

A TORRE DE BABEL DAS NOVAS ADJETIVAÇÕES DO DANO

Rodolfo Pamplona Filho¹

Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior²

Resumo: O tema da responsabilidade civil tem sofrido distorções doutrinárias e jurisprudenciais, por uma compreensão equivocada do sistema de proteção da dignidade da pessoa humana. Apresenta-se criticamente o reconhecimento ou surgimento de novas modalidades de danos, propondo-se uma nova diretriz teórica sobre a matéria.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Dano. Dano Moral. Dano Estético.

THE TOWER OF BABEL OF NEW DAMAGES

Abstract: The issue of civil liability has been suffering doctrinal and jurisprudential distortions, caused by a mistaken understanding of the system of protection of human dignity. Critically presents the recognition or emerge of new forms of damage, proposing a new theoretical guidance on the subject.

Keywords: Liability. Damage. Moral damages. Aesthetic damage.

¹ Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Salvador/BA. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador - UNIFACS. Professor Adjunto da graduação e pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Coordenador dos Cursos de Especialização em Direito Civil e em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. *Máster em Estudios en Derechos Sociales para Magistrados de Trabajo de Brasil* pela UCLM - Universidad de Castilla-La Mancha/Espanha. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (antiga Academia Nacional de Direito do Trabalho - ANDT), Academia de Letras Jurídicas da Bahia, Academia Brasileira de Direito Civil, Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam) e Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil).

² Advogado. Professor da Faculdade de Direito da UFBA - Universidade Federal da Bahia. Professor de Direito Civil da Universidade Salvador – UNIFACS. Professor da graduação e pós-graduação da Unifacs - Universidade Salvador e da Faculdade de Tecnologia e Ciências em Salvador/BA. Mestre em Direito das Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia.

Sumário: 1. Introdução - Por que falar em torre de babel? 2. Considerações gerais sobre o conceito de dignidade da pessoa humana. 3. A constitucionalização do direito civil e a valorização do conceito jurídico de dignidade da pessoa humana. 4. Reflexos da dignidade da pessoa humana na responsabilidade civil. 5. As novas adjetivações de dano. 6. O art. 5º, V da Constituição Federal e as espécies de dano. 6.1. Dicotomia básica: dano patrimonial/dano extrapatrimonial. 6.2. O dano moral. 6.3. O dano à imagem. 7. A torre de babel das novas adjetivações de dano. 7.1. Menções doutrinárias e jurisprudenciais de "novos danos". 7.1.1. Dano estético. 7.1.2. Dano psicológico. 7.1.3. Dano existencial. 7.1.4. Dano biológico. 7.1.5. Outras espécies de dano (ou até onde vai a criatividade humana). 7.2. Súmula 387 do STJ e a suposta autonomia das novas adjetivações de danos. 8. "Arrumando a casa": resgate do sentido do art. 5, V, da Constituição Federal. 9. Conclusões. Referências.

1. Introdução - Por que falar em torre de babel?

De acordo com o livro de Gênesis³, houve um determinado momento em que o povo queria construir uma torre para chegar aos céus. A fim de obstá-la, resolve Deus, então,

³ Genesis 11: 1-9: 1 Em toda a Terra, havia somente uma língua, e empregavam-se as mesmas palavras. 2 Emigrando do Oriente, os homens encontraram uma planície na terra de Sinar e nela se fixaram. 3 Disseram uns para os outros: «Vamos fazer tijolos, e cozamo-los ao fogo.» Utilizaram o tijolo em vez da pedra, e o betume serviu-lhes de argamassa. 4 Depois disseram: Vamos construir uma cidade e uma torre, cujo cimo atinja os céus. Assim, havemos de tornar-os famosos para evitar que nos dispersemos por toda a superfície da terra 5 O Senhor, porém, desceu, a fim de ver a cidade e a torre que os homens estavam a edificar. 6 E o Senhor disse: Eles constituem apenas um povo e falam uma única língua. Se principiaram desta maneira, coisa nenhuma os impedirá, de futuro, de realizarem todos os seus projetos. 7 Vamos, pois, descer e confundir de tal modo a linguagem deles que não consigam compreender-se uns aos outros. 8 E o Senhor dispersou-os dali por toda a superfície da Terra, e suspenderam a construção da cidade. 9 Por isso, lhe foi dado o nome de Babel, visto ter sido lá que Deus confundiu a linguagem de todos os habitantes da Terra, e foi também dali que os dispersou por toda a Terra.

