadeiro truísmo sustentar a inexistência de responsabilidade civil, caso não ocorra dano¹³³. Nos dizeres de Antonio Junqueira de Azevedo, esta afirmação é pacífica, sendo a ideia repetida incansavelmente pela doutrina brasileira¹³⁴.

José Luiz Gavião de Almeida¹³⁵ segue o mesmo entendimento, apontando que a responsabilidade civil consolidou-se como instrumento voltado à reparação patrimonial. Segundo o autor: “Reconhecer, agora, que o dano não é mais essencial,

¹³² ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad de los profesionales*. Santa Fé: Rubinzal - Culzoni Editores, 2001, p. 375.

¹³³ “Com efeito, a unanimidade dos autores convém em que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano, e é verdadeiro truísmo sustentar esse princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há que reparar”. (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 832).

¹³⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33.

¹³⁵ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Responsabilidade sem dano no Código Civil de 2002*. Tese apresentada no concurso para Professor Titular do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p. 173 e 173.

mas elemento informador apenas em algumas de suas hipóteses, descaracteriza completamente o instituto”.

A responsabilidade civil, por meio de sua precípua função reparatória, permite a manutenção do equilíbrio das relações humanas, porquanto estabelece uma sistemática na qual se possibilita a imputação do dever de indenizar, respeitados determinados requisitos, àquele que causar dano a outrem. Trata-se de um mecanismo de restabelecimento da paz social, cuja estabilidade, anteriormente, pelo dano foi desafiada.

Isso quer dizer que a responsabilidade civil somente se mostrará presente no caso de violação ao princípio da incolumidade das esferas jurídicas individuais, cuja origem se acha na fórmula de Ulpiano, de que a ninguém se deve lesar (*neminem laedere*). Há que existir um prejuízo sofrido por um sujeito de direito diverso do causador do dano¹³⁶.

A legislação brasileira é expressa nesse sentido. Da leitura conjunta dos art. 186 e art. 927 do Código Civil, que tratam da responsabilidade civil extracontratual, extrai-se a necessidade da ocorrência do dano para que surja o dever de indenizar, e, assim, da própria responsabilidade civil¹³⁷.

Explicitam os mencionados artigos: “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” e “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), *causar dano* a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Note-se que até mesmo na responsabilidade civil contratual, exige o ordenamento a ocorrência do dano. Não basta a mera existência de violação negativa ou positiva (mau adimplemento) do contrato. Há que se estar diante das *perdas e*

¹³⁶ “Todo ordenamento jurídico, com maior ou menor intensidade, contém, como básico, o princípio das esferas jurídicas individuais, consideradas estas, em sentido lato, o conjunto de direitos e deveres mensuráveis, ou não, economicamente, relacionados a alguém. Em consequência desse princípio, concretizado na fórmula latina do *neminem laedere*, a ninguém é dado interferir, legitimamente, na esfera jurídica alheia, sem o consentimento de seu titular ou autorização do ordenamento jurídico, donde haver um dever genérico, absoluto, no sentido de que cabe a todos, de não causar danos aos outros”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 279-280).

¹³⁷ Cumpre apontar que o art. 927 acha-se inserido no Título IX, denominado “Da Responsabilidade Civil”. Portanto, até mesmo por uma leitura topográfica, percebe-se que a própria responsabilidade civil fica condicionada ao surgimento do dano, requisito esse exigido, expressamente, pelo indigitado artigo.

danos - ressalvados os juros moratórios e cláusula penal¹³⁸. Trata-se do disposto no art. 389 do Código Civil: “Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por *perdas e danos*, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

Importante destacar que a exigência do dano como requisito da responsabilidade civil não é exclusividade do ordenamento jurídico brasileiro. O Código Civil Português (DL n.º 47.344/66), em seu art. 483, 1., encontra-se no mesmo sentido: “Art. 483. 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos *danos resultantes da violação*”.

Segue a mesma orientação o Código Civil Italiano: “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*”¹³⁹.

Igualmente, o Código Napoleão: “Art. 1.382. *Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autri un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*”¹⁴⁰.

Há que se noticiar, contudo, o surgimento de uma nova concepção acerca da responsabilidade civil, cuja ideia consiste em alargar seus domínios, para que também abranja situações em que não há a ocorrência de dano. A função principal deste ramo já não seria apenas a reparatória, mas também a preventiva, buscando antecipar-se ao prejuízo, na tentativa de evitá-lo.

Geneviève Viney aponta que a ideia de prevenção sempre esteve presente na responsabilidade civil, mas que no final da década de 1990 recebeu uma nova

¹³⁸ Nesse sentido, José de Aguiar Dias: “Em matéria extracontratual, não se levanta nenhuma dúvida sobre a necessidade de prejuízo. Isso já suscita dificuldade, contudo, no campo da responsabilidade contratual, o que é determinado pela suposição comum de que o simples inadimplemento do contrato já constitui dano. Ora, isso não é verdadeiro, e, então, o credor, para responsabilizar o devedor, deve provar o dano sofrido. Só não ocorre o mesmo no caso da cláusula penal, da reparação *à forfait* ou da indenização mínima, que são devidas independentemente de qualquer prova por parte do credor. (DIAS, José de Aguiar, op. cit., p. 837).

¹³⁹ Tradução livre: Art. 2043 (Ressarcimento por fato ilícito). Qualquer fato doloso ou culposos que causa a outro um dano injusto, obriga a pessoa que cometeu o fato a ressarcir o dano.

¹⁴⁰ Tradução livre: Todo ato, qualquer que seja, do homem, que causar a outrem um dano, obriga aquele por culpa de quem aconteceu, a repará-lo.

impulsão, tanto em razão da doutrina da análise econômica do direito, como do princípio da precaução¹⁴¹.

Segundo a autora, os teóricos da análise econômica do direito atribuem à prevenção um lugar eminente entre as finalidades da responsabilidade civil, sendo que o impulso primeiro deste sistema reside na constante procura de uma diminuição da produção de danos causados a outrem, isto é, de uma prevenção de fatos danosos¹⁴².

Por servir ao objetivo de prevenção, nos dias atuais pareceria legítimo assimilar ao dano reparável a ideia de ameaça séria de dano. Tal postura favoreceria as ações tendentes a fazer cessar a atividade geradora de riscos ou de melhorar as condições de seu exercício, de modo a, tanto quanto possível, reduzir o perigo¹⁴³.

Ainda conforme as lições da autora, a doutrina que apregoa essa nova vertente sustenta que a ligação da cessação do ilícito ao direito da responsabilidade não é incompatível com as características obrigatórias desta disciplina, já que se trata da manifestação de uma função específica da responsabilidade, distinta tanto da função reparatória, como da função punitiva¹⁴⁴.

No Brasil, essa nova concepção é defendida por Teresa Ancona Lopez, para quem a responsabilidade civil não se resume ao ressarcimento de danos, mas também está ligada à prevenção (risco conhecido) e precaução (risco hipotético) de eventos danosos, visando conferir maior segurança aos cidadãos, ao impedir lesões à integridade física, moral e econômica, individuais ou coletivas¹⁴⁵.

Explicita a autora: “Hoje podemos afirmar que temos responsabilidade civil reparatória e a responsabilidade civil preventiva. Por tudo que expusemos, concluímos que é perfeitamente possível responsabilidade civil sem dano (apenas sua ameaça)”¹⁴⁶.

¹⁴¹ VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*. 3ª ed. Paris: L.G.D.J., 2008, p. 155.

¹⁴² Ibidem, p. 155.

¹⁴³ Ibidem, p. 157-158.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 158.

¹⁴⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 137-139.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 137-139.

Nota-se que a maior preocupação em relação ao caráter preventivo decorre do reconhecimento de que se afigura mais adequado prevenir, impedindo a ocorrência de provável lesão, do que, posteriormente, indenizar o dano engendrado, mormente quando se está diante de interesses sensíveis, cuja reparação será, se não impossível, muito difícil (daí trabalhar-se com a ideia de compensação), tal como ocorre com os direitos da personalidade e ao meio ambiente equilibrado.

Não obstante a relevância dessa função profilática, não se pode anuir com a ideia de responsabilidade civil sem dano, baseada exclusivamente na ameaça de lesão, em razão da aplicação dos princípios da prevenção e da precaução. Isso não quer dizer, contudo, que a função preventiva inexista, pois ela é uma realidade presente na responsabilidade civil, mas apenas de modo acessório à função reparadora, ou seja, jamais se apresentará sozinha, sem a presença de um prejuízo¹⁴⁷.

Cumprido esclarecer, contudo, que a prevenção a futuros ilícitos ou mesmo a ameaça de danos possui guarida em nosso sistema jurídico, que, por meio da tutela específica inibitória ou de remoção do ilícito, protege o disposto em outras normas, cuja violação se ache na iminência de acontecer ou já tenha ocorrido e ainda permaneça, mas sem que tenha resultado em dano. Essa proteção, entretanto, não se encontra sob o domínio da responsabilidade civil, cuja atuação inicia-se e termina nos exatos limites da extensão do dano¹⁴⁸.

Por tutela inibitória, entende-se a ação de natureza preventiva destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito; já a tutela de remoção do ilícito refere-se à ação destinada a remover os efeitos de uma ação ilícita que já aconteceu, eliminando-se a causa de eventual dano, que ainda não ocorreu. Ambas

¹⁴⁷ Nesse sentido, João de Matos Antunes Varela: “Por outro lado, embora a responsabilidade civil exerça uma função *essencialmente reparadora* ou *indemnizatória*, não deixa de desempenhar, *acessória* ou *subordinadamente*, uma função de caráter *preventivo*, *sancionatório* ou *repressivo*, como se demonstra de vários aspectos do seu regime”. (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. vol. 1. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 542).

¹⁴⁸ Giovanna Visintini explicita que sem prejuízos não há que se falar na sanção do ressarcimento, contida no art. 2.043 do Código Civil Italiano, mas que no sistema civil há outros remédios contra fatos ilícitos. Em suas palavras: “*Además, está claro que, en ausencia de un perjuicio efectivo, la sanción del resarcimento no encaja dentro de la lógica del art. 2043 de Cód. Civil, pero en el sistema existen otros remédios civiles de reacción contra los hechos ilícitos, que no exigen la prueba de la actualidad del perjuicio como, por ejemplo, la acción inhibitoria*”. (VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil. El daño. Otros criterios de imputación*. Tradução para o espanhol de: Aída Kemelmajer de Carlucci. vol. 2. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999, p. 18).

são decorrência do próprio direito material, notadamente das normas que estabelecem condutas de não fazer para proteger direitos¹⁴⁹.

No ordenamento jurídico existem inúmeras normas objetivando a proteção de direitos fundamentais absolutamente invioláveis e cuja finalidade é evitar a ocorrência de danos. Desse modo, quando ameaçadas de violação, ou mesmo violadas, exigem uma forma de tutela jurisdicional não preocupada com o dano. Não sendo o ressarcimento, assim, o objetivo da tutela jurisdicional, mas sim impedir a violação da norma ou a remoção do ato que resultou em sua infringência, cabe somente atentar para a norma jurídica e para o direito por ela resguardado¹⁵⁰.

A função preventiva preocupa-se com a proteção de normas de variados matizes (ex. direito ambiental, da personalidade, do consumidor, etc.). Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni¹⁵¹: “Hoje são vários os setores em que, para a efetiva proteção de direitos fundamentais, são necessárias normas preventivas de caráter não penal”.

Tais normas preventivas, que buscam resguardar interesses essenciais de possíveis lesões, estão alocadas nos mais diversos ramos do direito, e não no setor atinente à responsabilidade civil, cuja preocupação central e atuação somente se revelam no caso da existência de danos, visando conferir a devida indenização. A busca por essa proteção jurisdicional em relação a ameaça de violação às normas de proteção, por sua vez, é instrumentalizada pelas normas processuais e não pelos mecanismos da responsabilidade civil.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni¹⁵²: “Se a função da norma é dar tutela ao direito fundamental, o objetivo da tutela jurisdicional somente pode ser dar efetividade à norma e ao direito, o que não é o mesmo, como é evidente, do que outorgar tutela ressarcitória”.

Desse modo, percebe-se que a responsabilidade civil, com todo seu aparato destinado a conferir indenização àquele que sofreu prejuízo, apenas será chamada a

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 200 a 215.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 128.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 128.

¹⁵² *Ibidem*, p. 128.

atuar nos casos de: 1. Tutela específica ressarcitória, em que se presta aquilo que é efetivamente devido (ex. quebra-se uma televisão e entrega-se outra igual ao lesado; na seara ambiental, indeniza-se determinado desmatamento por meio de reflorestamento; nos casos de lesão à honra, na determinação de se fazer desagravo público, etc.), ou; 2. Do equivalente em pecúnia (ex. quebra-se a televisão e entrega-se ao lesado o valor correspondente; no caso de violação ao direito de imagem, arbitrar-se determinado valor a título de compensação, etc.).

Nas demais hipóteses de tutela específica (inibitória e de remoção do ilícito), instrumentos pelos quais se exercerá a função preventiva, em defesa do cumprimento das demais normas de proteção espalhadas por todo o ordenamento, não se falará em responsabilidade civil, porquanto seu objeto não estará presente, qual seja, a indenização.

Citem-se, exemplificativamente, ações de tutela inibitória para o fim de impedir que determinada indústria inicie seu funcionamento sem as devidas licenças ambientais, ou sem a instalação de filtros antipoluentes; ou ações de remoção do ilícito no sentido de se retirar do mercado de consumo produtos inadequados ao uso humano, já postos à venda, mas que ainda não foram adquiridos. Note-se que em ambos os casos ainda não há o que se ressarcir, mas apenas e tão-somente ações tendentes a evitar o descumprimento de determinada norma de proteção e, possivelmente, um futuro dano.

Em síntese: 1. A responsabilidade civil está vocacionada à indenização, não subsistindo sem a presença do dano; 2. Existem normas de proteção espalhadas por todo ordenamento jurídico, em seus mais variados ramos; 3. A ameaça de violação dessas normas, que possivelmente resultará em dano, é combatida por instrumentos processuais, consistente nas tutelas inibitória e de remoção do ilícito.

3.2 DO CONCEITO DE DANO

3.2.1 Da Acepção Naturalística

O conceito de dano possui uma significação natural, correspondente a ideia comum de prejuízo, perda, diminuição, na diferença, para pior, da situação que se encontrava anteriormente, na afetação negativa da esfera pessoal.

Conforme António Menezes Cordeiro¹⁵³: “O dano é a supressão ou diminuição de uma situação favorável: uma noção natural de dano, a confrontar com o correspondente conceito jurídico”.

Em definição semelhante, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão¹⁵⁴ explicita: “Em termos naturalísticos, entende-se por dano a supressão de uma vantagem de que o sujeito se beneficiava”.

Adriano de Cupis¹⁵⁵ afirma que a vida cotidiana oferece, até mesmo ao observador mais distraído, uma série múltipla e variada de danos. Segundo o autor, o dano, como fenómeno, corresponde ao aniquilamento ou alteração de uma situação favorável. Acrescenta, ainda, que o conceito, sob esse aspecto não jurídico, apresenta-se de modo muito amplo, não subsistindo nenhuma limitação.

Hans Albrecht Fischer¹⁵⁶, por sua vez, assevera: “Na linguagem vulgar entende-se por dano todo o prejuízo que alguém sofre na sua alma, corpo ou bens, quaisquer que sejam o autor e a causa da lesão”. Nesse sentido, afirma que assim são considerados até mesmo os atos praticados pela própria pessoa ou mesmo fatos advindos de eventos da natureza. Em suas palavras: “O dano pode inclusivamente

¹⁵³ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil. Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil*. vol. 8. Coimbra: Almedina, 2014, p. 511.

¹⁵⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes. *Direito das obrigações*. vol. 1. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 297.

¹⁵⁵ DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. vol 1. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1966, p. 7.

¹⁵⁶ FISCHER, Hans Albrecht. *A Reparação dos danos no direito civil*. Tradução de: António de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Académica, 1938, p. 7.

causá-lo o próprio indivíduo que o experimenta, nem sequer deixando de ser tal a lesão que não puder atribuir-se à actividade de qualquer pessoa”.

A ideia comum em torno do dano é por demais elástica. Abrange toda e qualquer situação prejudicial, ainda que emanada da própria pessoa lesada ou de eventos naturais. Inexistem maiores limitações em seu derredor. Em razão disso, não se presta, por si só, para gerar o dever de indenizar, que somente surgirá caso o dano se enquadre na noção jurídica.

Segundo Clóvis Veríssimo do Couto e Silva¹⁵⁷: “Se a noção de dano fosse simplesmente um conceito naturalista, seriam as leis da física que dariam as regras próprias para a fixação dos limites do dano indenizável. Entretanto, há uma noção física de dano e uma noção jurídica”.

Desse modo, nem toda lesão ensejará o surgimento da obrigação de indenizar. Para que isso ocorra, o interesse violado deverá ser objeto de proteção normativa, além de o dever de reparação poder ser imputado a terceira pessoa¹⁵⁸.

3.2.2 Da Concepção Jurídica de Dano

A noção jurídica de dano apresenta-se como uma especialização da aceção naturalística. Verificados determinados requisitos, o dano em sentido natural transcenderá e também alcançará a coloração jurídica, que, sendo a única autorizante ao surgimento do dever de indenizar, é também a que interessa à responsabilidade civil.

Adriano de Cupis¹⁵⁹ assevera que assim como uma ocorrência de ordem física, o dano pode constituir um acontecimento jurídico, isto é, um fenômeno juridicamente qualificado, e é neste particular domínio que se encontra o estudo do jurista.

¹⁵⁷ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: *Revista dos Tribunais*. vol. 667, p. 07-16, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 08.

¹⁵⁸ Nesse sentido, Hans Albrecht Fischer: “É dano todo prejuízo que o sujeito de direitos sofra através da violação dos seus bens jurídicos, com exceção única daquele que a si mesmo tenha inferido o próprio lesado: êsse é juridicamente irrelevante”. (FISCHER, Hans Albrecht, op. cit., p. 7).

¹⁵⁹ DE CUPIS, Adriano, op. cit., p. 7.

Segundo o autor, surgindo o fato jurídico, o dano não desfigura sua própria essência física, mas a este adiciona a juridicidade. A estrutura do dano jurídico seria, então, constituída de dois elementos: 1) um elemento material ou substancial, referente ao seu núcleo interior, consubstanciado no fato físico, e; 2) um elemento formal, que provém da norma jurídica¹⁶⁰.

Percebe-se que é fundamental a existência de norma que qualifique determinado interesse como juridicamente protegido, para que no caso de lesão, esta seja classificada como dano jurídico e não apenas como um fenômeno naturalístico.

Direciona-se, nesse sentido, a lição de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva¹⁶¹: “Como sucede muitas vezes, a norma jurídica seleciona uma fração do fato social para transformá-lo numa situação jurídica. Alude-se a esse propósito a noção de interesse violado”.

A importância desse aspecto é que o surgimento do dever de indenizar, e, assim, da própria responsabilidade civil, conforme já verificado, está condicionado à tutela jurídica do interesse violado. Simples prejuízos ou perda de uma posição de vantagem que não decorram da violação de um interesse protegido normativamente, não resultarão em consequências jurídicas, permanecendo, apenas, como fenômenos naturais¹⁶².

Luís Manuel Teles de Menezes Leitão¹⁶³, ao tratar do tema, afirma acerca da noção naturalística: “Essa noção não será, porém, suficiente para definir o dano em termos jurídicos, já que as vantagens que não sejam juridicamente tuteladas não são susceptíveis de indemnização”. Arremata o autor, definindo a noção jurídica de dano: “O conceito de dano terá por isso que ser definido num sentido simultaneamente fáctico e normativo, ou seja, como *a frustração de uma utilidade que era objecto de tutela jurídica*”¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 08.

¹⁶¹ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e, op. cit., p. 08.

¹⁶² António Menezes Cordeiro, ao tratar do artigo referente à responsabilidade no direito português, assinala: “Efectivamente, não se comina, aí, uma obrigação de indemnizar prejuízos, mas tão-só a obrigação de os indemnizar quando, em determinadas circunstâncias, tenha sido violado ‘o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios...’”. (CORDEIRO, António Menezes, op. cit., p. 512).

¹⁶³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, op. cit., p. 297.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 297.

A partir disso, faz-se importante pontuar qual é o núcleo do dano, isto é, o que é efetivamente atingido por meio da lesão, ou, ainda, qual o elemento juridicamente protegido que é pelo dano violado. Numa visão primeira, constata-se que o objeto do dano é justamente o objeto da tutela jurídica, já que, nos dizeres de Adriano De Cupis¹⁶⁵, “o que o direito tutela, o dano viola”, e este objeto “é sempre um interesse humano”.

E o que é interesse? Trata-se da mesma figura dos bens? A resposta a essa segunda questão é negativa. Apesar de os conceitos de um e outro acharem-se intimamente ligados, ambos não se confundem. São realidades distintas, embora complementares¹⁶⁶.

Os bens são pressupostos objetivos do interesse. Identificam-se com tudo aquilo que pode satisfazer uma carência. Carência, por sua vez, é uma exigência, uma necessidade, provinda da falta de qualquer coisa, e que se direciona à satisfação, requerendo, assim, e para tanto, o bem¹⁶⁷.

Carlos Alberto Bittar¹⁶⁸ define os bens jurídicos como “todas as coisas, atitudes ou modos de ser, da pessoa, que possam satisfazer a necessidades ou produzir utilidades, materiais, psíquicas, ou morais, às pessoas na sociedade”.

Francesco Carnelutti¹⁶⁹, nesse mesmo sentido, explicita que: “O ente capaz de satisfazer a necessidade é um bem: *bonum quod beat*, porque faz bem. A capacidade de um bem para satisfazer uma necessidade é a sua utilidade”.

Ao adentrar no conceito de interesse, o autor define-o como uma relação entre o homem e o bem, isto é: “o interesse como uma posição favorável para a satisfação de uma necessidade, e, portanto, como uma relação entre o ente que experimenta a necessidade (homem) e aquele que é capaz de satisfazê-la (bem)”¹⁷⁰. Conclui mais adiante o raciocínio apontado que: “O interesse é, pois, a utilidade específica de um

¹⁶⁵ DE CUPIS, Adriano, op. cit., p. 35-37.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 37-38.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 37-38.

¹⁶⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, p. 102.

¹⁶⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução de: Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999, p. 89.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 89.

ente para outro ente. [...] Um ente é objeto de interesse na medida em que uma pessoa pense que lhe possa servir, do contrário, é indiferente”¹⁷¹.

Forçoso destacar que a natureza do interesse não é constituída de apreciações subjetivas, *i.e.*, não se trata de mero juízo acerca do valor de determinado objeto como meio de satisfazer uma necessidade, realizado pelo ente que experimenta essa mesma necessidade¹⁷². E assim deve ser, pois, segundo Adriano De Cupis, além de o direito não tutelar juízos de valor, depois de realizado o dano, esse ato de inteligência consistente na apreciação valorativa de um bem permanece íntegro no intelecto do lesado (ou seja, não é atingido, como acontece com o interesse). Corrobora, nesse sentido, ainda, o argumento de que as pessoas privadas de discernimento possuem interesses, sujeitos à lesão, embora não estejam aptas a proferir valorações a respeito dos bens¹⁷³.

Portanto, o interesse deve ser encarado como uma relação objetiva entre o ente carente e a entidade capaz de satisfazer a necessidade (bem), relação esta que permite ao primeiro valer-se da capacidade inerente à segunda de satisfazer uma carência¹⁷⁴.

Nesse mesmo sentido direciona-se a lição de Francesco Messineo, para quem interesse é a exigência de que seja satisfeita uma necessidade humana, para que se consiga um bem jurídico¹⁷⁵.

A tutela do direito, então, destina-se à proteção não do bem, que possui uma aptidão genérica de satisfação de necessidades, mas do interesse, da possibilidade de que a carência de um ou mais sujeitos determinados seja satisfeita pelo bem, da particular situação do sujeito em relação ao bem¹⁷⁶.

Legítima tal constatação o fato de o dano poder atingir o interesse isoladamente, sem nenhum decréscimo ao bem, mas a hipótese inversa não se revelar possível. Ilustrativamente, se alguém furta um relógio do proprietário, haverá,

¹⁷¹ Ibidem, p. 90.

¹⁷² Ibidem, p. 88-89.

¹⁷³ DE CUPIS, Adriano, *op. cit.*, p. 39.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 39.

¹⁷⁵ MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. vol. 1. 9ª ed. Milano: Giuffrè, 1957, p. 129.

¹⁷⁶ DE CUPIS, Adriano, *op. cit.*, p. 39-40.

certamente, lesão ao interesse, mas não ao bem, que permanecerá intacto. Já se alguém, de qualquer modo, danificar o relógio, além de atingir o bem, necessariamente, afetará o interesse¹⁷⁷.

Além disso, outro fator que revela ser o interesse o objeto da tutela jurídica, bem como o objeto do dano, é a necessidade de que exista a figura da vítima, do lesado, que demonstre o efetivo rompimento da satisfação de suas carências realizada por determinado bem. Se alguém, hipoteticamente, destruir um objeto que é *res nullius*, não estará provocando um dano jurídico¹⁷⁸.

Nota-se, assim, que, ainda que o bem tenha aptidão genérica de suprir necessidades, caso não esteja relacionado especificamente a alguém, mesmo que danificado, não resultará em lesão relevante para o direito, porquanto não existirá nenhum interesse afetado.

Alguns apontamentos, aqui, revelam-se necessários.

Os bens são entidades com potencial de satisfazer carências. Um único bem tem o condão de atender inúmeras carências ao mesmo tempo. O fato, contudo, de poder satisfazer, potencialmente, às exigências do sujeito de direito, não quer dizer que estará, concreta e necessariamente, atendendo a uma ou a todas as carências de possível satisfação.

As carências, por sua vez, são as exigências decorrentes da falta de algo. Trata-se da necessidade da busca de um bem jurídico que possua potencial específico para atendimento de determinada ausência.

Já os interesses são a ligação, a conexão, entre determinada carência e o potencial específico de certo bem, vocacionado à satisfação desta mesma carência. Referem-se, sinteticamente, à própria satisfação, encarada de modo objetivo, desta exigência. Um único bem poderá promover a satisfação de diversas carências, ou seja, propiciar a aparição de diversos interesses (ex. o corpo humano, que, ao mesmo tempo em que satisfaz a exigência do trabalho, atende as exigências da prática de esportes, do deleite do lazer, da vida sexual, etc.).

¹⁷⁷ Ibidem, p. 40.

¹⁷⁸ ZANNONI, Eduardo Antônio. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1982, p. 6.

Desse modo, percebe-se que os sujeitos de direito estão ligados a um sem-número de interesses, porquanto possuem infindáveis carências, cujos bens são capazes de satisfazer.

Delineados tais pontos essenciais, pode-se afirmar, então, que o dano em sentido jurídico é a lesão a um interesse juridicamente tutelado, que produza consequências que serão objeto de reparação ou compensação.

Para um melhor detalhamento de seu conceito e conteúdo, passar-se-á à análise da distinção entre duas realidades que compõem o dano: o dano-evento e o dano-prejuízo.

3.2.3 Do Dano-Evento e do Dano-Prejuízo

A palavra dano comporta duas significações diversas, uma atinente à violação de interesses juridicamente tutelado (e, então, da própria norma), o denominado “dano-evento”, e outra referente às consequências negativas oriundas dessa lesão realizada, o chamado “dano-prejuízo”¹⁷⁹.

Giovanna Visintini explicita que a confusão entre essas duas realidades é seguramente muito negativa. No sentido acima mencionado, aponta a existência de uma feição do dano como sendo a lesão de interesse tutelado, e outra, distinta, referente ao ressarcimento, quando o dano indenizável assume o significado de lucro cessante, dano emergente ou sofrimentos morais, ligado à ideia de prejuízo, como objeto de reparação ou compensação¹⁸⁰.

Philippe Le Tourneau e Loïc Cadiet afirmam que o dano (*dommage*), propriamente dito, refere-se à lesão sofrida, enquanto o prejuízo (*préjudice*) é a consequência da lesão e aparece como seu efeito ou resultado. O dano (*dommage*) apresenta-se como um fato, objetivamente perceptível, independentemente da ideia que se pode fazer da vítima ou das consequências para ela. Já o prejuízo (*préjudice*)

¹⁷⁹ Conforme C. Massimo Bianca, na responsabilidade extracontratual, pode-se identificar o dano-evento como a lesão a um interesse protegido (o dano injusto), enquanto o dano-prejuízo (na Itália identificado como dano-consequência) seria a consequência prejudicial relevante advinda do primeiro. (BIANCA, C. MASSIMO. *Diritto civile: la responsabilità*. vol. 5. Milano: Giuffrè, 1994, p. 114).

¹⁸⁰ VISINTINI, Giovanna, op. cit., p. 18-19.

é uma noção secundária, definido como as diversas consequências decorrentes do dano (*dommage*)¹⁸¹.

No Brasil, Antonio Junqueira de Azevedo explica que assim como no idioma francês, as palavras dano e prejuízo são muitas vezes usadas indistintamente, ora como ato que viola determinado bem jurídico, ora como o resultado dessa violação. Adverte, contudo, que: “O ideal seria sempre se referir a dano-evento (1º momento) e a dano-prejuízo (2º momento)”¹⁸². Sendo que: “o primeiro é a lesão a algum bem; o segundo, a consequência dessa lesão”¹⁸³.

Essa bipartição do dano é de extrema relevância. Permite enxergar com melhor clareza dois momentos que, conquanto distintos, são igualmente indispensáveis à configuração do dano. Sem a presença de um ou outro não haverá dano indenizável. Poderá existir, isoladamente, a ilicitude (ainda que visualizada de modo apenas objetivo) ou, então, o prejuízo, mas não o dever de indenizar.

Passa-se, neste momento, à breve análise de cada um desses momentos.

3.2.3.1 Do Dano-Evento

Conforme já mencionado, o dano-evento refere-se à lesão a interesses juridicamente tutelados. Para que ocorra seu surgimento, deverá existir a violação de alguma norma de proteção, já que, ao se atingir o objeto de tutela (interesse), automaticamente se atingirá a própria norma de proteção (que poderá ser um direito subjetivo ou não).

Dito de outro modo, o dano deverá ser antijurídico, em razão de infringir uma norma de proteção. A antijuridicidade, aqui, não se refere à conduta, que poderá ser lícita ou ilícita. Trata-se, antes, de saber se existiu a violação de um direito subjetivo ou de norma que tutele interesse alheio, ou seja, a ilicitude deverá ser aferida em relação ao resultado da conduta, com o foco de apreciação voltado ao interesse da

¹⁸¹ LE TOURNEAU, Philippe; CADIET, Loïc. *Droit de la responsabilité e des contrats*. Paris: Dalloz, 2002/2003, p. 349.

¹⁸² AZEVEDO, Antonio Junqueira de, op. cit., p. 33.

¹⁸³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cadastro de restrição ao crédito. Conceito de dano moral. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 291.

vítima que foi afetado, procurando-se identificar se este era ou não objeto de proteção jurídica.

Não se trata do exame da ilicitude da conduta, visto que há ações ou omissões ilícitas que não violam direitos subjetivos (ou interesses alheios juridicamente protegidos), isto é, que não produzem dano-evento - ex. dirigir em velocidade acima do permitido ou em sentido contrário ao estipulado para a via, sem que se atinja qualquer outro veículo ou pedestre.

Do mesmo modo, há condutas que, embora lícitas, violam direitos subjetivos (ou interesses alheios juridicamente protegidos), ou seja, que fazem surgir o dano-evento - ex. para se salvar de um incêndio, o morador de um prédio quebra o muro de propriedade vizinha.

No caso acima, não obstante ser a conduta praticada sob a causa justificadora estado de necessidade (o que a torna lícita)¹⁸⁴, haverá lesão a direito subjetivo (propriedade), bem como o dever de reparar¹⁸⁵. A conduta é lícita, mas o resultado ilícito, pois atingiu direito subjetivo alheio, e, para análise do dano-evento, o que importa é o resultado.

A ilicitude, nesta seara, é apenas verificada em seu aspecto objetivo, isto é, em relação à contrariedade ao direito¹⁸⁶. Segundo Marcos Bernardes de Mello¹⁸⁷, há dois elementos que compõem a ilicitude: “(a) um objetivo (porque relacionado ao fato), à contrariedade a direito, e (b) outro subjetivo (por dizer respeito à qualidade do sujeito), a imputabilidade (= capacidade de praticar ato ilícito, ou delitual)”.

Assim, para que possa ser considerado ilícito um fato, “é necessário que implique violação da ordem jurídica, negando os fins do direito, e seja praticado ou

¹⁸⁴ “Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

[...]

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”.

¹⁸⁵ “Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram”.

¹⁸⁶ Giovanna Visintini identifica o dano-evento (ou dano injusto) como o elemento objetivo do fato ilícito. (VISINTINI, Giovanna, op. cit., p. 19).

¹⁸⁷ MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., p. 282.

esteja vinculado a alguém imputável. Sem que ocorram esses dois elementos, não há ilicitude”¹⁸⁸.

Para a configuração do dano-evento, contudo, não se examinará a imputabilidade do agente, mas apenas a questão da contrariedade ao direito, que, de acordo com João de Matos Antunes Varela, poderá ocorrer de duas maneiras: em razão da violação de um direito subjetivo ou em virtude da violação de lei que protege interesses alheios¹⁸⁹.

Em relação aos primeiros, encontram-se os casos mais nítidos de ilicitude civil, em que são compreendidos os direitos absolutos, nomeadamente os direitos reais, da personalidade, familiares (exceto os de carácter pessoal, a exemplo da fidelidade) e a propriedade intelectual (direitos de autor e conexos e propriedade industrial)¹⁹⁰.

Antonio Junqueira de Azevedo¹⁹¹, no caso, elenca 05 hipóteses possíveis de dano-evento: “lesão à pessoa física; lesão à pessoa bio-físico-química; lesão à ‘figura social’ da pessoa; lesão ao patrimônio *stricto sensu*; e lesão à terceira pessoa, atingindo a vítima por ricochete”.

No que tange à infringência de norma destinada à proteção de interesses alheios, há maior dificuldade na definição de seu âmbito. Trata-se de infração à norma que protege interesses particulares, mas que não confere aos respectivos titulares direitos subjetivos, ou a normas que, embora destinadas à proteção de interesses coletivos, não deixam de tutelar interesses particulares subjacentes¹⁹².

Por se tratar esta segunda hipótese de situação em que há maior abertura à ilicitude, para que o lesado faça jus à indenização, três requisitos serão necessários: 1. Que exista a violação de uma norma legal; 2. Que a tutela dos interesses particulares esteja, de fato, entre os fins da norma infringida; 3. Que o dano tenha ocorrido no âmbito de interesses privados que a norma visa tutelar (exemplo no qual este requisito não se verifica ocorre no caso em que portaria administrativa determina

¹⁸⁸ Ibidem, p. 282.

¹⁸⁹ VARELA, João de Matos Antunes, op. cit., p. 533 a 542.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 535 a 537.

¹⁹¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de, op. cit., p. 292.

¹⁹² VARELA, João de Matos Antunes, op. cit., p. 538.

a iluminação de certo recinto, para proteção de crianças de determinada escola, e a falta de luminosidade vem a propiciar lesão a pessoas estranhas, que por ali circulavam indevidamente)¹⁹³.

Há, assim, uma distinção entre os direitos subjetivos e os chamados interesses legítimos (interesses protegidos por normas que tutelam interesses alheios, geralmente ligados à Administração Pública ou a direitos difusos, mas que não geram direitos subjetivos). Estes são tutelados indiretamente, isto é, ao se destinar a norma a proteger certo interesse de modo principal, acaba por abrigar, de modo lateral, outros mais.

Cândido Rangel Dinamarco, ao tratar dos interesses legítimos, explica que, conquanto não sejam direitos subjetivos, encontram-se de tal modo que sua satisfação reflete automaticamente na satisfação do interesse da Administração e sua violação resulta, igualmente, na violação de um direito subjetivo desta¹⁹⁴.

O autor formula o seguinte exemplo em relação a esse tipo de interesse: “O proprietário de imóvel urbano que vai à Justiça pedindo que o vizinho seja impedido de construir sem a observância do recuo frontal exigido por normas edilícias da Municipalidade [...]”¹⁹⁵.

A essência da distinção entre os direitos subjetivos e os interesses legítimos seria que, enquanto os primeiros atribuem, por meio de lei, um poder de atuar, de modo exclusivo, em favor de seu titular, os segundos conferem um poder de ação de forma concorrente com outras pessoas, ou seja, sem exclusividade, e cujo cumprimento da norma, embora satisfaça indiretamente o titular destes interesses, possui como principal finalidade a satisfação de um interesse geral¹⁹⁶.

Nota-se que há maior intensidade de proteção conferida ao direito subjetivo, que é exercido exclusivamente e tem por principal vocação a proteção do interesse do titular. Isso não quer dizer, contudo, que os interesses legítimos assemelhem-se

¹⁹³ Ibidem, p. 539 a 542.

¹⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 222.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 223.

¹⁹⁶ ZANNONI, Eduardo Antônio, op. cit., p. 7.

ou se igualem aos chamados interesses simples, que são aqueles que carecem de proteção jurídica.

Os mencionados interesses simples caracterizam-se: a) pelo fato de não serem exigíveis, pois se encontram apenas na esfera psicológica do indivíduo, restando inoponíveis a terceiros; b) pela ausência de projeção de efeitos externos, porquanto caberá ao próprio indivíduo fruir eventual vantagem alcançada ou suportar os ônus daquela que se frustrou; c) pela indiferença que são tratados pelo Estado ou por terceiros, já que seu exercício não é nem proibido, nem mesmo incentivado¹⁹⁷.

Esses interesses simples permanecem, desse modo, apartados do cenário jurídico, remanescendo apenas no plano primário da existência-utilidade, sem que adentrem no plano ético-normativo-impositivo¹⁹⁸. A título exemplificativo, cita-se a relação de namoro (propriamente dita, e não a dissimulação de união estável), em que o interesse não é nem proibido e nem incentivado pelo ordenamento, e cujo rompimento, desde que não atinja outros interesses (ex. honra, integridade física, etc.), não produzirá dano-evento.

Nessa direção, pode-se dizer, então, que o dano-evento somente será gerado caso exista a violação de um direito subjetivo ou norma que tutele interesses alheios, cuja proteção, desde que cumpridos os requisitos acima mencionados, alcançará os chamados interesses legítimos. A lesão aos interesses simples permanecerá alheia à responsabilidade civil.

Impende salientar que não obstante o art. 186 do Código Civil mencione apenas “violar direito”, dentro de uma extensão aparentemente restritiva aos direitos subjetivos, há que se realizar uma interpretação ampliativa à indigitada expressão, no sentido de que seja alcançada a violação à norma de proteção aos interesses alheios.

Isso porque há uma série de interesses que não constituem verdadeiros direitos subjetivos, mas cuja tutela é promovida pelo ordenamento, que, em caso de sua violação, exigirá a devida reparação, a exemplo dos já mencionados interesses legítimos (ex. a poluição marítima oriunda de derramamento de petróleo atinge diretamente os interesses dos pescadores em seu trabalho de pesca - note-se que

¹⁹⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 28.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 28.

aqui não há direito subjetivo à pesca, mas sim um interesse legítimo, protegido indiretamente por uma norma cuja principal finalidade é a tutela ao meio ambiente) e dos interesses difusos e coletivos.

Além disso, o dano-evento faz parte do conceito de dano e abrange, além da violação aos direitos subjetivos, a infringência às normas de proteção. A palavra “direito” (que até mesmo no texto não está ligada ao termo “subjetivo”), portanto, possui acepção ampla.

Verificados os contornos do dano-evento, passa-se à análise do segundo momento do dano.

3.2.3.2 Do Dano-Prejuízo

Para que surja o dever de indenizar, não se revela suficiente a existência do dano-evento. Há que se mostrar presente, também, o dano-prejuízo, isto é, as consequências negativas sofridas pela vítima em sua esfera jurídica, ou, em outros termos, os efeitos decorrentes da violação ao interesse protegido (e não a própria lesão ao interesse)¹⁹⁹.

Em regra, a ocorrência do dano-evento resultará no surgimento do dano-prejuízo, cuja natureza poderá assumir feição patrimonial ou extrapatrimonial. Contudo, a violação ao direito nem sempre será sucedida, necessariamente, de um prejuízo efetivo. Haverá situações em que o dano-evento se mostrará presente, sem que se afigure um prejuízo real. Não existe uma correlação necessária entre os dois momentos. A ocorrência do primeiro não resulta automaticamente na aparição do segundo²⁰⁰.

¹⁹⁹ Nesse sentido, José de Aguiar Dias¹⁹⁹ explicita: “Ora, o dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão, abstratamente considerada”. (DIAS, José de Aguiar, op. cit., p. 861).

²⁰⁰ Philippe Le Tourneau e Loïc Cadiet afirmam que um dano-evento (*dommage*) pode ser, até mesmo, fonte de benefício para a vítima, não resultando em dano-prejuízo (*préjudice*), a exemplo da pessoa que deveria demolir um velho edifício e este acaba por ser destruído em razão de um caminhão desgovernado com ele colidir, evitando que a vítima tenha de fazê-lo. (LE TOURNEAU, Philippe; CADIET, Loïc, op. cit., p. 349).

O dano-evento possui uma verificação objetiva. O exame da lesão ao interesse ligado a um direito subjetivo ou tutelado por uma norma de proteção ocorre sem a averiguação dos resultados deletérios para a vítima.

Já o dano-prejuízo refere-se à análise concreta, à aferição de que se naquele caso específico a violação ao direito ocasionou efeitos negativos à esfera jurídica do lesionado, ou seja, se existiu efetivo rompimento ou diminuição na satisfação de uma carência e qual a sua extensão.

Para exemplificar essa distinção, elucidativa é a Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça, interpretada sob as diretrizes traçadas no REsp 138.642-4²⁰¹, proferido sob o rito dos recursos repetitivos. A indigitada súmula possui o seguinte teor: “Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento”.

No caso, embora exista uma violação ao direito à honra (ou figura social) da vítima, decorrente da indevida inscrição no serviço de proteção ao crédito, com a consequente imputação da imagem de inadimplente, inexistem prejuízos reais, lesões concretas ao interesse de se mostrar como bom pagador, porquanto tal imagem já não se mostrava presente. A nova inscrição, ainda que irregular, e desde que efetivada sem abusos, não ocasionaria nenhum efeito negativo à esfera jurídica não patrimonial do lesado (conforme se extrai da conclusão do mencionado acórdão)²⁰².

²⁰¹ Em virtude de sua importância, transcreve-se a respectiva ementa: “RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DANO MORAL. NÃO CARACTERIZADO. INSCRIÇÃO INDEVIDA COMANDADA PELO SUPOSTO CREDOR. ANOTAÇÕES ANTERIORES. SÚMULA 385/STJ. 1. O acórdão recorrido analisou todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia, não se configurando omissão alguma ou negativa de prestação jurisdicional. 2. ‘Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento’ (Súmula 385/STJ). 3. Embora os precedentes da referida súmula tenham sido acórdãos em que a indenização era buscada contra cadastros restritivos de crédito, o seu fundamento - ‘quem já é registrado como mau pagador não pode se sentir moralmente ofendido por mais uma inscrição do nome como inadimplente em cadastros de proteção ao crédito’, cf. REsp 1.002.985-RS, rel. Ministro Ari Pargendler - aplica-se também às ações voltadas contra o suposto credor que efetivou a inscrição irregular. 4. Hipótese em que a inscrição indevida coexistiu com quatorze outras anotações que as instâncias ordinárias verificaram constar em nome do autor em cadastro de inadimplentes. 5. Recurso especial a que se nega provimento. (BRASIL. STJ. REsp 1386424 / MG. SEGUNDA SEÇÃO. Relatora p/ Acórdão: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI. DJe 16/05/2016)”.

²⁰² No caso, não se está emitindo juízo de valor acerca da questão de se há ou não real prejuízo, apenas se está reproduzindo a conclusão esboçada pelo Superior Tribunal de Justiça. Sabe-se que a matéria é controvertida, fato esse evidenciado pelo próprio voto vencido, proferido pelo Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Para além do interesse imediatamente em jogo (honra ou imagem social), pode-se questionar se a própria perda de tempo necessário à correção da irregularidade (contratação

De modo geral, caso se estipulasse certa indenização em razão, apenas, da violação ao direito, a responsabilidade civil estaria adentrando no campo exclusivamente penal²⁰³, visto que a indenização assumiria verdadeiro caráter de pena ao ofensor²⁰⁴, e, conforme já mencionado, tanto a função preventiva como a função punitiva, em sede de responsabilidade civil, conquanto existentes, somente podem ostentar feição acessório à função reparadora, mas jamais principal²⁰⁵.

No ponto, a questão mais intrincada refere-se à lesão aos direitos da personalidade. A violação aos mencionados direitos acarretaria, por si só, a necessidade de fixação de indenização? Isto é, a transgressão do direito subjetivo (dano-evento) consistiria, sempre e automaticamente, dano indenizável? Ou se faria possível a aferição da inexistência de prejuízos concretos (dano-prejuízo)? Em síntese: a lesão a direito da personalidade resulta em presunção absoluta de prejuízo?

O caso acima mencionado reflete bem a indagação. Para que exista dano moral, bastaria a violação do direito à honra (inscrever pessoa, irregularmente, em cadastro de restrição ao crédito), presumindo-se, irrefutavelmente, o prejuízo, ou seria possível o exame da situação concreta para se afastar a alegação de efeitos negativos reais em relação a este específico interesse? As anotações regulares anteriormente realizadas elidiriam a presunção de prejuízo oriunda de inscrição irregular?

Em resposta a essa delicada questão, Antonio Junqueira de Azevedo assevera que, em responsabilidade civil, não se dispensa o dano-prejuízo. O máximo

de advogado, juntada de documentação, ajuizamento de ação judicial, comparecimento à audiência, etc.) não consistiria prejuízo extrapatrimonial.

²⁰³ “Em segundo lugar, há também de se respeitar o direito em suas formas jurídicas de funcionamento, porque cada forma tem um fim determinado; são diferentes as funções do direito penal e do direito civil, levando obrigatoriamente a pontos diversos de referência hermenêutica, como são, *verbi gratia*, a punição, no direito penal, e a restauração de uma situação patrimonial, no direito civil”. (AZEVEDO, Antonio Junqueira de, op. cit., p. 36).

²⁰⁴ Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho: “Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem o recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado que se encontrava antes da prática do ato ilícito”. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 92).

²⁰⁵ “Advirta-se, porém, que a função preventiva ou repressiva da responsabilidade civil, subjacente aos requisitos da ilicitude e da culpa, se subordina à sua função reparadora, reintegradora ou compensatória [...]”. (VARELA, João de Matos Antunes, op. cit., p. 543 e 544). Na mesma direção, José Luiz Gavião de Almeida: “Sem prejuízo, porém, não há o que afastar, não há o que reparar, não há como aplicar o instituto da responsabilidade civil. Vislumbrar que a responsabilidade civil tem outros objetivos é admissível. Mas que só estes outros prevaleçam ou estejam presentes, destrói o instituto da responsabilidade civil”. (ALMEIDA, José Luiz Gavião de, op. cit., p. 187 e 188).

que pode ocorrer é “nos casos de dano moral, dispensa da *prova* do ‘prejuízo moral’, por óbvia a *presunção* de sua existência, em certas situações”. O autor afirma que até mesmo neste caso, “em que claramente a dispensa não é do prejuízo, e sim da prova do prejuízo, a dispensa a rigor não é nem mesmo da prova do prejuízo; é dispensa de outra prova - eis que a prova já está feita por *presunção*, que é meio de prova”²⁰⁶.

Trata-se de relevante distinção. Para que surja a responsabilidade civil, nem mesmo a violação de direitos da personalidade dispensará a existência de prejuízo²⁰⁷. O que se afastará é a necessidade da produção de outra prova, diversa da *presunção* judicial²⁰⁸, para se confirmar que a vítima sofreu consequências negativas.

Diante das peculiaridades dessa espécie de direito, associado ao fato de o juiz formular suas convicções atento para o que ordinariamente acontece, isto é, tomar como verdadeiro que certos acontecimentos geralmente produzem determinados resultados, quando ocorridos, o julgador, ao se deparar com uma violação a direito da personalidade, em regra, presumirá a produção dos respectivos efeitos negativos na esfera não patrimonial da vítima (já que assim sói acontecer)²⁰⁹.

²⁰⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de, op. cit., p. 34.

²⁰⁷ Nesse sentido, o ensino de Carlos Alberto Bittar: “É que nem toda violação a direito da personalidade produz dano moral, ou somente dano dessa natureza: pode ou não haver, ou mesclar-se a dano patrimonial. Com efeito, não se pode, *verbi gratia*, extrair que da lesão a componente físico (direito da personalidade) provenha dano moral, diante da multiplicidade de fatores que, em concreto, podem interferir, como: as condições da pessoa; suas reações; seu estado de espírito; a gravidade do fato violador; a intenção do agente e outros tantos”. (BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 39).

²⁰⁸ Conforme a lição de Cândido Rangel Dinamarco: “Presunção é um processo racional do intelecto, pelo qual do conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa”. Com relação às *presunções* judiciais, afirma o autor: “as *presunções* judiciais aplicam-se de início ao caso em julgamento, onde o próprio juiz presumiu, mas na prática podem propagar-se a casos futuros, por força da jurisprudência”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. 3. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 113 e 114).

²⁰⁹ “Verificada ofensa clara a direitos da personalidade, deve ser reconhecida a existência de dano moral, que dispensa prova, por sua natureza de dano *in re ipsa*”. (BRASIL. STJ. AgRg no REsp 1541966 / RS. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. TERCEIRA TURMA. DJe 01/12/2015). “Jurisprudência firme desta Corte no sentido de que os danos extrapatrimoniais por violação ao direito de imagem decorrem diretamente do seu próprio uso indevido, sendo prescindível a comprovação da existência de outros prejuízos por se tratar de modalidade de dano *in re ipsa*”. (BRASIL. STJ. REsp 1432324 / SP. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. TERCEIRA TURMA. DJe 04/02/2015). “Há precedentes no âmbito desta Corte que reconhecem a existência de dano moral *in re ipsa* para hipóteses de inscrição do nome de um consumidor em cadastros de inadimplentes, ou em hipóteses de protesto indevido, ou seja, em hipóteses de violação de direitos da personalidade. Tendo em vista, é razoável estender a mesma interpretação a todas as violações dessa natureza, considerando que a ofensa a qualquer direito de personalidade provoque um dano moral *in re ipsa*”. (BRASIL. STJ. REsp 955031 / MG. Ministra NANCY ANDRIGHI. TERCEIRA TURMA. DJe 09/04/2012).

Isso não quer dizer, contudo, que, nos mencionados casos, sempre se concluirá pela existência do prejuízo, tendo em vista que se levarão em consideração os diversos aspectos que permeiam a lesão, analisados sob a perspectiva do que normalmente acontece²¹⁰, sendo possível que ao final da averiguação, constate-se pela inoportunidade das consequências prejudiciais²¹¹.

O próprio precedente do Superior Tribunal de Justiça, acima colacionado, confirma a possibilidade da existência de violação a direito da personalidade, sem que exista o respectivo prejuízo, segundo a análise do que costumeiramente acontece.

Dessa maneira, pode-se afirmar, em síntese, que, regra geral, a lesão a direito da personalidade ocasionará prejuízo, em razão da presunção de que as violações a esta espécie de direito ocasionam efeitos prejudiciais, o que não quer dizer, de modo absoluto, que sempre se mostrarão presentes as consequências deletérias²¹².

Para que se revele o dever de indenizar, então, não se prescinde da ocorrência do dano-prejuízo, ao lado do dano-evento, já que diz respeito à própria existência das consequências negativas que geram a necessidade de ressarcir, pois, sem que haja prejuízos, não há o que se indenizar.

Importante, consignar, por fim, que tanto a identificação da natureza da reparação (ou compensação), se patrimonial ou se extrapatrimonial, como a

²¹⁰ “Partindo-se da premissa de que o dano moral é sempre presumido - *in re ipsa* (ínsito à própria ofensa) -, cumpre analisar a situação jurídica controvertida e, a partir dela, afirmar se há ou não dano moral indenizável. [...] O aborrecimento, sem consequências graves, por ser inerente à vida em sociedade - notadamente para quem escolheu viver em grandes centros urbanos -, é insuficiente à caracterização do abalo, tendo em vista que este depende da constatação, por meio de exame objetivo e prudente arbítrio do magistrado, da real lesão à personalidade daquele que se diz ofendido”. (BRASIL. STJ. AgRg no REsp 1269246 / RS. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. QUARTA TURMA. DJe 27/05/2014).

²¹¹ Maria Celina Bodin de Moraes, ao explicitar que a ofensa deve ser “grave o suficiente para ser considerada lesiva à dignidade humana”, permite a conclusão, a *contrario sensu*, de que existirão ofensas que não possuirão intensidade suficiente para gerar prejuízo efetivo. Transcreve-se: “Sob esta perspectiva constitucionalizada, conceitua-se o dano moral como lesão à dignidade da pessoa humana. [...] Socorre-se, assim, da opção fundamental do constituinte para destacar que a ofensa a qualquer aspecto extrapatrimonial da personalidade, mesmo que não se subsuma a um direito subjetivo específico, pode produzir dano moral, contanto que grave o suficiente para ser considerada lesiva à dignidade humana”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 332-333).

²¹² “A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que a responsabilidade objetiva da concessionária prestadora do serviço de telefonia, por si só, não enseja a obrigação de indenizar, sendo necessário, além da ilicitude da conduta, que desta exsurja, como efeito, o dano (REsp n. 944.308/PR, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 19/3/2012). Portanto, não há que se falar em dano moral *in re ipsa* na hipótese”. (BRASIL. STJ. AgRg no AREsp 716355 / RS. Ministro MOURA RIBEIRO. TERCEIRA TURMA. DJe 10/06/2016).

verificação da extensão da indenização (quantificação), estão adstritas ao dano-prejuízo. Pode-se dizer, assim, que a análise deste último envolve três aspectos centrais, que se referem: 1. à existência de prejuízos reais; 2. à natureza desses prejuízos, e; 3. à sua respectiva extensão.

3.2.3.3 Da Inexistência de Necessária Identidade entre a Natureza do Dano-Evento e do Dano-Prejuízo

Outra questão relevante a se tratar é o fato de que não existe uma correlação necessária entre as naturezas do dano-evento e do dano-prejuízo. Na grande maioria dos casos haverá a correspondência entre ambas, porquanto, em regra, quando se infringe um direito de natureza patrimonial, o prejuízo tende a ser, igualmente, patrimonial, ou, quando se viola direito da personalidade, as consequências prejudiciais, normalmente, inclinam-se para o feitiço não econômico.

No entanto, essa correspondência não é uma constante absoluta. Diversas são as hipóteses em que a violação de um direito de natureza patrimonial ocasionará o surgimento de danos extrapatrimoniais e o desrespeito a direitos da personalidade resultará em danos patrimoniais²¹³.

Antônio Menezes Cordeiro²¹⁴ explicita que “da violação de direitos patrimoniais podem advir danos morais, sendo, da mesma forma, possível, a ocorrência de danos patrimoniais, mercê de atentados a direitos de personalidade”.

Philippe Le Tourneau e Loïc Cadiet exemplificam a questão ao apontar que atentados à integridade física, isto é, danos corporais, podem tanto produzir prejuízos de ordem patrimonial, a exemplo da perda dos salários e despesas hospitalares, como

²¹³ Conforme a lição de Carlos Alberto Bittar: “Isso significa que de diferentes reflexos na esfera jurídica alcançada defluem danos de índole diversa, devendo-se registrar que, sob o prisma moral, a lesão pode resultar de agressão à personalidade, mas também advir de atentado ao patrimônio [...]. Sob o prisma patrimonial, prospera, aliás, a mesma diretriz: há danos derivados de agressão ao patrimônio, bem como defluentes de prévia investida contra a moral do lesado [...]”. (BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., p. 53).

²¹⁴ CORDEIRO, Antônio Menezes, op. cit., p. 513.

prejuízos não patrimoniais, consistentes em perda de bem-estar, sofrimentos morais, etc.²¹⁵

Corroborando, nesse sentido, a conclusão de Antonio Junqueira de Azevedo²¹⁶: “Portanto, a lesão, ou dano-evento, pode ser ao corpo ou ao patrimônio, e quer numa hipótese quer noutra, o dano-prejuízo ser patrimonial ou não patrimonial”.

Percebe-se, assim, que tanto o dano-evento de caráter patrimonial como o de caráter extrapatrimonial podem gerar danos-prejuízo de feição econômico ou não, ou, ao mesmo tempo, de ambas as feições²¹⁷. A categoria do primeiro não condiciona a espécie do segundo, além do fato de se fazer possível a convivência de efeitos patrimoniais e não patrimoniais, oriundos de violação a direitos de um ou outro perfil²¹⁸.

As hipóteses são múltiplas e variadas. A morte de um animal de estimação (ainda considerado como bem móvel, em nosso ordenamento), por exemplo, produz prejuízos de ordem extrapatrimonial, em relação aos seus donos, em proporção muito superior a qualquer valor eventualmente despendido para sua aquisição. Do mesmo modo, a destruição de um velho álbum contendo fotografias familiares. Ou, ainda, o extravio de livros, selos, cédulas, peças raras, etc., de um aficionado colecionador.

E assim o é, visto que, conforme já mencionado, os bens possuem o potencial de satisfazer inúmeras carências. Um único bem, material ou imaterial, tem o condão de suprir incontáveis exigências, sejam estas de ordem econômica ou não. Por isso,

²¹⁵ LE TOURNEAU, Philippe; CADIET, Loïc, op. cit., p. 349.

²¹⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de, op. cit., p. 291.

²¹⁷ FISCHER, Hans Albrecht, op. cit., p. 09 e 10.

²¹⁸ Ao tratar do tema, Rubens Limongi França estabeleceu as seguintes conclusões: “a) Os *efeitos finais* tanto podem ser *patrimoniais, morais ou patrimoniais e morais*. b) O aspecto *moral* do dano não se desnatura se, concomitantemente ou conseqüentemente, *também* houver danos patrimoniais. c) O dano moral não deixa de ser *puro, quanto ao aspecto moral*, a despeito da convergência de algum aspecto patrimonial, ainda que economicamente mais relevante. d) Em tais hipóteses, indenizam-se *tanto o dano moral como o patrimonial*. e) Não há por que afirmar a *inexistência* de dano moral, se a houver, em virtude da só razão da concomitância, convergência ou conseqüência de outra espécie de dano. f) Isto se aplica tanto a *dano material* oriundo de *dano moral* como a *dano moral* oriundo de *dano material*. g) Do mesmo modo, se são meramente *concomitantes* ou *convergentes*. Como contribuição para o esclarecimento da matéria, parece-nos relevante articular, *sub censura*, exemplo de *dano moral oriundo de dano material*. A esse respeito, lembraríamos, desde logo, a hipótese da *destruição do acervo de um pintor célebre*. Com efeito, aí se distinguiriam, com certa evidência: a) o valor econômico do *preço da obra*; b) o valor *moral* da *falta estética*; c) o valor *moral* da *insubstituibilidade e documentalidade* do acervo”. (LIMONGI FRANÇA, Rubens. Reparação do dano moral. In: *Revista dos Tribunais*. vol. 631, p. 29-37, Maio, 1988, p. 32-33).

a violação de um direito que proteja os interesses de determinado sujeito em relação a um específico bem, ainda que de caráter patrimonial (ex. direito de propriedade) ou moral (ex. honra), poderá dar ensejo a repercussões lesivas de feição pecuniária ou não (os exemplos acima materializam essa conclusão)²¹⁹.

Desse modo, em resumo: conquanto, ordinariamente, o dano-prejuízo possua a mesma natureza do dano-evento, não se está diante de uma regra absoluta, visto que a violação de direitos patrimoniais poderá oportunizar o surgimento de danos morais (conjugados ou não com danos materiais) e a lesão a direitos da personalidade poderá ensejar a aparição de danos patrimoniais (associados ou não aos danos morais).

Finalizada a análise acerca dos contornos referentes ao conceito de dano, passa-se ao exame da classificação econômica deste requisito da responsabilidade civil.

3.3 DA CLASSIFICAÇÃO ECONÔMICA DO DANO

Dentre as inúmeras classificações possíveis do dano, cada qual estruturada com fundamento em um ou outro aspecto deste, revela-se como a mais importante aquela em que, como critério de distinção, atenta para a economicidade do prejuízo efetivamente sofrido pela vítima, cujas espécies são denominadas dano patrimonial (ou material) e dano extrapatrimonial (ou moral)²²⁰.

Trata-se de uma distinção baseada na pecuniaridade do dano-prejuízo, isto é, na análise econômica dos reflexos negativos suportados pela vítima em sua esfera

²¹⁹ “É, aliás, comum a interpenetração entre danos morais e patrimoniais, exatamente porque de bens patrimoniais resultam satisfações morais e, de outro lado, da respectiva higidez psicossomática depende a obtenção de novas utilidades econômicas [...]”. (BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., p. 54).

²²⁰ Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar: “Daí, a classificação mais geral dos danos em patrimoniais (materiais) e extrapatrimoniais (imateriais ou morais), consoante se levem em conta os respectivos reflexos na esfera alheia: os primeiros são os que repercutem sobre o patrimônio, e os segundos sobre a esfera personalíssima do titular. A existência, ou não, de conteúdo econômico separa, pois, as duas categorias”. (Ibidem, p. 33).

jurídica, decorrente da violação de um direito subjetivo ou de uma norma de proteção a interesse²²¹.

A distinção ora averiguada não toma por supedâneo a natureza do direito ou norma violados, ou seja, o dano-evento, mas sim suas consequências, os efeitos daí decorrentes²²². Segundo o ensino de Alfredo Minozzi, a separação do dano em patrimonial e não patrimonial não leva em consideração sua origem, mas o efeito deste²²³.

José de Aguiar Dias²²⁴, seguindo a lição do autor acima mencionado, no mesmo sentido explicita: “Deve notar-se que a distinção entre o dano patrimonial e dano moral só diz respeito aos efeitos, não à origem do dano”.

Rubens Limongi França²²⁵ propugna esse mesmo entendimento. Ao tratar do dano moral, assinala: “No concernente à identificação dessa espécie de dano, tem sido observado que é preciso atentar *não* para o bem sobre o qual incide, mas para a *natureza final* do prejuízo causado”.

De modo semelhante, Wilson Melo da Silva²²⁶, tratando dos danos morais, afirma: “E para que fãcilmente os reconheçamos, basta que se atente, não para o bem sôbre que incidiram, mas, sobretudo, para a natureza do prejuízo final”.

Na mesma direção, Philippe Le Tourneau e Loïc Cadiet mencionam que uma coisa é a lesão ao corpo, às coisas e aos sentimentos; outra coisa são as

²²¹ Nesse sentido, Fernando Noronha: “A distinção entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais parte da noção de patrimônio. Este é o complexo de direitos e obrigações de uma pessoa que sejam suscetíveis de avaliação econômica, isto é, de sua valoração em termos pecuniários [...]. Como se vê pelas noções dadas, a distinção entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais é feita, similarmente ao que acontece com a classificação que distingue entre danos à pessoa e a coisas, também com base na teoria do reflexo: parte-se não do ato lesivo, em si mesmo, mas da esfera jurídica, econômica ou puramente espiritual, da pessoa em que a lesão se reflete. É patrimonial o dano que reflete no patrimônio do lesado, enquanto extrapatrimonial é aquele que afeta exclusivamente a esfera dos valores espirituais ou afetivos” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 590 a 593).

²²² “Esta distinção opera, em primeira linha, com referência à natureza da vantagem afectada e não de acordo com o tipo de direito ou de norma, lesado pela ocorrência danosa”. (CORDEIRO, António Menezes, op. cit., p. 513).

²²³ MINOZZI, Alfredo. *Danno non patrimoniale*. 2ª ed. Milano: Società Editrice, 1909, p. 34.

²²⁴ DIAS, José de Aguiar, op. cit., p. 836.

²²⁵ LIMONGI FRANÇA, Rubens, op. cit., p. 31.

²²⁶ SILVA, Wilson Melo da. *O Dano moral e sua reparação*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 13-14.

repercussões da lesão, que podem ser sobre o patrimônio ou sobre a própria pessoa da vítima, isto é, sobre os seus haveres (prejuízo patrimonial) ou sobre o seu ser (prejuízo extrapatrimonial)²²⁷.

O prejuízo, então, é uma consequência patrimonial ou extrapatrimonial do dano, consistindo, igualmente, no objeto da indenização²²⁸.

Há quem defenda a ideia de que a caracterização do dano patrimonial ou extrapatrimonial seja definida pela natureza do bem jurídico lesionado, isto é, o critério diferenciador se encontraria na origem da lesão e não em seus efeitos. Roberto Brebbia perfilha esse entendimento, sob o fundamento de que os bens ligados à personalidade, além de constituírem um valor moral, também possuem certo valor patrimonial, além de as atividades patrimoniais, morais e sociais do sujeito acharem-se interconectadas, repercutindo umas nas outras, o que faria com que a lesão a qualquer dos seus direitos, ainda que de natureza extrapatrimonial, também possuísse uma repercussão mais ou menos patrimonial, resultando no fato de que todos os danos serão, em alguma medida, patrimoniais, caso adotado o critério da classificação pelas consequências²²⁹.

Não se concorda com as conclusões do autor, porquanto, embora, de fato, bens ligados à personalidade possam satisfazer carências de ordem também patrimonial, tal circunstância nem sempre ocorrerá. Nem toda lesão a direitos da personalidade gerará consequências patrimoniais, mas apenas e tão-somente nos casos em que há, efetivamente, prejuízos econômicos e no limite de sua extensão.

A equivocada imputação da imagem de mau pagador, decorrente de inscrição irregular nos cadastros de proteção ao crédito, por exemplo, se não ocasionar perdas financeiras ou frustração de lucros futuros, apenas oportunizará o surgimento do dano extrapatrimonial.

Portanto, as consequências negativas do dano, isto é, os efeitos gerados sobre a esfera jurídica da vítima, é que determinarão a que título se dará a indenização, se será uma reparação de perdas patrimoniais ou uma compensação de

²²⁷ LE TOURNEAU, Philippe; CADIET, Loïc, op. cit., p. 351.

²²⁸ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*. 4ª ed. Paris: L.G.D.J., 2013, p. 4.

²²⁹ BREBBIA, Roberto H. *El daño moral*. 2ª ed. Córdoba: ORBIR, 1967, p. 80.

prejuízos não econômicos, ou, ainda, se será de ambos os perfis²³⁰. Deve-se analisar qual o setor da esfera jurídica da vítima foi prejudicado, se aquele cujo conteúdo é ou não econômico (ou ambos).

A classificação ora verificada, reitera-se, leva em consideração a economicidade do prejuízo, ou seja, se é possível sua avaliação pecuniária, sua tradução pelo equivalente monetário, ou se os efeitos são insuscetíveis de precificação, se a determinação de um valor financeiro revela-se incompatível com sua substância²³¹.

Antônio Menezes Cordeiro²³² aponta que: “Um dano é patrimonial quando a situação vantajosa prejudicada tenha natureza econômica [...]”, mas “que o dano moral se reporta a vantagens que o Direito não admita que posam ser trocadas por dinheiro: embora sejam compensáveis, naturalmente [...]”.

E é justamente por isso que os danos patrimoniais comportam verdadeira *reparação*, cuja apuração do montante respectivo é sensivelmente mais descomplicada, pois aferível em pecúnia, e os danos extrapatrimoniais permitem apenas *compensação* (ou satisfação)²³³, em que o arbitramento do montante exige maiores verificações das nuances do caso concreto, já que, em razão de não poder

²³⁰ Nesse sentido, Rubens Limongi França: “Entretanto, assinalamos que o dano patrimonial – *concomitante* ou *conseqüente* – não descaracteriza o dano moral. Por outro lado, ele não precisa ser ‘única e exclusivamente’ uma lesão da alma. Basta que o seja *também*. De onde o seguinte corolário: se houver concomitância ou conseqüência, daí resultam não *uma*, mas duas indenizações básicas: a) uma pelo dano *material* e b) outra, pelo dano *moral*”. (LIMONGI FRANÇA, Rubens, op. cit., p. 31).

²³¹ Nessa direção, João de Matos Antunes Varela: “Alude-se ao dano *patrimonial* ou *material* para abranger os prejuízos que, *sendo susceptíveis de avaliação pecuniária*, podem ser *reparados* ou *indenizados*, senão directamente (mediante *restauração natural* ou *reconstituição específica* da situação anterior à lesão), pelo menos *indirectamente* (por meio de *equivalente* ou *indenização pecuniária*). Ao lado destes danos pecuniariamente avaliáveis, há outros prejuízos (como as dores físicas, os desgostos, morais, os vexames, a perda de prestígio ou reputação, os complexos de ordem estética) que, sendo insuscetíveis de avaliação pecuniária, [...] apenas podem ser *compensados* com a obrigação pecuniária imposta ao agente, sendo esta mais uma *satisfação (Genugtuung)* do que uma *indenização*. A estes danos dá-se usualmente o nome de *danos morais*; o Código Civil (art. 496.º) chama-lhes, com maior propriedade, danos *não patrimoniais*”. (VARELA, João de Matos Antunes, op. cit., p. 600 e 601).

²³² CORDEIRO, Antônio Menezes, op. cit., p. 513.

²³³ Segundo Silmara Juny de Abreu Chinellato: “Muito mais importante do que os danos materiais que podem ser reparados são os danos causados à própria pessoa, indelével e suscetíveis apenas de compensação”. (CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Da responsabilidade civil no código de 2002 – aspectos fundamentais. Tendências do direito contemporâneo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 945).

retornar a vítima ao *status quo ante*, visa, ao menos, possibilitar certas satisfações que atenuarão o mal sofrido²³⁴.

Desse modo, constata-se que, sob esse aspecto econômico, os danos-prejuízo somente podem assumir duas únicas feições: uma de caráter patrimonial (designado “dano patrimonial”) e outra de índole não patrimonial (chamado “dano extrapatrimonial”). Não há espaço, aqui, dentro da classificação ora analisada, para uma terceira espécie de prejuízo, alheia às acima mencionadas²³⁵.

Qualquer outra categoria de prejuízos aventada não se tratará de nova espécie de dano-prejuízo, mas sim de um dano patrimonial ou extrapatrimonial, visto que as utilidades frustradas somente podem ser econômicas ou não. O dano estético, por exemplo, não é uma terceira espécie de dano, sendo, na verdade, uma peculiaridade do dano-evento (lesão à integridade física), cujas consequências poderão ser patrimoniais ou não²³⁶.

O maior problema nesta seara está relacionado aos danos extrapatrimoniais, pois, enquanto os danos patrimoniais possuem efeitos específicos (perda de valores ou frustração de lucros), cujos contornos são mais bem delimitados (em razão de sua possível medição aritmética), incontáveis são as possíveis consequências não econômicas de um dano-evento, mormente quando se está diante de uma lesão à integridade física (ex. prejuízo de lazer, sexual, afetivo, da vida de relação, etc.).

O fato de um dano-evento poder gerar diversos possíveis efeitos extrapatrimoniais não permite que cada prejuízo transforme-se numa nova categoria

²³⁴ Conforme Yvonne Lambert-Faivre e Stéphanie Porchy-Simon, os prejuízos não econômicos são absolutamente estranhos a toda monetarização, não se podendo reparar o irreparável: qual seria o valor de uma amputação, de uma paralisia, de um sofrimento? Aqui o dinheiro não repararia nada, mas seria o único meio de conferir uma indenização satisfatória, que permitiria à vítima usufruir de alguns prazeres, segundo seus gostos e personalidade, de algumas pequenas felicidades para esquecer os dias ruins. (LAMBERT-FAIVRE, Yvonne; PORCHY-SIMON, Stéphanie. *Droit du dommage corporel*. 7^a ed. Paris: Dalloz, 2012, p. 24).

²³⁵ Nesse sentido, María Martha Agoglia: “Finalmente, nuestro ordenamiento jurídico reconoce dos tipos de daños: el patrimonial, contemplado en los arts. 519, 1068 y 1069, y el moral, contenido en los arts. 522 y 1078 del Cód. Civil. En nuestro ordenamiento positivo no existe el denominado “daño a la persona” como *tertium genus*. Las afectaciones a los bienes personalísimos se insertan dentro del daño patrimonial o del moral, de acuerdo con la naturaleza del interés conculcado”. (AGOGLIA, María Martha. *El daño jurídico: enfoque actual*. Buenos Aires: La Ley, 2000, p. 93).

²³⁶ “Tampoco revisten carácter autónomo las lesiones a la estética, a la vida de relación o a la psiquis. Las expresiones aludidas parten de un error conceptual, pues apuntan al daño en sentido naturalístico. La esencia de daño jurídico consiste en la lesión de un interés patrimonial o espiritual tutelado por el derecho”. (Ibidem, p. 93).

de dano. Todos esses efeitos consubstanciam o dano extrapatrimonial, que terá maior ou menor extensão conforme o número e a intensidade dos prejuízos sofridos.

Caso, por exemplo, em razão de um acidente imputado a terceira pessoa, a vítima tenha seu órgão sexual lesionado permanentemente, não se deverá arbitrar uma indenização por danos morais, outra por danos estéticos e, ainda outra, por prejuízo sexual. Tratam-se de diversas consequências negativas de ordem não patrimonial, que determinarão a existência do dano extrapatrimonial e sua respectiva extensão, mas não a existência de diversos danos autônomos, com indenizações paralelas.

A indenização do dano extrapatrimonial deve ser arbitrada de modo unitário, pois, embora seja necessário levar-se em consideração os diversos prejuízos sofridos, já que constituem a própria análise do caso concreto, ou seja, a verificação absolutamente necessária à aferição da existência e à delimitação da amplitude da lesão, inexistem limites claros entre os diversos prejuízos possíveis.

Deve-se apontar que os prejuízos não econômicos acham-se entrelaçados, não se fazendo possível distinguir onde findam os limites de um e onde se iniciam os do outro. Não há delimitações matemáticas, objetivas, exatas.

A indenização realizada, autônoma e separadamente, em relação aos diversos prejuízos extrapatrimoniais sofridos ocasionará, no mais das vezes, sobreposições indevidas, resultando no indesejável *bis in idem*, com valores superestimados, já que não se podem distinguir adequadamente as divisas de cada item identificado²³⁷.

O valor de indenização arbitrado em face de um prejuízo sexual já não estaria em parte contido na indenização em relação ao prejuízo moral ou mesmo estético? Em situações desse jaez, é possível imaginar cada circunstância deletéria abstraída das demais? Não constituiriam um todo de maior ou menor extensão conforme as diversas repercussões na pessoa da vítima?

Evidentemente, um dano-evento que redundasse num maior número de prejuízos ensejaria mais vultosa indenização, não arbitrada de modo separado, mas

²³⁷ Nessa direção, María Martha Agoglia conclui: “*La imprecisión conceptual señalada conduce soluciones disvaliosas cual es la duplicación de indemnizaciones sin justa causa de atribución*”. (Ibidem, p. 93).

sim unitariamente, de maneira a compensar adequadamente a vítima. Trata-se da necessidade de correta e suficiente quantificação da indenização por dano extrapatrimonial, conforme a análise consequencial da lesão engendrada, e não da estipulação de novos danos autônomos, cumuláveis com os demais.

A vítima deve ser integralmente compensada, mas não se pode pretender criar uma nova nomenclatura para cada espécie de prejuízo imaginável. Do contrário, criar-se-á uma infundável lista de prejuízos possíveis, além de se instaurar uma absoluta insegurança jurídica.

Desse modo, conclui-se que: 1. Por se tratar o corpo humano do bem jurídico que mais utilidades proporciona para a pessoa (por meio deles as pessoas agem e se relacionam), a violação à integridade física constitui o dano-evento com maior potencial de produção de prejuízos extrapatrimoniais; 2. Por se tratarem de consequências destituídas de feição econômica, não se faz possível delimitar sua exata extensão, mormente pelo fato de se acharem interligadas (a higidez psicofísica depende do funcionamento das mais diversas funções corporais e a destruição ou limitação de alguma produzirá reflexos em todas as demais); 3. O ponto central do problema resume-se ao correto e suficiente arbitramento do montante da indenização, conforme a amplitude e intensidade das consequências sofridas, e não na criação de um sem-número de tipologias de danos; 4. Os danos-eventos produzirão, portanto, danos-prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais, inexistindo um terceiro gênero possível²³⁸.

Realizada a análise acerca da classificação econômica do dano, delimitando suas únicas espécies e a maneira de distingui-las, passa-se ao breve exame de cada uma delas.

3.3.1 Do Dano Patrimonial

Inicialmente, impende esclarecer que se optou por utilizar, preferencialmente, neste trabalho, a expressão “dano patrimonial”, e não “dano material”, porquanto a

²³⁸ Remete-se o leitor para os itens 4.1.3.2, 4.1.3.3 e 4.1.3.4, em que as questões do dano estético, dano biológico e cumulação de prejuízos são mais detidamente analisadas.

primeira reflete com maior clareza o caráter econômico do prejuízo. A segunda expressão parece ser mais adequada para identificar danos a coisas corpóreas, externas, dotadas de substância, contraposta aos danos engendrados a bens imateriais, ou, ainda, ao dano corporal²³⁹.

Para se definir o dano patrimonial, então, faz-se necessário delimitar o conceito de patrimônio. Hans Albrecht Fischer ensina que, em relação a este, há um sentido jurídico e um econômico. Em sentido jurídico, patrimônio seria a reunião da entidade patrimonial ativa (conjunto de direitos titularizados por uma pessoa, apreciáveis em dinheiro) com o passivo patrimonial (deveres jurídicos e obrigações que recaem sobre um indivíduo), ou seja, o complexo de direitos e obrigações, aferíveis economicamente, correspondentes a uma pessoa²⁴⁰.

Agostinho Alvim²⁴¹, ao conceituar o dano patrimonial, utiliza-se deste sentido jurídico. Em suas palavras “em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro”.

Em sentido econômico, ainda segundo Hans Albrecht Fischer²⁴², patrimônio seria “a totalidade dos bens economicamente úteis que se acham dentro do poder de disposição duma pessoa”. Para o autor, este seria o melhor critério para se tratar da indenização, visto que “o dano patrimonial pressupõe sempre ofensa ou diminuição de *certos valores económicos*”, além de que “o conceito jurídico de património não tem em conta o *valor* dos bens patrimoniais”.

O dano patrimonial, assim, pode ser determinado mediante uma operação matemática: “comparando a situação real do património depois de se ter verificado o evento danoso com o estado imaginário que apresentaria se êste se não houvesse produzido”²⁴³.

²³⁹ “O dano patrimonial também costuma ser chamado de material, até na lei, mas em rigor esta designação deve ser reservada para os danos a coisas, a objetos do mundo externo”. (NORONHA, Fernando, op. cit., p. 590).

²⁴⁰ FISCHER, Hans Albrecht, op. cit., p. 13 e 14.

²⁴¹ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 172.

²⁴² FISCHER, Hans Albrecht, op. cit., p. 16 a 20.

²⁴³ *Ibidem*, p. 24. No mesmo sentido: DIAS, José de Aguiar, op. cit., p. 838; ALVIM, Agostinho, op. cit., p. 173.

Destaque-se que a comparação a ser realizada não toma em consideração um aspecto presente (o estágio atual do patrimônio) e uma situação passada (circunstância que se achava o patrimônio em momento anterior ao dano), mas sim duas situações presentes (o estado atual do patrimônio e uma perspectiva hipotética de como se acharia não fosse o dano realizado). Busca-se com isso não apenas verificar a efetiva diminuição patrimonial, mas também averiguar a frustrações de prováveis acréscimos²⁴⁴.

Essa análise comparativa deve contemplar a influência da ação danosa sobre todo o patrimônio, como resultado final dum desdobramento, cujas circunstâncias benéficas e prejudiciais serão levadas em consideração. Há que existir verdadeiro prejuízo e não mera alteração patrimonial. Os benefícios oriundos do mesmo fato devem ser abatidos dos prejuízos verificados e, caso a estes supere, inexistirá dano a ser indenizado. O exame da questão, então, não deve ser individualizado, pontual em relação ao bem atingido, mas sim em todos os aspectos consequenciais ocorridos no patrimônio da vítima²⁴⁵.

A compensação dos benefícios advindos do fato lesivo (*compensatio lucri cum damno*) visa evitar que a vítima encontre-se, depois do dano, em situação mais favorável do que a que se achava anteriormente. É o caso em que depois de devidamente indenizada, *in natura*, pelo causador, por meio da entrega de um novo veículo, semelhante ao destruído, a vítima tem de entregar a carcaça do antigo, ou o valor adquirido com sua venda²⁴⁶.

Na medida do possível, por uma questão de justiça, deve-se restabelecer a pessoa ofendida ao estado em que se acharia caso inexistisse a lesão, e não lhe permitir que alcance vantagens superiores às que obteria em razão do gozo normal de seus bens²⁴⁷.

²⁴⁴ Nesse sentido, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão: “Não está, portanto, em causa uma comparação entre a situação patrimonial passada do lesado (entre o antes e o depois da lesão), mas antes uma comparação entre duas situações patrimoniais presentes, uma real e a outra hipotética o que permite considerar eventuais evoluções hipotéticas do patrimônio do lesado, se não tivesse ocorrido a lesão”. (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, op. cit., p. 298).

²⁴⁵ FISCHER, Hans Albrecht, op. cit., p. 26 a 29.

²⁴⁶ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. vol. 2. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 204.

²⁴⁷ SILVA, Manuel Gomes da. *O Dever de prestar e o dever de indemnizar*. vol. 1. Lisboa, 1944, p. 121.