confundir a língua dos homens. Desta forma, falando cada um uma língua diferente, não poderiam se entender e não seriam capazes de terminar o projeto...

Essa profusão de “línguas” desconexas é talvez uma metáfora adequada para o que hoje ocorre na seara dos danos na responsabilidade civil.

Com efeito, a classificação dos danos ocorre sem um critério pacífico.

Doutrina e jurisprudência criam, dia a dia, “novos danos”.

Diante de tantas referências e adjetivações, a dificuldade de comunicação é evidente, revelando-se uma verdadeira torre de babel...

O objetivo do presente artigo é tentar colocar “ordem na casa”, identificando qual o critério de classificação dos danos, a fim de, desta forma, fazer com que impere uma mesma linguagem na doutrina e jurisprudência.

Para atingir tal desiderato, iniciar-se-á a análise das novas adjetivações de dano através do estudo da constitucionalização do direito civil e suas consequências na responsabilidade civil, haja vista que foi tal movimento que deu ensejo à ampliação qualitativa dos danos.

Em um segundo momento, o estudo vai se dirigir às espécies de dano previstas nas Constituição Federal e as “antigas adjetivações” de dano, para, em seguida, discutir algumas destas “novas adjetivações”, trazendo exemplos doutrinários e jurisprudenciais.

Após as referidas exemplificações, objetiva-se propor uma solução para o cenário atual, tentando demonstrar que a criação de inúmeros danos “novos” não é o melhor caminho a se seguir... E tentar-se-á indicar algum critério...

Enfrente-se, pois, tal desafio!

2. Considerações gerais sobre o conceito de dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, previsto no art. 1º, III, da CF/88. Dizer apenas isso, contudo, não traduz o que é, nem a importância de tal princípio para o ordenamento jurídico contemporâneo.

Ao discorrer sobre dignidade humana, é necessário, inicialmente, alertar que esta

não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto se afirmar que (também aqui) nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento.⁴

Desta forma, defende-se que a dignidade, por ser característica inerente a todo o ser humano, não pode ser definida *a priori*, mas apenas quando se leva em consideração as peculiaridades, crenças, valores e vivências de cada indivíduo é que se pode aferir o que é ou não digno.

A sua noção jurídica, portanto, aproximar-se-ia de “um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca pela felicidade.”⁵

Assim como apenas o indivíduo é capaz de dizer o que lhe garante a felicidade, somente ele pode aferir o que promove a sua dignidade.

O que se quer demonstrar com a assertiva acima é que a dignidade só pode ter seu conteúdo preenchido levando em consideração as peculiaridades e idiosincrasias de cada indivíduo. Talvez por isso seja tão difícil conceituar dignidade, haja vista não comportar uma concepção fechada. Ao contrário, está sempre aberta às diversas matizes que se apresentam. Portanto, é necessário respeitar as diferenças de cada ser humano, para, levando em consideração suas características, poder concretizar a dignidade. Impor uma concepção de dignidade sobre outras pessoas é tentar “coisificá-las”, pois

a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza, será desumano,

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p.51-52.

⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil. Vol IV. Tomo I. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.29

isto é, contrário a dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa à condição de objeto.⁶

O que se pode afirmar, por certo, é que a dignidade da pessoa humana apresenta-se clausula geral de tutela e proteção da pessoa, fazendo com que todo o sistema jurídico se volte para sua promoção. Desta forma, qualquer ofensa à dignidade, em regra, merece represália jurídica, que se dá, normalmente, por meio da responsabilidade civil.