Em conclusão à ideia acima, Manuel Gomes da Silva²⁴⁸ salienta que: “nascendo do *mesmo facto* vantagens e desvantagens para o prejudicado, umas se compensem com as outras, de modo que a indemnização não dê lugar a qualquer enriquecimento injusto do ofendido à custa do ofensor”.

Adentrando-se na questão referente à existência e avaliação de prejuízos engendrados, deve-se ter em vista que estes consistem na lesão de um interesse, na frustração da satisfação promovida pela utilidade de um bem e, intentando delimitar a existência ou extensão do que se deve indenizar, imprescindível discernir qual o valor dessa utilidade²⁴⁹.

A maneira mais próxima de restabelecer a satisfação outrora prejudicada realiza-se por meio da reparação *in natura*, restaurando-se o bem danificado ou entregando-se outro de mesma espécie²⁵⁰. Esta é, inclusive, a regra do sistema brasileiro, consubstanciada no art. 947 do Código Civil, que dispõe: “Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”.

Nos casos em que não se revelar possível a reparação *in natura*, a prestação será substituída pelo seu valor aferido monetariamente. Essa impossibilidade de restauração específica, geradora do ressarcimento em pecúnia, deve ser analisada de modo a contemplar, além do impedimento material (ex. a destruição completa de um bem infungível - última garrafa de vinho de dada safra), a vontade da vítima²⁵¹ e a

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 121 e 122.

²⁴⁹ Segundo Manuel Gomes da Silva: “O dano em tais hipóteses consiste, portanto, no malôgro dos fins realizáveis por meio do bem perdido ou deteriorado, isto é, consiste menos na perda do próprio bem do que em ser-se privado da utilidade que êle proporcionava” (*Ibidem*, p. 121).

²⁵⁰ João de Matos Antunes Varela, ao tratar da reparação *in natura*, ressalta que: “O fim precípua da lei nesta matéria é, por conseguinte, o de prover à directa remoção do *dano real* à custa do responsável, visto ser esse o meio mais eficaz de garantir o interesse capital da *integridade* das pessoas, dos bens ou dos direitos sobre estes. (VARELA, João de Matos Antunes, op. cit., p. 904). António Menezes Cordeiro, por sua vez, afirma existir “uma nítida preferência pela indemnização específica, considerada mais perfeita do ponto de vista da reparação do dano”. (CORDEIRO, António Menezes, op. cit., p. 724).

²⁵¹ Nesse sentido, Orlando Gomes: “Se bem que a reposição natural seja o modo próprio de reparação do dano, não pode ser imposta ao titular do direito à indemnização. Admite-se que prefira receber dinheiro. Compreende-se. Uma coisa danificada, por mais perfeito que seja o conserto, dificilmente voltará ao estado primitivo. A indemnização pecuniária poderá ser exigida, concomitantemente com a reposição natural, se esta não satisfizer suficientemente o interesse do credor”. (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 51). Tal possibilidade também pode ser extraída do art. 499 do Código de Processo Civil: “Art. 499. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”.

necessidade de não se criar uma situação de onerosidade excessiva para o ofensor²⁵², a exemplo, neste último caso, do que dispõe o art. 566, n.º 1, do Código Civil português²⁵³.

Nas hipóteses em que a reparação específica seja substituída pelo equivalente monetário, faz-se necessário estabelecer, ainda, qual valor da utilidade frustrada deverá ser adotado, se o de troca (dito objetivo, de mercado, abstrato ou *pretium commune*) ou o de uso (dito subjetivo, concreto ou *pretium singulare*).

O primeiro refere-se à avaliação abstrata do bem, tomando em conta o preço de mercado no momento em que se calcula a extensão do dano, seu valor objetivo, genérico, ou seja, aquele que a mercadoria atingiria nas relações comerciais de troca²⁵⁴.

O segundo é resultado de uma avaliação concreta do prejuízo, no qual se valora o bem com base na função que este desempenha no patrimônio do lesado, analisando-se as circunstâncias envoltas ao caso²⁵⁵.

Hans Albrecht Fischer²⁵⁶, tratando da diferença entre o valor geral e o de interesse, ressalta que ao primeiro falta o elemento subjetivo que caracteriza o segundo, e explicita: “A diversidade de valor que êste facto pode representar tem, às vezes, a sua origem em combinações puramente materiais dos bens, em consequência da posição que ocupam no patrimônio”.

²⁵² Júlio Manuel Vieira Gomes, ao comentar acórdão do Superior Tribunal de Justiça português, tece algumas ponderações acerca da onerosidade excessiva como fator impeditivo à reparação natural: “Afigura-se-nos, contudo, que este juízo de excessiva onerosidade não se reduz à mera verificação de que o custo de reparação é superior ao de substituição ou a consideração do que é ou não razoável em termos de racionalidade económica. É simplista considerar, como faz um sector da doutrina italiana, por exemplo, que estas reparações são anti-económicas e correspondem, destarte, a uma violação pelo lesado do seu ‘dever’ de mitigar o dano ou de não contribuir para o seu agravamento. A excessiva onerosidade só pode decidir no caso concreto, atendente e confrontando os interesses do lesado e os do lesante e determinando até que ponto é que é exigível ao lesante suportar o custo da das reparações por tal corresponder a um interesse digno de tutela do lesado na integridade do seu património”. (GOMES, Júlio Manuel Vieira. Anotações: Custo das reparações, valor venal ou valor de substituição? - Ac. do STJ de 27.02.2003 Rev. 4016/02. In: *Cadernos de Direito Privado*, N.º 3. Julho / Setembro, 2003, p. 61 e 62).

²⁵³ “Art. 566. 1. A indemnização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor”.

²⁵⁴ VARELA, João de Matos Antunes, op. cit., p. 600.

²⁵⁵ Ibidem, p. 600.

²⁵⁶ FISCHER, Hans Albrecht, op. cit., p. 37.

O autor afirma que o conceito de interesse prevalece ordinariamente sobre o de valor geral, não se revelando possível formular uma regra genérica que aponte a extensão do dano, visto que a apreciação da situação patrimonial e dos momentos individuais exigida pelo moderno conceito de dano mostra-se incompatível com a estipulação de fórmulas gerais²⁵⁷.

Na mesma direção, Manuel Gomes da Silva²⁵⁸ assevera não ser suficiente a estipulação abstrata do valor do bem, por se considerar este, não individualmente, mas sim em relação ao fim que tornava possível alcançar, pela utilidade que oferecia. Em suas palavras, não bastaria pagar o valor de mercado “sempre que a falta desse bem fez diminuir o valor doutros que se destinavam a ser empregados juntamente com ele, como na hipótese de se destruir algum dos elementos que constituem uma coleção de objectos raros”.

Em relação à questão, Francisco Paulo de Crescenzo Marino²⁵⁹ aponta exemplos em que o valor concreto do dano superará o valor abstrato: “Basta imaginar que o cavalo ferido pelo ofensor formasse parte de um conjunto especialmente treinado para apresentações coletivas, ou que o livro deteriorado fosse um dos volumes de uma coleção”.

Segue o autor o mesmo entendimento acima citado, no sentido da prevalência da avaliação concreta: “Pelo próprio conceito de dano e de acordo com os princípios que regem a matéria no direito moderno, a regra é a de que a indenização deve ser calculada conforme o valor do prejuízo *in concreto*”²⁶⁰.

Júlio Manuel Vieira Gomes²⁶¹, atento à questão, mas mais especificamente no que tange à reparação de veículos, explicita ser muito mais adequada a proteção conferida ao lesado, caso se considere, para fins de indenização, em vez do valor venal (avaliação abstrata) do veículo, o custo de sua substituição (avaliação concreta).

²⁵⁷ Ibidem, p. 37.

²⁵⁸ SILVA, Manuel Gomes da, op. cit., p. 124-125.

²⁵⁹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Perdas e danos. In: LOTUFO, Renan; GIOVANNI, Ettore Nanni. *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 670.

²⁶⁰ Ibidem, p. 670.

²⁶¹ GOMES, Júlio Manuel Vieira, op. cit., p. 58.

Há inúmeras razões pelas quais o valor venal não corresponde ao valor do veículo de substituição, dentre as quais se destacam o fato de que as tabelas de preço se orientam por padrões medianos de depreciação, não levando em consideração a situação específica do bem (estado de conservação, quilometragem, etc.), e a existência de custos adicionais, referentes à procura do veículo, que, muitas vezes, por inexistir objeto idêntico, força o lesado a desembolsar maior quantia para adquirir veículo de características semelhantes²⁶².

Desse modo, percebe-se que a avaliação concreta revela-se o critério mais adequado, porquanto é o que mais se aproxima da realidade e, portanto, possui melhores condições de, efetivamente, eliminar as consequências do dano para o lesado.

É necessário apontar, contudo, que o valor de uso não se confunde com o valor afetivo (preço de estima). Situa-se entre este, que é meramente subjetivo, e o valor de mercado, que é puramente objetivo. É subjetivo na medida em que, além de considerar o bem que imediatamente sofreu o dano e seu valor abstrato, abrange todas as influências provocadas concretamente no patrimônio do ofendido. Possui também aspecto objetivo, pois parte de juízos valorativos mais ou menos gerais e não apenas exclusivos, analisados somente sob a perspectiva da vítima²⁶³.

O valor afetivo, diferentemente do valor de uso, é aquele que considera a importância de determinado bem segundo a estimação realizada unicamente pela vítima, sob sua representação puramente individual. Se existir coincidência entre a avaliação pelo ofendido realizada com o juízo empreendido por outras pessoas já não se estará diante do valor de estima. É imprescindível que os demais, conquanto considerem legítima a valoração realizada pela vítima, dela não compartilhem²⁶⁴.

Isso não quer dizer que o valor afetivo esteja proscrito, alheio à tutela jurídica. Somente se demonstrou que, por não possuir conteúdo econômico, não se encontra

²⁶² Ibidem, p. 59.

²⁶³ FISCHER, Hans Albrecht, op. cit., p. 46.

²⁶⁴ Ibidem, p. 46.

na esfera dos danos patrimoniais, mas sim no campo dos danos extrapatrimoniais²⁶⁵, sujeito, portanto, ao regramento a estes concernente²⁶⁶.

Esclarecidos os mencionados contornos, deve-se, ainda, fazer um alerta. Embora o valor de uso exerça preferência sobre a cotação de mercado, para fins de estimação pecuniária, em razão de melhor reconstituir a situação real devastada pelo dano, caso o ofendido não alegue (e comprove) as circunstâncias que demonstrem essa divergência entre ambos os valores, por medida de coerência, deve-se adotar o *pretium commune*, de troca, já que reflete o valor mediano do bem, dentro do comércio.

A avaliação abstrata, então, não obstante se sujeitar, em regra²⁶⁷, ao valor de uso, possui duas importantes virtudes: 1. Servir de ponto de partida para verificação da amplitude do prejuízo, apresentando balizas mínimas de sua extensão, e; 2. Fornecer parâmetro na hipótese de inexistir afirmação e comprovação de situações específicas que apontem ser outro o valor de uso, mercê das diversas funções exercidas pelo bem danificado.

Por fim, impende consignar que o dano patrimonial divide-se em duas subespécies: os danos emergentes (*damnum emergens*) e os lucros cessantes (*lucrum cessans*). Trata-se de distinção que remonta ao Direito Romano, muito embora seja de criação medieval, em que os danos emergentes consistiam no valor objetivo da diminuição patrimonial e os lucros cessantes, atrelados à ideia de interesse, nas vantagens futuras que adviriam ao patrimônio do credor²⁶⁸.

Essas subespécies foram contempladas pelo direito brasileiro, encontrando-se expressamente dispostas no art. 402 do Código Civil, cujo teor é o seguinte: “Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas

²⁶⁵ Ibidem, p. 46.

²⁶⁶ No ordenamento jurídico brasileiro, o preço de estima, quando não mais exista o bem, encontra-se disciplinado no art. 952, parágrafo único, do Código Civil, nos seguintes termos: “Parágrafo único. Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa, estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avante àquele”. Interessante observar, que o dispositivo traz inusitada limitação à extensão dos danos extrapatrimoniais (valor de afeição).

²⁶⁷ Francisco Paulo de Crescenzo Marino, citando o art. 750 do Código Civil (“Art. 750. A responsabilidade do transportador, limitada ao valor constante do conhecimento, começa no momento em que ele, ou seus prepostos, recebem a coisa; termina quando é entregue ao destinatário, ou depositada em juízo, se aquele não for encontrado”), ressalva a possibilidade de a lei, às vezes, limitar a indenização ao valor objetivo. (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo, op. cit., p. 670).

²⁶⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 412 e 413.

ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Apesar de o mencionado artigo achar-se, topologicamente, inserido dentro do título atinente ao inadimplemento contratual, seu comando é compartilhado pela responsabilidade aquiliana, em que o dano patrimonial igualmente se subdivide nas indigitadas espécies.

Agostinho Alvim²⁶⁹, em referência ao dano patrimonial, preleciona que: “pode-se dizer que o dano ora produz o efeito de diminuir o patrimônio do credor, ora o de impedir-lhe o aumento, ou acrescentamento, pela cessação de lucros que poderia esperar”.

Com relação ao dano emergente, é possível estabelecer com maior precisão a extensão da diminuição patrimonial ocorrida, sem que existam maiores indagações acerca de sua certeza. Já com os lucros cessantes não ocorre a mesma lógica, pois não se pode afirmar, com certeza absoluta, que estes surgiriam, não fosse a aparição do dano. Há em relação ao último certa dificuldade em se estabelecer uma relação de causalidade entre a conduta e o prejuízo. O lucro seria realmente auferido, caso inexistisse o fato lesivo?²⁷⁰

Hans Albrecht Fischer²⁷¹ indica a essência da questão acima delineada, ao afirmar que enquanto os danos emergentes (por ele chamado de danos positivos) “tem uma base firme, pois se refere sempre a fatos passados, o de lucro cessante é dominado pela forte soma de incerteza que resulta de se operar aqui com entidades imaginárias”.

Ainda que não se exija certeza absoluta a seu respeito, compete ao direito, no âmbito dos lucros cessantes, distinguir as “miragens de lucro” da verdadeira ideia de prejuízo, revelando-se insuficiente a mera possibilidade de sua obtenção. “O que deve existir é uma certa probabilidade *objectiva*, que resulte do ‘curso normal das coisas’ e das ‘circunstâncias especiais do caso concreto’”²⁷².

²⁶⁹ ALVIM, Agostinho, op. cit., p. 173.

²⁷⁰ Ibidem, p. 188 e 189.

²⁷¹ FISCHER, Hans Albrecht, op. cit., p. 49.

²⁷² Ibidem, p. 50 e 51.

O Código Civil utiliza-se da expressão “o que *razoavelmente* deixou de lucrar”, sendo que, razoavelmente, conforme a lição de Agostinho Alvim²⁷³, possui o seguinte sentido: “até prova em contrário, admite-se que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom senso diz que lucraria. Há aí uma presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo-se em vista os antecedentes”.

José de Aguiar Dias²⁷⁴ segue o mesmo entendimento: “O critério acertado está em condicionar o lucro cessante a uma *probabilidade objetiva* resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugados às circunstâncias peculiares do caso concreto”.

Visando exemplificar as duas subespécies acima tratadas, cita-se a hipótese de um acidente automobilístico, cuja responsabilidade é imputada a terceiro, e que tem como resultado a danificação do veículo e lesões corporais na vítima. Os custos de conserto do automóvel, despesas hospitalares, remédios, etc. comporiam os danos emergentes, enquanto os ganhos frustrados em razão da internação e subsequente repouso para recuperação consistiriam nos lucros cessantes²⁷⁵.

Delimitados os contornos gerais dos prejuízos patrimoniais, passa-se à abreviada análise dos danos extrapatrimoniais.

3.3.2 Dos Danos Extrapatrimoniais

Preliminarmente, explica-se que se optou, primordialmente, pela utilização da expressão “danos extrapatrimoniais”, em vez de “danos morais”²⁷⁶, tendo em vista que a caracterização dos danos ora em apreciação tem como principal fator a ausência de economicidade do prejuízo, isto é, sua não patrimonialidade²⁷⁷. Além disso, a

²⁷³ ALVIM, Agostinho, op. cit., p. 189.

²⁷⁴ DIAS, José de Aguiar, op. cit., p. 841.

²⁷⁵ A questão será aprofundada no item 4.1.3.1.

²⁷⁶ Há apenas uma preferência. Por diversas vezes, ao longo do trabalho, a expressão “dano moral”, por já se achar consolidada legislativa, doutrinária e jurisprudencialmente, será utilizada em seu sentido amplo, como sinônima de dano extrapatrimonial.

²⁷⁷ Segundo Fernando Noronha: “Só a designação ‘extrapatrimonial’ deixa claro que unicamente terá esta natureza o dano sem reflexos no patrimônio do lesado, e isso independentemente de se saber qual foi a origem desse dano: às vezes até pode ser atentado contra coisas”. (NORONHA, Fernando, op. cit., p. 591).

expressão “danos morais” restringe por demais a amplitude dos mencionados prejuízos, ao menos semanticamente²⁷⁸, já que se refere, apenas, a um dos aspectos do direito da personalidade²⁷⁹.

Realizada essa observação de caráter terminológico, impende explicitar que o reconhecimento dos danos não patrimoniais não ocorreu sem que existisse forte resistência por parte da doutrina e, notadamente, da jurisprudência²⁸⁰. Embora os intérpretes do Código Napoleão aceitassem a existência da indenização por danos extrapatrimoniais, nos Séculos XVIII e XIX, por influência da ilustração, diversos países negaram tal possibilidade, sob o pensamento de que o Direito Penal tutelava adequadamente essa espécie de prejuízo²⁸¹.

Diversos foram os argumentos levantados em desfavor dos danos não patrimoniais, dentre os quais se destacavam a incerteza acerca da real existência do dano, a impossibilidade de uma exata avaliação pecuniária e a imoralidade de se compensar a dor com o dinheiro²⁸².

²⁷⁸ Fernando Noronha adverte, ainda, que: “Seria bom que a linguagem jurídica fizesse um esforço para corrigir a imprecisão terminológica que prevalece, na matéria. Há razões ponderosas que contraindicam o uso da designação ‘dano moral’ como sinônima de dano extrapatrimonial; seria conveniente que só se referissem como danos morais, *stricto sensu*, os que temos vindo a denominar de anímicos”. (Ibidem, p. 591).

²⁷⁹ Conforme a lição de Rubens Limongi França, a integridade moral é apenas um dos aspectos que compõe a personalidade. Em suas palavras: “Ora, a despeito do traço comum desses Direitos, consubstanciado no fato de serem todos Direitos Privados da Personalidade, é bem de ver, correspondem eles a *aspectos determinados* dessa personalidade, de tal forma que é de mister sejam inicialmente agrupados *de acordo com os aspectos a que cada um concerne*. Esses aspectos, a nosso ver, são fundamentalmente três: o *físico*, o *intelectual* e o *moral*. Portanto, *ab initio* — observávamos então — cumpre sejam diversificados: 1) o Direito à *Integridade Física*; 2) o Direito à *Integridade Intelectual*; 3) o Direito à *Integridade Moral*. Evidentemente, esses Direitos não são estanques, senão, pelo contrário, por vezes participam de mais de um grupo, como o Direito à Imagem, que nos parece tanto de natureza moral como física. Não obstante, assentada esta base, os Direitos da Personalidade podem ser especificados dentro de uma classificação correspondente à sua natureza dominante”. (LIMONGI FRANÇA, Rubens. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. In: *Revista dos Tribunais*. vol. 567, p. 09-16, Janeiro, 1983, p. 13).

²⁸⁰ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 17 e 18.

²⁸¹ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e, op. cit., p. 13.

²⁸² Segundo Zulmira Pires de Lima, os argumentos contrários à indenização por danos morais poderiam ser sintetizados em 08: “1. Falta de um efeito penoso durável; 2. A incerteza, nesta espécie de dano, de um verdadeiro direito violado; 3. A dificuldade em descobrir a existência do dano; 4. A indeterminação do número de pessoas lesadas; 5. A impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro; 6. A imoralidade de compensar uma dor com dinheiro; 7. O ilimitado poder que tem de conferir-se ao juiz; 8. A impossibilidade jurídica de admitir tal reparação”. (LIMA, Zulmira Pires de. Responsabilidade civil por danos morais. In: *Revista Forense*, n.º 83, p. 216-226, Jul-Set, 1940, p. 218).

Apesar de toda a resistência empreendida, dentre outros, por Pothier, Brinz, Keller e Chironi, certo é, igualmente, que toda uma corrente mais moderna acatava a indenização por danos morais, simples e puro, perfilhada por inúmeros outros, dentre os quais, Ripert, De Page, Gand, Givord, Martin Achard, Mazeaud, Savatier, Beviláqua, Aguiar Dias, Wilson Melo da Silva, Silvio Rodrigues, Serpa Lopes, Alcino Salazar, Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo, Hahnemann Guimarães, Amilcar de Castro, Caio Mário da Silva Pereira²⁸³, além de, segundo inventário realizado por Wilson Melo da Silva²⁸⁴, Orlando Gomes, Washington de Barros Monteiro, José Olímpio de Castro Filho, Paulo Dourados de Gusmão, João Martins, Arnold Wald, Reginaldo Silva, Darci Arruda Miranda, Rubens Limongi França, Antônio Chaves, Edgard de Moura Bittencourt, etc.

Com relação à jurisprudência nacional, o Supremo Tribunal Federal, à exceção de alguns poucos arestos e votos vencidos dos ministros Manoel Murtinho²⁸⁵,

²⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 54.

²⁸⁴ SILVA, Wilson Melo da, op. cit., p. 341.

²⁸⁵ Cita-se, no caso, referência ao Agravo de Instrumento 1.723, de relatoria do Ministro Manoel Murtinho, cuja decisão foi prolatada em 1913: “É importante registrar, entretanto, que, antes da vigência do Código Civil de 1916, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhecia a possibilidade de indenização do dano moral causado pela má prestação de um serviço público. Por exemplo, no Agravo de Instrumento n. 1.723, Relator Ministro Manoel Murtinho, julgado em 13 de dezembro de 1913, a Corte determinou o pagamento de indenização compreendendo danos materiais e morais por danos decorrentes de acidente em estrada de ferro administrada pela União”. (HORBACH, Carlos Bastide. *Memória jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007, p. 139). Pela importância do julgado, transcreve-se o acórdão do Agravo de Instrumento 1.723, com especial atenção ao voto proferido pelo Ministro Pedro Lessa (acórdão retirado da obra acima citada, pgs. 234 a 238): “Vistos, expostos e discutidos estes autos de agravo de instrumento, em que são agravantes e agravadas Fanny Worms e a União Federal. Dos autos consta que, no Juízo Seccional de 1ª Vara do Distrito Federal, propôs a primeira agravante contra a segunda uma ação ordinária na qual pediu que fosse a ré condenada a indenizá-la pelo dano que lhe adviera da morte de seu marido, José Worms, vítima de um desastre ocorrido na Estrada de Ferro Central da Brasil, pertencente à segunda agravada, sendo essa indenização estimada em 500:000\$. Essa ação fora julgada procedente, condenando o juiz a ré a prestar à agravante a indenização correspondente ao prejuízo econômico e, bem assim, à privação da felicidade doméstica, resultante da morte de seu marido, conforme se liquidasse na execução. Essa sentença foi confirmada, em grau de apelação, por este Tribunal, como consta da respectiva carta. Promovendo a execução do julgado no próprio juízo da ação, a primeira agravante ofereceu artigos de liquidação nos quais avaliou a indenização na mesma quantia estimada no petítório da ação, tomando por base do cálculo a renda que auferia o finado de sua profissão de joalheiro, que orçava em mais de dois contos de réis mensais, quantia essa correspondente aos juros que produziria aquela soma de 500:000\$, à taxa de 5% anuais. Esses artigos foram discutidos, e na dilação probatória produziram-se três testemunhas, por parte da exequente, as quais depuseram que o ganho auferido pelo finado no exercício de sua profissão de joalheiro permitia-lhe despender mensalmente com a sustentação de seu lar quantia não inferior a dois contos de réis. Procedeu-se o arbitramento por peritos nomeados pelas partes, em cujo laudo, a maioria deles tomando por base a renda mensal de dois contos de réis e o espaço de tempo que ainda pudesse viver o marido da exequente, o de quinze anos, avaliou o dano material em 360:000\$; e o moral em 40:000\$, perfazendo as duas parcelas a soma de 400:000\$. O juiz da execução, ao julgar essa liquidação, tendo em vista as condições de vida do marido da exequente — cuja situação pecuniária era ultimamente precária, tanto que, tendo sido recolhido, em

seguida ao desastre, a um quarto particular de primeira classe na Santa Casa de Misericórdia desta capital, dias depois foi transferido, por falta de recursos, para um de terceira classe e, falecendo, pouco mais de um mês após o desastre, teve enterro de pobre, como tudo consta de documentos transcritos na carta de sentença — concluiu exagerada a avaliação dos peritos e, no intuito de reduzi-la a justos limites, nos termos do artigo 22 da Lei n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912, de modo a assegurar apenas à exequente congruentes meios de subsistência, tomou para base dessa prestação a maior pensão que o Estado tem pago, até agora, à família de seu mais graduado funcionário, a qual é de 3:600\$ anuais, que, multiplicada por 15 anos, tempo de vida que os peritos calcularam poder atingir o marido da exequente, manifestava o produto de 54:000\$, ao qual, adicionando-se a quantia de 6:000\$, a título de indenização do dano moral também sofrido pela exequente e incluída virtualmente na sentença exequenda, resultava em 60:000\$, em que o dito juiz fixou definitivamente o valor integral da indenização. Dessa sentença foram interpostos dois agravos, um da exequente, pretendendo a indenização arbitrada pelos peritos, e outro da executada, requerendo a eliminação da liquidação do dano moral, por ser este inestimável. Os agravos foram intentados e processados na forma da lei, sustentando sua decisão o juiz *a quo*. Isso posto, e: considerando que a redução feita pelo juiz é inteiramente razoável e assenta em dados colhidos nos próprios autos da execução; considerando que, nesse cômputo, não podia deixar de ser contemplado o dano moral, de acordo com a boa doutrina que ora vai prevalecendo, e sobretudo com o dispositivo da sentença exequenda, como se depreende dos respectivos motivos, acordam negar provimento a ambos os agravos para confirmar, por seus fundamentos, a sentença agravada, pagas as custas *pro rata*. Supremo Tribunal Federal, 13 de dezembro de 1913 — Herminio do Espírito Santo, presidente — Manoel Murinho, relator — Oliveira Ribeiro — Canuto Saraiva — Pedro Mibieli, vencido em relação à indenização do dano moral, aliás não expressamente pedido nem na inicial, nem na liquidação. — Sebastião Lacerda, vencido de acordo com o voto supra. — Guimarães Natal — Amaro Cavalcanti. Meu voto foi condenar a União Federal a prestar 54:000\$ de dano material propriamente dito, mais 40:000\$ de dano moral, conforme laudo dos arbitradores: total 94:000\$000. — Coelho e Campos, vencido. — Enéas Galvão, vencido. — Pedro Lessa. Votei mandando pagar à agravante 54:000\$ para indenização dos danos materiais e 40:000\$ para a indenização dos danos morais, tendo sido esses os valores dados pelos peritos, à fl. 118v. Na verdade, depois de avaliado o *dano econômico* sofrido pela agravante, ainda cumpria arbitrar a quantia necessária para a indenização do *dano moral*, no sentido próprio da expressão, isto é, na acepção de sofrimentos físicos e morais, que não extinguem nem diminuem o patrimônio (*A. Minozzi, Studio sul Danno non Patrimoniale, Danno Morale*, capítulo 1º). A necessidade jurídica de ressarcir essa espécie de ofensa feita à pessoa singular é geralmente admitida no atual Estado de Direito. Na clássica *Teoria delle Obbligazioni*, v. 5º, n. 161, 4. ed., *Giorgi* afirma: “*si deve oggi ritenere massima universalmente consentita e non piú discutibile, che anche i danni morali sano risarcibili pecuniariamente*”. Há outra obra, não menos autorizada, no *Trailé General de la Responsabilité*, tomo primeiro, n. 33, 4. ed., doutrina *Soudart*: “*Mais un dommage matériel, pecuniare, n'este pas le seul qui donne ouverture à l'action en réparations civiles, un intérêt moral suffit. Ainsi des dommages — intérêts peuvent être réclamés par un fils, pour la mort de son père, par une femme pour celle de son mari ou de son enfant*” (1. 10 vend., au IV, título 4, art. 6). E *Planiol*, doutrinando especialmente para o caso dos autos, escreveu, no *Traité Élémentaire de Droit Civil*, tomo 2º, edição de 1900, n. 906: “*Em matière de faute la nature du dommage cause importe peu. Ce peut être un dommage purement moral; la loi en tient, compte dès qu'il est réel et vérifié. Le meilleur exemple en est fourni par l'allocation d'indemnités pécuniaires à la suite de diffamations. Comp. Cass. 7 juin 1893, S. 95 1413. La jurisprudence a fait de la même idée une application intéressante aux accidents de chemins de fer ou autres; les parents des victimes peuvent obtenir une indemnité à raison de leurs affections et de la douleur qu'a pu leur causer la mort d'un père ou d'en enfant (Angere, 12 juillet 1872, D. 72. 5.386; Bordeaux, 30 nov. 1881. Dalloz, Suppl. T. XV, p. 521, not 3, S. 82. 2.183*”. “*Ou ne distingue pas non plus si le dommage matériel est causé aux biens ou au corps: des blessures, un homicide par imprudence, donnent lieu à indemnité. Comp., art. 817. C. civ. all.*” A jurisprudência dos mais abalizados tribunais contemporâneos tem consagrado o direito à indenização por danos puramente morais. Por sentença de 30 de dezembro de 1893, a Corte de Apelação de Milão declarou que são danos morais as dores injustamente causadas e os sofrimentos de ânimo resultantes de ofensas físicas (*A. Minozzi, Danno non Patrimoniale*, p. 11). Por sentença de 20 de dezembro de 1889, a mesma Corte sentenciou que é obrigado a ressarcir o dano aquele que culposamente fere afetos engendrados pelos estreitos vínculos de sangue — “*il quale ferisce gli affecti generati dai piú stretti vincoli di sangue*” (obra e lugar citados). A Corte de Apelação de Bolonha considerou, em sentença de 5 de março de 1869, dano moral ressarcível a privação das vantagens especiais, que se nos deparam nos lugares em que longos hábitos, felizes recordações e outros razoáveis motivos de afeição oferecem causa para se preferir a permanência (obra e lugar

citados). Por sentença de 27 de abril de 1897, a Corte de Apelação de Turim julgou que é dano moral o medo produzido pelo perigo de morte, devido a graves ferimentos (obra e lugar citados). A Corte de Cassação de Nápoles decidiu que constitui dano moral o mal que faz a uma família a falta da direção do chefe (obra e lugar citados). Está evidente que nesta última decisão se teve em mente a falta de direção do chefe de família vista pelo lado moral, e não as conseqüências econômicas da ausência do chefe. A grande dificuldade, por todos reconhecida, reside em saber como se deve indenizar o dano moral, como arbitrar o ressarcimento, como fixar um valor, um valor correspondente a um prejuízo que não está sujeito a um denominador econômico. A isso responde *Giorgi*: “As dores, os prazeres, a vida, a saúde, a honra, a liberdade não tem preço; não se liquidam, pois, judicialmente, concluem sofisticadamente alguns doutores; e em subsídio do seu argumento invocam a resposta dos Romanos: *Pretia rerum non ex affectione... sed communiter fungi: et liberum corpus nullam recipit aestimationem*”. Mas esse raciocínio, partindo de um princípio verdadeiro, chega a uma falsa conclusão. Certamente com dinheiro não se recuperam a vida de um extinto, nem a saúde perdida, nem os prazeres da amizade mutilados, nem as gratas recordações desfeitas; e se verdadeira é a sentença de *Foscolo*, de que a riqueza é tida em maior estima de que todas as coisas que ela pode proporcionar-nos, e em menor do que aquelas que não pode dar, uma soma de dinheiro, por maior que seja, nunca pode ser compensação adequada a um dano moral. Mas segue-se disso que o dano moral não deva ser calculado na liquidação? Quem assim conclui emite raciocínio muito semelhante ao daquele mutuário que, devendo restituir mil liras e possuindo apenas cem, se recusasse a restituir até essas mesmas cem, por serem insuficientes para a extinção do débito. Se o dano moral não se pode compensar completamente, por não haver preço suficiente que o pague, indenizem-no ao menos nos limites do possível, dando-se uma soma que, se não é um perfeito ressarcimento, representa, todavia, aquela compensação que comportam as forças humanas. Esta compensação só pode consistir em uma quantia fixada pelo arbítrio do juiz (*arbitratu judicis*). Este, tendo em atenção aproximadamente as utilidades perdidas pelo ofendido, procurará adjudicar-lhe uma soma que lhe faculte o gozo de outros confortos, próprios para compensar a perda sofrida ou torná-la menos sensível e dolorosa” (obra citada, v. 5º, n. 238). E *Houdelot et Metman, Des Obligations*, p. 328: “Mas, como reparar pecuniariamente um prejuízo moral? Certo que a reparação em dinheiro falta o caráter de um equivalente direito do dano moral, que por sua natureza não é apreciável economicamente. Mas o dinheiro, graças à sua matéria constitutiva e ao seu papel econômico, pode desempenhar uma função satisfatória, um caráter ressarcitivo. Todo prejuízo moral se resume em um sentimento de sofrimento íntimo, pessoal, da pessoa lesada. Se o dinheiro não atenua por sua natureza própria o sentimento de sofrimento, pode, entretanto, pelas satisfações, vantagens, que o seu valor de troca permite adquirir, compensar indiretamente, na medida do possível, o mal moral causado. Não se escapa à censura de um procedimento em que há arbítrio, quando se repara pecuniariamente um dano moral. Mas daí não se segue que o responsável por um acidente possa subtrair-se às conseqüências de sua responsabilidade, sob o pretexto de que o prejuízo causado é de tal natureza, que não há meio de indenizá-lo. A dificuldade de apreciação de um dano não pode em caso algum influir na admissibilidade da ação de quem mostra ter um direito incontestável a uma reparação; a recusa de indenização seria uma injustiça. O juiz tem o poder discricionário para determinar a indenização que deve ser sempre, atendendo-se às considerações individuais, uma justa compensação do prejuízo sofrido, e não uma fonte de enriquecimento”. Reconhecidos os direitos do homem sobre atributos físicos e morais da sua pessoa (e quem ainda negará tais direitos, diante de demonstrações como a que se lê em *Windsheid, Diritto delle Pandette*, v. 1º, tradução de *Fadda e Bensa*, pp. 601 e seguintes?), e sendo manifesto que tais direitos muitas vezes não são apreciáveis economicamente, não é possível deixar desamparados, sem uma sanção eficaz, esses direitos. Quando não há crime, como no presente caso, mas apenas culpa, a única sanção possível consiste em condenar o causador do dano a uma reparação pecuniária, seja embora difícilimo avaliar essa reparação, haja embora um inegável arbítrio no fixar a soma devida. Muito mais contrário à defesa jurídica da sociedade e de seus membros fora consentir na ofensa de tais direitos sem sanção de espécie alguma”.

Pedro Lessa²⁸⁶, Orozimbo Nonato²⁸⁷, Rocha Lagôa²⁸⁸, Aliomar Baleeiro, dentre outros, até meados da Década de 60, afastava a indenização por danos morais puros, bem como a possibilidade de sua cumulação com a indenização por danos materiais²⁸⁹.

No ano de 1966, por meio de acórdão relatado por Aliomar Baleeiro²⁹⁰, o Supremo Tribunal Federal reformou sentença/acórdão que afastava a indenização pela morte de dois filhos menores, causadas por acidente de ônibus. O mencionado acórdão foi um dos principais julgados que embasou a edição da Súmula 491²⁹¹,

²⁸⁶ Transcreve-se sucinto voto vencido, proferido em 1920, na Apelação Cível 2.831, em que Pedro Lessa apontava a possibilidade da indenização por danos morais: “A culpa dos atiradores navais é inquestionável. A mais leve cautela, a menor previdência, a mais cúria perícia na arte de atirar bastavam para evitar a desgraça ocorrida. Parece incrível tanto desprezo pela vida humana! Mandava pagar todo o dano, inclusive o dano moral, pois nem sequer se pode invocar para o caso o Código Civil, visto se ter dado o fato em 1914, muito antes, por conseguinte, da promulgação do Código Civil. Naquela época, o nosso direito em matéria de ressarcimento de dano moral era o das nações mais adiantadas, isto é, mandava-se indenizar o dano moral, sem embargo de haver algumas sentenças contrárias a esse direito, consagrado por todas as nações que se distinguem na cultura jurídica”. (Ibidem, p. 138).

²⁸⁷ Exemplificativamente: BRASIL. STF. RE 22993 / DF. Relator(a): Min. OROZIMBO NONATO. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento: 31/07/1953. Em acórdão assim ementado: “DANO MORAL. SUSCITA INDENIZAÇÃO CÔNGRUA. HONORARIOS DE ADVOGADO”, cuja decisão é: “Conheceram do recurso e lhe deram provimento, em parte, para, contra o voto do Sr. Ministro Hahnemann Guimarães, mandar incluir na verba de indenização o dano moral avaliado modestamente e mais dez por cento para o honorário de advogado”.

²⁸⁸ Exemplificativamente: BRASIL. STF. RE 11974 / MG. Relator(a): Min. ROCHA LAGOA. Relator(a) p/ Acórdão: Min. HAHNEMANN GUIMARÃES. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento: 12/05/1953. Voto vencido de acórdão assim ementado: “PODE SER REPARADO PECUNIARIAMENTE O DANO MORAL, QUE HAJA PRODUZIDO CONSEQUENCIAS MATERIAIS. SE O DANO É SOMENTE MORAL, NÃO HÁ O QUE SER RESSARCIDO EM DINHEIRO”.

²⁸⁹ Dentre inúmeros outros arestos no mesmo sentido: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DANO MORAL. NÃO E INDENIZAVEL QUANDO INEXISTEM CONSEQUENCIAS MATERIAIS, QUANDO SE APRESENTA SEM APOIO NO PREJUÍZO”. (BRASIL. STF. RE 28161 / PA. Relator(a): Min. LAFAYETTE DE ANDRADA. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento: 13/09/1955). “NÃO E ADMISSIVEL QUE OS SOFRIMENTOS MORAIS DEEM LUGAR A REPARAÇÃO PECUNIARIA, SE DELES NÃO DECORRE NENHUM DANO MATERIAL”. (BRASIL. STF. RE 11786 / MG. Relator(a): Min. HAHNEMANN GUIMARAES. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento: 07/11/1950). “Dano moral - Não é indenizável - Embargos rejeitados”. (BRASIL. STF. RE 29447 EI / RJ. Relator(a): Min. BARROS BARRETO. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 25/07/1960). “Recurso extraordinário; seu desprovemento. Juros compostos; quando não são admissíveis. Dano moral; não é ressarcível perante o nosso direito”. (BRASIL. STF. RE 42723 / MG. Relator(a): Min. NELSON HUNGRIA. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 13/08/1959).

²⁹⁰ “RESPONSABILIDADE CIVIL - A MORTE DE FILHOS MENORES, CONFORME AS CIRCUNSTANCIAS, COMPORTA INDENIZAÇÃO. O PROBLEMA RESOLVE-SE NA LIQUIDAÇÃO E POR ARBITRAMENTO”. (BRASIL. STF. RE 59940 / SP. Relator(a): Min. ALIOMAR BALEEIRO. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento: 26/04/1966).

²⁹¹ Súmula 491: É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado.

sendo considerado por parte da doutrina como o *leading case* em relação à possibilidade de indenização por danos morais²⁹².

Não obstante permanecesse restritivo o acolhimento da tese dos danos morais, gradativamente esta espécie de prejuízo ganhou espaço na jurisprudência dos diversos Tribunais espalhados pelo país, especialmente, nos julgados do Supremo Tribunal Federal²⁹³.

No que tange à legislação, impende consignar que, em momento anterior ao advento da Constituição Federal de 1988, inexistia dispositivo que contemplasse ampla indenização por danos morais, encontrando-se poucas disposições constantes no Código Civil de 1916 (v.g. o art. 1.547, parágrafo único²⁹⁴, e art. 1.550²⁹⁵, que tutelavam, respectivamente, os direitos à honra e à liberdade) e na legislação esparsa (art. 49, I, da Lei 5.250/67²⁹⁶).

A chegada da Constituição Federal de 1988 proscreeu, definitivamente, qualquer questionamento acerca da possibilidade de indenização em relação aos danos morais puros, porquanto seu art. 5º, X²⁹⁷, estabeleceu a viabilidade de sua compensação, ao lado dos danos materiais²⁹⁸.

²⁹² Nesse sentido: RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. vol. 4. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 195.

²⁹³ Segundo Sérgio Severo: “No entanto, a despeito da crescente aceitação do dano moral pelo Supremo Tribunal Federal, não se pode considerar que este Tribunal tenha optado pela admissibilidade ampla. Em verdade, a posição do Supremo Tribunal Federal era no sentido de acolher restritivamente os casos de danos extrapatrimonial expressos no Código Civil e em leis especiais, sem ampliá-los pela via da interpretação”. (SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 94).

²⁹⁴ “Art. 1547. A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grão máximo da pena criminal respectiva (art. 1.550)”.

²⁹⁵ “Art. 1.550. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e no de uma soma calculada nos termos do parágrafo único do art. 1.547”.

²⁹⁶ “Art. 49. Aquêle que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar:
I - os danos morais e materiais, nos casos previstos no art. 16, números II e IV, no art. 18 e de calúnia, difamação ou injúrias”;

²⁹⁷ “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”;

²⁹⁸ Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira: “A Constituição Federal de 1988 veio pôr uma pá de cal na resistência à reparação do dano moral”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva, *ob. cit.*, p. 58).

Tratou-se de relevante marco legislativo, que, por se achar no ápice da hierarquia normativa, ocasionou reflexos diretos nos diversos diplomas subsequentes, a saber, art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor²⁹⁹, art. 88 da Lei 8.884/94 (que alterou o art. 1º da Lei 7.347/85³⁰⁰, atribuindo nova redação que contemplava os danos morais), e, por derradeiro, art. 186 do Código Civil de 2002³⁰¹.

A jurisprudência, que já se inclinava, paulatinamente, à abertura cada vez maior ao reconhecimento do dano moral, impulsionada, então, pelos novos ventos normativos, passou à plena aceitação das pretensões envolvendo a matéria. O Superior Tribunal de Justiça, no ano de 1992, por meio da Súmula n.º 37³⁰², estabeleceu, de modo incontestado, a possibilidade de cumulação entre as indenizações por danos materiais e morais. Posteriormente, no ano de 1999, editou a Súmula 227³⁰³, cujo teor estendia a indenização por danos morais às pessoas jurídicas.

Essa tendência ampliadora permaneceu em curso, fomentada pelos vários fatores já apresentados no item 2.5 deste trabalho, existindo, até mesmo, a criação de novos prejuízos, alheios aos patrimoniais e extrapatrimoniais, a exemplo da indenização autônoma por dano estético, consolidada na jurisprudência brasileira pela Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça³⁰⁴, e da indenização por dano existencial, já reconhecida por diversos julgados, especialmente oriundos da Justiça do Trabalho³⁰⁵.

Não obstante se concordar com a adequada aceitação, e quantificação, da indenização por danos extrapatrimoniais (puros ou cumulados com danos patrimoniais), discorda-se dessa tendência expansiva, voltada ao reconhecimento de novos prejuízos, estranhos e concomitantes aos danos patrimoniais e não

²⁹⁹ “VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

³⁰⁰ “Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:”.

³⁰¹ “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”.

³⁰² “Súmula n.º 37: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

³⁰³ “Súmula 227: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

³⁰⁴ “Súmula 387: É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

³⁰⁵ Ver item 4.1.3.4.

patrimoniais, conforme já explanado no item 3.3 (e, especialmente, nos itens 4.1.3.2, 4.1.3.3 e 4.1.3.4).

Deve-se notar que esses novos prejuízos, cuja autonomia se pretende estabelecer (tendência esta combatida neste trabalho), nada mais são, em sua grande maioria, do que efeitos extrapatrimoniais, com alguma especificidade, decorrentes de uma lesão anterior, que se atribui uma nova e determinada nomenclatura, conforme a especificidade apontada.

Esse tipo de postura somente se justifica em regimes taxativos, nos quais os danos extrapatrimoniais são limitados a determinada lista previamente estabelecida, o que, então, em razão disso, permite que se os conceituem de modo substantivo. Cada prejuízo seria definido conforme a especificidade que o distingue.

Num regime aberto, em que se admitem os mais diversos prejuízos extrapatrimoniais, não há razão que justifique a estipulação de inúmeros nomes com conceitos autônomos, sob pena de se criar uma lista infundável e, ainda assim, fazer-se necessária a criação de uma cláusula de abertura, que teria de adotar fatalmente o critério negativo de conceituação (não patrimonialidade do prejuízo), para que pudesse abranger todos os demais prejuízos ainda não nominados e não permitir que o sistema se tornasse exaustivo.

Em outros termos, sistemas abertos, em que não há limitação dos prejuízos indenizáveis, são incompatíveis com conceituações substantivas em relação aos danos extrapatrimoniais, pois sempre será possível o surgimento de novos prejuízos alheios aos conceitos anteriormente explicitados. Exemplificativamente, se se conceituar o dano extrapatrimonial como a dor, aflição, desgosto, tristeza, etc., não se encaixará em seu conceito os prejuízos atrelados à imagem (não à honra) ou os referentes às pessoas jurídicas³⁰⁶.

³⁰⁶ Segundo Sérgio Severo: “As tentativas de uma conceituação substancial de dano extrapatrimonial têm enfrentado dois tipos de problemas: a ausência de um caractere distintivo e a tendência ao alargamento dos danos ressarcíveis. Inicialmente, vislumbrava-se a dor como caractere distintivo capaz de conduzir a uma conceituação substancial; porém cada vez mais se observa uma tendência no sentido de abolir tal subjetivismo do campo do dano extrapatrimonial, de forma que este elemento foi desbotando progressivamente e tende a ser superado”. (SEVERO, Sérgio, op. cit., p. 41).

Do mesmo modo, não se pode conceituar, substantivamente, os danos extrapatrimoniais como lesão aos direitos da personalidade³⁰⁷, pois, neste caso, estar-se-ia confundindo o dano-evento com o dano-prejuízo. Como já se demonstrou, lesões a direitos da personalidade (dano-evento) podem gerar prejuízos (dano-prejuízo) patrimoniais ou extrapatrimoniais (ex. pessoa lesionada em sua integridade física, cujas despesas hospitalares e a impossibilidade de trabalhar constituem efeitos patrimoniais).

Padece de igual problema a conceituação do dano moral como lesão à dignidade humana³⁰⁸, visto que este atributo humano estará fatalmente consubstanciado por um interesse concreto (ex. honra, integridade física, intimidade, etc.), tutelado normativamente, e que se refere, do mesmo modo, ao dano-evento, resultando na idêntica situação acima (o fato de sua lesão poder gerar tanto efeitos patrimoniais, como extrapatrimoniais). Este conceito também não se coaduna com a possibilidade de extensão da indenização por danos morais às pessoas jurídicas.

A aspiração de se conceituar o dano extrapatrimonial de modo diverso ao critério negativo, referente à ausência de economicidade do prejuízo, ou se revelará equivocada por confundir os momentos do dano, trocando o prejuízo (efeito, consequência) pela lesão ao direito (o evento)³⁰⁹, ou, ainda quando registre expressamente o efeito (ex. dor, tristeza, humilhação, etc.), será inadequado por não

³⁰⁷ Essa é a conceituação realizada por Roberto H. Brebbia. Em suas palavras: “*Daño moral es aquella especie de agravio constituída por la violación de alguno de los derechos inherentes a la personalidad*”. (BREBBIA, Roberto H., op. cit., p. 82). Na mesma direção, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino: “A principal virtude dessa concepção substantiva de dano extrapatrimonial é a limitação do alcance do instituto, reservando sua utilização para situações graves em que tenha ocorrido uma ofensa efetiva a um direito da personalidade”. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 264-265).

³⁰⁸ Esse é o conceito empregado por Sérgio Cavalieri Filho. Transcreve-se: “Em sentido estrito, dano moral é violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral”. (CAVALIERI FILHO, Sérgio, op. cit., pgs. 106 e 107). No mesmo sentido: MORAES, Maria Celina Bodin, op. cit., p. 332-333.

³⁰⁹ Conforme a lição de Francisco Paulo de Crescenzo Marino: “A distinção entre dano-evento e dano-prejuízo permite compreender o equívoco de conceituar danos morais como lesões a direitos da personalidade ou a interesses extrapatrimoniais. Dano moral é o prejuízo não patrimonial (dano-prejuízo, portanto) advindo de um dano-evento”. (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo, op. cit., p. 656).

abranger todos os possíveis prejuízos indenizáveis³¹⁰, além de não comportar aqueles sofridos por pessoas jurídicas e pela coletividade³¹¹.

Em razão disso, não procede a crítica endereçada à concepção negativa, no sentido de que ela, por nada dizer acerca do conteúdo do dano moral, pois apenas explicita a ausência de economicidade do prejuízo, permitiria uma abertura ilimitada a toda e qualquer pretensão³¹².

Portanto, o conceito de dano moral como prejuízo não patrimonial decorrente de uma lesão a interesse juridicamente tutelado, tecnicamente, é o que melhor revela a real feição desta espécie de dano, pois, além de tratá-lo na correta esfera do dano-prejuízo, abrange adequadamente todas as possíveis consequências não econômicas³¹³, tuteladas pelas normas de proteção, bem como os possíveis destinatários dessa espécie de dano (pessoas físicas, jurídicas e a coletividade).

Conceitos substantivos não refletirão a verdadeira natureza e amplitude dos danos extrapatrimoniais, porquanto, invariavelmente, desaguarão em uma (ou mais) das seguintes inconsistências: 1) Ou confundirá os momentos do dano (trocando dano-prejuízo pelo dano-evento); 2) Ou não abrangerá todos os possíveis prejuízos não econômicos, limitando indevidamente sua extensão; 3) Ou não tutelaré todas as vítimas possíveis (pessoas físicas, jurídicas ou a coletividade).

³¹⁰ Nesse sentido, Sérgio Severo: “Desta forma, dano extrapatrimonial é a lesão de interesse sem expressão econômica, em composição ao dano patrimonial, não justificando-se a busca de uma definição substancial, uma vez que tal concepção constituir-se-ia numa limitação desnecessária ao instituto”. (SEVERO, Sérgio, op. cit., p. 43).

³¹¹ Embora favorável a uma conceituação substantiva, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino reconhece a limitação desta no que tange às pessoas jurídicas e à coletividade: “O cuidado, porém, com essa noção restritiva de dano extrapatrimonial é que ela não contempla algumas modalidades, que têm surgido com frequência cada vez maior na nossa vida em sociedade, como aqueles fatos que afetam os interesses de pessoas jurídicas e aqueles que atingem interesses coletivos ou difusos, como o chamado dano moral coletivo por ofensas ao meio ambiente”. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, op. cit., p. 265).

³¹² Anderson Schreiber desaprova a concepção negativa, sob os seguintes argumentos: “Da mesma forma, defini-lo por via negativa, como todo prejuízo economicamente incalculável, acaba por converter o dano moral em figura receptora de todos os anseios, dotada de uma vastidão tecnicamente insustentável”. (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 109). A crítica ao critério negativo é compartilhada por Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, op. cit., p. 265).

³¹³ Segundo Hans Albrecht Fischer: “As coisas passam-se de modo muito diferente com os danos não patrimoniais, entre os quais se contam os mais heterogêneos prejuízos que possam causar-se a uma pessoa, prejuízos que apresentam unicamente de comum a característica negativa que a sua qualificação indica: a de não serem patrimoniais”. (FISCHER, Hans Albrecht, op. cit., p. 230).

No Brasil, dentre outros, perfilham o conceito não econômico de dano moral: Antonio Junqueira de Azevedo³¹⁴, Francisco Paulo de Crescenzo Marino³¹⁵, José de Aguiar Dias³¹⁶, Rubens Limongi França³¹⁷, Sérgio Severo³¹⁸, Silvio Rodrigues³¹⁹ e Wilson Melo da Silva³²⁰.

Pode-se concluir, desse modo, que o conceito mais adequado, por melhor abranger os diversos prejuízos não econômicos e vítimas possíveis, e que mais reflete a real essência do dano moral, é aquele que o define sob a perspectiva de sua não patrimonialidade.

Esboçada a classificação econômica do dano, demonstrando-se a impossibilidade de se criar espécies outras de prejuízos, autônomos e paralelos aos patrimoniais e extrapatrimoniais, passa-se à análise pormenorizada de danos já reconhecidos em nosso sistema jurídico, apontando a desnecessidade, e inadequação, da tentativa de autonomizá-los.

³¹⁴ “O dano moral vem a ser, por exclusão, o dano não patrimonial, mas é sempre *mediato* (é dano-prejuízo)”. (AZEVEDO, Antonio Junqueira de, op. cit., p. 291).

³¹⁵ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo, op. cit., p. 656.

³¹⁶ DIAS, José de Aguiar, op. cit., p. 861.

³¹⁷ “*Dano moral é aquele que, direta ou indiretamente, a pessoa, física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico dos seus bens jurídicos*”. (LIMONGI FRANÇA, Rubens, op. cit., p. 30).

³¹⁸ SEVERO, Sérgio, op. cit., p. 43.

³¹⁹ “Trata-se assim de dano sem qualquer repercussão patrimonial”. (RODRIGUES, Silvio, op. cit., p. 189).

³²⁰ “Danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”. (SILVA, Wilson Melo da, op. cit., p. 13).

4 DOS DANOS ESPECÍFICOS

4.1 DOS DANOS À INTEGRIDADE FÍSICA (DANOS CORPORAIS OU DANOS À SAÚDE)

Ao se tratar da expansão de danos indenizáveis, é necessário examinar de modo mais acurado as possíveis consequências dos atentados à integridade física, denominados danos corporais na França e danos à saúde na Itália. A lesão a este direito da personalidade tem o potencial de produzir diversos prejuízos à vítima, seja na esfera patrimonial, seja na órbita extrapatrimonial. Segundo Muriel Fabre-Magnan³²¹: “*La plupart des atteintes à la personne entrent dans la catégorie du dommage corporel*”.

Esse portentoso potencial de produção das mais variadas consequências negativas decorre da centralidade e da relevância que a integridade física assume para o ser humano. O corpo constitui verdadeiro instrumento de ação e relação, a própria materialização do ser, insubstituível, fazendo com que a higidez física e mental condicione e qualifique o quadro de possibilidades da pessoa.

Quer isso dizer, qualquer limitação nele engendrada refletirá diretamente na diminuição dos potenciais da vítima, ocasionando, *ipso facto*, prejuízos de diversos matizes. A perda de determinada parte do corpo ou sua lesão permanente, por exemplo, a depender do caso concreto, podem inviabilizar o futuro profissional do lesado, impedir que este desenvolva sua atividade de lazer, continue estudando, dirija seu carro, etc.

Em razão dessa extrema proeminência, somente inferior à própria vida³²², por se consubstanciar em condição para o desenvolvimento da pessoa, a incolumidade do corpo é tutelada de forma especial pelo Direito, que visa impedir a realização de

³²¹ FABRE-MAGNAN, Muriel. *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi-contrats*. 3^a édition. Paris: PUF, 2013, p. 125. Tradução livre: “A maior parte dos danos à pessoa enquadram-se na categoria dos danos corporais”.

³²² Segundo Adriano De Cupis: “O bem da integridade física é, a par do bem da vida, um modo de ser físico da pessoa, perceptível mediante os sentidos. Este bem, por outro lado, segue, na hierarquia dos bens mais elevados, o bem da vida”. (DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de: Afonso Celso Furtado Rezende. 2^a ed. São Paulo: Quorum, 2008, p. 75 e 76).

qualquer violação à integridade física alheia, por meio da instituição de um dever de abstenção a todos dirigido, próprio dos direitos da personalidade³²³.

O conteúdo da proteção refere-se a uma realidade biológica, cuja extensão espraia-se não apenas no conjunto organizado, no todo, mas também nos elementos anatômicos isolados, tais como unha, cabelos, pulmões, olhos, etc., que se integram nos vários sistemas de funcionamento corporal, especialmente quando resultam no estado de saúde³²⁴.

Para que se configure a lesão à integridade física, não se faz necessário o comprometimento geral do corpo ou de suas faculdades, mas, antes, revela-se a violação quando qualquer órgão ou função seja afetado, ainda que de forma não aparente.

A tutela à incolumidade corporal abrange, igualmente, os elementos orgânicos e inorgânicos assimilados ou implantados, que se integrem ao todo, constituindo a ideia de unidade, tal como ocorre com a utilização de próteses não rejeitadas, que, a partir do momento em que se acham incorporadas, deixam de figurar como direito de propriedade e transformam-se em parte do próprio corpo, sujeitando-se ao regime dos direitos da personalidade e não mais dos direitos reais³²⁵.

Por outro lado, as partes já destacadas do corpo, de modo definitivo, ou seja, que não serão reutilizadas na mesma pessoa, não se encontram mais sob a tutela da integridade física, a exemplo do que ocorre com o sangue, leite materno, espermatozoides, etc., já extraídos do corpo³²⁶.

³²³ Conforme o ensino de Carlos Alberto Bittar: “De grande expressão para a pessoa é também o direito à integridade física, pelo qual se protege a incolumidade do corpo e da mente. Consiste em 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” (BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 72).

³²⁴ Nesse sentido, Rabindranath V. A. Capelo de Sousa explicita: “Qual, porém, o conteúdo do bem juscivilístico do corpo humano? É, antes de mais, como a vida, uma realidade biológica que o direito reconhece e protege em si mesma. Assim, através daquele bem jurídico são protegidos não apenas o conjunto corporal organizado mas inclusivamente os múltiplos elementos anatômicos que integram a constituição físico-somática e o equipamento psíquico do homem bem como as relações fisiológicas decorrentes da pertença de cada um desses elementos a estruturas e funções intermédias e ao conjunto do corpo, nomeadamente quando se traduzem num estado de saúde físico-psíquica”. (CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 213 e 214).

³²⁵ Ibidem, p. 216.

³²⁶ Ibidem, p. 214 e 215. No mesmo sentido: DE CUPIS, Adriano, op. cit., p. 94.

Outro aspecto relevante refere-se ao início da proteção à integridade física, cuja origem não se acha, apenas, no nascimento com vida, mas desde a concepção³²⁷, independentemente da questão concernente à personalidade jurídica.

Neste ponto, esconde-se intrincada questão: a mãe que, durante a gravidez, por não tomar os devidos cuidados, produza reais possibilidade de violar a integridade física do nascituro, causando-lhe sequelas permanentes, pode ser compulsoriamente internada? Ilustrativamente, imagine-se a genitora que ingere altas quantidades de entorpecentes e que, em razão disso, a criança possua alta probabilidade de nascer com determinada paralisia.

O problema resume-se em saber até onde se estende a autodeterminação da mãe quando se acha grávida. Sua liberdade de escolha deve prevalecer sobre a integridade física do nascituro³²⁸? A pergunta merece resposta negativa. A integridade física ocupa posição privilegiada em razão de todo o já exposto neste tópico (o corpo é o instrumento insubstituível pelo qual a pessoa age e se relaciona). Além disso, a restrição à liberdade da mãe ocorrerá de modo temporário, enquanto a lesão à higidez psicofísica, em regra, será permanente. Portanto, revela-se possível, devido à excepcionalidade do caso, a internação compulsória.

Com relação ao término da tutela à incolumidade física, destaca-se que esta não se extingue com a morte, já que segue idêntico regime aplicável aos direitos da personalidade³²⁹. Mesmo *post mortem*, a proteção ao corpo permanece ainda vigente³³⁰.

³²⁷ *Ibidem*, p. 216 e 217. No mesmo sentido: BITTAR, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 72.

³²⁸ No ponto, importante a lição de Rabindranath V. A. Capelo de Sousa: “Por isso mesmo, a moderna ciência jurídica vem como ramificando o conteúdo dos poderes e deveres jurídicos referentes ao corpo humano em dois grandes núcleos: um inerente à integridade ou incolumidade corporal que o defende de violações ou ameaças e que, em certos casos, impõe deveres de auxílio em seu favor e outro que reconhece ao respectivo titular um poder de autodeterminação sobre o seu próprio corpo”. (CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, *op. cit.*, p. 218). O autor, ainda, ressaltando a necessidade de avaliação concreta da ofensa, explicita que a integridade física assume caráter primordial na hierarquia dos bens jurídicos (CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, *op. cit.*, p. 220).

³²⁹ Conforme Carlos Alberto Bittar, ao tratar da integridade física: “Revestindo-se das qualidades gerais dos direitos da personalidade, acompanha o ente humano desde a concepção à morte, ultrapassando as barreiras fisiológicas e ambientais para alcançar tanto o nascituro, como o corpo sem vida (cadáver)”. (BITTAR, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 72).

³³⁰ No ensino de Silmara Juny de Abreu Chinellato: “O brocardo jurídico *mors omnia solvit* não se aplica aos direitos da personalidade que se estendem desde a concepção e para além da vida natural. O Direito brasileiro há muito consagra a tutela da personalidade do morto, como se vê no CP, que tipifica os crimes contra o respeito aos mortos nos arts. 209 a 212”. (CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Comentários à parte Geral – artigos 1º a 21 do código civil. In: MACHADO, Antonio Cláudio da Costa

O que muda a partir do óbito é a legitimidade para a ação, que se transferirá aos parentes do *de cuius*³³¹, bem como os prejuízos possivelmente produzidos, visto que, *v.g.*, não há mais que se falar em redução da capacidade laboral, mas em respeito, imagem, nome, etc. A análise da ofensa ao corpo não mais se direciona sob a perspectiva da saúde e das consequências de sua ausência, mas sim de ofensa aos direitos morais do falecido.

Desse modo, mister destacar que o Direito brasileiro não se encontra alheio à tutela da integridade física, possuindo ampla rede de proteção nos vários ramos que o constitui. No Direito Constitucional, pode-se apontar a promoção da saúde como direito social³³² e dever do Estado³³³. No Direito Penal, a criação de tipos penais que criminalizam comportamentos ofensivos à incolumidade física³³⁴, ainda que depois da morte³³⁵. No Direito do Trabalho, por meio da instituição de normas que visam reduzir os riscos à saúde³³⁶, impedindo, igualmente, excessos de jornada³³⁷, e onerando trabalhos insalubres³³⁸. No Direito Previdenciário, por meio do estabelecimento de critérios mais benéficos na concessão de benefícios para aqueles que atuam sob condições especiais que prejudiquem a saúde³³⁹.

(Org.). CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord.). *Código civil interpretado artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 6ª ed. São Paulo: Manole, 2013, p. 41).

³³¹ O art. 12, parágrafo único, do Código Civil, assim dispõe: “Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimidade para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”.

³³² Art. 6º da Constituição Federal: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

³³³ Art. 196 da Constituição Federal: “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”.

³³⁴ Dentre outros tipos, art. 129 do Código Penal: “Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano”.

³³⁵ Art. 211 e art. 212 do Código Penal: “Art. 211 - Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa”. “Art. 212 - Vilipendiar cadáver ou suas cinzas: Pena - detenção, de um a três anos, e multa”.

³³⁶ Art. 7º, XXII, da Constituição Federal: “XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

³³⁷ Art. 7º, XIII, da Constituição Federal: “XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

³³⁸ Art. 7º, XXIII, da Constituição Federal: “XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”.

³³⁹ Art. 201, § 1º, da Constituição Federal: “§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência

Deve-se salientar que o Direito Civil também não fechou os olhos à proteção do indigitado bem jurídico, consagrando normas de proteção que inibem a prática de atos ofensivos³⁴⁰, no intuito de evitar lesões, e, caso estas já se achem realizadas, extensa rede de reparação e compensação dos danos consolidados, por meio da responsabilidade civil.

Consoante já se verificou, a integridade física possui posição de destaque dentre os bens jurídicos, pois constitui o corpo insubstituível organismo de ação e relação, que permite ao ser humano interagir com o meio em que se encontra, com maior ou menor intensidade, conforme sua maior ou menor higidez psicofísica.

Em razão disso, lesões produzidas a esse “instrumento” têm o condão de diminuir a capacidade de interação da pessoa. Devido à multiplicidade das possíveis manifestações humanas, realizadas por intermédio do corpo, qualquer redução à sua integridade implicará na elevação da impotência humana, no enfraquecimento de sua plenitude, o que constitui, evidentemente, verdadeiros prejuízos.

Partindo dessa constatação, percebe-se que grande parte dos “novos danos”, notadamente os de ordem extrapatrimonial, consolidam prejuízos específicos decorrentes de danos à integridade física³⁴¹. Identificam-se certos prejuízos, etiquetando-os com determinado nome, e, então, parte-se para sua autonomização.

Exemplificativamente, se a vítima não pode mais exercer seu esporte favorito ou tocar um instrumento musical, há o prejuízo de lazer; se é lesada em suas faculdades sexuais, prejuízo sexual; se é molestada em sua aparência, prejuízo estético, etc.

social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar”.

³⁴⁰ Sob a expressão “exigir que cesse a ameaça”, constante do art. 12 do Código Civil. Transcreve-se: “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”.

³⁴¹ Nesse sentido, Philippe Le Tourneau e Loïc Cadiet asseveram: “*Techniquement, cette prolifération des préjudices a été rendue possible par le douteux principe de la réparation dite intégrale et les principaux vecteurs en ont été l'émergence du dommage corporel ainsi que l'expansion du préjudice moral*” (LE TOURNEAU, Philippe; CADIET, Loïc. *Droit de la responsabilité e des contrats*. Paris: Dalloz, 2002/2003, p. 397 e 398). Tradução livre: Tecnicamente, esta proliferação de prejuízos foi feita possível pelo duvidoso princípio da reparação dita integral e os principais vetores foram o surgimento do dano corporal e a expansão do dano moral.

Há a tendência, então, lastreada no princípio da reparação integral da vítima, de se reparar e compensar da maneira mais plena possível a pessoa lesada em sua integridade, ainda que se encontre uma série de dificuldades, especialmente em face dos danos extrapatrimoniais³⁴².

Daí o surgimento de um sem-número de prejuízos ligados às limitações impostas ao corpo. Segundo Geneviève Viney e Patrice Jourdain³⁴³: *“Tout d’abord, il est certains qu’en elles-mêmes les conséquences d’un dommage corporel - blessures ou décès - sont souvent nombreuses et malaisées à distinguer”*. Assim, cada espécie de restrição resultante do fato lesivo transforma-se num possível novo dano, com uma também possível nova nomenclatura.

Ocorre, contudo, que as violações à higidez física e mental correspondem ao dano-evento, ou seja, à infração ao direito à integridade física, em que o interesse juridicamente protegido é a incolumidade corporal, e cujas múltiplas consequências, o chamado dano-prejuízo, podem ser de feitio econômico ou não.

Note-se que alguns prejuízos possuem caráter patrimonial, tais como as despesas com o tratamento médico, gastos com remédios, ausência da remuneração referente aos dias em que não se pode exercer a atividade, perda parcial ou total da capacidade, etc., e outros são de feição extrapatrimonial, na qual não há dispêndio financeiro ou perda de ganhos, como, p. ex., na dor física e psicológica sentida, na impossibilidade permanente de se realizar as habituais e ordinárias atividades, na vergonha de se mostrar em público desfiguradamente, no empecilho de desenvolver suas atividades físicas, esportivas ou de lazer, etc.

Não há uma terceira classe ou espécie de prejuízos. Conforme se explicitará abaixo, não se revela necessário no direito brasileiro garantir-se a autonomia deste

³⁴² Consoante Geneviève Viney e Patrice Jourdain: *“Mais, il est très fréquent qu’à côté des dommages qui sont de nature strictement pécuniaire l’atteinte à l’intégrité corporelle provoque également des préjudices moraux qui affectent la victime immédiate et éventuellement ses proches. Tous ces préjudices économiques ou moraux doivent être repérés et identifiés pour que soit observé le principe de la réparation intégrale, ce qui constitue déjà une difficulté considérable”*. (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les effets de la responsabilité*. 3^a ed. Paris: L.G.D.J., 2010, p. 257). Tradução livre: Mas, é muito frequente que ao lado dos danos que são de natureza estritamente pecuniária o atentado à integridade corporal provoque igualmente prejuízos morais que afetam a vítima imediata e eventualmente seus parentes. Todos esses prejuízos econômicos ou morais devem ser reconhecidos e identificados para que seja observado o princípio da reparação integral, que já constitui uma considerável dificuldade.

³⁴³ *Ibidem*, p. 257. Tradução livre: Em primeiro lugar, é certo que em si mesmas as consequências de um dano corporal - prejuízos e morte - são frequentemente numerosas e difíceis de distinguir.

ou daquele dano, mormente no que tange às lesões extrapatrimoniais, cuja dificuldade de distinção em espécies independentes afigura-se manifesta e portadora de um subjetivismo crônico. Não por outro motivo, na França, um dos países mais pródigos no reconhecimento de novos danos, confeccionou-se uma cartilha visando uniformizar as principais espécies de prejuízos oriundas de lesões ao corpo, denominada *Nomenclature Dintilhac*³⁴⁴.

Analisado até aqui o direito à integridade física, bem como as diversas possíveis consequências advindas de sua lesão, realizar-se-á um exame do desenvolvimento da matéria no direito francês, no direito italiano e no direito brasileiro, apresentando-se o surgimento do dano estético na jurisprudência e doutrina deste último país, com a finalidade de elaborar-se um exame crítico da questão atinente à multiplicidade de novos prejuízos, atrelados aos danos corporais.

4.1.1 Do Dano Corporal no Direito Francês (*Dommages Coporels*)

O direito francês, em matéria de danos corporais, revela-se, hoje, um dos mais abrangentes do mundo³⁴⁵. Neste país, faz-se a distinção entre os danos produzidos a coisas e a pessoas, seguindo a responsabilidade civil regimes diferentes conforme o tipo de dano. Os juízes constantemente distinguem o tipo de lesão sofrida e, diante de um atentado corporal, quase sempre acham um meio de promover a reparação e de designar um responsável³⁴⁶.

A evolução da matéria, a partir da segunda metade do Século XX, ocorreu de modo entrelaçado ao desenvolvimento das reparações pelo seguro social e respectivas prestações. Isso porque, na quantificação dos danos devidos à vítima, deve-se realizar o abatimento dos valores já pagos a título de prestações sociais, sob

³⁴⁴ A mencionada cartilha será examinada mais detidamente nos itens abaixo.

³⁴⁵ Nesse sentido, ao tratar dos danos corporais, Geneviève Viney, Patrice Jourdain e Suzanne Carval: "*Pour l'indemnization de ces dommages, le droit français apparaît aujourd'hui comme l'un des plus généreux du monde*". (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*. 4ª ed. Paris: L.G.D.J., 2013, p. 72). Tradução livre: Para a indenização destes danos, o direito francês aparece hoje como um dos mais generosos do mundo.

³⁴⁶ FABRE-MAGNAN, Muriel, op. cit., p. 122.

pena de se contrariar o princípio da reparação integral, evitando-se a cumulação indevida em favor do ofendido³⁴⁷.

Assim, mostrou-se necessária a adoção de um critério de abatimento dos valores já recebidos do seguro social, porquanto este se sub-rogava nos direitos da vítima, e, então, revelava-se imperiosa a compensação dos valores já pagos. Tal critério poderia ocorrer nas modalidades dedução global (*déduction globale*) ou item por item (*post par post*)³⁴⁸.

A primeira opção possuía a vantagem de facilitação, já que não exigia nenhum detalhamento das somas devidas pelo causador do dano, trazendo em si, contudo, o inconveniente de frequentemente privar a vítima de valores correspondentes à indenização de prejuízos que os organismos sociais não possuíam o dever de reparar, mas que seriam indistintamente por eles abatidos³⁴⁹.

A segunda hipótese, mais favorável ao lesado, pois permitia que somente fossem abatidos pelos seguros sociais os valores correspondentes a prestações determinadas e efetivamente desembolsadas por estes, impunha certa dificuldade referente à necessidade de identificação específica dos itens devidos pelo responsável, para que se pudessem abater, com precisão, os valores pagos a título de prestações sociais³⁵⁰.

O direito positivo hesitava entre as duas posições, até que a Corte de Cassação, em 1959, por meio de arresto elaborado por todas as câmaras reunidas, optou pela sistemática da dedução global. Em razão de diversas críticas imputadas à posição perfilhada, em 1973, alterou-se a Lei de Recursos da Seguridade Social, explicitando a impossibilidade de sub-rogação, pelos seguros sociais, das indenizações por dano moral pagas pelo responsável. No ano de 1985, por meio da Lei de Acidentes de Circulação, confirmou-se a possibilidade da distinção dos valores que seriam destinados à reparação exclusiva das vítimas, sem possibilidade de sub-rogação pelos seguros sociais, e aqueles que poderiam ser objeto de abatimento³⁵¹.

³⁴⁷ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice, op. cit., p. 257.

³⁴⁸ Ibidem, p. 259.

³⁴⁹ Ibidem, p. 259.

³⁵⁰ Ibidem, p. 259-260.

³⁵¹ Ibidem, p. 259-260.

Destaque-se que não obstante o avanço da matéria, não se tratava, ainda, da adoção do sistema de reparação item por item, que somente foi impulsionado, ainda que de maneira não compulsória, a partir da Resolução 75.7 de 1975 do Conselho da Europa. Esta sistemática somente tornou-se obrigatória a partir da Lei 2006-1640, que, indiretamente, obrigou os juízes, a partir de então, embora já o fizessem anteriormente de modo não imperioso, a fixar as indenizações por danos ao corpo de modo separado, individuando cada espécie de prejuízo³⁵².

Diante de um desenvolvimento crescente e desordenado da tipologia dos prejuízos decorrentes de lesões corporais, a evolução da legislação acerca dos pagamentos efetivados pela seguridade social obrigou a racionalização da matéria³⁵³.

O estabelecimento de um modelo imperativo de identificação de cada item a ser indenizado, com efeito, impôs a utilização de uma nomenclatura comum, ao menos diante do Poder Judiciário, iniciada por um grupo de trabalho presidido por Yvonne Lambert-Faivre³⁵⁴. Posteriormente, outro grupo, presidido por Jean-Pierre Dintilhac, então presidente da segunda câmara civil da Corte de Cassação, retomou as conclusões essenciais do estudo precedente, entregando-o, em 2005, nas mãos do Ministro da Justiça, documento este denominado nomenclatura Dintilhac (*nomenclature Dintilhac*)³⁵⁵.

Esta nomenclatura estrutura-se sobre dois princípios fundamentais: o primeiro refere-se à clara distinção entre prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais e o segundo na diferenciação entre prejuízos temporários e permanentes, conforme a data de sua consolidação. Reconhece à vítima direta 20 espécies de potenciais prejuízos³⁵⁶.

Apesar de não ser obrigatória aos juízes, a nomenclatura é dotada de real alcance normativo resultante de sua larga aceitação na prática. A Corte de Cassação

³⁵² Ibidem, p. 261.

³⁵³ FABRE-MAGNAN, Muriel, op.cit., p. 126.

³⁵⁴ LAMBERT-FAIVRE, Yvonne; PORCHY-SIMON, Stéphanie. *Droit du dommage corporel*. 7^a ed. Paris: Dalloz, 2012, p. 142.

³⁵⁵ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice, op. cit., p. 262.

³⁵⁶ LAMBERT-FAIVRE, Yvonne; PORCHY-SIMON, Stéphanie, op. cit., p. 142.

não hesitou em reportar-se a ela implicitamente, mantendo as concepções dos diferentes itens listados, o que contribuiu para assentar sua influência³⁵⁷.

Desse modo, inventariar-se-ão as espécies de prejuízos reconhecidos pelo indigitado documento, em razão de sua ampla aplicação, bem como a uniformização por ele efetivada. De suma importância a realização desta análise, porquanto o direito francês tem influenciado o direito brasileiro, no que tange ao reconhecimento de novas espécies de prejuízo, decorrentes de lesões à integridade física.

Visando facilitar a compreensão, elaborar-se-á um índice com as diferentes classificações e respectivos prejuízos. As informações adiante explicitadas, acerca do nome e conteúdo dos possíveis prejuízos listados, foram retiradas e possuem como fonte a própria Nomenclatura *Dintilhac*³⁵⁸.

A - Prejuízos Corporais da Vítima Direta

1º) Prejuízos Patrimoniais

a) Prejuízos Patrimoniais Temporários (anteriores à consolidação)

- Despesas de Saúde Atuais
- Despesas Diversas
- Perdas de Ganhos Profissionais Atuais

b) Prejuízos Patrimoniais Permanentes (posteriores à consolidação)

- Despesas de Saúde Futuras
- Despesas de Habitação Adaptada
- Despesas de Veículo Adaptado
- Assistência por Terceira Pessoa
- Perdas de Ganhos Profissionais Futuros
- Consequências Profissionais

³⁵⁷ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice, op. cit., p. 262.

³⁵⁸ O documento oficial (DINTILHAC, Jean-Pierre. *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*. Ministère de la Justice, Juillet/2005) pode ser encontrado no *site* (redirecionado pelo *site* do Ministério da Justiça da França): <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf> - Acesso em: 03.09.2015. No mesmo sentido da nomenclatura, Cf.: LAMBERT-FAIVRE, Yvonne; PORCHY-SIMON, Stéphanie, op. cit., p. 145 a 194; VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice, op. cit., p. 263 a 346.

- Prejuízo Escolar, Universitário e de Formação

2º) Prejuízos Extrapatrimoniais

a) Prejuízos Extrapatrimoniais Temporários (anteriores à consolidação)

- Déficit Funcional Temporário
- Sofrimentos Suportados
- Prejuízo Estético Temporário

b) Prejuízos Extrapatrimoniais Permanentes (posteriores à consolidação)

- Déficit Funcional Permanente
- Prejuízo do Lazer
- Prejuízo Estético Permanente
- Prejuízo Sexual
- Prejuízo de Estabelecimento
- Prejuízos Permanentes Excepcionais

c) Prejuízos Extrapatrimoniais Evolutivos (alheios à consolidação)

- Prejuízos Ligados às Patologias Evolutivas

B - Prejuízos das Vítimas Indiretas (Por Ricochete)

1º) Prejuízos Patrimoniais

- Perda de Rendimentos dos Parentes
- Despesas Diversas dos Parentes

2º) Prejuízos Extrapatrimoniais

- Prejuízo de Afeição
- Prejuízos Extrapatrimoniais Excepcionais

A indigitada nomenclatura traz, ainda, espécies de prejuízos em ricochete no caso de morte da vítima direta. Por não se tratar de objetivo do tópico, que apenas pretende abordar as hipóteses de lesão à integridade física, não se relacionou, nem se explicará, os prejuízos decorrentes do evento morte.

Os prejuízos patrimoniais, cuja repercussão acha-se na esfera econômica da vítima, podem ser de caráter temporário, ocorridos até a consolidação das lesões, ou permanente, quando se protraem no tempo, ainda que em momento posterior à estabilização dos ferimentos.

As despesas de saúde atuais (*dépenses de santé actuelles*) correspondem à indenização de todos os custos hospitalares e médicos, inclusive farmacêuticos, que são realizados durante a fase de evolução da patologia. Por despesas diversas (*frais divers*) entendem-se os mais variados custos de natureza temporária que a vítima está sujeita (ex. despesas com a contratação de terceiras pessoas para os cuidados da própria vítima, de seus filhos, dos custos de adaptação provisória de veículos e habitação, etc.). Sob a designação perdas de ganhos profissionais atuais (*pertes de gains professionnels actuels*) encontram-se as perdas de rendimentos e receitas, totais ou parciais, em razão da invalidez temporária que acomete a vítima³⁵⁹.

Dentre os prejuízos patrimoniais permanentes, encontram-se as despesas de saúde futuras (*dépenses de santé futures*), que correspondem a gastos futuros com a saúde, posteriores à consolidação das lesões, tais como medicamentos necessários, tratamentos médicos, exames periódicos, etc.³⁶⁰

As despesas de habitação adaptada (*frais de logement adapté*) tratam-se dos gastos de adequação da residência da vítima às necessidades advindas de sua deficiência, averiguadas, depois da consolidação, por análise pericial acerca da consistência e dificuldades para viver em sua habitação. Já as despesas de veículo adaptado (*frais de véhicule adapté*) estão atreladas aos gastos necessários à adaptação de um ou mais veículos às dificuldades permanentes da vítima, abrangendo os custos extras aumentados (ex. manutenção), bem como a possível necessidade de se comprar um novo veículo³⁶¹.

O prejuízo denominado assistência por terceira pessoa (*assistance par tierce personne*) refere-se às despesas necessárias à manutenção dos cuidados de terceira pessoa em favor da vítima com sequelas permanentes, para auxiliá-la nos atos do

³⁵⁹ DINTILHAC, Jean-Pierre. *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*. Ministère de la Justice, Juillet/2005, p. 30-32.

³⁶⁰ Ibidem, p. 30-32.

³⁶¹ Ibidem, p. 33-34.

cotidiano, preservando sua segurança e compensando a perda de sua independência³⁶².