3. A constitucionalização do direito civil e a valorização do conceito jurídico de dignidade da pessoa humana

A constitucionalização do direito civil foi de extrema importância para a valorização do conceito jurídico de dignidade da pessoa humana. Em verdade, foi através do referido movimento que a dignidade passou a integrar o sistema jurídico privado, mudando, assim, suas bases.

A retirada do patrimônio do centro do direito civil, colocando a pessoa como valor supremo a ser protegido, ocasionou a sua repersonalização, decorrência direta da aplicação da clausula geral de proteção à dignidade humana no sistema jurídico privado.

Pode-se afirmar que a constitucionalização é “o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional”.⁷

Assim, o referido processo traduz-se na irradiação da Constituição sobre o sistema privado, passando a ser o seu fundamento, emanando seus princípios, valores e regras nas relações privadas. Deixa, portanto, de ser o código civil a constituição do direito privado, como foi conhecido por muito tempo, haja vista que o referido diploma passa a estar subordinado à Constituição.

⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2003, p.85.

⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em 05 de julho de 2010.

O que ocorre é uma mudança de perspectiva, como afirma EUGÊNIO FACCHINI NETO:

[...] de notável valor hermenêutico a constatação de que a migração de institutos e princípios do direito privado para o texto constitucional acarreta uma mudança de perspectiva, pois 'de modo contrário ao Código Civil, que conserva valores da sociedade liberal do século XIX, a Constituição projeta e estimula a fundação de uma nova sociedade com suas normas programáticas'.⁸

Pode-se afirmar, portanto, que o processo de constitucionalização significou uma mudança de centro do direito privado e, conseqüentemente, do direito civil, deixando o sistema de gravitar ao redor do código civil e seus ideais liberais, para agora gravitar ao redor dos ideais sociais da Constituição Federal.

Vale destacar, neste sentido, a lição de Jane Reis Gonçalves Pereira:

Se no século XIX o Código Civil desempenhara, em caráter exclusivo, a função de normatizar as relações jurídicas entre os indivíduos – ocupando, assim, posição central no sistema de fontes -, a partir do pós-guerra a Constituição passa a ser o elemento que confere unidade ao ordenamento jurídico, continente de valores e princípios que condicionam todos os ramos do Direito.⁹

O movimento de constitucionalização, portanto, permite que a Constituição Federal e, conseqüentemente, seus princípios e fundamentos, agora sejam a base do sistema privado, em especial, a dignidade da pessoa humana.

4. Reflexos da dignidade da pessoa humana na responsabilidade civil

Com a constitucionalização do Direito Civil, as normas constitucionais passaram a integrar e fundamentar todo o sistema privado.

⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 2^a ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p.32.

⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.120.

Assim, a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, conseqüentemente, passou a ser também fundamento das normas de direito civil.

O respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do imperativo categórico kantiano, do ordem moral, tornou-se um comando jurídico no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, do mesmo modo que já havia ocorrido em outras partes ¹⁰

A positivação da dignidade humana no art. 1º, III, da CF/88, mudou os paradigmas do ordenamento civil. Ao colocar em uma posição de destaque as situações existenciais, a dignidade subverte o sistema, que tinha o patrimônio como centro, promovendo a proteção da pessoa em seus diversos aspectos.

Pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana é hoje “base valorativa de sustentação de toda e qualquer situação jurídica de Direito Privado.”¹¹ Em síntese, toda norma deve ter como finalidade promover a dignidade da pessoa. Entende-se, portanto, que qualquer ofensa à dignidade merece uma resposta do Direito, ou seja, merece reparação.

Percebe-se, então, que a dignidade da pessoa humana cria uma ampliação na tutela da pessoa humana. A teoria da responsabilidade civil, antes voltada quase que em sua totalidade para a proteção de bens patrimoniais, depara-se com novos bens jurídicos mercedores de proteção, haja vista que a pessoa, em qualquer de seus âmbitos, deve ser protegida, a fim de se garantir a sua dignidade.