As perdas de ganhos profissionais futuros (*pertes de gains professionnels futurs*) visam indenizar à vítima pela perda ou diminuição de seus rendimentos profissionais futuros, em razão da incapacitação permanente, parcial ou total. A indenização por consequências profissionais (*incidence professionnelle*) tem a finalidade de complementar aquela já obtida pela vítima a título de perdas de ganhos futuros, referindo-se a consequências periféricas do dano na esfera profissional, tais como desvalorização no mercado de trabalho, perda de uma chance profissional, aumento da dificuldade na realização do trabalho habitual, etc. Como último prejuízo patrimonial, acha-se o prejuízo escolar, universitário e de formação (*préjudice scolaire, universitaire ou de formation*), que consiste nas consequências negativas, não só da perda de ano letivo, mas também do atraso escolar e da eventual mudança de direção ou renúncia na formação, que dificulte seriamente a integração da vítima ao mercado de trabalho³⁶³.

A partir de agora, analisar-se-ão os prejuízos extrapatrimoniais, reconhecidos em número de dez, sendo três temporários, seis permanentes e um evolutivo, cujos conteúdos não se confundem com os patrimoniais já analisados.

O primeiro deles designa-se déficit funcional temporário (*déficit fonctionnel temporaire*) e procura compensar a esfera pessoal da vítima durante a recuperação, até a consolidação das lesões, no que tange à perda da qualidade de vida e alegrias habituais da vida cotidiana. Os sofrimentos suportados (*souffrances endurées*), por sua vez, correspondem aos sofrimentos físicos e psíquicos suportados pela vítima, desde a data do evento danoso até a consolidação da lesão. Como última hipótese temporária, acha-se o prejuízo estético temporário (*préjudice esthétique temporaire*), que se trata da alteração da aparência física da vítima, durante sua recuperação, cujas consequências pessoais são muito prejudiciais (ex. grandes queimaduras)³⁶⁴.

Dentre os prejuízos extrapatrimoniais permanentes, encontra-se o déficit funcional permanente (*déficit fonctionnel permanent*), no qual se procura indenizar as

³⁶² Ibidem, p. 34.

³⁶³ Ibidem, p. 34-36.

³⁶⁴ Ibidem, p. 37-38.

reduções definitivas dos potenciais físicos, psíquicos, sensoriais e intelectuais da vítima, bem como a dor permanente, a perda da qualidade de vida e as dificuldades reunidas ao cotidiano, depois da consolidação. De modo diverso, o prejuízo de lazer (*préjudice d'agrément*) refere-se, exclusivamente, a uma perda específica, ligada à impossibilidade de a vítima praticar certa atividade esportiva (ex. futebol) ou de lazer (ex. tocar um instrumento musical), que habitualmente fazia³⁶⁵.

O prejuízo estético permanente (*préjudice esthétique permanent*) procura compensar atentados físicos que provocaram alterações permanentes na aparência da vítima (ex. uma cicatriz no rosto). Já o prejuízo sexual (*préjudice sexuel*) consubstancia consequências negativas ligadas à esfera sexual, podendo-se distinguir em três tipos diversos, quais sejam, o prejuízo morfológico, relacionado aos órgãos sexuais; o prejuízo do próprio ato sexual, baseado na perda do prazer associado à conclusão do ato (ex. perda da libido ou perda de capacidade física para realização da prática sexual), e; o prejuízo concernente à incapacidade ou maior dificuldade para procriar³⁶⁶.

Existe, também, o prejuízo de estabelecimento (*préjudice d'établissement*), em que se busca indenizar a perda da esperança ou de toda possibilidade de se estabelecer um projeto de vida familiar normal (ex. de se casar, fundar uma família, etc.), em razão da gravidade da deficiência³⁶⁷.

A última espécie extrapatrimonial permanente refere-se aos prejuízos permanentes excepcionais (*préjudices permanents exceptionnels*), que nada mais são do que a abertura para o reconhecimento de prejuízos atípicos, alheios aos já mencionados anteriormente. Permite-se que, em casos excepcionais, indenize-se este ou aquele prejuízo permanente, identificado no caso concreto. Dentro desse contexto, afigura-se necessária uma análise mais detalhada, porquanto existem prejuízos extrapatrimoniais que assumem contornos todo particulares, a depender das características da vítima ou das circunstâncias do dano. No ponto, a nomenclatura Dintilhac apresenta o exemplo de prejuízo resultante de lesão na coluna vertebral de

³⁶⁵ Ibidem, p. 38-39.

³⁶⁶ Ibidem, p. 40.

³⁶⁷ Ibidem, p. 40.

vítima nipônica, que não mais podia curvar-se para cumprimentar os demais, significando, em seu país de origem, sinal de grande desrespeito³⁶⁸.

Por fim, em relação às vítimas diretas, existem os prejuízos extrapatrimoniais evolutivos, ligados a patologias evolutivas (*préjudice liés à des pathologies évolutives*). Trata-se de uma espécie de prejuízos relativamente recente, que engloba doenças incuráveis, suscetíveis de progredir, e cuja possibilidade de evolução constitui por si só um tipo distinto de prejuízo. A configuração deste prejuízo não depende e nem se distingue pela consolidação das lesões, pois se acha presente antes e depois deste momento. Podem-se citar como exemplos a contaminação pelo vírus da hepatite C, pelo vírus da AIDS, etc.³⁶⁹

Examinados os prejuízos das vítimas diretas, passa-se à análise das consequências do dano para as vítimas indiretas, por ricochete, em caso de lesões corporais sofridas pelas primeiras.

A primeira hipótese de prejuízos patrimoniais diz respeito à perda de rendimentos dos parentes (*perte de revenus des proches*). Trata-se de uma perda ou diminuição da renda do cônjuge (ou companheiro) ou dos filhos, que tenham de abandonar seu trabalho ou reduzir sua jornada, para tomar conta da vítima direta. Ao lado desse prejuízo patrimonial, há as despesas diversas dos parentes (*frais divers des proches*), que tem por finalidade indenizar os custos que os parentes são obrigados a assumir durante ou depois da consolidação das lesões sofridas pelas vítimas (ex. gastos com transportes, alojamento e refeições)³⁷⁰.

No que tange à esfera extrapatrimonial, encontra-se o prejuízo de afeição (*préjudice d'affection*), que se refere à angústia experimentada por pessoas próximas à vítima, ao ver sua privação e sofrimento. A percepção da deficiência causa reflexos negativos nos sentimentos dos familiares³⁷¹.

Há, por derradeiro, os prejuízos extrapatrimoniais excepcionais (*préjudices extra-patrimoniaux exceptionnels*), cujo propósito é indenizar as alterações nas condições de existência, na qual são vítimas os parentes próximos da pessoa com

³⁶⁸ Ibidem, p. 41.

³⁶⁹ Ibidem, p. 41.

³⁷⁰ Ibidem, p. 44-45.

³⁷¹ Ibidem, p. 45.

sequelas em sua integridade, referentes aos inconvenientes que as privações desta impuseram ao modo de vida daquelas (ex. a privação sexual do cônjuge, que se vê tolhido da normal vida de relações do casal, em virtude da deficiência engendrada em seu consorte)³⁷².

Efetivada a verificação das espécies de prejuízos explicitadas na *Nomenclature Dintilhac*, percebe-se a amplitude do direito francês no que diz respeito à indenização de danos produzidos ao corpo humano. Passa-se, agora, à breve verificação do direito italiano, no que tange aos danos biológicos, para, posteriormente, realizar-se a análise mais detalhada do direito brasileiro.

4.1.2 Do Dano à Saúde no Direito Italiano

O direito italiano não possui tratamento específico ao completo ressarcimento dos danos à pessoa. O Código Civil italiano de 1942, diferentemente do Código Civil Brasileiro (art. 949 e art. 950), não contemplou regramento acerca de todas as repercussões oriundas das lesões corporais, nos artigos referentes à responsabilidade civil, localizados em seu Livro 4 - Título IX (*Dei Fatti Illeciti*).

Com relação aos danos materiais, inexistiram maiores complicações no que tange à integral reparação, porquanto o art. 2.043, a cláusula geral de responsabilidade civil do direito italiano, permite o ressarcimento em caso de dano injusto. Dispõe o indigitado artigo: “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*”³⁷³.

Além disso, o art. 2.057 do mencionado código trata acerca do dano permanente, acenando para a possibilidade de constituição de uma renda vitalícia para a vítima, levando-se em consideração as condições das partes e a natureza do

³⁷² Ibidem, p. 45-46.

³⁷³ Tradução livre: Art. 2043 (Ressarcimento por fato ilícito). Qualquer fato doloso ou culposos que causa a outro um dano injusto, obriga a pessoa que cometeu o fato a ressarcir o dano.

dano. Lesões de caráter duradouro, tais como a redução irreversível da capacidade, estariam tuteladas³⁷⁴.

Ocorre, contudo, que o apontado diploma civil, ao tratar dos danos não patrimoniais, restringiu seu reconhecimento às hipóteses especificadas em lei. Dispõe o art. 2.059: “*Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge*”³⁷⁵. Este comando é complementado pelo art. 185 do Código Penal italiano³⁷⁶, cuja redação permite a compensação dos danos extrapatrimoniais nos casos de ilícitos penais. Desse modo, segundo as mencionadas regras, o ressarcimento dos danos não patrimoniais somente se afigurariam possíveis nos casos de lesões decorrentes do cometimento de crimes³⁷⁷.

Os tribunais italianos, visando superar o indigitado obstáculo normativo, passaram a invocar o direito fundamental à saúde como fonte de responsabilização civil nos casos de violação à integridade física. Valendo-se do art. 2.043 do Código Civil, conjugado com o art. 32 da Constituição Federal³⁷⁸, estenderam a possibilidade de compensação por danos à pessoa nos casos de lesões à integridade psicofísica³⁷⁹.

O direito à saúde, desse modo, não seria apenas uma norma de direito público, ligada às relações que os indivíduos mantêm com o Estado, mas se espraiaria

³⁷⁴ “Art. 2057 (*Danni permanenti*). Quando il danno alle persone ha carattere permanente la liquidazione può essere fatta dal giudice, tenuto conto delle condizioni delle parti e della natura del danno, sotto forma di una rendita vitalizia. In tal caso il giudice dispone le opportune cautele” Tradução Livre: “Art. 2057 (Danos permanentes). Quando o dano às pessoas tem caráter permanente, a liquidação pode ser feita pelo juiz, tendo em conta as condições das partes e a natureza do dano, sob a forma de uma renda vitalícia. Nesse caso, o juiz deve tomar a apropriada cautela”.

³⁷⁵ Tradução Livre: “O dano extrapatrimonial deve ser ressarcido somente nos casos determinados pela lei”.

³⁷⁶ “Art. 185 (*Restituzioni e risarcimento del danno*). Ogni reato obbliga alle restituzioni a norma delle leggi civili. Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui”. Tradução Livre: Art. 185 (Restituição e ressarcimento do dano). Cada crime obriga a restituição em conformidade com a legislação civil. Qualquer crime, que tenha causado um dano patrimonial ou não patrimonial, obriga ao ressarcimento o culpado e as pessoas que, conforme a legislação civil, devam responder pelo fato dele.

³⁷⁷ NORONHA, Fernando. Os danos à pessoa, corporais (ou biológicos) e anímicos (ou morais em sentido estrito), e suas relações com os danos patrimoniais e extrapatrimoniais. In: *Revista de Direito Privado*. Vol. 22, P. 83-95, Jun / 2005, p. 87.

³⁷⁸ Art. 32. “*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.*”. Tradução livre: A república protegerá a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse básico da coletividade, e garantirá assistência gratuita aos indigentes.

³⁷⁹ Nesse sentido: ALPA, Guido. *Il danno biológico: percorso di un'idea*. 3ª ed. Padova: CEDAM, 2003, p. 40.

para a esfera privada, abrangendo as relações entre particulares, resultando na possibilidade de plena reparação dos danos causados, no caso de sua violação³⁸⁰.

O dano à saúde (ou dano biológico) seria autônomo, de ordem objetiva, constatável por meio de avaliação pericial, ou seja, por meio da análise das alterações prejudiciais à incolumidade psicofísica, não se confundindo com o dano moral, cujo feito é subjetivo, ligado aos aspectos psicológicos da vítima³⁸¹.

Dentro da esfera de lesões à saúde estariam os mais variados prejuízos já aventados pelo direito francês, tais como o dano estético, o dano à vida de relação, o prejuízo sexual, etc.

Percebe-se, assim, que em razão da extrema restrição ao reconhecimento dos danos extrapatrimoniais, diante da falta de uma cláusula geral, associado ao fato da necessidade de adequada proteção à integridade física, o direito italiano buscou novas maneiras de compensar as lesões corporais, por meio da criação, com os respectivos reflexos, dos danos à saúde (ou biológicos).

4.1.3 Da Lesão à Integridade Física no Direito Brasileiro

Conforme já verificado, a integridade física, na escala de relevância dos bens jurídicos, encontra-se dentre os mais elevados níveis, somente cedendo lugar à própria vida. Tal se deve, mercê da instrumentalidade exercida pelo corpo, seja no aspecto físico, seja no aspecto psíquico. Seu correto funcionamento proporciona a plenitude de vida, o exercício das potencialidades inerentes aos seres humanos.

Daí que as lesões a ele impostas redundam num elástico rol de prejuízos possíveis, já que privarão a pessoa das faculdades que lhe são normais, de modo parcial ou total, de maneira temporária ou permanente³⁸², cuja repercussão refletirá

³⁸⁰ Ibidem, p. 40.

³⁸¹ NORONHA, Fernando, op. cit., p. 85. Cf. CASTRONOVO, Carlo. *Danno biologico: un itinerario di diritto giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè, 1998, p. 268 a 270.

³⁸² “É também de se cogitar se a incapacidade é temporária ou permanente. Diz-se temporária a incapacidade que atinge a vítima a partir do dia da lesão até que ocorra a completa recuperação para suas atividades normais. [...] A incapacidade permanente tem em vista dois fatores ou dois aspectos: em relação ao passado, quando as seqüelas do sinistro se estabilizaram; em relação ao futuro, quando

em sua esfera patrimonial ou extrapatrimonial, ou, ainda, consoante sói acontecer, em ambos os domínios.

Serão apresentadas abaixo as principais espécies de prejuízos decorrentes de lesões ao corpo, segundo os parâmetros já consolidados no direito brasileiro, dividindo-se o exame nos danos patrimoniais, extrapatrimoniais e estéticos. Apresentar-se-á, igualmente, a nova espécie designada danos existenciais, em razão de incipiente doutrina nacional acerca do assunto, bem como a existência de alguns arestos de determinados tribunais. Por fim, realizar-se-á uma análise crítica acerca da proliferação de espécies de danos corporais.

4.1.3.1 Dos Danos Patrimoniais

Os danos patrimoniais ligados às lesões corporais consistem nas despesas com o tratamento médico, a título de danos emergentes, e lucros cessantes. Trata-se da redação do art. 949 do Código Civil: “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”.

As despesas com o tratamento médico abrangem todos os custos atrelados à recuperação da vítima, anteriores ou posteriores à consolidação das lesões, tais como honorários médicos, gastos com hospital, fisioterapia, medicamentos, próteses, cadeiras de rodas, muletas, transporte especial, etc.

Devem-se ressarcir, igualmente, os custos de adaptação da vítima, cujo intento é permitir sua adequada acessibilidade, buscando-se diminuir a intensidade das limitações impostas. Estão compreendidos nessas despesas os gastos com o ajustamento da moradia (ex. corrimões nos banheiros e demais cômodos da casa, pisos não escorregadios, etc.), com a adaptação dos veículos utilizados, com a assistência permanente de terceira pessoa³⁸³, etc.

inexiste toda ‘esperança razoável’ de recuperação”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 320).

³⁸³ Nesse sentido: OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doenças ocupacionais*. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 232.

Cumpra advertir, contudo, que apesar de se buscar a reparação integral do dano, não há espaços para dispêndios desarrazoados, que imponham ônus excessivos ao responsável³⁸⁴, por meio do custeio de tratamentos sofisticados, de incomprovada eficácia, da escolha de renomados especialistas ou hospitais, quando não se revele indispensável esta opção (ex. somente existir o tratamento em determinado hospital). Os custos excedentes, que ultrapassem o ordinariamente praticado, devem ser arcados pela própria vítima³⁸⁵.

Outra espécie de prejuízo patrimonial refere-se aos lucros cessantes, que se revela presente quando a vítima, em razão da lesão, não pode desenvolver seu trabalho habitual ou assim o faz de modo reduzido, prejudicado.

Faz-se possível distinguir o prolongamento deste dano em duas extensões temporais, uma temporária, atinente ao lapso que se estende até a convalescença ou consolidação das lesões, e outra permanente, referente ao momento posterior à estabilização dos distúrbios corporais, quando existirem sequelas que reduzam a capacidade para o trabalho.

A incapacidade também é classificada conforme sua maior ou menor intensidade, podendo ser total, quando elimine qualquer possibilidade de a vítima permanecer trabalhando, ou parcial, circunstância em que, embora se possa exercer o labor, a pessoa assim o faz com certas limitações, de modo mais dificultoso, adaptado em outra função ou menos produtivo.

O art. 949 do Código Civil trata da indenização por incapacidade temporária, não estabelecendo a forma de cálculo dos lucros cessantes, fórmula essa definida pela doutrina e jurisprudência. Consiste tal indenização no que a vítima razoavelmente deixou de ganhar, conforme o tipo de atividade exercida, ou seja, se empregado, no pagamento dos dias que deixou de trabalhar, e, caso profissional liberal, na

³⁸⁴ Nesse sentido, José de Aguiar Dias: “Cumpra, porém, que o juiz não permita que a parte converta essa verba em enriquecimento ilícito, nem mesmo em ônus desarrazoado ao responsável. [...] Tratando-se, porém, de verba a influir na indenização, essa parcela há de se fundar em base razoável e atender ao que ordinariamente se despender para obter o resultado desejado, como recuperação da situação anterior ao dano” (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 902).

³⁸⁵ “Quem deseja tratamento excessivamente dispendioso, em virtude do processo ou do renome do médico, quando esse elemento não é indispensável ao tratamento, deve suportar o excesso que ele representa sobre o preço vulgarmente cobrado para os serviços da mesma natureza” (Ibidem, p. 902).

expectativa do lucro que provavelmente auferiria, segundo o que ordinariamente produz³⁸⁶.

A incapacidade permanente, por sua vez, é disciplinada pelo art. 950 do Código Civil³⁸⁷, que determina o pensionamento da vítima que não consiga mais exercer seu mister ou tenha sua capacidade reduzida. O apontado artigo também não apresenta a forma de cálculo dos valores devidos. Estabeleceu-se, contudo, uma série de critérios jurisprudenciais acerca das diversas peculiaridades sobre o tema.

Depois de consolidadas as lesões, três são as hipóteses possíveis: 1. A vítima acha-se totalmente incapacitada, não estando em condições de exercer nenhuma atividade (ex. vigilante que em razão de ser alvejado por um tiro, adquire grave retardo mental); 2. A vítima pode continuar a exercer seu labor habitual, entretanto de modo mais dificultoso, adaptado ou menos produtivo (ex. estivador que, em virtude de acidente, tem um dos membros inferiores reduzido em relação ao outro, necessitando utilizar calçado adaptado); 3. A vítima não consegue mais exercer seu trabalho, todavia tem condições de realizar outra atividade (ex. digitador que perde uma mão, mas consegue trabalhar como telefonista).

Deve o juiz, com base em laudo pericial, elaborado por médico perito, enquadrar em qual das hipóteses encaixa-se a vítima, levando em consideração, igualmente, as circunstâncias do caso, tais como condições sociais, idade, escolaridade, local de domicílio, etc.

No que diz respeito à 3ª opção (incapacidade total para o trabalho habitual, mas capacidade para outras atividades), a prudência na escolha entre a existência de incapacidade total ou parcial mostra-se imprescindível. Ao mesmo tempo em que não se deve deixar a vítima desguarnecida, optando-se pela incapacidade parcial (ex. imagine-se um pedreiro de 50 anos que perdeu o braço, resida em cidade do interior,

³⁸⁶ Nesse sentido, o ensino de Silvio Rodrigues: “Afastou-se, com o emprego do advérbio *razoavelmente*, usado pelo legislador (art. 402), a ideia de ganhos exagerados presentes mais nos sonhos da vítima do que no quadro da realidade. Na maioria das vezes, esses lucros cessantes são os dias de serviço perdidos pelo empregado, ou a expectativa de ganho do trabalhador autônomo, demonstrada através daquilo que ele vinha ganhando às vésperas do evento danoso, e que, por conseguinte, muito possivelmente continuaria a ganhar não fosse o infeliz acidente”. (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. vol. 4. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 221 e 222).

³⁸⁷ “Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu”.

sem prédios, e o juiz considere-o capaz para a atividade de porteiro - de fato estará capaz para esta profissão, mas não terá onde exercê-la), não se recomenda que, existindo reais possibilidades de labor diverso, desconsidere o magistrado tal fato e acolha a incapacitação total^{388 389}.

Ultrapassada a fase de verificação acerca de qual espécie de incapacidade acomete a vítima, se parcial ou total, caso se esteja diante da primeira, o juiz fixará uma pensão mensal no valor resultante do percentual de redução da capacidade, obtido pericialmente, aplicado sobre o valor da última remuneração percebida. Exemplificativamente, se a vítima, que percebe salário mensal de R\$ 3.000,00, perde a visão de um olho, com a conseqüente redução da capacidade em 30%, segundo o laudo pericial, fará jus a uma pensão no montante de R\$ 900,00 mensais³⁹⁰.

Importante ressaltar, que o fato de a vítima, cuja capacidade laboral foi reduzida, permanecer trabalhando e auferindo a mesma renda, não obsta o recebimento da pensão, que continuará sendo devida. O que se indeniza é a diminuição permanente da capacidade e não a redução salarial. A maior dificuldade de exercer a profissão acompanhará o lesado ao longo de toda sua vida e certamente

³⁸⁸ Na mesma direção, Silvio Rodrigues explicita: “[...] acredito que o juiz deverá agir com ponderação ao fixar a indenização em casos tais, admitindo por vezes haver apenas redução na capacidade laborativa, com o fito não só de impossibilitar um enriquecimento indevido quando a vítima possa voltar a trabalhar em outro mister, como também o de desencorajar um injustificável ócio”. (RODRIGUES, Silvio, op. cit., p. 234).

³⁸⁹ Não obstante isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça perfilha entendimento contrário. Colaciona-se: “Civil. Processual Civil. Acidente de trabalho. Redução da capacidade laborativa. Pensionamento. Valor. Indenização por dano moral. Quantum. [...] - A capacidade laboral parcial, que permite ao acidentado desempenhar profissões outras que não a que exercia no momento do acidente, não é considerada para fins de diminuição do valor da pensão. [...]”. (BRASIL. STJ. REsp 786217 / RJ. Ministra NANCY ANDRIGHI. TERCEIRA TURMA. DJ 25/09/2006).

³⁹⁰ Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACIDENTE DE TRABALHO. NEXO CAUSAL E CULPA COMPROVADOS. ILÍCITO ABSOLUTO. PERDA DA CAPACIDADE LABORATIVA ATESTADA POR PERÍCIA OFICIAL. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. ART. 1.539 DO CC/1916. NÃO CABIMENTO. SEQUELAS PERMANENTES. DEFINIÇÃO DE PENSIONAMENTO. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. SÚMULA 313/STJ. HONORÁRIOS. ART. 20, § 5º, DO CPC. CABIMENTO. 1. Comprovada a redução de capacidade laboral por perícia oficial, que concluiu pela impossibilidade de realização de trabalho que exigisse visão binocular, bem como diminuição em 30% da capacidade visual, o que gera limitações para qualquer atividade. Revisão vedada a este Tribunal em sede de especial. Incidência da Súmula 7/STJ. 2. A jurisprudência desta Casa é assente no sentido de que o desempenho do trabalho com maior sacrifício, em face de seqüelas permanentes, há de ser compensado pelo pagamento de uma pensão indenizatória, tendo sido fixada, na espécie dos autos, pensão parcial de 30% (trinta por cento) do salário que então era percebido. Nesse sentido: REsp 402833/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ 7/4/2003; REsp 536140/RS, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 14/2/2006, DJ 17/4/2006; [...]”. (BRASIL. STJ. AgRg no Ag 1371951 / SP. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. QUARTA TURMA. DJe 18/04/2011).

constituirá obstáculo na busca de novo emprego, no caso de eventual rompimento da relação anterior³⁹¹.

Verificando-se que a vítima encontra-se total e permanentemente incapaz para o labor, ser-lhe-á concedida uma pensão mensal no valor integral de sua última remuneração³⁹².

Importante explicitar alguns pontos comuns às indenizações por redução de capacidade total ou parcial.

Primeiramente, cumpre consignar que o pensionamento é vitalício, não se extinguindo com eventual aposentadoria previdenciária ou a implementação de determinada idade, mas, apenas, com óbito do beneficiário³⁹³. Ocorrido o falecimento, cessa-se a pensão civil, que não se transmitirá aos sucessores do “de cujus”³⁹⁴.

³⁹¹ Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. LESÃO PARCIALMENTE INCAPACITANTE. AUSÊNCIA DE DECESSO SALARIAL. ASPECTO IRRELEVANTE PARA A CONCESSÃO DA VERBA. CC, ART. 1.539. PENSÃO QUE SE ESTENDE AO PERÍODO DE RECEBIMENTO DO BENEFÍCIO TEMPORÁRIO. I. Diversamente do benefício previdenciário, a indenização de cunho civil tem por objetivo não apenas o ressarcimento de ordem econômica, mas, igualmente, o de compensar a vítima pela lesão física causada pelo ato ilícito do empregador, que reduziu a sua capacidade laboral em caráter definitivo, inclusive pelo natural obstáculo de ensejar a busca por melhores condições e remuneração na mesma empresa ou no mercado de trabalho. II. Destarte, ainda que não sofrendo o autor decesso remuneratório, o desempenho do trabalho com maior sacrifício em face das seqüelas permanentes há de ser compensado pelo pagamento de uma pensão indenizatória parcial, independentemente de não ter havido perda financeira concretamente apurada até o momento. [...]”. (BRASIL. STJ. REsp 596192 / RJ. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR. QUARTA TURMA. DJ 04/09/2006).

³⁹² Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE DO TRABALHO. REDUÇÃO BILATERAL DA AUDIÇÃO. INCAPACIDADE TOTAL PARA A PROFISSÃO. PENSIONAMENTO MENSAL. VALOR. INTEGRALIDADE. PRECEDENTES. 1. O valor da pensão mensal a ser paga ao acidentado, quando resultar de indenização civil por acidente de trabalho que gerou incapacidade total para sua profissão, será integral. [...]”. (BRASIL. STJ. AgRg no REsp 965093 / RS. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. TERCEIRA TURMA. DJe 05/02/2015).

³⁹³ Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. INTOXICAÇÃO DO AUTOR POR MERCÚRIO. NECROSE E AMPUTAÇÃO DE DOIS DEDOS DA MÃO. CONDENAÇÃO. HOSPITAL. PAGAMENTO. PENSÃO VITALÍCIA À VÍTIMA. NÃO LIMITAÇÃO DA PENSÃO À DATA EM QUE A VÍTIMA COMPLETAR 65 ANOS. PRECEDENTES. 1. No caso, em que não houve óbito da vítima, inexistente razão para limitar a pensão a ela devida à data em que completar 65 anos. “A estimativa de idade provável de vida para o recebimento da pensão é feita quando a indenização é pedida, por exemplo, pelos pais, em face da morte de algum filho, pois aí pode ser usada tabela do IBGE sobre qual seria a idade provável de vida da vítima. Situação diversa do presente caso, em que o agravado é a vítima e está vivo” (AgRg no Ag 1294592/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 03/12/2010). [...]”. (BRASIL. STJ. AgRg no AREsp 126529 / SP. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. QUARTA TURMA. DJe 18/04/2012).

³⁹⁴ Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSUAL CIVIL E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE DE TRABALHO. PERDA DA CAPACIDADE LABORAL. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR RECONHECIDA EM TÍTULO JUDICIAL. FALECIMENTO DA

No cálculo do valor da pensão civil, caso a vítima trabalhe como empregada, sujeita à Consolidação das Leis do Trabalho, fará jus ao acréscimo da gratificação natalina (13º salário) e do abono de férias (1/3 de férias) ao montante de sua indenização³⁹⁵. Há julgados, ainda, que acolhem o entendimento de que na verba devida afigura-se necessário sejam incluídos os valores correspondentes aos depósitos de FGTS (8% ao mês)³⁹⁶, embora existam posicionamentos contrários³⁹⁷.

O fato de a vítima ser menor de idade, e, portanto, não exercer (ou não poder exercer) atividade remunerada, não lhe retira o direito à pensão civil³⁹⁸, que será

BENEFICIÁRIA DA PENSÃO MENSAL. TRANSMISSIBILIDADE PARA OS HERDEIROS. IMPOSSIBILIDADE. [...] 4. O prejuízo que originou a obrigação de reparar - isto é, a redução a zero da aptidão para o trabalho - simplesmente desapareceu com o falecimento da empregada, de onde deflui o consectário lógico de que não há razão para que pensão continue a ser paga, seja a quem for. 5. Em outras palavras, sobrevivendo o evento morte, esvai-se definitivamente o dano até então suportado pela agora falecida e, por conseguinte, esgota-se o amparo jurídico ao percebimento da pensão, não subsistindo qualquer reparação exigível pelos herdeiros com base no art. 943 do Código Civil. [...]”. (BRASIL. STJ. REsp 1320214 / DF. Ministro CASTRO MEIRA. SEGUNDA TURMA. DJe 29/08/2012).

³⁹⁵ Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE FERROVIÁRIO. QUEDA DE PASSAGEIRO DE TREM TRAFEGANDO COM PORTAS ABERTAS. COMPROVAÇÃO. DANOS MATERIAL E MORAL. RECONHECIMENTO. PENSIONAMENTO VITALÍCIO. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS. REVISÃO. SÚMULA 07/STJ. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. [...] 4. Conforme orientação firmada nesta Corte, incluem-se, na pensão a que faz jus o ofendido, as verbas referentes ao décimo terceiro salário e às férias. Precedentes. [...]”. (BRASIL. STJ. REsp 877195 / RJ. Ministro JORGE SCARTEZZINI. QUARTA TURMA. DJ 18/12/2006).

³⁹⁶ Nesse sentido, cita-se trecho de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “[...] 2.5. A pensão mensal fixada na sentença recorrida não merece qualquer reparo, sendo mantida por seus próprios e adequados fundamentos: [...] Como o autor era trabalhador assalariado, deve ser incluída na verba mensal o valor correspondente ao décimo terceiro salário, férias, e FGTS, tanto nas prestações vencidas quanto vincendas [...]”. (BRASIL. TJSP. Acórdão 0026084-78.2012.8.26.0564. Relator: Álvaro Torres Junior. 20ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 27.04.15).

³⁹⁷ Nesse sentido, cita-se trecho de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “[...] Realmente tem-se admitido o acréscimo relativo ao abono anual (13º salário), nas pensões decorrentes de ato ilícito quando a vítima laborava sob vínculo trabalhista, mas não se afigura razoável a inclusão das demais parcelas fixadas na sentença. Explico: os valores relativos a FGTS se referem a garantia do empregado para as hipóteses fixadas na legislação, em especial para a demissão imotivada de emprego. Como consequência do acidente, a autora, evidentemente, se aposenta por invalidez junto ao órgão previdenciário, de sorte que não mais necessitará da garantia prevista em lei para a hipótese de demissão, mesmo porque receberá, em caráter vitalício, o benefício referido [...]”. (BRASIL. TJSP. Acórdão 0032829-15.2002.8.26.0309. Relator: Caio Marcelo Mendes de Oliveira. 32ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 16.07.15).

³⁹⁸ Nesse sentido, a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ATROPELAMENTO DE MENOR IMPÚBERE QUE SOFREU AMPUTAÇÃO DE MEMBRO INFERIOR E OUTRAS SEQÜELAS. REDUÇÃO DA CAPACIDADE PARA O TRABALHO. PENSÃO DEVIDA. É devido o pensionamento vitalício pela diminuição da capacidade laborativa decorrente das seqüelas irreversíveis, conquanto a vítima, menor impúbere, não exercesse atividade remunerada à época do acidente. Recurso especial conhecido e provido”. (BRASIL. STJ. REsp 126798 / MG. Ministro CESAR ASFOR ROCHA. QUARTA TURMA. DJ 04/02/2002).

devida a partir dos 14 anos de idade³⁹⁹, data esta em que, segundo o art. 7º, XXIII, da Constituição Federal, poderá trabalhar na condição de aprendiz⁴⁰⁰. Neste caso, bem como na hipótese de a vítima estar desempregada, conquanto possa trabalhar, o valor de referência utilizado como última remuneração será o salário-mínimo⁴⁰¹.

Por fim, impende registrar que se revela possível a cumulação da pensão civil com os benefícios previdenciários aos quais a vítima, eventualmente, faça jus (auxílio-acidente, auxílio-doença e aposentadoria por invalidez)⁴⁰². Com relação ao seguro obrigatório (DPVAT), entretanto, deve-se abater o respectivo valor do montante da indenização devida⁴⁰³.

³⁹⁹ Nesse sentido, a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ATROPELAMENTO DE MENOR IMPÚBERE. REDUÇÃO DA CAPACIDADE PARA O TRABALHO. PENSÃO. PAGAMENTO. TERMO INICIAL. 14 ANOS. HONORÁRIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. 1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça fixou como termo inicial para o pagamento da pensão a data em que a vítima, menor de idade ao tempo do acidente, vier a completar 14 (catorze) anos de idade. [...]”. (BRASIL. STJ. REsp 628522 / RJ. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. QUARTA TURMA. DJ 25/02/2008).

⁴⁰⁰ “XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”.

⁴⁰¹ Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. FIXAÇÃO DE VERBA INDENIZATÓRIA A TÍTULO DE DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE DE REVISÃO PELO STJ EM CARÁTER EXCEPCIONAL. PERDA PARCIAL DE CAPACIDADE LABORATIVA. VÍTIMA QUE NÃO EXERCIA ATIVIDADE REMUNERADA À ÉPOCA DO FATO DANOSO. VALOR DA PENSÃO VITALÍCIA. NECESSÁRIA REVISÃO. JUROS. TERMO INICIAL. SÚMULA N. 54 DESTA CORTE. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. DATA DA PROLAÇÃO DA DECISÃO QUE ESTIPULOU AS INDENIZAÇÕES. [...] 3. Havendo redução parcial da capacidade laborativa em vítima que, à época do ato ilícito, não exercia atividade remunerada, o rendimento vitalício costuma ser fixado em um salário-mínimo. Precedentes. [...]”. (BRASIL. STJ. REsp 703194 / SC. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. SEGUNDA TURMA. DJe 16/09/2008).

⁴⁰² Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE EM RODOVIA FEDERAL. MÁ CONSERVAÇÃO DA PISTA. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS CONFIGURADOS. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. REDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. PENSÃO VITALÍCIA. PRÉVIO RECEBIMENTO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PREVIDENCIÁRIA. CUMULAÇÃO DOS BENEFÍCIOS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. [...] III. Esta Corte tem admitido a fixação de benefício previdenciário, conjuntamente com o pensionamento de natureza civil, decorrentes do mesmo evento danoso, porquanto, diversamente do benefício previdenciário, a indenização de cunho civil tem por objetivo não apenas o ressarcimento de ordem econômica, mas, igualmente, o de compensar a vítima pela lesão física causada pelo ato ilícito do agente do Estado, que, no caso, reduziu sua capacidade laboral, em caráter definitivo. Precedentes (STJ, REsp 1.168.831/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 13/09/2010; STJ, REsp 1.356.978/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/09/2013). [...]”. (BRASIL. STJ. AgRg no AREsp 531796 / PR. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES. SEGUNDA TURMA. DJe 31/10/2014).

⁴⁰³ Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “Súmula 246: O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada”.

Efetivada a análise dos possíveis danos patrimoniais decorrentes de lesões à integridade física, passa-se à análise dos danos morais.

4.1.3.2 Dos Danos Morais

Os prejuízos morais decorrentes de danos corporais, atualmente, não possuem maiores resistências em nosso sistema jurídico. Originados de diversas fontes, notadamente pelos acidentes de trânsito, do trabalho e erros médicos, constituem foco de especial atenção do direito vigente. Ao lado das consequências patrimoniais, o dano-evento referente à lesão ao corpo também produz, na grande maioria dos casos, prejuízos de ordem extrapatrimonial, que possuem ampla aceitação na jurisprudência⁴⁰⁴.

Antes mesmo da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal já reconhecia a possibilidade da indenização por danos morais nos casos de lesões corporais, com supedâneo no Decreto 2.681/1912 (responsabilidade civil das estradas de ferro) e no Código Civil de 1916⁴⁰⁵. Nos arestos do indigitado tribunal, os danos morais eram tratados, nas hipóteses de deformidade física, como sinônimos de danos estéticos, sendo esta última nomenclatura mais comumente utilizada⁴⁰⁶.

Em momento posterior à constituição de 1988, existiu um exponencial crescimento nesta espécie de dano, motivada pela abertura constitucional contida no

⁴⁰⁴ Ao tratar de danos morais, Carlos Alberto Bittar constata: “Na jurisprudência em que são mais freqüentes fatos derivados de acidentes de trânsito, há atualmente gama variada de situações em que se tem aplicado a teoria em estudo, muitas coletadas nos repertórios especializados. [...] Ademais, constituem eventos que oferecem, frequentemente, reflexos nas esferas patrimonial e moral do lesado, gerando a necessidade de satisfação nos dois planos, tanto em hipóteses de extracontratualidade, como de contratualidade”. (BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 189 e 190).

⁴⁰⁵ Conforme a lição de Sérgio Severo: “A admissão da satisfação do dano moral em caso de lesão corpórea expressa um entendimento que triunfou na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em verdade, uma tal parcela expressa o dispositivo legal do decreto que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro, assim como o Código Civil também prevê expressamente a indenização dos danos extrapatrimoniais neste caso”. (SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 96).

⁴⁰⁶ Tal constatação é verificada com clareza no RE 69.754, de relatoria do Ministro Thompson Flores, julgado em 11.03.1971, em que a parte autora, vítima de esmagamento em seu tornozelo, com conseqüente amputação de parte de sua perna, pleiteava dano estético. O acórdão proferido acatou o pedido, sob a argumentação de que “Repeliria a ideia de justa reparação omiti-lo, pois, dúplice, em verdade, foi o mal sofrido: moral e patrimonial”.

art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, que expressamente, de modo incontestável, admitiu as indenizações por danos morais. Tal circunstância também influenciou a ampliação da compensação por lesões à integridade física.

O Código Civil de 2002, por sua vez, no que se refere às lesões corporais, permitiu expressamente o reconhecimento dos danos morais. A conjugação dos artigos 186 e art. 949, *in fine*, do mencionado diploma, instituiu verdadeira cláusula geral de prejuízos extrapatrimoniais oriundos de lesões à integridade física. As expressões “causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral” e “além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido” constituem abertura ao reconhecimento de possíveis prejuízos não econômicos⁴⁰⁷.

E não poderia ser de outra forma, porquanto não se revela exequível a pormenorização de todos os prejuízos que a vítima possa sofrer em razão de violações à sua integridade, especialmente quando se está em jogo questões não econômicas. Conforme já mencionado, o corpo traduz o meio pelo qual a pessoa vive e se relaciona. As violações a ele produzidas têm o condão de reduzir, ínfima ou drasticamente, suas funcionalidades e, por conseguinte, as potencialidades da vítima.

A eliminação ou mesmo a restrição de uma possibilidade existente em momento anterior ao dano, desse modo, refletirá um prejuízo que, na maioria das vezes, comporta compensação. Ninguém duvida que a perda ou redução de qualquer dos sentidos (ex. olfato, visão, etc.), das funções sexuais (reprodutoras e de prazer), dos movimentos corporais, etc., por si sós, ensejarão prejuízos de natureza extrapatrimoniais.

Em razão disso, é comum verificar que nos danos ligados à integridade física, regra geral, haverá, além da reparação das perdas econômicas, a compensação de prejuízos não patrimoniais. E, consoante já registrado, há uma multiplicidade de consequências negativas possíveis.

Deve-se alertar, contudo, que não obstante a existência de um sem-número de prejuízos extrapatrimoniais admissíveis, no Brasil, diferentemente da França, não

⁴⁰⁷ “O critério aberto e não mais limitativo também é adotado na hipótese de lesões corporais em que o Código atual, no art. 949, igualmente ressalva a possibilidade de fixação da reparação por outros prejuízos sofridos pelo ofendido, além das despesas de tratamento e dos lucros cessantes”. (MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 2ª Parte. vol. 5. 41ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 649).

há diversas hipóteses autônomas de prejuízos, mas apenas o dano moral e o dano estético, conforme já consolidada jurisprudência⁴⁰⁸.

Sob a designação única de dano moral, os tribunais têm conjugado todos os prejuízos extrapatrimoniais indenizáveis, passíveis de compensação (ex. *pretium doloris*, perda do projeto de vida⁴⁰⁹, do desenvolvimento, prejuízo de lazer, etc.), exceto os que envolvam questões estéticas, que são alocados em categoria autônoma, adiante analisada⁴¹⁰.

Quer isso dizer, não se nega a possibilidade de compensação dos novos prejuízos, que, hoje, se acham acobertados sob a expressão “dano moral”, mas sim à sua autonomia, à possibilidade de figurarem, cumulativamente, ao lado destes últimos, como se tratassem de espécies paralelas.

O fato de se afastar o surgimento de novas hipóteses autônomas não significa que o direito brasileiro acha-se estanque ao reconhecimento de prejuízos não positivados, ou mesmo adstrito a um rol previamente estabelecido. Este sistema não é fechado, conforme já demonstrado pelas cláusulas de abertura constantes dos artigos 186 e 949 do Código Civil.

⁴⁰⁸ Segundo a lição de Paulo de Tarso V. Sanseverino: “Dois prejuízos extrapatrimoniais distintos derivados de danos à integridade física ou à saúde da vítima do evento danoso têm sido tradicionalmente reconhecidos no direito brasileiro. São o dano moral *stricto sensu* (*pretium doloris*) e o dano estético, merecedores cada um deles uma análise individualizada”. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral do dano*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 298).

⁴⁰⁹ Na lição de Yussef Said Cahali: “Nesta linha, e ainda no plano da responsabilidade civil indenizatória, doutrina e jurisprudência vêm desenvolvendo a ideia de que o sofrimento da vítima em consequência da lesão incapacitante ou deformante poderá projetar-se na ‘frustração do projeto de vida’, igualmente qualificado como dano moral”. (CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 172).

⁴¹⁰ Nesse sentido, o seguinte julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça: “RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO A PESSOA. DANO ESTETICO. DANO MORAL. CUMULAÇÃO. A AMPUTAÇÃO TRAUMÁTICA DAS DUAS PERNAS CAUSA DANO ESTETICO QUE DEVE SER INDENIZADO CUMULATIVAMENTE COM O DANO MORAL, NESTE CONSIDERADOS OS DEMAIS DANOS A PESSOA, RESULTANTES DO MESMO FATO ILÍCITO. ART. 21 DO DEC. 2.681/1912. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. (BRASIL. STJ. REsp 65393 / RJ. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR. QUARTA TURMA. DJ 18/12/1995)”. Transcreve-se, ainda, elucidativo trecho do acórdão: “No âmbito dos danos à pessoa, comumente incluídos no conceito de dano moral, estão a dor sofrida em consequência do acidente, a perda de um projeto de vida, a diminuição do âmbito das relações sociais, a limitação das potencialidades do indivíduo, a “perdre de jouissance de vie”, tudo elevado a um grau superlativo quando o desastre se abate sobre a pessoa com a gravidade que a fotografia de fl. 13 revela. Essas perdas todas indenizáveis, podem existir sem o dano estético, sem a deformidade ou o aleijão, o que evidencia a necessidade de ser considerado esse dano como algo distinto daquele dano moral, que foi considerado pela sentença”.

Incontáveis são os julgados que, a título de dano moral, indenizam diversos prejuízos outros que não o dano moral *stricto sensu*. Exemplificativamente, citam-se as condenações às indenizações por prejuízo à vida de relação⁴¹¹ e prejuízo sexual⁴¹².

Isso não significa, no entanto, que todo o interesse apresentado como violado, em razão de lesão à integridade física, ensejará a compensação por danos morais. Apesar de os atentados ao corpo frequentemente resultarem na violação de interesses relevantes, juridicamente tutelados, haverá situações em que os prejuízos declarados não serão acobertados pelo direito. Nem todo prejuízo alegado é passível de indenização.

Além disso, cumpre explicitar, que nem toda lesão ao corpo produzirá danos morais indenizáveis. Imaginem-se pequenos cortes sofridos em razão de um acidente culposo, que não inabilite a vítima para o trabalho, atividades habituais e que nem sequer façam-na ter de ser levada ao hospital.

Lesões levíssimas, quando não impuserem vexame, humilhação ou constrangimento real, não devem conduzir à indenização eventualmente alegada, a exemplo de quando uma pessoa é atingida por uma singela bofetada. Neste caso, a depender das circunstâncias, poderá existir lesão à honra, porém não prejuízos decorrentes de lesão à integridade física (v.g. se for desferido no rosto, em local público). Deve existir prudência por parte dos juízes, para que não se exijam violações

⁴¹¹ Nesse sentido, colaciona-se julgado do Superior Tribunal de Justiça: “RESPONSABILIDADE CIVIL. Olfato. Paladar. Indenização. A perda do olfato e do paladar é causa de incapacidade que atinge gravemente a pessoa, prejudica sua vida de relação, impede-a de usufruir de alguns prazeres da vida e mesmo prejudica a defesa da sua saúde, o que exige indenização compatível. Recurso conhecido e provido em parte para deferir verba indenizatória equivalente a 400 salários mínimos”. (BRASIL. STJ. REsp 404706 / SP. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR. QUARTA TURMA. DJ 02/09/2002).

⁴¹² Nessa direção, cita-se trecho de decisão monocrática proferida no Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu de recurso contra acórdão que concedeu indenização por danos morais, em razão de sequelas decorrentes de acidentes de trânsito, resultantes em incontinência urinária e impotência sexual: “In casu, analisando o conjunto probatório e as circunstâncias dos autos, observo ausentes as causas excludentes de responsabilidade estatal, estando, outrossim, evidenciada a culpa do ente público, em razão da imprudência com que seu agente conduziu o veículo causador do atropelamento do autor, ora recorrido. Afinal, realizou manobra de carro pesado sem os devidos cuidados, resultando em seqüelas irreversíveis, tais quais a incontinência urinária e a impotência sexual, salientando que a vítima não obrou para o evento danoso”. (BRASIL. STJ. Ag 1375307. Ministro HUMBERTO MARTINS. Data de Publicação: 21/02/2011). Transcreve-se, igualmente, parte do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em caso de erro médico que restou em sequelas permanentes: “Nesse sentido, considero que o valor de 100 (cem) salários mínimos não se revela exagerado ou desproporcional de modo a ensejar a reforma da r. sentença, tendo em vista que a autora, ora apelada, possui seqüelas graves, que acarretaram dificuldades na sua higiene pessoal, na sua vida afetiva, sexual e o fim de seu casamento”. (BRASIL. TRF da 2ª Região. Acórdão: 0000548-76.1988.4.02.5101. Relator Fernando Marques. 06ª Turma Especializada. Data de julgamento: 14.09.2005).

gravíssimas, mas também no sentido de que não se indenizem situações de diminutas consequências⁴¹³.

Não se pode prestigiar a hipersensibilidade, ainda que em sede de violações à integridade física, sob pena de se promover a completa intolerância social, além de se fomentar a busca pelo enriquecimento indevido, por meio de apostas judiciais que contemplem indenizações inadequadas.

Por derradeiro, revela-se necessário apontar para a possibilidade da existência de danos morais por ricochete no caso de lesões corporais, isto é, de prejuízos extrapatrimoniais sofridos por pessoas diferentes das vítimas, em razão dos danos corporais que acometem a esta.

Nestes casos, as pessoas próximas ao lesado, que mantenham verdadeiros laços de intimidade e afeto, conforme a intensidade dos danos engendrados, farão jus à compensação por danos morais. Efetivamente, não é fácil conviver com a dor daqueles a quem se ama, mormente em caso de deformidades físicas, restrições extremas, etc.

Para além da dor experimentada, continuamente, haverá casos em que as pessoas próximas suportarão prejuízos nas suas próprias faculdades e projetos de vida, por meio de limitações involuntárias, embora não tenham sido diretamente atingidas. Aponte-se, exemplificativamente, a situação em que a esposa tem prejudicada sua relação conjugal, inclusive sexual, ocasionada pela incapacitação de seu marido⁴¹⁴.

⁴¹³ No ensino de Antonio Jeová Santos: “A lesão leve, moderada, somente pode ser objeto de indenização por danos morais, se ficar demonstrado eventual constrangimento à vítima, ou vexame, ou que tenha causado humilhação. [...] Do contrário, fica a regra de que a lesão moral tem que se agigantar, mostrar alguma magnitude para expressar o legítimo menoscabo espiritual, que seja suficiente para gerar a indenização a esse título. A regra há, sempre, de ser temperada. Nem exigir que o dano moral somente exsurge com a lesão gravíssima, nem afirmar que ele inexistente quando se está diante de lesão levíssima”. (SANTOS. Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 204).

⁴¹⁴ Colaciona-se trecho de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que se acolheu pedido da esposa por prejuízos decorrentes da lesão a seu esposo: “O fato é que em razão das graves seqüelas sofridas pelo falecido esposo da demandante, provocadas pelo acidente causado por preposta da ré, ambos deixaram de ter uma vida normal, e não só na esfera sexual, como também no dia a dia. Tais circunstâncias revelam o dano moral sofrido pela autora durante os seis anos que se viu obrigada a abdicar de sua vida pessoal para cuidar e conviver com os problemas físicos e de saúde do marido. Sem falar, na vida sexual do casal que foi completamente afetada”. (BRASIL. TJSP. Acórdão: 9079708-44.2003.8.26.0000. Relator Gonzaga Franceschini. 09ª Câmara de Direito Público. Data de julgamento: 19.08.2009).

Mas, deve-se alertar que nos casos de agressão à integridade física, os danos em ricochete devem ser criteriosamente examinados. Somente lesões de maior substância permitirão seu surgimento. O grau de proximidade entre o terceiro prejudicado e a vítima direta também deve ser verificado com circunspeção, pois somente uma relação de intimidade efetivamente existente, devidamente comprovada, propiciará a aparição do dano⁴¹⁵.

Ilustrativamente, negou-se indenização ao pai que pedia indenização por leves lesões que levaram sua filha a permanecer poucos dias internada em hospital⁴¹⁶; a irmã menor, em razão da internação hospitalar, por 05 dias, de sua colateral, a quem se dizia ser muito ligada⁴¹⁷; a pais, em virtude de fratura de um dos dedos do pé de seu filho, sem nenhuma sequela permanente, causado por acidente em brinquedo de determinado estabelecimento⁴¹⁸. Por outro lado, concedeu-se compensação ao filho e à esposa, em razão de acidente que colocou seu pai e esposo em estado vegetativo⁴¹⁹.

⁴¹⁵ Sérgio Severo, consigna: “De outro lado, sobrevivendo a vítima direta, a sua incapacidade pode gerar um dano a outrem. Neste caso, o liame de proximidade deve ser mais próximo. [...] Os familiares próximos da vítima gozam o privilégio da presunção - *juris tantum* - de que sofreram um dano em função da morte do parente, mas, se a vítima, direta sobreviver, devem comprovar que a situação é realmente grave e que, em função da convivência com a vítima, há um curso causal suficientemente previsível no sentido de que o dano efetivar-se-á”. (SEVERO, Sérgio, op. cit., p. 25 e 26).

⁴¹⁶ “Hipótese em que, todavia, a filha do autor sofreu leves ferimentos, permaneceu internada por curto período e recebeu alta sem sequelas Cenário sem dimensão tal a justificar o reconhecimento do chamado dano moral reflexo” (BRASIL. TJSP. Acórdão: 0006873-56.2013.8.26.0100. Relator: Ricardo Pessoa de Mello Belli. 19ª Câmara de Direito Privado. Data de julgamento: 27.07.15).

⁴¹⁷ “Responsabilidade civil - Acidente de trânsito Ação de indenização Danos morais Irmã menor de vítima sem sequelas - Dano reflexo ou em ricochete Ausência no caso concreto - Improcedência mantida Recurso desprovido”. (BRASIL. TJSP. Acórdão: 0143377-85.2007.8.26.0001. Relator: Cesar Lacerda. 28ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 03.09.12).

⁴¹⁸ “Fato do serviço. Fratura de dedo do pé do filho dos autores. O dano moral reflexo só se configura, à míngua de lei específica, quando a lesão sofrida é grave (morte; aleijão; vida vegetativa) e, pois, perpassa à pessoa humana do ofendido para alcançar seus ascendentes, descendentes e cônjuge. Lesão de natureza leve. Ausência de sequelas de ordem física, estética ou psíquica”. (BRASIL. TJSP. Acórdão: 0016051-93.2011.8.26.0554. Relator: Rômulo Russo. 07ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 19.08.2015).

⁴¹⁹ “No caso em apreço, não pairam dúvidas que a esposa e o filho foram moralmente abalados com o acidente que vitimou seu esposo e pai, atualmente sobrevivendo em estado vegetativo, preso em uma cama, devendo se alimentar por sonda, respirando por traqueostomia e em estado permanente de tetraplegia, sendo que a esposa jamais poderá dividir com o marido a vicissitudes da vida cotidiana de seu filho, ou a relação marital que se esvazia, ou ainda, o filho que não será levado pelo pai ao colégio, ao jogo de futebol, ou até mesmo a colar as figurinhas da Copa do Mundo”. (BRASIL. STJ. AgRg no REsp 1212322 / SP. Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. PRIMEIRA TURMA. DJe 10/06/2014).

Nota-se, desse modo, que os danos morais em ricochete, advindos de lesões corporais da vítima direta, exigem certo nível de gravidade, não se curvando a jurisprudência diante de violações suaves ou medianas. O grau de intensidade a justificar indenização por prejuízos diretos ou indiretos (por ricochete) são sensivelmente diversos. Não se podem confundir, então, violações passíveis de compensação à vítima direta com aquelas que ensejarão indenização às pessoas próximas. Estas necessitarão de muito mais veemência.

Analizados os danos extrapatrimoniais, passa-se à análise dos danos estéticos.

4.1.3.3 Do Dano Estético

As lesões produzidas ao corpo, dentre outras consequências deletérias possíveis, podem causar, também, prejuízos de caráter estético, que comprometem a aparência harmônica da pessoa, sua afinada figuração externa, tornando-a diferente, para pior, em relação ao momento anterior ao dano.

A construção de seu conceito tem sido realizada no direito brasileiro desde o início do século passado. Sua previsão primitiva achava-se inserta no art. 21 do Decreto 2.681/1912⁴²⁰, que regulamenta a responsabilidade civil das estradas de ferro, e no art. 1.538, § 1º e § 2º, do Código Civil de 1916⁴²¹.

Inicialmente, os contornos do dano estético achavam-se atrelados às noções contidas nas expressões legais “aleijão” e “deformidade”, estabelecendo-se uma ideia

⁴²⁰ Art. 21. No caso de lesão corpórea ou deformidade, à vista da natureza da mesma e de outras circunstâncias, especialmente a invalidade para o trabalho ou profissão habitual, além das despesas com o tratamento e os lucros cessantes, deverá pelo juiz ser arbitrada uma indenização conveniente.

⁴²¹ Art. 1.538. No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, indenizará o ofensor ao ofendido as despesas do tratamento e os lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grão médio da pena criminal correspondente

§ 1º Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade

§ 2º Se o ofendido, aleijão ou deformado, for mulher solteira ou viuvam ainda capaz de casar, a indenização consistirá em dotá-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito.

de intensa gravidade da ofensa, da necessidade de severas deformações corporais, muito próximas às exigências do direito penal acerca do crime de lesões corporais⁴²².

Ocorre que tal compreensão não achava supedâneo na atmosfera do direito civil, mais especificamente no âmbito da reparação de danos. Para que a vítima fizesse jus à compensação dos danos extrapatrimoniais, não se poderiam exigir desfigurações colossais, altamente deformadoras, tais como a perda de um braço, a retirada de um dos olhos, fortes cicatrizes no rosto, etc. Esta espécie de dano abrangeria outras modificações além dessas⁴²³.

O dano estético, então, constituiria, além do aleijão, qualquer deformidade ou deformação, ainda que mínima, que resultasse num “afeamento” da vítima, numa lesão “desgostante”, em permanentes motivos de exposição ao ridículo ou de inferiorizantes complexos⁴²⁴.

Nessa mesma direção, Teresa Ancona Lopez define o dano estético como “qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um ‘efeamento’ e lhe causa humilhações e desgostos, dando origem, portanto, a uma dor moral”⁴²⁵.

Percebe-se, assim, que o dano estético acha-se vinculado à violação das formas e contornos físicos da pessoa, do formato com que se apresenta, externamente, para os demais, sejam nas relações sociais, sejam nos contatos interpessoais íntimos. Refere-se ao desarranjo do desenho humano normal, que compromete a aparência da vítima. Não se exige, desse modo, deformações extraordinárias, aberrantes.

A toda evidência, consoante se pode haurir dos conceitos acima exarados, tais espécies de lesões têm o condão de produzir dor, tristeza, desgosto, humilhações,

⁴²² Conforme a lição de Wilson Melo da Silva: “Os que versam a questão, via-de-regra o fazem enquadrando-a mais sob o ângulo do direito penal que mesmo do direito civil. E a conseqüência disso é que, no mais das vezes, atribuem a tal dano certas e determinadas características que mais o aproximam do aleijão propriamente dito, que mesmo do dano estético em geral, para o qual em sempre se fazem mister certos extremos de gravidade comumente apontados”. (SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 383).

⁴²³ Ibidem, p. 383.

⁴²⁴ Ibidem, p. 384.

⁴²⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 46.

vergonha, inferioridade, além de uma série de outros sentimentos negativos. Nenhum ser humano convive serenamente com sua desfiguração involuntária.

Ainda sobre o conceito de dano estético, cumpre ressaltar a existência de doutrina cujo entendimento direciona-se no sentido de considerar esta espécie de dano como qualquer violação à integridade psicofísica, com base no direito à saúde, independentemente da aparência externa ou afeamento da pessoa. O dano estético seria o próprio dano-evento, o atentado ao corpo, e não suas consequências⁴²⁶.

Consoante esse entendimento, não se confundiria a lesão à integridade física, o próprio dano estético, com os prejuízos daí resultantes, tais como a dor, tristeza, desgosto, etc., isto é, os chamados danos morais. Também não se ligaria aos aspectos subjetivos de belo e feio, referentes à aparência externa. Ainda que sem aparição externa, poderia estar presente, necessitando em todos os casos, entretanto, da realização de perícia médica para comprovar sua ocorrência⁴²⁷.

Não obstante os argumentos apresentados, não prevalece esse entendimento na doutrina e jurisprudência predominantes, em que a necessidade de alteração na aparência externa, da desarmonia das formas, mostra-se imprescindível⁴²⁸.

Para o surgimento do dano estético, dois são os requisitos exigidos, quais sejam, qualquer modificação na aparência da vítima e o efeito prolongado desta alteração, isto é, que a modificação seja permanente⁴²⁹.

Com relação à primeira exigência, já se pontuou a evolução doutrinária sobre o assunto, em que se dissociou o dano estético do crime de lesões corporais,

⁴²⁶ Nesse sentido, Eneas de Oliveira Matos explicita: "Assim, deve-se entender o dano estético - como a doutrina italiana entende o dano biológico - como qualquer ofensa à integridade psicofísica da pessoa humana, *per se*, objetivamente, independente dos danos morais ou materiais causados, amparado constitucionalmente no direito à saúde". (MATOS, Eneas de Oliveira. *Dano moral e dano estético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 185).

⁴²⁷ Segundo o mesmo autor: "Aqui cabem os fundamentos já referidos sobre a autonomia do dano estético em relação ao dano moral - dano-evento e dano-consequência, respectivamente -, para que não se confunda ofensa à integridade física com a dor e a humilhação decorrentes do dano estético. Ainda, para que não se confunda o dano estético com aspectos subjetivos de belo e feio, deve-se lembrar que o dano estético se configura objetivamente, por perícia médica, diante da caracterização clara e certa de modificação na integridade física da pessoa humana". (Ibidem, p. 185-186).

⁴²⁸ "A doutrina brasileira passou a construir o conceito de dano estético a partir das expressões ('aleijão' ou 'deformidade'), mas atenuando um pouco o seu rigor. Passou-se, assim, a considerar como danos estéticos as alterações significativas e duradouras na aparência e harmonia da pessoa". (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, op. cit., p. 299-300).

⁴²⁹ LOPEZ, Teresa Ancona, op. cit., p. 46-47.

apartando os requisitos penais, muito mais austeros devido à própria atuação subsidiária do direito penal (*ultima ratio*), dos do direito civil, que se contenta com qualquer alteração relevante na aparência externa do lesado.

Importa consignar que não se exige sejam as marcas e estigmas aparentes, por todos visíveis, como costuma acontecer em cicatrizes no rosto ou na perda de membros. Os sinais em locais pouco aparentes, ainda que possam ser escondidos por vestimentas, maquiagem, barba, cabelos, etc., ou dissimulados por próteses e artifícios similares (ex. dentaduras, perucas, etc.), também poderão ser indenizados.

Evidentemente, lesões com maior exuberância refletirão maior prejuízo, e, por conseguinte, superior quantia indenizável. Danos mais extensos necessitam de compensações mais elevadas. É certo que cicatrizes no rosto da pessoa causam maiores constrangimentos do que em regiões íntimas, frequentemente cobertas por indumentárias⁴³⁰.

Apesar disso, impende observar que a prudência, mais uma vez, necessita ser evocada. Marcas insignificantes, sem qualquer manifestação minimamente perceptível, ainda que se utilizem trajes diminutos, tais como pequeníssimas cicatrizes, não devem comportar ressarcimento. O caso concreto é que deve ditar se há indenização, bem como sua amplitude.

No que tange ao segundo requisito, concernente à irreversibilidade das alterações físicas externas, deve-se apontar que sequelas temporárias não dão ensejo à compensação a título de danos estéticos⁴³¹. A transitoriedade do prejuízo, todavia, a depender das circunstâncias, pode ocasionar o surgimento de danos morais⁴³².

⁴³⁰ Nessa senda, ainda o ensino de Wilson Melo da Silva: “Maior ou menor extensão da lesão e sua localização, nessa ou naquela parte do corpo humano, se chegam a ter, no crime, relêvo especial, no cível, nem sempre. Nos lindes do direito privado tais fatos apenas influenciariam na consideração da maior ou menor amplitude dos efeitos danosos e, como consequência, da maior ou menor indenização”. (SILVA, Wilson Melo da, op. cit., p. 386).

⁴³¹ “Exige-se, de um lado, uma transformação significativa para pior da aparência da pessoa e, de outro lado, que seja duradoura, e não apenas transitória ou temporária”. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, op. cit., p. 300).

⁴³² “Portanto, para que exista dano estético, é necessário que a lesão que tornou mais feia determinada pessoa seja duradoura, caso contrário, não se poderá falar em dano estético propriamente dito, mas em atentado reparável à integridade física ou lesão estética passageira que se resolve em perdas e danos habituais, incluindo, se for o caso, verba para danos morais”. (LOPEZ, Teresa Ancona, op. cit., p. 48).

No ponto, a orientação do sistema jurídico brasileiro difere das soluções apontadas pelo direito francês, consoante já verificado, porquanto neste último mostra-se possível a compensação por prejuízos estéticos ainda que em face da provisoriedade das sequelas. Trata-se do *préjudice esthétique temporaire*.

Temática interessante refere-se à existência ou não de danos estéticos na hipótese de se fazer possível a correção das sequelas aparentes por meio de cirurgia plástica. Poderia a vítima pleitear esta espécie de dano caso pudesse corrigir as deformidades por meio de intervenção médica?

Arnaldo Rizzardo entende que: “A reparação será concedida caso tornar-se irreversível a deformidade. Se possível de recuperação, mediante cirurgia plástica, o responsável suportará as despesas exigidas para a correção”⁴³³. Arremata o autor: “Não seria justo se indenizasse, desde logo, um dano estético removível. A pessoa que suporta o peso da cicatriz deve envidar todos os esforços para erradicar o defeito, desde que possíveis e toleráveis [...]”⁴³⁴.

Concorda-se com a solução apresentada. Caso se vislumbre possibilidade de recuperação efetiva, com possibilidades reais de eliminação das consequências deformadoras, ainda que por meio de procedimento cirúrgico, não deve o causador ser compelido ao ressarcimento dos danos estéticos (ou, conforme se considera correto, ao acréscimo na indenização por danos extrapatrimoniais), mas sim à reparação dos custos da intervenção médica saneadora.

Analisados os aspectos centrais do dano estético, adentra-se na questão acerca da possibilidade ou não da cumulação de sua indenização com a indenização por danos morais, decorrentes da mesma lesão. Seriam espécies diferentes e, portanto, autônomas, ou se tratam de prejuízos de idêntica natureza? Mais especificamente: seria o dano estético um *tertium genus*, alheio aos danos patrimoniais e extrapatrimoniais?

A resposta a este questionamento tem produzido inúmeros desacordos, existindo diversos adeptos a ambos os entendimentos, favoráveis e contrários à autonomia dos danos estéticos em face dos danos morais. Hodiernamente, na doutrina, parece não existir posição dominante, embora a postura contrária tenha

⁴³³ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 227.

⁴³⁴ *Ibidem*, p. 227.

prevalecido até pouco tempo atrás. Em sede jurisprudencial, no entanto, há consolidada disposição favorável.

Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, as indenizações por danos estéticos e morais são passíveis de cumulação. Trata-se do enunciado 387 da Súmula desta corte, que tem como teor: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”. Tal entendimento ainda permanece vigente, conforme se depreende do seguinte trecho de acórdão oriundo do mencionado tribunal: “é cabível a cumulação de danos morais com danos estéticos, ainda que decorrentes do mesmo fato, quando são passíveis de identificação em separado”⁴³⁵.

Na doutrina, Teresa Ancona Lopez, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, José de Aguiar Dias, Eneas de Oliveira Matos, Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza são favoráveis à autonomia do dano estético.

A primeira autora propugna que o dano deformante não é igual a nenhum outro dano moral, porquanto desfigurações físicas consistem na mais grave violência contra a pessoa. O dano estético refere-se a um *plus* negativo e a base legal para sua autonomia encontra-se no art. 5º, V, da Constituição Federal, pois a referida norma admite reparação para três espécies de dano: o material, o moral e à imagem. A imagem não possuiria seu sentido clássico, mas sim um valor ético, que incluiria respeito e aceitação social, ligados à vida de relação⁴³⁶.

O segundo autor, reconhecendo que, conquanto, em regra, o dano estético inclua-se como espécie de danos extrapatrimoniais, “possui finalidade própria, que é compensar objetivamente a deformidade sofrida pela vítima e que exige também reparação individualizada”⁴³⁷.

José de Aguiar Dias, ao comentar acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entende ser possível a cumulação, tendo em vista o diverso feitiço dos

⁴³⁵ BRASIL. STJ. AgRg no AREsp 201456 / DF. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. TERCEIRA TURMA. DJe 18/06/2013.

⁴³⁶ LOPEZ, Teresa Ancona, op. cit., p. 163 a 165.

⁴³⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, op. cit., p. 301.

danos, sendo que “um é de ordem puramente psíquica, pertencente ao foro íntimo, outro é visível, porque concretizado na deformidade”⁴³⁸.

Eneas de Oliveira Matos, por sua vez, defendendo uma releitura do direito civil conforme a constituição, especialmente com base na dignidade da pessoa humana e no direito à saúde, ao se referir à posição contrária à autonomia dos danos estéticos, explicita que esta “só pode ser vista como ultrapassada e não mais condizente com o atual estágio de estudo da natureza e caracterização dos danos causados à pessoa humana”⁴³⁹.

Os autores Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza entendem que o dano estético aumenta consideravelmente a dor engendrada e, em razão disso, “deve ser considerado como parcela autônoma para o fim de se calcular o valor da indenização que corresponda à necessidade de justa reparação”⁴⁴⁰.

Em contrapartida, posicionam-se pela inadmissibilidade da autonomia do dano estético e respectiva cumulação de sua indenização com a dos danos morais, Sérgio Cavalieri Filho, Rui Stoco, Wilson Melo da Silva⁴⁴¹, Antonio Carlos Morato, Humberto Theodoro Junior, Caio Mário da Silva Pereira⁴⁴², Carlos Roberto Gonçalves⁴⁴³ e Antonio Jeová Santos.

Sérgio Cavalieri Filho é enfático ao afirmar que o dano estético configura modalidade de dano moral, cujo problema se resume a uma questão de arbitramento e que, enquanto julgador, somente adotou posição diversa para evitar desnecessários recursos especiais. Finaliza o autor: “Em razão de sua gravidade e da intensidade do

⁴³⁸ DIAS, José de Aguiar. *Dano psíquico e dano estético: uma decisão memorável*. Porto Alegre: Ajuris, v. 10, Novembro, 1983, p. 66.

⁴³⁹ MATOS, Eneas de Oliveira, op. cit., p. 296-298.

⁴⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 875.

⁴⁴¹ Ao trata dos danos ora em apreciação, o autor reverbera: “Constituiriam êles, tais danos, fontes de puros danos morais ressarcíveis? Entendemos que sim”. (SILVA, Wilson Melo da, op. cit., p. 383).

⁴⁴² “Dentro na categoria do dano moral inscreve-se a reparação do dano estético [...]”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 321).

⁴⁴³ “A pedra de toque da deformidade é o dano estético. O que se indeniza, nesse caso, é a tristeza, o vexame, a humilhação, ou seja, o dano moral decorrente da deformidade física. Não se trata, pois, de uma terceira espécie de dano, ao lado do dano material e do dano moral, mas apenas de um aspecto deste”. (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 623).

sofrimento, que perdura no tempo, o dano moral deve ser arbitrado em quantia mais expressiva quando a vítima sofre deformidade física⁴⁴⁴.

Rui Stoco, de modo contundente, assevera que “haveria aí verdadeira *contraditio in terminis*, conduzindo a insuportável *bis in idem*”. O autor aponta, igualmente, que não se trata, deveras, de contendas conceituais, mas referentes ao *quantum* a ser fixado. Termina por afirmar que “a discussão é apenas sob o aspecto da pertinência e adequação da chamada ‘cumulação’ de duas coisas que, em verdade, são uma só⁴⁴⁵.”

Para Antonio Carlos Morato, o aviltamento das quantias fixadas a título de dano moral conduziu à tentativa constante de criação de novas classificações do dano, sendo que o ideal não seria adotar este caminho, mas sim majorar as indenizações por danos morais, a fim de ressaltar seu aspecto pedagógico. Afirma o autor: “acreditamos não chegaremos a tal resultado por meio da criação de um dano distinto para abranger a lesão à integridade física que cause sequelas (dano estético ou a possibilidade de assemelhar o dano à imagem a este) [...]”⁴⁴⁶.

Humberto Theodoro Junior informa que há excesso em se possibilitar a cumulação de danos estéticos e danos morais, correspondendo há um “evidente *bis in idem*, capaz de transformar a medida ressarcitória em fonte de enriquecimento sem causa⁴⁴⁷.”

Antônio Jeová Santos, inicialmente, esclarece que “A indenização do dano estético não existe *per se*”, ou seja, de modo isolado e autônomo. Arremata o autor, afirmando que: “Todo dano ressarcível está ligado às conseqüências geradas na vítima e essas conseqüências não podem ultrapassar o moral e econômico, não existindo um *tertium genus*, que se coloque entre os dois primeiros⁴⁴⁸.”

⁴⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 136.

⁴⁴⁵ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1685-1686.

⁴⁴⁶ MORATO, Antonio Carlos. Dano à imagem. In: JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 569 e 570.

⁴⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 2ª ed. Belo Horizonte: Juarez de Oliveira, 1999, p. 20 e 21.

⁴⁴⁸ SANTOS, Antonio Jeová, op. cit., 367.

Verificados os diversos posicionamentos da doutrina nacional, fácil perceber a existência de intenso debate em torno da autonomia ou não do dano estético. Nada obstante se achar pacificado em sede jurisprudencial, não encontra consenso entre os diversos estudiosos do tema.

Depois de apontados os principais argumentos favoráveis e contrários à cumulação de danos estéticos e morais, examinando o atual estado da arte em relação à matéria no direito brasileiro, passa-se à análise dos danos existenciais.

4.1.3.4 Do Dano Existencial

Preliminarmente, necessário explicitar que se optou por tratar do dano existencial dentro da esfera dos danos corporais, pois esta “nova espécie” de dano muito se aproxima dos prejuízos decorrentes de lesões à integridade física, notadamente no que tange às violações à higidez psíquica. Ainda que a doutrina acerca do tema afirme haver danos existenciais oriundos de outras fontes, constata-se que as situações apresentadas como exemplos deste tipo de prejuízo, em regra, originam-se de lesões à incolumidade psicofísica.

Em outras palavras, o dano existencial seria, na grande maioria dos casos, um dano-prejuízo, de natureza extrapatrimonial, decorrente de um dano-evento produzido ao corpo humano, analisado em sua integralidade, isto é, tanto no aspecto físico como mental.

Importante consignar que na Itália, local de surgimento desta espécie de prejuízo, ao menos no que se refere a essa designação, o dano existencial figura como um tipo diferente de dano, alheio ao material e moral.

Conforme Patrizia Ziviz⁴⁴⁹, o dano existencial, ao lado do dano moral, consolidaria o quadro dos danos não patrimoniais, consistindo os danos morais sofrimentos de ordem espiritual, enquanto os danos existenciais se refeririam às modificações pejorativas da situação pessoal, ao complexo de atividades que se direcionam à realização da pessoa, às atividades ordinariamente desenvolvidas, tais

⁴⁴⁹ ZIVIZ, Patrizia. Verso un altro paradigma risarcitorio. In: CENDON, Paolo e ZIVIZ, Patrizia. *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 46-49.

como relações afetivas, sociais, atividades recreativas, religiosas, etc. Para a autora, este dano não se confundiria com o dano biológico, já que o dano existencial poderia ser biológico (decorrente de lesão à saúde) ou puro.

Flaviana Rampazzo Soares⁴⁵⁰, do mesmo modo, defende que o dano existencial e o dano moral referem-se a espécies diversas. O primeiro comprometeria os componentes relacionais da vítima, tratando-se de alterações prejudiciais à vida cotidiana, tais como impossibilidade de executar tarefas atinentes às necessidades pessoais, cuidar da própria higiene, caminhar, interagir com familiares, etc. O segundo pertenceria à esfera interior do lesado.

Propugna, igualmente, que o dano existencial difere do dano biológico, apesar de ambos comporem os chamados danos à pessoa. Enquanto o dano biológico afetaria à integridade psicofísica da vítima, o dano existencial incidiria nas atividades ordinárias do ofendido, representando as tarefas que a pessoa deixou de fazer, deve fazer ou fará de uma forma diversa daquela realizada antes da lesão. De um dano biológico poderia surgir um dano existencial e vice-versa⁴⁵¹.

O dano existencial, assim, poderia ser conceituado como “a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social”⁴⁵². Configuraria um prejuízo, permanente ou temporário, total ou parcial, às atividades normalmente incorporadas ao cotidiano da vítima, que, em virtude da lesão, precisou deixar ou alterar sua realização⁴⁵³.

Tereza Ancona Lopez, ao tratar do dano existencial, afirma que “seus efeitos comprometem as realizações do interesse da pessoa quotidianamente nas várias áreas de sua atuação, comprometendo sua qualidade de vida”⁴⁵⁴. Aponta como exemplos de dano existencial o *mobbing* (assédio moral), o assédio sexual, o *stalking*,

⁴⁵⁰ SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 99.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 111.

⁴⁵² *Ibidem*, p. 44.

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 44.

⁴⁵⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. Dano existencial. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 57, p. 287-302, Jan - Mar / 2014, p. 290.

o *bullying*, o desrespeito ao testamento vital (*living will*) e ao direito de não nascer (*wrongful life ou birth*)⁴⁵⁵.

No ponto, deve-se destacar que o dano existencial abrange os diversos prejuízos extrapatrimoniais reconhecidos pelo direito francês, especialmente o déficit funcional temporário e permanente (*déficit fonctionnel temporaire et permanent*), o prejuízo de lazer (*préjudice d'agrément*), o prejuízo sexual (*préjudice sexuel*) e o prejuízo de estabelecimento (*préjudice d'établissement*). Trata-se de uma nomenclatura utilizada no direito italiano, que engloba múltiplas consequências negativas às possibilidades da vítima.

Consoante inicialmente esclarecido, o dano existencial está intimamente ligado às violações à higidez psicofísica (se é que pode destas estar dissociado). Não obstante as lesões físicas que causem restrições serem mais aparentes, mais facilmente perceptíveis (ex. perda de um braço), qualquer outra impossibilidade proporcionada à pessoa, ensejadora de dano existencial, se não for física, tangenciará a esfera psíquica.

Seja no *bullying* ou no assédio moral, em que a pessoa permanece submetida à intensa pressão emocional; seja no *stalking*, situação na qual a vítima é insistentemente perseguida por outra pessoa, submetida a uma atmosfera de medo e preocupações; no abandono afetivo, cujo sofrimento psíquico consiste na sensação de abandono, etc.; em todos os casos, haverá um atentado à incolumidade física ou mental.

Importante salientar que no direito brasileiro já se encontram decisões judiciais acolhendo o dano existencial. De modo exemplificativo, cita-se acórdão proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho, que proveu recurso de revista e concedeu dano existencial a um empregado que trabalhou por 10 anos sem usufruir de férias, no montante de R\$ 25.000,00. Não se tratava do valor das férias, mas sim da violação a este direito, que resultou na impossibilidade de o empregado conviver com sua família, em seu meio social, etc.⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ Ibidem, p. 296-299.

⁴⁵⁶ "DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO. [...] 2. O dano existencial, ou o dano à existência da pessoa, consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas

O dano existencial, desse modo, também busca compensar, dentre outros prejuízos, a vida de relação, o impedimento de a vítima desenvolver seu núcleo de relacionamentos afetivos, familiares, sociais, etc.

Assim, é possível verificar que a indenização por dano existencial procura compensar diversos prejuízos extrapatrimoniais, que refletem cerceamentos ocasionados à vítima, com consequências prejudiciais sobre as possibilidades atuais ou vindouras. Em resumo, o que se indeniza é a perda de potencial. Arrolam-se, comumente, como interesses atingidos, o projeto de vida, a vida de relação, as atividades cotidianas, a qualidade de vida, o desenvolvimento da personalidade, etc.

Conforme se descreverá abaixo, não se coaduna com a proposta de autonomia do dano existencial. O direito brasileiro não necessita da criação de novos danos, ante a existência de cláusula geral para o reconhecimento dos danos morais, contida no art. 186 do Código Civil, associado ao art. 12 do mesmo Código.

Os prejuízos não econômicos, ordinariamente apontados pela doutrina como fomentadores do dano existencial, podem ser indenizados, caso se revelem violadores de interesses juridicamente tutelados, não sob o formato de “novos danos”, mas sim dentro da figura do dano moral.

Verificada a lesão corporal e os diversos prejuízos dela decorrentes, dentre os quais se acham o dano estético e o dano existencial, passa-se à análise crítica atinente à proliferação das novas nomenclaturas, ligada à tentativa de criação de novos danos, autônomos e cumulativos aos patrimoniais e extrapatrimoniais.

com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer. (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, p. 68.).

3. Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja, que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial.

4. Na hipótese dos autos, a reclamada deixou de conceder férias à reclamante por dez anos. A negligência por parte da reclamada, ante o reiterado descumprimento do dever contratual, ao não conceder férias por dez anos, violou o patrimônio jurídico personalíssimo, por atentar contra a saúde física, mental e a vida privada da reclamante. Assim, face à conclusão do Tribunal de origem de que é indevido o pagamento de indenização, resulta violado o art. 5º, X, da Carta Magna. Recurso de revista conhecido e provido, no tema. (BRASIL. TST. Processo: RR - 727-76.2011.5.24.0002. Data de Julgamento: 19/06/2013. Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann. 1ª Turma. Data de Publicação: DEJT 28/06/2013)”.

4.1.3.4 Análise Crítica

Conforme já demonstrado, as violações à integridade física possuem vigoroso potencial de engendrar imensuráveis prejuízos à pessoa. A vida é exercida por meio do corpo humano e sua plenitude depende, necessariamente, do integral funcionamento de seus vários componentes. Limitações corporais resultam invariavelmente na perda de possibilidades. Qualquer restrição psicofísica corresponde a uma diminuição nos potenciais da vítima.

A partir do dano-evento lesão corporal faz-se possível o surgimento de múltiplos danos-consequência. Só no direito francês, a *Nomenclature Dintilhac* estabeleceu mais de 20 tipos diversos de prejuízos. Além disso, diante da impossibilidade de se listar todas as consequências negativas realizáveis, tornou expressa a rubrica prejuízos permanentes excepcionais (*préjudices permanents exceptionnels*), consistindo este item em verdadeira cláusula de abertura ao reconhecimento de novos danos.

Percebe-se que por mais que se especifique este ou aquele prejuízo, sempre existirão novas possibilidades até então não cogitadas ou admitidas e, caso se confira um nome próprio a cada nova identificação, a lista de danos tenderá ao infinito, à imensidão.

Exemplificativamente, o hoje chamado dano à vida de relação poderá desmembrar-se para se tornar dano ao complexo de amizades, aos relacionamentos amorosos, ao coleguismo no trabalho, à vida em família, etc. Bastaria imaginar um prejuízo, etiquetá-lo com alguma designação, e, então, defender sua autonomia em relação a todos os demais, alegando alguma especificidade que o diferencie dos restantes.

Deve-se notar que além da extrema dificuldade de se distinguir, realmente, uma consequência de outra, no mais das vezes, estas se sobrepõem, consistindo, a bem da verdade, em pequenos galhos de um mesmo tronco. Na hipótese de se indenizarem autonomamente os vários prejuízos, haverá uma inegável justaposição de pagamentos, já que não se mostra factível separar um prejuízo não econômico, de modo a isolá-lo, sem que se carregue um pedaço de outro eventualmente existente.

Dentro da analogia já proposta, não se pode arrancar um galho sem que este leve junto uma porção do tronco da árvore.

A separação de prejuízos de natureza extrapatrimonial revela-se inexecutável, visto que se acham amalgamados. As especificidades que supostamente os tornariam diferentes são extremamente diminutas em relação ao principal que os une. Os danos não econômicos constituem um todo incindível, que será maior ou menor conforme as peculiaridades que o compõe.

Como separar o dano moral, referente à dor, tristeza, frustração, inferioridade, do dano estético, ligado à desfiguração física, e, ainda, do prejuízo sexual, atinente à privação da realização do indigitado ato? Há uma evidente unidade negativa que se avoluma ou se apequena conforme a intensidade dos componentes que a integram⁴⁵⁷.

Impende tornar claro que não se propugna a impossibilidade de se reconhecer novos prejuízos, novas situações desfavoráveis à pessoa, novas restrições, etc., intento este de impossível realização para quem o pretende. Quer-se demonstrar, antes, que estes novos detrimientos realçam a amplitude do dano, correspondendo a uma maior ou menor necessidade de compensação, consoante a dimensão manifestada. A questão resolve-se na grandeza da lesão e, por conseguinte, na respectiva extensão da indenização.

Não se trata de novos danos, autônomos, específicos, diferentes, mas sim de consequências mais prejudiciais à vítima, que importam, por uma questão de justiça e isonomia, numa maior e mais adequada compensação.

Certamente, os prejuízos de uma pessoa que, por razão de ofensa física, deixou de poder praticar seu esporte habitual, sofreu alterações estéticas, não pode mais procriar, tornou-se impossibilitada de praticar determinados atos, inclusive sexuais, etc., são mais intensos do que lesões cujas consequências não ocasionaram idênticas implicações.

⁴⁵⁷ Revela a dificuldade ora apontada, a situação objeto do acórdão proferido pela 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, parcialmente reformado pelo Superior Tribunal de Justiça, no que tange ao abatimento do DPVAT, mas mantido em seu conteúdo. No caso, o juiz de 1º grau arbitrou em favor da autora o montante de R\$ 500.000,00 a título de danos morais. Em sede de recurso, interposto por todas as partes, o Tribunal de Justiça reconhecendo a possibilidade de cumulação entre danos morais e estéticos, diminuiu a quantia dos danos morais para R\$ 470.000,00 e fixou o valor dos danos estéticos em R\$ 30.000,00. (BRASIL. STJ. REsp 1.524.412 / SP. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data da Publicação: 11.05.2015).

O cerne de toda a questão acha-se no correto arbitramento do *quantum* da indenização. Não se deve tentar atingir este intento por meio de vias transversas, criando-se uma série de danos que mais confundem e causam insegurança jurídica do que resolvem o problema. E tudo de modo desnecessário, já que nosso sistema jurídico possui ampla abertura à indenização por danos morais, não se mostrando necessário buscar, como na Itália, que possui severas restrições aos danos extrapatrimoniais, fundamento no direito à saúde.

Também inexitem as dificuldades inerentes ao direito francês, que tem uma das justificativas para o maior detalhamento dos possíveis prejuízos na necessidade de promover o correto abatimento das indenizações pagas pelos seguros sociais (decorrente, especialmente, do histórico como tais abatimentos ocorreram), buscando evitar o enriquecimento sem causa (duplo recebimento pela vítima) e seu contraponto referente à ausência de adequado ressarcimento (deixar de indenizar o lesado, por se imaginar que os seguros sociais já cobriram determinado prejuízo).

No Brasil, ressalte-se, em razão do art. 186 e art. 949 do Código Civil, que são verdadeiras cláusulas de abertura em relação ao dano moral, além da impossibilidade de abatimentos dos recursos oriundos de sistemas sociais, não se afigura necessário, ou mesmo útil, a criação de inúmeros danos específicos e paralelos para que se respeite e privilegie a reparação integral da vítima. Tudo se resume na adequada análise da intensidade dos danos produzidos, com os respectivos contornos e reflexos, convolvando-se tal verificação na correspondente indenização.

O princípio da reparação integral da vítima não será respeitado por meio do surgimento de novos danos, afinal, pode acontecer de se indenizar vários prejuízos autônomos de maneira precária, resultando, do mesmo modo, em compensação insuficiente. Não se resolve o problema do diminuto ressarcimento criando-se novos danos, mas sim ao se arbitrar apropriadamente o montante da indenização.

O respeito à pessoa, à dignidade humana, à Constituição e tudo mais que se utilize para fundamentar a invenção de novos danos, não será alcançado por esta via, por maior que seja a criatividade empregada, mas ocorrerá, repita-se, pela devida identificação da extensão da lesão e seus reflexos para a vítima, dentro das balizas do caso concreto, com a consequente estipulação de uma real compensação, que efetivamente corresponda à amplitude verificada.

Cumpra, ainda, ressaltar que o art. 5º, V, da Constituição Federal, ao dispor “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, não confere abertura ao reconhecimento de novas espécies de dano, além dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Não se pode fundamentar a autonomia do dano estético afirmando tratar-se de lesão à imagem.

O dano estético nada mais é do que uma característica, uma peculiaridade, do dano-evento à integridade física, cujas consequências poderão ocasionar prejuízos patrimoniais (ex. a atriz que perde um contrato televisivo por não se achar bela como antes) e extrapatrimoniais (ex. o sofrimento, a tristeza, o convívio com a repulsa social, etc.).

Note-se que o principal é o dano ao corpo, sendo a lesão estética uma particularidade deste. Não se trata de dano-prejuízo, nem mesmo de dano-evento autônomo, mas de uma especificidade. Tanto é assim, que pode existir dano corporal sem lesão estética, mas, jamais, dano estético sem que esteja configurado o dano corporal.

O direito à imagem nada tem a ver com desfigurações estéticas decorrentes de ofensas ao corpo. Estas se referem à violação ao direito à integridade física, enquanto aquele possui significação própria, alheia aos atentados corporais, ligada às formas externas que individualizam a pessoa no meio social, permitindo sua identificação⁴⁵⁸.

Apesar de ambos se tratarem de direitos da personalidade, seu alcance e finalidade direcionam-se para objetivos diversos. O direito à imagem busca proteger a indevida reprodução das formas externas da pessoa, sem a necessária

⁴⁵⁸ Para Carlos Alberto Bittar, o direito à imagem: “Consiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil busto) que a individualizam no seio da coletividade. Incide, pois, sobre a conformação física da pessoa, compreendendo esse direito um conjunto de caracteres que a identifica no meio social. Por outras palavras, é o vínculo que une a pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto, ou em partes significativas (como a boca, os olhos, as pernas, enquanto individualizadoras da pessoa)”. (BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., p. 90). Em sentido semelhante, Silmara Chinellato: “Imagem significa reprodução física da pessoa, no todo ou em parte, por qualquer meio como pintura, fotografia, filme. Este sentido é o corretamente empregado no inciso XXVIII, a, do artigo 5º da Constituição da República que, no inciso X do mesmo artigo, parece confundir-la com patrimônio moral”. (CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Obras póstumas e direito e autor. In: SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Silvio Romero (Coord.). *Direito civil: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão*. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2015, p. 493)

autorização⁴⁵⁹. Já o direito à integridade física tutela a incolumidade corporal, compreendendo a saúde psicofísica, bem como a harmonia das formas externas do corpo.

Ressalte-se que o ponto em comum é que ambos relacionam-se com as formas externas da pessoa, mas em perspectivas de proteção distintas. O primeiro preocupa-se com sua indevida reprodução (ex. fotografia publicada em revista), o segundo, no aspecto estético ora tratado, com a própria manutenção da harmonia, evitando sua desfiguração.

Portanto, não se deve tentar justificar a autonomia do dano estético vinculando-o ao direito à imagem, já que, além de integrar a lesão à integridade física, não se coaduna com a redação do art. 5º, V, da Constituição Federal, porquanto esta inicia o texto com a expressão “é assegurado o direito de resposta”, inexistindo qualquer conformação lógica entre direito de resposta e deformidades físicas oriundas de lesões corporais. O contexto do artigo é outro, mormente se analisada sua posição topológica, imediatamente posterior ao inciso que dispõe ser livre a manifestação do pensamento.

Por fim, no que tange ao dano existencial, cumpre explicitar que este não constitui uma realidade autônoma, uma nova espécie de dano. Seu conteúdo abrange os diversos prejuízos não econômicos decorrentes de lesão à higidez psicofísica, que resulte na perda de potencial da vítima. Ou seja, trata-se, em substância, dos próprios danos extrapatrimoniais.

Desse modo, percebe-se que não se mostra necessária a criação de um terceiro gênero de dano, pois, além de se confundir com o próprio dano moral, conforme já amplamente registrado, no Brasil existe cláusula de abertura ao reconhecimento dos danos morais, tornando-se inócuo e prejudicial à segurança jurídica etiquetar-se um sem-número de novos danos que, a fundo, compõe a mesma realidade. A questão resume-se na correta avaliação da amplitude da lesão e sua repercussão para a vítima, fixando-se, a partir disso, a adequada compensação.

⁴⁵⁹ Nesse sentido, conceitua Antonio Chaves o direito à imagem como “a prerrogativa atribuída à pessoa física de autorizar, de negar autorização, e de impedir que elementos personificadores de sua imagem física ou moral sejam utilizados com fim de lucro direto ou indireto” (CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 536). No caso, discorda-se do autor, contudo, que a prerrogativa somente seja estendida às pessoas físicas e que vede, unicamente, a utilização indevida com fins lucrativos.

4.2 DA PRIVAÇÃO DE USO

O direito de propriedade possui certas características que refletem verdadeiras faculdades ao titular do domínio, quais sejam: o uso, o gozo, o poder de disposição e a possibilidade de reaver a coisa⁴⁶⁰. Tal enumeração é explicitada no art. 1228 do Código Civil, que assim dispõe: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

A faculdade de uso consiste na possibilidade de se utilizar da coisa, dentro dos limites legais, consoante a vontade de seu titular. A de gozar ou fruir trata da possibilidade de se recolherem os frutos produzidos, sejam civis, industriais ou naturais. O poder de disposição compreende a faculdade de se desfazer do bem, gratuita ou onerosamente. A possibilidade de reaver a coisa de quem injustamente a possua ou detenha refere-se ao atributo da exclusividade na utilização, proporcionando o poder de repelir todo aquele que pretenda, indevidamente, retirar ou reduzir o exercício das faculdades acima apontadas.

Conforme se pode verificar, o direito de propriedade, por meio de seu conteúdo (faculdades), proporciona a seu titular uma série de possibilidades, com potencial de satisfazer necessidades ou, apenas, produzir bem-estar. Daí a complexa questão objeto do presente item: o impedimento à utilização da coisa, por determinado período, pode ser considerado um dano? A mera privação da possibilidade do uso, por si só, constitui uma lesão?

A título elucidativo, ilustra-se o problema com as seguintes hipóteses: a impossibilidade de utilização do veículo, durante certo lapso temporal, em razão de abalroamento, ou por defeito de fabricação, ou, ainda, pela ausência duradoura de peças de reposição por parte da montadora; a demora da construtora em entregar certo imóvel, prometido para determinada data; a privação de uso de imóvel, que

⁴⁶⁰ Conforme a lição de José Carlos Moreira Alves: “O conteúdo do direito de propriedade consiste no conjunto de poderes que o proprietário tem sobre a coisa. A propriedade, que é o mais amplo dos direitos reais, em geral atribui ao seu titular, principalmente, as faculdades de usar, gozar e dispor da coisa (são os *iura utendi, fruendi e abutendi*, a que se referem os autores desde a Idade Média)”. (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 297).

permanece temporariamente interdito, por motivo de construção indevida do vizinho, etc.

Para melhor delinear o tema, afigura-se imprescindível diferenciar a destinação dada à coisa, que permaneceu durante determinado período sem possível utilização. Há aquelas que são direcionadas a fins lucrativos, como verdadeiros meios de produção, cujo objetivo é gerar ganhos financeiros, e existem aquelas não consagradas ao escopo econômico, que não se reservam à geração de lucros, mas ao mero aproveitamento de seu titular⁴⁶¹.

No caso de existir destinação econômica, a lesão possivelmente gerará danos patrimoniais na subespécie lucros cessantes, porquanto frustrará a obtenção de proveitos econômicos pelo detentor do domínio⁴⁶². Exemplificativamente, cita-se a impossibilidade de o taxista utilizar do veículo em que executa seu mister; do transportador privado do uso de seu caminhão; do dono de determinada casa de espetáculos, cujo imóvel manteve-se fechado durante certo período, em razão de incêndio provocado por terceiros, etc.

Geneviève Viney e Patrice Jourdain ensinam que a quantificação dos prejuízos nos casos de exploração econômica é mais difícil, pois se trata de uma perda de ganho cuja amplitude somente pode ser aferida por meio de uma comparação ao passado ou a outras atividades similares. Citam como exemplo o método abstrato utilizado na Alemanha e Inglaterra, em que, com supedâneo no que se podia razoavelmente esperar, dentro do curso normal dos eventos, leva-se em conta o preço médio de mercado para se calcular os ganhos que o bem poderia produzir a seu proprietário, durante o período que esteve parado⁴⁶³.

Com relação a esta situação na qual o bem é empregado para fins econômicos, no direito brasileiro, os prejuízos decorrentes de sua temporária inutilização resultam em lucros cessantes, espécie esta que, no caso, abrange o dano de privação de uso, já que em bens destinados à exploração do capital, o prejuízo

⁴⁶¹ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice, op. cit., p. 254-257.

⁴⁶² Nas hipóteses em que a coisa se destina a fins econômicos, não haveria se falar em privação de uso propriamente dita, mas sim de privação de gozo ou fruição, pois o que se pretende é a extração de frutos e não sua utilização.

⁴⁶³ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice, op. cit., p. 254-257.

referente à sua não utilização encontra-se embutido no que se deixou razoavelmente de ganhar.

Pelo fato de os mencionados bens comporem os meios de produção, o valor de seu uso fará parte dos respectivos custos do empreendimento, o que, então, será levado em consideração na fixação dos preços praticados e, por via de consequência, nos próprios dos lucros obtidos.

Desse modo, caso se fizesse possível a incidência conjunta de lucros cessantes e prejuízo decorrente da privação de uso, haveria verdadeiro *bis in idem*, porquanto o valor do último, além de ser pago autonomamente, também seria considerado na estipulação do primeiro, ainda que implicitamente.

Outra circunstância, conforme acima mencionado, refere-se à privação de uso de bens não destinados à finalidade financeira, utilizados, apenas, para satisfação de necessidades ou promoção de maiores confortos e facilidades (privação de uso propriamente dita). Em hipóteses tais, seria a privação de uso indenizável? Geraria, efetivamente, prejuízo ressarcível? Tolher o titular da coisa, ainda que momentaneamente, das potencialidades que seu uso promove tem o condão de fazer surgir algum dano-prejuízo?

No caso, a grande dificuldade de solução encontra-se nas situações em que não se faz possível a aplicação do critério patrimonial referente à teoria da diferença, ou seja, nas circunstâncias nas quais o lesado deixou de substituir, onerosamente, o bem temporariamente indisponível (ex. a pessoa que tem o automóvel abalroado e, durante o período de conserto, não realiza a locação de outro veículo)⁴⁶⁴.

Isso porque, quando o bem foi substituído por meio da realização de despesas, afigura-se mais fácil identificar o prejuízo, porquanto, na hipótese, este refletirá os valores desembolsados a título de aluguel, devendo-se, apenas, corrigir eventuais desproporções⁴⁶⁵ (exemplo de desproporção pode ser visualizado no caso

⁴⁶⁴ Nesse sentido, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão: “O problema que, no entanto, coloca este tipo de danos diz respeito à dificuldade de aplicação do critério patrimonial resultante da teoria da diferença, expressa no art. 566º, nº 2, no caso em que o lesado não suportou despesas em virtude da privação, porque, por exemplo, não procedeu à locação de um veículo em substituição ou à contratação de outra viagem. (LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes. *Direito das obrigações*. vol. 1 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 301).

⁴⁶⁵ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice, op. cit., p. 254-257.

em que o lesado faz a locação de veículo cujo valor é manifestamente superior ao temporariamente inutilizado).

Já nas hipóteses em que inexistiu substituição, e, por conseguinte, não foi realizado nenhum tipo despesa, há grande controvérsia acerca da ocorrência ou não de efetivos prejuízos, bem como de sua natureza.

No direito português, conforme esclarece António Santos Abrantes Gerales⁴⁶⁶, três foram as posições adotadas pela jurisprudência sobre o tema, mais especificamente no que tange à privação de uso de veículo.

A primeira delas aponta para a ideia de que a privação de uso consiste em danos morais, visto que a impossibilidade de desfrutar do veículo, forçadamente imobilizado, impede o lesado de fazer o que quiser com aquilo que é seu, bem como de passear ou de usufruir do seu lazer, de modo tão mais sensível quanto o tempo de duração da indisponibilidade⁴⁶⁷.

A segunda corrente perfilha a orientação de que a mera privação de uso, sem a devida comprovação da repercussão negativa no patrimônio do lesado, ou seja, que não produza dano específico e concreto, não é suscetível de gerar a obrigação de indenizar⁴⁶⁸. Em outras palavras, a simples privação de uso, por si só, não constitui dano indenizável⁴⁶⁹.

A terceira e última posição direciona-se no sentido de admitir que a mera privação de uso traduz um dano autônomo da natureza patrimonial, ainda que não existam provas de prejuízos concretos e quantificados, devendo-se realizar o

⁴⁶⁶ GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da responsabilidade civil: indemnização do dano da privação de uso*. vol. 1. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 41-59.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 41-42.

⁴⁶⁸ Nesse sentido, o seguinte aresto do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal: “I – A privação do uso do veículo, por parte do seu proprietário, em virtude de acidente de viação, só é reparável, se aquele provar, como é ónus do lesado, quais os danos em concreto que derivaram daquela privação. [...] Que a privação do uso integra uma ofensa do direito de propriedade, disso não temos dúvidas. No entanto, como é sabido, a ofensa de um direito só funda a indemnização por dano patrimonial, se este concretamente se verificar. A simples privação do uso não é, só por si, uma lesão económica. [...]” (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 08B2662. Relator: Bettencourt de Faria. Data do acórdão: 30/10/2008).

⁴⁶⁹ GERALDES, António Santos Abrantes, *op. cit.*, p. 43-45.

ressarcimento com recurso à equidade.⁴⁷⁰ O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal possui recentes julgados nesse sentido⁴⁷¹.

O mencionado autor português adota esta última orientação, sob a fundamentação de que, dentre outros argumentos, a utilização dos bens está inserida no rol de interesses patrimoniais e que o mero uso constitui uma vantagem aferível economicamente, além de o patrimônio conferir certo espaço de liberdade para seu titular dispor das coisas como bem entender, devendo ser valorada, então, a indisponibilidade gerada. Afirma, ainda, que a diferença entre a total destruição da coisa e sua privação temporária é meramente quantitativa, já que a própria substância do direito de propriedade estará sendo atingida⁴⁷².

Nessa direção, acrescenta Luís Manuel Teles de Menezes Leitão⁴⁷³, ao tratar do tema e constatar que esta parece ser a atual posição dominante da jurisprudência portuguesa: “É manifesto, no entanto, que a conduta poupadora de despesas por parte do lesado não pode servir para obstar à indenização do dano verificado, havendo por isso que proceder ao seu cálculo em termos reais”.

Por outro lado, Paulo Mota Pinto⁴⁷⁴ alerta que, não obstante tratar-se da posição dominante a possibilidade de indenização nos casos de privação de uso, a doutrina não tem se aprofundado acerca do problema de saber se há de se avaliar a possibilidade de utilização concreta do bem ou se se está diante de uma indenização

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p. 45 a 59.

⁴⁷¹ Exemplificativamente: “[...] III - A privação do uso de um veículo automóvel, em resultado de danos sofridos na sequência de um acidente de viação, constitui um dano autónomo, indemnizável na medida em que o seu dono fica impedido do exercício dos direitos de usar, fruir e dispor, inerente à propriedade que o art. 1305.º do CC lhe confere, bastando para o efeito que o lesado alegue e demonstre, para além da impossibilidade de utilização do bem, que esta privação gerou perda de utilidades que o mesmo lhe proporcionava. IV - Do património faz também parte o ‘direito de utilização das coisas próprias’, constituindo a privação do uso do veículo um dano patrimonial e, como tal, indemnizável. V - Só assim não será se houver lugar à reconstituição natural, mediante, por exemplo, a colocação à disposição do lesado de um veículo de substituição durante o período de tempo necessário, ou provando-se que a perda da possibilidade de utilizar a viatura sinistrada é imputável ao próprio lesado, designadamente, por inércia ilegítima na sua reparação. [...]” (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 13804/12.2T2SNT.L1.S1, 7ª Secção, Relatora: Fernanda Isabel Pereira, Data do Acórdão: 09/07/2015).

⁴⁷² GERALDES, António Santos Abrantes, op. cit., p. 59-91.

⁴⁷³ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes, op. cit., p. 301.

⁴⁷⁴ PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. vol. 1. Coimbra: Coimbra Ed., 2008, p. 572-573.

averiguada de modo abstrato, resultante da mera afetação da possibilidade de utilização, como faculdade do proprietário.

Este mesmo autor reconhece que na generalidade dos países europeus, a posição prevalecente dirige-se no sentido da concessão da indenização por simples privação de uso, ainda que inexistam provas de outros prejuízos patrimoniais, mas isso, em suas palavras, “não significa que baste a faculdade abstracta de utilização, ignorando-se a concreta vontade ou possibilidade de utilização da coisa, por si próprio ou interposta pessoa”⁴⁷⁵.

No direito brasileiro, a questão ainda não atraiu maior atenção doutrinária, embora a jurisprudência tenha se defrontado com a tese por diversas vezes. Dentre as hipóteses mais corriqueiras, encontram-se a privação de uso de veículo (seja em razão de sinistro, seja por defeito ou falta de reposição de peças), a privação de uso de imóvel não entregue em data determinada e a complexa questão referente à privação de uso de coletivos urbanos, propriedade de companhias de transporte que possuam frota reserva destinada à substituição.

José Mauricio Conti⁴⁷⁶, ao tratar do problema referente aos veículos que permanecem parados nas concessionárias por defeito de fabricação, impossibilitando sua utilização pelos consumidores adquirentes, assim se manifesta: “Diante disto, só uma conclusão se mostra justa: o indivíduo terá direito a uma indenização correspondente ao aluguel de um veículo igual ou equivalente ao seu, independentemente de ter efetivamente desembolsado a quantia”.

O autor entende que a impossibilidade de utilização do veículo por determinado período é causa de danos de ordem extrapatrimonial, porquanto a vida de relação da pessoa é diretamente atingida, já que esta tem suas atividades habituais prejudicadas, tal como ocorre com a pessoa que normalmente desloca-se para seu emprego, confortavelmente, por meio de carro luxuoso, com ar condicionado, etc., e tem de, por certo lapso temporal, passar a utilizar de coletivos urbanos lotados, tomando chuva, permanecendo em pé durante o trajeto, etc.⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ Ibidem, p. 591.

⁴⁷⁶ CONTI, José Mauricio. Direito do consumidor: indenização por veículo parado em concessionária. *Revista do Advogado*. n. 49, p. 47-54, dez/1996, p. 51.

⁴⁷⁷ Ibidem, p. 50-52.

Nesse sentido parece dirigir-se a jurisprudência acerca do tema, considerando existir dano extrapatrimonial na hipótese de privação de uso de veículo não substituído, em virtude dos transtornos normalmente ocasionados⁴⁷⁸. Consigne-se, no entanto, que nos casos de privação de uso de imóvel não entregue no prazo convencionado, a jurisprudência segue padrão diverso, concedendo, ordinariamente, indenização a título de danos patrimoniais consistente no valor estimado do aluguel e, excepcionalmente, caso existam circunstâncias específicas justificadoras, indenização por danos extrapatrimoniais⁴⁷⁹.

Conforme mencionado, outra difícil questão enfrentada envolvendo a privação de uso refere-se à momentânea inutilização de determinado veículo de transporte coletivo, em razão de ato ilícito, nas hipóteses em que a companhia de transporte possua frota reserva, que, prontamente, substitua o veículo temporariamente indisponível, impedindo, assim, que se deixe de prestar o serviço no período destinado ao conserto.

Neste específico caso, o ponto central do problema está em saber se há alguma espécie de prejuízo decorrente da privação de uso isoladamente considerada, já que o serviço permaneceu sendo realizado normalmente (perceba-se que, conforme todo o presente item, não se questionam os danos emergentes referentes ao conserto do veículo).

⁴⁷⁸ Exemplificativamente: “[...] Daí por que, privado do uso de seu *veículo* por mais de dois meses em razão da demora injustificada no fornecimento da peça de reposição necessária à manutenção, o dano moral mostra-se configurado. [...]” (TJSP. Processo: 1025791-81.2014.8.26.0577. Relator(a): Adilson de Araujo. Data do julgamento: 02/02/2016). “[...] 3. No caso concreto, o veículo do autor permaneceu na concessionária por mais de quatro meses sob a alegação de inexistência de peça para efetuar o reparo necessário. Desídia da recorrente que ocasionou enormes transtornos ao autor, ultrapassando a esfera do mero aborrecimento Fatos que justificam a reparação civil pelos danos morais efetivamente sofridos. [...]”. (BRASIL. TJSP. Processo: 1003672-24.2014.8.26.0223. Relator(a): Kenarik Boujikian. Data do julgamento: 31/07/2015).

⁴⁷⁹ Nesse sentido: “INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Compromisso de compra e venda de imóvel - [...] Atraso na conclusão da obra, já computado o prazo de tolerância - Culpa da ré/alienante pelo retardamento reconhecida – Obrigação da ré de indenizar os compradores pela privação do uso do imóvel no período da mora na entrega da unidade, considerado o termo final, no caso, a cessão realizada, ausente prova da efetiva entrega das chaves – Fixação em 0,5% ao mês sobre o valor atualizado do bem - Inviabilidade de aplicação de multa contratual não prevista em contrato - Além de configurar bis in idem, esta pressupõe estrita previsão legal ou contratual, sendo descabida sua aplicação analógica ou por interpretação extensiva – Danos morais - Inocorrência - O descumprimento do contrato pela vendedora no que tange à data da entrega da unidade, não gera, por si só, a ocorrência de dano moral indenizável - Necessidade de particularidades excepcionais que possam denegrir a honra e a dignidade dos adquirentes – Sentença mantida – Recursos desprovidos”. (BRASIL. TJSP. Processo: 0139230-34.2012.8.26.0100. Relator(a): Salles Rossi. Data do julgamento: 11/02/2016).

Acrescente-se, ainda, que, em regra, os contratos de concessão desta espécie de serviço exigem que as companhias possuam frota reserva, para os casos de eventuais indisponibilidades dos veículos principais (ex. defeito, abalroamento, etc.), já se achando embutido no preço das passagens, então, o seu custo.

A situação é deveras intrincada, pois caso se entenda pela inexistência de prejuízos efetivos e concretos, pelo fato de a empresa continuar obtendo normalmente a renda oriunda das passagens, além de não ter de desembolsar nenhum valor a mais para a substituição dos veículos, visto que possui frota reserva, cujos custos já se acham inseridos nos preços realizados, não se revelariam presentes os lucros cessantes, nem mesmo os danos emergentes.

Por outro lado, não se pode desconsiderar que a companhia de transporte permaneceu despossada de automóvel de sua titularidade, impossibilitada de utilizá-lo conforme bem pretendesse durante o lapso temporal imprescindível ao conserto. Houve limitação involuntária ao seu direito de propriedade, e, como reflexo, à liberdade que este oportuniza.

O Superior Tribunal de Justiça, ao se deparar com o tema, sedimentou sua jurisprudência no sentido da existência de prejuízos patrimoniais, na subespécie lucros cessantes. Dentre os fundamentos utilizados para desaguar na indigitada conclusão, argumentou-se que não se exige sejam os lucros cessantes certos, bastando que sejam razoáveis ou potenciais⁴⁸⁰, além de a frota reserva possuir um custo suportado pela pessoa jurídica lesada⁴⁸¹, e os veículos de substituição se

⁴⁸⁰ "DIREITO CIVIL. ACIDENTE DE VEICULOS. LUCROS CESSANTES. CABIMENTO. DOUTRINA. PRECEDENTE DO STF. RECURSO NÃO CONHECIDO. I- A expressão "o que razoavelmente deixou de lucrar", constante do art. 1.059 do código civil, deve ser interpretada no sentido de que, ate prova em contrario, se admite que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom senso diz que lucraria, existindo a presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo em vista os antecedentes. II- O simples fato de uma empresa rodoviária possuir frota de reserva não lhe tira o direito aos lucros cessantes, quando um dos veículos sair de circulação por culpa de outrem, pois não se exige que os lucros cessantes sejam certos, bastando que, nas circunstancias, sejam razoáveis ou potenciais". (BRASIL. STJ. REsp 61512 / SP. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. DJ 01/12/1997)

⁴⁸¹ "CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. LUCROS CESSANTES. EMPRESA TRANSPORTADORA. FROTA DE RESERVA. A empresa de transporte de passageiros que, em razão de acidente de trânsito, coloca em serviço um veículo de sua frota de reserva, tem, mesmo assim, direito aos lucros que resultariam do uso daquele que foi sinistrado. Recurso especial conhecido e provido". (BRASIL. STJ. REsp 137510 / DF. Ministro ARI PARGENDLER. TERCEIRA TURMA. DJ 01/10/2001).

destinarem ao atendimento da demanda, isto é, à condução da população e não à amenização da indenização, em caso de sinistro⁴⁸².

Gisela Sampaio da Cruz Guedes⁴⁸³, ao analisar a questão, opõe-se à conclusão alcançada pela Corte Superior, explicitando: “o fato é que não faz o menor sentido enquadrar no âmbito dos lucros cessantes prejuízos dessa índole”.

Na visão da autora, quando uma transportadora tem um de seus veículos abalroados, para que se verifique a possibilidade da existência de lucros cessantes, deve-se averiguar até que ponto deixou de cumprir seus serviços, a fim de se estipular o montante que efetivamente deixou de perceber, situação esta não verificada na hipótese de frota reserva, apta a substituir integralmente os veículos tirados de circulação⁴⁸⁴. Quando muito, poder-se-ia cogitar de uma nova espécie de dano, conforme realizado pelo direito português ao consagrar o dano de privação de uso, mas nunca se utilizar, equivocadamente, da figura dos lucros cessantes⁴⁸⁵.

A substituição regular dos veículos impede o surgimento dos lucros cessantes, porquanto, efetivamente, não existirá nenhuma perda de lucros presentes ou futuros. O contrato continuará sendo cumprido, com as respectivas rotas de transporte e venda de passagens. Em circunstâncias tais não se pode presumir frustração de ganhos, visto que não se está diante de dificuldade probatória acerca do montante eventualmente obstado, mas sim de pura ausência de lucros sobrestados.

Na eventualidade de existir a comprovada interrupção da prestação dos serviços, ainda que a companhia de transportes possua frota reserva, mostrar-se-á factível valer-se da alegação de que se deixou de ganhar algo, da existência de prejuízos consistentes nos lucros cessantes.

⁴⁸² BRASIL. STJ. AREsp 668067. RELATOR : MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Publicação: 17/03/2015.

⁴⁸³ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 158.

⁴⁸⁴ Ibidem, p. 158.

⁴⁸⁵ Nas palavras da autora: “Poder-se-ia, quando muito, aventar aí uma nova categoria de dano - como fez o direito português, ao cogitar do chamado ‘dano de privação de uso’ -, com todos os problemas daí decorrentes, mas nunca utilizar o mecanismo da presunção, que tem por objetivo facilitar a prova do dano, para enquadrar na moldura dos lucros cessantes um eventual prejuízo que nada tem a ver com esta faceta do dano patrimonial” (Ibidem, p. 158).

Isso não quer dizer, contudo, que na primeira hipótese inexistam prejuízos aferíveis economicamente. A inutilização do patrimônio de outrem, ainda que temporária, reflete prejuízo real, cuja essência se acha na privação involuntária de se utilizar daquilo que se empregou recursos para obter. Em todo e qualquer bem há um valor empregado, imobilizado, que justamente ali está aplicado para, por meio de sua utilização, alargar-se o conjunto de possíveis realizações de seu titular.

A retirada dessa possibilidade de uso acarreta necessariamente uma diminuição no potencial de oportunidades antes disponíveis e que somente se achavam acessíveis porque se empregara determinado valor para a aquisição do bem. Ao se permanecer privado da coisa, e por via de consequência, da amplitude de utilidades que ela proporciona, deixa de existir, ainda que por determinado período, a razão substancial pela qual se imobilizou determinada quantia, que poderia muito bem ser destinada a outras necessidades e, por que não, na obtenção de outros ganhos.

O fato de se ter algo possui um custo intrínseco, referente ao próprio capital imobilizado, que ali somente permanece aplicado porque as utilidades proporcionadas pela coisa interessam a seu titular mais do que o valor isoladamente considerado.

A ilação é corroborada ao se analisar o custo de se possuir um veículo. Gradualmente, o valor inicialmente despendido para sua aquisição é diminuído, em razão de sua contínua desvalorização pelo tempo - ex. paga-se R\$ 60.000,00 por um automóvel que, ainda que devidamente conservado, em 05 anos passará a valer R\$ 30.000,00, refletindo um custo mensal de R\$ 500,00. Além disso, haveria o possível retorno financeiro, caso o dinheiro, em vez de se achar imobilizado no bem, fosse empregado em determinada aplicação financeira.

O indigitado exemplo demonstra a existência de um dispêndio contínuo para se possuir bens, que justificam as despesas justamente pelas facilidades, suprimentos e possibilidades que proporcionam. Retiradas tais utilizações, em razão da indisponibilidade do bem, não há mais supedâneo ou motivos para que se continuem os custos de manutenção, que passam a constituir prejuízos certos.

Portanto, a simples privação de uso apresenta-se como apta a fazer surgir danos indenizáveis, constituindo o valor de locação um padrão equânime de quantificação, porquanto, além de se balizar conforme os preços praticados no

mercado, também permitem uma maior ou menor valoração, conforme o período de inutilização⁴⁸⁶.

Impende advertir, contudo, que a depender das consequências da privação de uso sobre a pessoa lesada, poderá existir, igualmente, danos de natureza extrapatrimonial, visto que, além do prejuízo patrimonial, já amplamente demonstrado, poderão ladear prejuízos não econômicos (ex. pessoa com deficiência, cujo carro adaptado é sinistrado e, em razão disso, não consegue realizar parte do tratamento).

Desse modo, conclui-se que a privação de uso faz parte do dano-evento e, caso sejam verificados os demais pressupostos da responsabilidade civil, produzirá dano-prejuízo de natureza patrimonial e, possivelmente, mas de modo excepcional, a depender das circunstâncias concretas e dos reflexos ocasionados na pessoa da vítima, danos extrapatrimoniais, não constituindo, portanto, um terceiro gênero de prejuízo.

4.3 DA PERDA DE UMA CHANCE

No presente item, não se pretende realizar uma profunda análise acerca dos limites teóricos e jurisprudenciais que balizam o tema, mas sim demonstrar que a responsabilidade civil pela perda de uma chance, apesar de refletir a tendência de expansão de danos indenizáveis⁴⁸⁷, não constitui nova modalidade de dano, estranha aos prejuízos patrimoniais ou extrapatrimoniais⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ Conforme o ensino de Geneviève Viney e Patrice Jourdain, parte da jurisprudência estrangeira vale-se de critérios abstratos para valoração concreta, no caso de privação de uso. Nos Estados Unidos e Alemanha, os tribunais referem-se, em regra, ao preço normal de locação de um bem semelhante, enquanto na Inglaterra decidiu-se, algumas vezes, por se arbitrar uma soma correspondente a um interesse de aproximadamente 5% do valor total do bem imobilizado. Embora a jurisprudência francesa não tenha tido oportunidade de tomar partido acerca do problema, apoiam os autores que ela se filie ao primeiro método (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice, op. cit., p. 255).

⁴⁸⁷ Nesse sentido, Fernando Noronha: “[...] a possibilidade de reparação de danos relativos a chances perdidas é um dos aspectos em que se revela o fenômeno contemporâneo da expansão dos danos suscetíveis de reparação [...]”. (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 704).

⁴⁸⁸ Conforme a lição de Daniel Amaral Carnaúba: “[...] em vez constituir uma espécie de prejuízo, a perda de uma chance seria mais bem definida como uma técnica decisória, que, por meio do deslocamento da reparação, visa superar as insuficiências da responsabilidade civil diante dos conflitos envolvendo a lesão a interesses aleatórios”. (CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 20-21).

A grande complexidade que revolve a questão está no fato de se buscar a reparação diante de eventos aleatórios, que se esbarram frontalmente em dois requisitos da responsabilidade civil, quais sejam, o dano, no que tange à certeza do prejuízo⁴⁸⁹, e o nexo causal, no que se refere à exigência de a conduta do agente ser um antecedente necessário ao resultado, verdadeira condição imprescindível⁴⁹⁰.

Imagine-se o caso de um advogado que deixa de interpor o recurso ou ajuizar a ação no prazo devido, com a conseqüente sucumbência ou prescrição da pretensão do cliente; do jóquei que é impedido de competir em razão de defeito no transporte dos cavalos; do candidato que não compareceu à última prova do concurso, por motivo de atraso no voo, provocado pela companhia aérea; do paciente que morre, mercê de não haver recebido o remédio adequado no momento mais apropriado, etc.

Não há dúvidas de que a oportunidade perdida, quando séria e relevante, consubstancia um interesse que deve ser tutelado pelo direito. Em outras palavras, a chance possui valor⁴⁹¹. Não por outro motivo, sem que exista nenhuma garantia de êxito, as pessoas despendem quantias na compra de bilhetes e cartões de sorteios; em apostas relacionadas a jogos; nos mais variados e inovadores tratamentos de saúde; na contratação de advogados e pagamento de custas para o ajuizamento de ações; na inscrição e realização de concursos, etc. O simples fato de não se saber, exatamente, se a vítima alcançaria o benefício final não retira, por completo, o valor da chance.

Ocorre, contudo, que, depois de interrompida a cadeia causal pelo ato ilícito, impedindo-se, definitivamente, a obtenção do proveito final, não se pode afirmar com certeza que este seria alcançado. O dano final, a perda da própria vantagem pretendida, carece do requisito certeza. Na hipótese de inexistir o evento danoso, em que situação se acharia a vítima? Ainda que chegasse a tempo, seria o candidato

⁴⁸⁹ LE TORNEAU, Philippe; CADIET, Loïc, op. cit., p. 373-376.

⁴⁹⁰ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne, op. cit., p. 287-289.

⁴⁹¹ “Esse tipo de chance perdida possui um valor próprio. Assim, um bilhete de loteria representa nada mais do que a chance de ganhar determinado prêmio, e não se questiona que ele tenha determinado preço. É verdade que nem sempre é tão fácil de se determinar o valor da chance perdida, mas isso não pode ser motivo para se negar a indenização de um dano existente”. (SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 14).

aprovado no concurso? O jóquei ganharia a prova, caso os cavalos fossem adequadamente transportados? Não se pode afirmar. O dano final é hipotético⁴⁹².

Em razão disso, diante do valor inerente à chance e da impossibilidade de se indenizar o dano final, em virtude da ausência de certeza do prejuízo, a jurisprudência e doutrina francesas, de modo pioneiro, passaram a adotar a técnica de deslocamento do objeto da reparação, em que se deixa de analisar o dano final (a perda da vantagem pretendida), para se avaliar o momento antecedente, referente à própria chance de se atingir a vantagem final⁴⁹³.

Desse modo, o que se pretende indenizar não é o eventual e hipotético dano final, a perda da vantagem que se esperava lograr (nos exemplos acima citados, a aprovação no concurso, a vitória na competição de cavalos, o bom êxito na ação judicial, etc.), mas sim o certo e concreto dano antecedente, a perda da própria chance, ou seja, a frustração da oportunidade de se alcançar o benefício desejado.

Nesse sentido, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino⁴⁹⁴ explicita que na perda de uma chance: “há também prejuízo certo, e não apenas hipotético, situando-se a certeza na probabilidade de obtenção de um benefício frustrado por força do evento danoso. Repara-se a chance perdida, e não o dano final”.

Impende destacar, que não obstante se reparar o prejuízo referente à chance propriamente dita, esta não se acha desvinculada, absolutamente, do dano final, porquanto, para que possa existir, faz-se necessário que a vantagem final esteja peremptoriamente frustrada⁴⁹⁵.

Não se podem indenizar, a título de chance perdida, situações em que o benefício pretendido ainda permanece apto à realização. Nas palavras de Daniel

⁴⁹² “Como se vê, o dano final, que se contrapõe ao da perda da chance, poderá ser tido como presente ou futuro, mas nunca passará de um dano meramente hipotético, eventual, incerto”. (NORONHA, Fernando, op. cit., p. 703).

⁴⁹³ CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. In: *Doutrinas essenciais de dano moral*. Vol. 1/2015. p. 1285-1315. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jul/2015, p. 1295.

⁴⁹⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, op. cit., p. 167.

⁴⁹⁵ “Disso decorre que a perda de chance de obter um resultado jamais será independente ou autônoma em relação à perda desse resultado. De forma mais precisa, poderíamos afirmar que a lesão a um interesse aleatório é uma lesão subordinada, cuja existência não deixa de ser uma expressão atenuada da perda da vantagem em jogo”. (CARNAÚBA, Daniel Amaral, op. cit., p. 130).

Amaral Carnaúba⁴⁹⁶: “O direito à reparação da chance surge apenas com a perda irreversível da vantagem final”. Basta lucubrar na hipótese de o cavalo não ser transportado a tempo da corrida e esta ser adiada por excesso de chuvas no dia agendado, oportunizando, assim, a participação do jôquei ausente.

Além disso, o montante da indenização consistirá, em regra, na aplicação percentual da possibilidade de êxito (chance), averiguada estatisticamente, sobre o valor da vantagem final⁴⁹⁷.

Há que se registrar, ainda, a existência de divergência doutrinária no que se refere à natureza jurídica da perda de uma chance nas hipóteses em que o processo aleatório não seja interrompido, resultando na frustração da oportunidade de se evitar um prejuízo. Trata-se de modalidade diversa das proposições acima mencionadas, nas quais há interrupção definitiva da cadeia causal, que impossibilita definitivamente o alcance do benefício pretendido⁴⁹⁸.

Este novo modelo abrange questões geralmente associadas à seara médica, nas quais, em virtude da falta de tratamento ou de sua condução inadequada, o paciente não obtém a cura, que se mostrava possivelmente alcançável caso os médicos atuantes se utilizassem dos métodos mais consentâneos.

Flávio da Costa Higa aponta que na perda de uma chance “típica” (também denominada clássica), o liame causal entre o evento danoso e a própria frustração da oportunidade é plenamente estabelecido (a álea, no caso, está no dano final). Já na perda de uma chance “atípica” (em que a álea se acha no nexos de causalidade), não sendo possível determinar estritamente o nexos causal, mas se sabendo que a conduta do agente pode ter contribuído para a causação do dano final, “procura-se reparar o

⁴⁹⁶ Ibidem, p. 131.

⁴⁹⁷ “O montante indenizatório também não deve ser correspondente ao total do benefício que possivelmente ocorreria ou das perdas que poderiam ser evitadas. Na estipulação de tal montante, deve ser levada em conta a probabilidade que tal sucedesse, sendo indenizado o percentual de que foi privada a vítima [...]”. (SEVERO, Sérgio, op. cit., p. 11 e 12).

⁴⁹⁸ Sintetizando a questão, Fernando Noronha explicita: “A classificação fundamental na matéria da responsabilidade pela perda de chances é resultante da bipartição, que desde o início vimos fazendo, entre frustração da chance de obter uma vantagem futura (se tiver havido interrupção de um processo vantajoso que estava em curso) e frustração da chance de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido (se não tiver havido interrupção de um processo danoso em curso)”. (NORONHA, Fernando, op. cit., p. 713).

dano a partir da fixação do percentual de probabilidades que o ato ofensor concorreu para a ocorrência do prejuízo⁴⁹⁹.

Com supedâneo na doutrina de Jacques Boré, adepto da possibilidade de utilização do conceito de causalidade parcial, tendo em vista a circunstância de que o fator aleatório sempre estaria presente em qualquer processo causal, Rafael Peteffi da Silva propugna que nos casos em que o processo aleatório fosse completamente interrompido, com a frustração definitiva da vantagem pretendida, a perda de uma chance, denominada clássica, estaria ligada à ideia da chance como dano específico e autônomo, e nas hipóteses cujo processo aleatório chegou até o final e a conduta do agente retirou parte das possibilidades de a vítima obter a vantagem esperada, a chance estaria vinculada à noção de causalidade parcial⁵⁰⁰.

A aplicação da causalidade parcial decorre da grande dificuldade de se identificar qual o fator determinante ao prejuízo final, se a evolução natural da enfermidade, que, independentemente do tratamento, desenvolver-se-ia infrene, ou se o inadequado procedimento médico, que, caso tivesse sido apropriado, oportunizaria à vítima uma melhor condição.

Críticas existem em torno da utilização deste abrandamento da causalidade, sob os argumentos de que, dentre outros, ele seria na verdade uma dissimulação da hesitação dos tribunais sobre o real nexos de causalidade, tratando-se de um artifício que por vezes confere indenizações diante de um percentual muito pequeno de chance ou deixa de conceder a reparação integral, quando na presença de chances muito elevadas. Além disso, seria necessário avaliar se o erro médico não tem por consequência a aparição ou agravamento de um risco, em vez da perda de uma chance, o que resultaria na reparação integral da vítima e não na indenização meramente parcial⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil. A perda de uma chance no direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 182.

⁵⁰⁰ Nas palavras do autor: “Também seria correto afirmar que todas as vezes que o processo aleatório em que se encontrava a vítima é interrompido, com a perda definitiva da vantagem esperada e a total aniquilação das chances da vítima, está-se diante de chances perdidas como dano específico e autônomo. Porém, quando o processo aleatório chegou até o final, como costuma acontecer na seara médica, a noção de causalidade parcial é chamada a depor”. (SILVA, Rafael Peteffi da, op. cit., p. 106).

⁵⁰¹ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne, op. cit., p. 148 e 149.

Na doutrina brasileira, Sérgio Savi⁵⁰², Miguel Kfoury Neto⁵⁰³ e Flávio da Costa Higa⁵⁰⁴ perfilham o mesmo entendimento de Rafael Peteffi da Silva, no sentido de que a perda da chance de se evitar um prejuízo se trata de um problema de causalidade.

Fernando Noronha, por sua vez, embora elaborando classificação semelhante, entende que a perda de uma chance, seja de qual hipótese se tratar, está relacionada ao conceito de dano⁵⁰⁵. O autor biparte a responsabilidade pela perda de uma chance em frustração da chance de obter uma vantagem futura (perda de uma chance clássica) e frustração da chance de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido, subdividindo esta segunda modalidade em perda de chances pelo fato de outrem e perda da chance pelo próprio lesado, em razão da falta de informação⁵⁰⁶.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça inclina-se no sentido dessa última posição, adotando o entendimento de que, embora exista controvérsia no ponto, nos casos de erro médico a chance pode ser considerada um bem autônomo, prescindindo-se da utilização da teoria da causalidade parcial⁵⁰⁷.

Cumprе consignar que, não obstante a divergência apontada quanto à natureza da segunda modalidade, nos casos em que inexistir dúvida acerca do nexo causal entre a conduta médica inadequada e o prejuízo experimentado pela vítima

⁵⁰² SAVI, Sérgio. *Responsabilidade pela perda de uma chance*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 5.

⁵⁰³ KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 111.

⁵⁰⁴ “Nesses casos, o recurso à teoria da perda de uma chance representa solução de justiça, que não condena na totalidade do dano sem ‘certeza’ do nexo causal, mas também não deixa impune o réu que praticou um ato ilícito que contribuiu, com relevante probabilidade, para o evento danoso”. (HIGA, Flávio da Costa, op. cit., p. 178).

⁵⁰⁵ NORONHA, Fernando, op. cit., p. 712.

⁵⁰⁶ Ibidem, p. 713.

⁵⁰⁷ “Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerada um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional”. (BRASIL. STJ. REsp 1.254.141 / PR. Ministra NANCY ANDRIGHI. TERCEIRA TURMA. DJe 20/02/2013). Nesse mesmo sentido: “No tocante à tese de que não se aplica ao presente caso a chamada ‘Teoria da Perda de Uma Chance’, não assiste razão à agravante, posto ser plenamente cabível, ainda que se trate de erro médico, acolher tal teoria para reconhecer a obrigação de indenizar quando verificada, em concreto, a perda da oportunidade de se obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo decorrente de ato ilícito praticado por terceiro. Em tais situações, a chance deve ser analisada com um bem autônomo, em si, prescindindo-se, da comprovação de que o dano efetivamente decorreu do ato ilícito. Basta, portanto, que esteja configurada a perda concreta de uma chance de se evitar o dano, de fato, ocorrido”. (BRASIL. STJ. AgRg no AREsp 553.104 / RS. Ministro MARCO BUZZI. QUARTA TURMA. DJe 07/12/2015).

(dano final), seja em razão da aplicação da teoria da causalidade adequada⁵⁰⁸, seja em virtude da existência de presunções, não se deverá fazer uso da responsabilidade pela perda de uma chance, mas se indenizar integralmente o lesado⁵⁰⁹.

É necessário mencionar, ainda, que nem toda oportunidade frustrada engendrará o dever de indenizar, mas apenas e tão-somente aquelas que se revelarem suficientemente sérias e reais⁵¹⁰. Esperanças puramente eventuais, tais como a perda da chance de se casar, quando nem sequer existia noivado, ou de se obter um contrato, em circunstâncias cujas tratativas não estivessem bastante avançadas, não resultam na responsabilidade por perda de chances. A exigência do caráter real e sério da oportunidade perdida constitui uma proteção assaz eficiente contra o abuso na utilização da desta noção⁵¹¹.

Nesse exato sentido direciona-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que acolheu a teoria por perda de chance tanto na responsabilidade contratual quanto extracontratual, “desde que séria e real a possibilidade de êxito, o que afasta qualquer reparação no caso de uma simples esperança subjetiva ou mera expectativa aleatória”⁵¹².

Deve-se alertar, contudo, que chances sérias e reais não são somente aquelas que reflitam um grau de probabilidade de obtenção de êxito superior a 50%⁵¹³, mas sim aquelas que representem um interesse significativo da vítima, em que existam provas concretas de que a chance era estimada por esta e que sua perda consiste numa lesão efetiva a seu interesse⁵¹⁴.

⁵⁰⁸ “Obviamente não terá cabimento invocar o instituto da perda de chances se for possível afirmar que o dano final, à luz da teoria da causalidade adequada (ou de outra que porventura se tiver como preferível), foi resultado unicamente do fato antijurídico ocorrido” (NORONHA, Fernando, op. cit., p. 697).

⁵⁰⁹ “Dessa forma, conclui-se que a teoria da perda de uma chance, nos casos em que o processo aleatório foi até o seu final, sempre deveria constituir-se em uma opção subsidiária, utilizada somente após esgotar as possibilidades da utilização ortodoxa do nexos causal”. (SILVA, Rafael Peteffi da, op. cit., p. 259).

⁵¹⁰ LE TORNEAU, Philippe; CADIET, Loïc, op. cit., p. 371.

⁵¹¹ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne, op. cit., p. 146.

⁵¹² BRASIL. STJ. REsp 614.266. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. TERCEIRA TURMA. DJe 02/08/2013.

⁵¹³ No sentido de que se faz necessária a comprovação de percentual superior a 50%, para que surja o dever de indenizar a perda de uma chance, encontra-se a posição de Sérgio Savi (SAVI, Sérgio, op. cit., p. 112-113).

⁵¹⁴ CARNAÚBA, Daniel Amaral, op. cit., p. 127-128.

Não se mostra razoável que somente chances com percentual elevado de probabilidade possam ser indenizadas, porquanto muitas oportunidades que se apresentam com baixa probabilidade de êxito representam possibilidades concretas, reais. Além disso, não se afigura coerente indenizar a perda de chance de modo não integral (100%), utilizando-se do percentual de probabilidade obtido, quando este for superior a 50%, e não se indenizar absolutamente nada (0%) quando o percentual for inferior ao mediano.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça trafega no mesmo sentido. No *leading case* sobre a matéria no direito brasileiro⁵¹⁵, cuja análise circunscreveu-se a situação ocorrida no programa Show do Milhão - no caso, não se proporcionou à candidata nenhuma possibilidade de acerto, pois a pergunta formulada não possuía resposta, o Superior Tribunal entendeu que o montante da indenização deveria corresponder ao percentual de possibilidade de êxito aplicado sobre o montante do benefício final⁵¹⁶.

Traçadas as balizas sobre a responsabilidade pela perda da chance, imperioso destacar que, independentemente da posição que se adote sobre as divergências apontadas, não se trata este instituto de nova classe de prejuízo, alheia às tradicionais modalidades patrimonial e extrapatrimonial. Não constitui uma terceira espécie, paralela a estas duas últimas mencionadas.

A lesão ao interesse “oportunidade”, quando este se revelar sério e real, promoverá prejuízos de natureza patrimonial ou extrapatrimonial (ou ambos)⁵¹⁷, a depender dos reflexos do dano na esfera pessoal da vítima, levando-se em

⁵¹⁵ BRASIL. STJ. REsp 788.459 / BA. Ministro FERNANDO GONÇALVES. QUARTA TURMA. DJ 13/03/2006.

⁵¹⁶ Conforme dispõe parte do acórdão (REsp 788.459): “A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00 cento e vinte e cinco mil reais) - equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma “probabilidade matemática” de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens) reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida. Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento para reduzir a indenização a R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais)”.

⁵¹⁷ Nessa direção, o Enunciado n.º 444 da 05ª Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal: “Art. 927: A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos”.

consideração, como critério de identificação, a natureza da vantagem final perseguida pela vítima⁵¹⁸.

Para ilustrar a questão, cita-se a hipótese do não ajuizamento de ação de cobrança dentro do prazo prescricional, por culpa do advogado, e o caso em que uma companhia de transporte não conduziu a tempo determinado estudante à final de uma olimpíada nacional de matemática, para a qual passou meses se preparando. No primeiro caso, estar-se-ia diante de prejuízos cujas feições são puramente econômicas e, no segundo, em face de prejuízos extrapatrimoniais.

Com relação aos danos patrimoniais, não há consenso doutrinário sobre em qual de suas subespécies enquadra-se a perda da chance. Parte dos autores entende ser possível que frustração da oportunidade resulte, de modo percentual, conforme a possibilidade aferida, tanto em lucros cessantes, como em danos emergentes, a depender de o dano final representar um ganho futuro ou um prejuízo efetivo⁵¹⁹. Por outro lado, há quem entenda que a perda de uma chance, quando ostentar feição patrimonial, sempre acarretará danos emergentes, porquanto não indeniza a vantagem futura, que se deixou de ganhar, mas sim a chance já existente, que foi efetivamente perdida⁵²⁰.

Para as hipóteses de perda da chance clássica, em que se frustra a oportunidade de obtenção de uma vantagem futura, a segunda posição parece achar-se mais adequada, porquanto, ao se indenizar a chance propriamente dita e não o

⁵¹⁸ Nesse sentido, Daniel Amaral Carnaúba: “A perda de chance representará um dano patrimonial ou moral à vítima, a depender do caráter patrimonial ou extrapatrimonial do resultado que poderia ser obtido por meio dela. É a natureza do interesse em jogo que determinará a natureza da chance”. (CARNAÚBA, Daniel Amaral, op. cit., p. 170).

⁵¹⁹ Nesse sentido, o ensino de Fernando Noronha: “Ora, para além de o dano da chance perdida poder ser extrapatrimonial, acontece que, nos casos em que ele tiver natureza patrimonial, representará umas vezes a frustração de um ganho e outras uma efetiva redução de patrimônio. Mesmo que o valor da chance perdida tenha de ser computado com referência ao dano final, teremos ou reparação relativa a um certo percentual da vantagem que era esperada (o que ainda é lucro cessante), ou reparação por uma percentagem do prejuízo ocorrido (o que será dano emergente)”. (NORONHA, Fernando, op. cit., p. 704).

⁵²⁰ Nessa direção, a lição de Sérgio Savi: “Ou seja, não estamos diante de uma hipótese de lucros cessantes em razão da vitória futura que restou frustrada, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que deixou de existir. Assim não se concede indenização pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir essa vantagem. Isto é, faz-se uma distinção entre resultado perdido e chance de consegui-lo. Ao assim proceder, a indenização da perda de uma chance não se afasta da regra da certeza do dano, tendo em vista que a possibilidade perdida, em si considerada, era efetivamente existente: perdida a chance, o dano é, portanto, certo”. (SAVI, Sérgio, op. cit., p. 112).

benefício futuro, percebe-se que existiu efetiva perda de algo que já se possuía (oportunidade). Os lucros cessantes somente poderiam estar presentes fora dos casos de perda da chance, situação em que existiria razoável expectativa de obtenção da vantagem final, dentro de circunstâncias que normalmente acontecem, e que, portanto, teriam por consequência a indenização integral do dano.

Já no que tange aos casos de perda da chance de se evitar um prejuízo futuro, que tem como maior exemplo a responsabilidade civil dos médicos, o enquadramento do prejuízo de caráter patrimonial dependerá da teoria adotada.

Caso se entenda que se trata de uma teoria que remete à ideia de causalidade parcial, revelar-se-á possível a configuração tanto do dano emergente, como dos lucros cessantes, porquanto se estará indenizando, de fato, o prejuízo final, apenas de modo parcial, conforme a probabilidade causal. Já na hipótese de se entender que mesmo na frustração de oportunidade de se evitar um prejuízo está-se diante de um dano autônomo, a ideia que se aplicará é a mesma referente à perda da chance clássica, *i.e.*, que os danos patrimoniais somente se afiguram na modalidade danos emergentes, em virtude das mesmas razões já explicitadas.

5 CONCLUSÃO

Realizado o exame, no primeiro capítulo, das tendências da responsabilidade civil, com especial foco na expansão dos danos indenizáveis; na segunda seção, a verificação do conceito de dano, sua bipartição entre dano-evento e dano-prejuízo e, partindo deste último, a classificação econômica dos prejuízos, e, por fim; no terceiro capítulo, a análise dos danos já inseridos em nosso sistema jurídico; podem-se apresentar as seguintes conclusões:

1. A proteção às vítimas tem sido a grande diretriz norteadora da responsabilidade civil. Trata-se de um contraponto necessário à maior exposição à possibilidade de se sofrer danos, decorrente da evolução industrial, tecnológica e da aproximação das pessoas, que resultou na constatação de que, dentro desse contexto, os danos não são infortúnios aleatórios, mas consequências da vida em sociedade.

2. Com base nessa diretriz de proteção, consolidam-se as tendências da responsabilidade civil, que consistem: 2.1 Na objetivação, em que se mitigou a necessidade da aferição da culpa; 2.2 Na flexibilização do nexos de causalidade, ora adotando-se a teoria que melhor se adapte ao caso concreto e que estabeleça a relação de causalidade (inexistência de uma doutrina universalmente aceita, mas possíveis doutrinas a serem escolhidas *a posteriori*), ora suavizando ou mesmo afastando as excludentes do nexos causal, ora perfilhando presunções em favor da vítima; 2.3 Na socialização dos riscos, por meio da crescente securitização compulsória, dentro de certos limites a serem estabelecidos (principalmente não abranger danos extrapatrimoniais e garantir, apenas, o necessário à subsistência digna da vítima), e; 2.4 Na expansão de danos indenizáveis.

3. A expansão de danos indenizáveis não possui uma causa única, mas diversos fatores que se entrelaçam e proporcionam este fenômeno, dentre os quais se destacam: 3.1 A ampliação das atividades humanas potencialmente danosas, pois, com o desenvolvimento industrial e tecnológico, aumentaram-se as fontes produtoras de danos e criaram-se novas formas de se produzirem antigas lesões, de modo muito mais superlativo; 3.2 A crescente proteção jurídica aos mais diversos interesses, notadamente os de ordem não econômica; 3.3 A extensão de direitos a outros entes

diversos do ser humano individualmente considerado, bem como a segmentação da pessoa em diversos status com a respectiva proteção; 3.4 A flexibilização dos demais requisitos da responsabilidade civil, que oportunizou a maior apreciação do dano, pois em diversas hipóteses nas quais a imputação do dever de indenizar já seria pela ausência denexo causal ou culpa excluída, agora, devido à sua limitação, permite-se a verificação da efetiva existência de dano; 3.5 O maior acesso à Justiça, com a estruturação de órgãos que permitiram a participação de setores da sociedade outrora preteridos, cuja ampliação ocasionou o aumento significativo das demandas indenizatórias.

4. Em razão da alteração do foco de interesse, que do agente causador (culpa) passou à vítima (dano), o dano apresenta-se como o principal requisito da responsabilidade civil. Sem que esteja presente, não se manifestará este segmento do direito civil, que está vocacionado à indenização. As funções punitiva e preventiva somente existem de modo acessório e complementar à função reparatória, mas jamais de modo principal e isolado.

5. No ordenamento jurídico, em seus mais variados ramos (direito ambiental, consumidor, etc.), existem diversas normas objetivando a proteção de direitos, cuja finalidade é evitar a ocorrência de danos, em verdadeira manifestação dos princípios da prevenção e da precaução. A ameaça de violação a essas normas, que possivelmente resultará em dano, deverá ser combatida por instrumentos processuais, denominados tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. Tais mecanismos não pertencem à responsabilidade civil, que, por possuir finalidade de conferir indenização àquele que sofreu prejuízo, apenas dará ensejo ao surgimento da tutela específica ressarcitória ou do equivalente em pecúnia.

6. Nem todo dano resultará no dever de indenizar, mas somente aquele cujo interesse violado seja objeto de proteção normativa e o dever de reparação possa ser imputado a terceira pessoa. Não interessa ao direito a acepção naturalística do termo dano, no sentido de perda ou diminuição de uma situação de vantagem, mas somente a noção jurídica.

7. O conceito de dano está relacionado à ideia de lesão a um interesse e não a determinado bem. Os bens são entidades com o potencial de satisfazer carências. Estas, por sua vez, são exigências decorrentes da falta de algo, que fomentam a busca do bem que possua potencial específico para atendimento de determinada

ausência. Já os interesses são a ligação entre certa carência e determinado bem, consistindo na própria satisfação das exigências. Os sujeitos de direito, por possuírem infindáveis carências cujos bens são capazes de satisfazer, estão ligados a incontáveis interesses. A noção jurídica de dano, então, pode ser sintetizada como a lesão a um interesse juridicamente tutelado, que produza consequências que serão objeto de reparação ou compensação.

8. A configuração do dano se biparte em dois momentos, um imediato, referente à violação de um interesse juridicamente tutelado (e, por via de consequência, da própria norma), denominado dano-evento, e outro mediato, atinente às consequências negativas advindas da lesão realizada, chamado dano-prejuízo. Ambos são indispensáveis ao surgimento do dano indenizável.

9. O dano-evento está ligado à violação de alguma norma, visto que, ao lesar o interesse protegido, automaticamente atingirá a norma que o protege. A antijuridicidade neste caso é aferida em relação ao resultado e não à conduta, já que se procura identificar se o interesse da vítima afetado é ou não objeto de tutela jurídica. Haverá, assim, condutas lícitas que gerarão resultados ilícitos - isto é, produzirão dano-evento, e condutas ilícitas que não atingirão interesses alheios juridicamente protegidos - ou seja, não produzirão dano-evento. A ilicitude, no ponto, somente será verificada em seu aspecto objetivo, em relação à contrariedade ao direito, que poderá ser um direito subjetivo ou uma norma de proteção a interesses alheios (geralmente ligadas à tutela da Administração Pública ou de interesses coletivos).

10. O dano-prejuízo consiste nos efeitos decorrentes da lesão ao interesse juridicamente protegido (dano-evento), na análise concreta de que se naquele caso específico a violação do direito redundou em efeitos negativos à esfera jurídica da vítima. Tanto a identificação da natureza da indenização, se patrimonial ou extrapatrimonial, como sua extensão (quantificação) estão adstritas ao dano-prejuízo. A análise deste envolve três aspectos principais: 1. A verificação da existência concreta de prejuízos; 2. O exame da natureza desses prejuízos; 3. A quantificação da indenização.

11. Nem sempre a ocorrência de um dano-evento, que é verificado objetivamente, resultará na aparição do dano-prejuízo, embora esta seja a regra. Nem mesmo nos casos de lesão a direitos da personalidade (dano-evento) haverá, automaticamente, o surgimento do dano-prejuízo. Há, nestes casos, uma presunção

de que a violação destes direitos causará prejuízos à vítima, dispensando-se, assim, outra prova acerca das consequências negativas, já que se trata do que ordinariamente acontece. Mas hipóteses haverá em que, conquanto exista uma violação a direito da personalidade, inexistirá prejuízos, não subsistindo a indigitada presunção, em razão das circunstâncias do caso concreto.

12. Não existe uma correlação necessária entre a natureza do dano-evento e a do dano-prejuízo. Embora comumente possuam identidade de caráter, não se está diante de uma regra absoluta, porquanto a violação de direitos patrimoniais poderá dar ensejo ao surgimento de danos morais, associados ou não com os danos materiais, e a lesão a direitos da personalidade poderá ocasionar a aparição de danos patrimoniais, conjugados ou não aos danos morais.

13. Dentre as diversas classificações possíveis do dano, cada qual estruturada sobre um ou outro aspecto deste, revela-se como a mais importante aquela em que, como critério de distinção, atenta para a economicidade do prejuízo efetivamente sofrido pela vítima (dano-prejuízo), cujas espécies são denominadas dano patrimonial (ou material) e dano extrapatrimonial (ou moral). No caso, não se analisa a natureza do direito violado ou mesmo a do bem lesionado, mas qual o setor da esfera jurídica da vítima foi prejudicado, se aquele cujo conteúdo é econômico ou não econômico (ou ambos).

14. Desse modo, a melhor conceituação do dano moral é aquela que se vale do critério negativo, ou seja, da ausência de economicidade do prejuízo. Conceitos substantivos mostram-se inconsistentes, pois: 1. Ou confundem os momentos do dano, trocando o dano-prejuízo pelo dano-evento, como ocorre quando se conceitua o dano moral como lesão a direito da personalidade ou à dignidade humana, visto que a lesão a tais direitos constitui o dano-evento, que pode resultar tanto em danos patrimoniais, como em danos morais propriamente ditos; 2. Ou não abrangem todas as possíveis consequências não econômicas, limitando indevidamente sua extensão; 3. Ou não tutelarão todas as possíveis vítimas. Dano extrapatrimonial, então, pode ser conceituado como o prejuízo não patrimonial decorrente de uma lesão a interesse juridicamente tutelado.

15. Sob aspecto econômico, os danos-prejuízo somente assumirão duas únicas feições: uma de índole patrimonial (denominado “dano patrimonial”) e outra de índole não patrimonial (designado “dano extrapatrimonial”). Inexiste hipótese outra de

prejuízo autônomo, paralelo aos acima mencionados, que com eles possa figurar conjuntamente. Qualquer outra espécie que se apresente, necessariamente, se subsumirá a uma das duas hipóteses, porquanto as utilidades frustradas somente podem ser econômicas ou não.

16. Os maiores dilemas relacionam-se aos danos extrapatrimoniais, pois enquanto os danos patrimoniais possuem efeitos específicos (perda de valores e frustração de lucro), cujos limites são mais bem estabelecidos (em razão de sua possível aferição matemática), inúmeras são as possíveis consequências não patrimoniais de um dano-evento, especialmente quando se está diante de uma lesão à integridade física.

17. O fato de um dano-evento poder gerar diversos efeitos não econômicos não permite que cada prejuízo transforme-se numa nova categoria de dano: 1. Seja por se revelar inadequada tal postura, já que não se pode distinguir exatamente onde começa e onde termina cada espécie de prejuízo não patrimonial, dada a inexistência de limites aritméticos; 2. Seja por se mostrar desnecessário tal procedimento, pois há ampla abertura aos danos morais no ordenamento brasileiro, devendo a indenização por danos extrapatrimoniais levar em consideração a maior ou menor extensão dos efeitos da lesão, e assim ser arbitrada segundo a respectiva amplitude.

18. A questão restringe-se à adequada quantificação da indenização e não se deve, para atingir esse fim, realizar a criação de um sem-número de “novos” prejuízos, com indenizações autônomas, pois: 1. A lista tenderia ao infinito (devido à abertura ao dano moral e aos direitos da personalidade); 2. Não permitiria a correta distinção entre as modalidades (acarretando inevitável *bis in idem*), e; 3. Não garantiria que o montante da indenização fosse consentâneo à situação (se se arbitrar valores módicos aos diversos prejuízos etiquetados, a indenização permanecerá insuficiente à devida compensação). Não se atingirá a integral compensação da vítima com a criação de uma nova nomenclatura para cada prejuízo imaginável. A indenização por danos extrapatrimoniais deve ser estipulada de modo unitário e não multipartida em infindáveis categorias. Sua correta e suficiente fixação exige que se leve em consideração as nuances do caso, com o fim de se realizar a necessária aferição da extensão das consequências e, assim, arbitrar-se a devida compensação.

19. No Brasil, segundo consolidada jurisprudência, é possível a cumulação de indenizações por dano material, moral e estético. Há, também, o surgimento de uma

nova modalidade de dano, denominada “dano existencial”, já acolhida por alguns julgados prolatados por tribunais trabalhistas. Em ambos os casos, revela-se equivocado elevar os mencionados danos a categorias autônomas, de modo a figurarem ao lado dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

20. Com relação ao dano estético, impende destacar que este consiste numa característica, numa peculiaridade da lesão à integridade física, fazendo parte do dano-evento. Quando estiver presente, poderá resultar em danos-prejuízo patrimoniais ou extrapatrimoniais.

21. No que tange ao dano existencial, cumpre esclarecer que não se trata de uma nova espécie de dano. Seu conteúdo abrange diversos prejuízos não econômicos decorrentes de lesão à higidez psicofísica, que refletem cerceamentos ocasionados à vítima, com consequências prejudiciais sobre as possibilidades atuais ou vindouras. Ou seja, em substância, tratam-se dos próprios danos extrapatrimoniais.

22. O chamado dano de privação de uso refere-se aos prejuízos oriundos da indisponibilização temporária da utilização de determinado bem. Trata-se de complexa questão debatida no direito português e que também já se acha em apreciação no Brasil, por meio de diversos julgados, embora não sob esta nomenclatura. Importa explicitar que não se trata de nova modalidade, alheia aos danos material e moral, mas sim de parte do dano-evento (violação temporária do direito de propriedade), que produzirá dano-prejuízo de natureza patrimonial e, possivelmente, e de modo excepcional, danos extrapatrimoniais.

23. Com relação à perda de uma chance, embora reflita a tendência de expansão de danos indenizáveis, não constitui uma nova modalidade de dano, estranha aos prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais. Trata-se, antes, de uma técnica de deslocamento do objeto de reparação, em que se deixa de analisar o dano final (vantagem realmente pretendida), para se avaliar o momento antecedente, referente à própria chance de se atingir a vantagem final. Nos casos da denominada perda de uma chance “atípica”, em que o processo aleatório não é interrompido, resultando na frustração da chance de se evitar um prejuízo, a questão, segundo parte da doutrina, estaria ligada a um problema de nexos de causalidade. De um modo ou de outro, quando a chance que se apresenta real e séria restar frustrada, poderá produzir prejuízos de natureza patrimonial ou extrapatrimonial (ou ambos), a depender

dos reflexos do dano na esfera pessoal da vítima, levando-se em consideração, como critério de identificação, a natureza da vantagem final perseguida pela vítima.

REFERÊNCIAS

AGOGLIA, María Martha. *El daño jurídico: enfoque actual*. Buenos Aires: La Ley, 2000.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Responsabilidade sem dano no Código Civil de 2002*. Tese apresentada no concurso para Professor Titular do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

ALMEIDA, Silmara Juny Abreu Chinellato. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALPA, Guido. *Il danno biologico: percorso di un'idea*. 3ª ed. Padova: CEDAM, 2003.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ALVIM, Pedro. *O Contrato de seguro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cadastro de restrição ao crédito. Conceito de dano moral. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. *Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

_____. *Modernidade líquida*. Tradução de: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a outra modernidade*. Tradução de: Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BENJAMIN, Antonio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. In: *Revista de Direito Ambiental*. vol. 9. p. 5-52, 1998.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil comentado*. vol. 1. 11ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1956.

BIANCA, C. MASSIMO. *Diritto civile: la responsabilità*. vol. 5. Milano: Giuffrè, 1994.

BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

_____. *Os direitos da personalidade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. *Reparação civil por danos morais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Responsabilidade civil nas atividades nucleares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BREBBIA, Roberto H. *El daño moral*. 2ª ed. Cordoba: ORBIR, 1967.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. In: *Doutrinas essenciais de dano moral*. Vol. 1/2015. p. 1285-1315. São Paulo: Revista dos Tribunais, Julho, 2015.

_____. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução de: Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999.

CASTRONOVO, Carlo. *Danno biológico: un itinerario di diritto giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Adoção de nascituro e a quarta era dos direitos: razões para se alterar o *caput* do art. 1.621 do novo código civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo código civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2003.

_____. Comentários à parte Geral – artigos 1º a 21 do código civil. In: MACHADO, Antonio Cláudio da Costa (Org.). CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord.). *Código civil interpretado artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 6ª ed. São Paulo: Manole, 2013.

_____. Da responsabilidade civil no código de 2002 – aspectos fundamentais. Tendências do direito contemporâneo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Obras póstumas e direito e autor. In: SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Silvio Romero (Coord.). *Direito civil: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão*. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Pessoa natural e novas tecnologias. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 27, janeiro, 2011.

_____. Tendências da responsabilidade civil no direito contemporâneo: Reflexos no código civil de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jonas Figueirêdo. *Novo código civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2006.

CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2003.

CONSELHO DE ESTADO DA FRANÇA. *Responsabilidade e socialização do risco*. Tradução: Michel Abes. Coord. Marcelo Dias Varella. Brasília: UNICEUB, 2006.

CONTI, José Mauricio. Direito do consumidor: indenização por veículo parado em concessionária. *Revista do Advogado*. n. 49, p. 47-54, dez/1996.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil. Parte geral. Coisas*. vol. 3. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. *Tratado de Direito Civil. Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil*. vol. 8. Coimbra: Almedina, 2014.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. vol 1. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1966.

_____. *Os direitos da personalidade*. Tradução de: Afonso Celso Furtado Rezende. 2ª ed. São Paulo: Quorum, 2008.

DESMOULIN-CANSELIER, Sonia. Quel droit pour les animaux? Quel statut juridique pour l'animal? In: *Revue Pouvoirs*. n.º 131. p. 43-56. Les animaux. Novembre, 2009. (disponível em: <http://www.revue-pouvoirs.fr/Quel-droit-pour-les-animaux-Quel.html> - Acesso em: 31.03.2015).

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Dano psíquico e dano estético: uma decisão memorável*. Porto Alegre: Ajuris, v. 10, Novembro, 1983..

DÍAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Instituições de direito processual civil*. vol. 3. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINTILHAC, Jean-Pierre. *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*. Paris: Ministère de la Justice, Juillet/2005.

FABRE-MAGNAN, Muriel. *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi-contrats*. 3ª édition. Paris: PUF, 2013.

FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Tradução de: António de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Acadêmica, 1938.

GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da responsabilidade civil: indemnização do dano da privação de uso*. vol. 1. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.

GHERSI, Carlos Alberto. *Derecho y reparación de daños: daño a la persona humana em sus derechos a la personalidad e integridad*. vol. 5. Buenos Aires: Universidad, 2005.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. Anotações: Custo das reparações, valor venal ou valor de substituição? - Ac. do STJ de 27.02.2003 Rev. 4016/02. In: *Cadernos de Direito Privado*, N.º 3. Julho / Setembro, 2003.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao código civil - parte especial: direito das obrigações*. vol. 11 (arts. 927 a 965). Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Responsabilidade civil*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil. A perda de uma chance no direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

HORBACH, Carlos Bastide. *Memória jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad de los profesionales*. Santa Fé: Rubinzal - Culzoni Editores, 2001.

JOSSERAND, Louis. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999.

_____. Evolução da responsabilidade civil. Tradução de: Raul Lima. *Revista Forense*, vol. 86, p. 52 – 63, Junho, 1941.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne; PORCHY-SIMON, Stéphanie. *Droit du dommage corporel*. 7^a ed. Paris: Dalloz, 2012.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. vol. 2. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

LE TOURNEAU, Philippe; CADIET, Loïc. *Droit de la responsabilité e des contrats*. Paris: Dalloz, 2002/2003.

LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilité civile*. 2^a ed. Paris: Dalloz, 1976.

LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes. *Direito das obrigações*. vol. 1. 12^a ed. Coimbra: Almedina, 2015.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Direito ambiental: responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços na internet*. Belo Horizonte: Juarez de Oliveira, 2005.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LIMA, Zulmira Pires de. Responsabilidade civil por danos morais. In: *Revista Forense*, n.º 83, p. 216-226, Jul-Set, 1940.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. In: *Revista dos Tribunais*. vol. 567, p. 09-16, Janeiro, 1983.

_____. Reparação do dano moral. In: *Revista dos Tribunais*. vol. 631, p. 29-37. Maio, 1988.

LOPEZ, Teresa Ancona. Dano existencial. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 57, p. 287-302, Jan - Mar / 2014.

_____. *O dano estético*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Perdas e danos. In: LOTUFO, Renan; GIOVANNI, Ettore Nanni. *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*. Tomo I. São Paulo: LTr, 1998.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

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

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. vol. 1. 9ª ed. Milano: Giuffrè, 1957.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Personalidade jurídica dos grandes primatas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MINOZZI, Alfredo. *Danno non patrimoniale*. 2ª ed. Milano: Società Editrice, 1909.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 2ª Parte. vol. 5. 41ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORATO, Antonio Carlos. Dano à imagem. In: JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

MORSELLO, Marco Fábio. A responsabilidade civil e a socialização dos riscos. O sistema neozelandês e a experiência escandinava. In: *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. Ano 7, n.º 2, p. 13-22, julho-dezembro, 2006.

_____. O nexu causal e suas distintas teorias: apreciações críticas. In: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. vol. 19. Jan-Jun, 2007.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. O nexu de causalidade na responsabilidade civil. In: *Doutrinas essenciais de responsabilidade civil*. vol. 07. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Os danos à pessoa, corporais (ou biológicos) e anímicos (ou morais em sentido estrito), e suas relações com os danos patrimoniais e extrapatrimoniais. In: *Revista de Direito Privado*. Vol. 22, P. 83-95, Jun / 2005

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doenças ocupacionais*. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

PASSOS, J.J. Calmon de. O imoral nas indenizações por dano moral. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade - dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil: alguns aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Instituições de direito civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Responsabilidade civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RODOTÀ, Stefano. *A Vida na sociedade da vigilância. A privacidade hoje*. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2008.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. vol. 4. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SALEILLES, Raymond. *Les accidents de travail et la responsabilité civile*. Paris: L.N.D.J., 1897.

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

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

SAVATIER, René. *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*. 3ª série. Paris: Dalloz, 1959.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade pela perda de uma chance*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. In: *Responsabilità Civile e Previdenza*, vol. 71, n. 3, Milano: Giuffrè, marzo, 2006, p. 586-600. Disponível em <http://www.andersonschreiber.com.br/artigos.html>, acesso em 21.04.2015.

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

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

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: *Revista dos Tribunais*. vol. 667, p. 07-16, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SILVA, Manuel Gomes da. *O dever de prestar e o dever de indemnizar*. vol. 1. Lisboa, 1944.

SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e Sua Reparação*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

_____. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Bernardo Alvares, 1962.

SINGER, Peter. *Libertação animal*. São Paulo: Lugano, 2004.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SUNSTEIN, Cass R.; NUSSBAUM, Martha C. *Animal right – current debates and new directions*. Oxford USA Trade, 2005.

TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: ILACP, 1996.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Notas sobre o nexo de causalidade. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 6. Rio de Janeiro: PADMA, 2001.

_____. Seguro obrigatório de veículos e indenização por dano moral. *Revista dos Tribunais Rio de Janeiro*. vol. 4. p. 245-260. Mar-Abr, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 2ª ed. Belo Horizonte: Juarez de Oliveira, 1999.

_____. Responsabilidade civil: noções gerais. Responsabilidade objetiva e subjetiva. In: JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. vol. 1. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. Tradução de: Paulo Cezar de Mello. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Le déclin de la responsabilité individuelle*. Paris: L.G.D.J. 1965.

_____. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*. 3ª ed. Paris: L.G.D.J., 2008.

_____; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*. 4ª ed. Paris: L.G.D.J., 2013.

_____; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les effets de la responsabilité*. 3ª ed. Paris: L.G.D.J., 2010.

VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil. El daño. Otros criterios de imputación*. Tradução para o espanhol de: Aída Kemelmajer de Carlucci. vol. 2. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999.

ZANNONI, Eduardo Antônio. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1982.

ZIVIZ, Patrizia. Verso un altro paradigma risarcitorio. In: CENDON, Paolo e ZIVIZ, Patrizia. *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 2000.