O fenômeno da constitucionalização do direito civil refletiu-se, portanto, também na responsabilidade civil, e de forma notável. Um novo universo de interesses mercedores de tutela veio dar margem, diante da sua violação, a dano que até então sequer eram considerados juridicamente como tais, tendo, de forma direta ou indireta, negada sua ressarcibilidade.¹²

Em razão da repersonalização do Direito Civil, a pessoa passa a ser o centro do sistema e qualquer ato que ofenda seus direitos da personalidade passam a ser alvo da

¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2003, p.82

¹¹ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. A responsabilidade civil por presunção de causalidade. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p.69.

¹² SCHREIBER, Anderson. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p.85-86.

responsabilidade civil, merecendo a mesma proteção outrora concedida aos bens patrimoniais. Desta forma, pode-se afirmar que

A consagração da dignidade humana como valor fundamental nas constituições do último século, associada à aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas, veio exigir com força irresistível a ressarcibilidade, até então discutida, do dano patrimonial.¹³

Com o surgimento (ou reconhecimento) de novos interesses jurídico a ser protegido, quais sejam, os extrapatrimoniais, passam a existir “novos” bens jurídicos merecedores de tutela, por consequência, começam a aparecer os chamados “novos danos”, que seriam supostamente os danos a esses novos bens reflexos da dignidade humana.

Pode-se afirmar com segurança, portanto, que a dignidade da pessoa humana influenciou a responsabilidade civil de tal maneira que não seria exagero qualificá-la como “topos subversivo da responsabilidade civil.”¹⁴

Ratificando o ora afirmado, é válido destacar a lição de MARIA CELINA BODIN DE MORAES:

O princípio da proteção da pessoa humana, determinado constitucionalmente, gerou no sistema particular da responsabilidade civil, a sistemática extensão da tutela da pessoa da vítima, em detrimento do objetivo anterior de punição do responsável. Tal extensão, neste âmbito, desdobrou-se em dois efeitos principais: de um lado, no expressivo aumento das hipóteses de dano ressarcível; de outro, na perda de importância da função moralizadora, outrora tida como um dos aspectos nucleares do instituto.¹⁵

Em suma, o que se quer demonstrar é que todo o movimento de constitucionalização do direito civil, que veio a dar ensejo à repersonalização do Código Civil, ao voltar os olhos dos civilistas para o princípio fundamental da dignidade humana, ocasionou uma mudança de paradigma na responsabilidade civil. Antes individualista e patrimonialista,

¹³ Ibidem, p.85.

¹⁴ A expressão “topos subversivo” foi utilizada por JUDITH MARTINS-COSTA no livro “A boa-fé no Direito privado”, a fim de demonstrar a força da boa-fé na nova teoria contratual. Utiliza-se aqui a expressão em sentido análogo por entender que a dignidade exerceu na responsabilidade civil papel parecido. Ou seja, foi o marco que subverteu a concepção clássica de responsabilidade civil.

¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.323.

estando mais preocupada em punir o ofensor, com o direito civil-constitucional promove-se a dignidade humana como bem principal, decorrendo disso uma mudança de foco na responsabilidade civil, que passa a enaltecer os interesses existenciais e busca proteger o ofendido, não permitindo que sua dignidade fique sem reparação, ampliando, assim, as hipóteses de danos ressarcíveis.

5. As novas adjetivações de dano

Conforme foi demonstrado acima, a dignidade da pessoa humana causou uma ampliação dos bens jurídicos merecedores de tutela e, conseqüentemente, das hipóteses de danos passíveis de ressarcimento. A responsabilidade civil volta-se não só à reparação dos danos de ordem patrimonial, mas também aos de ordem extrapatrimonial.

A elevação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento de todo o ordenamento jurídico brasileiro acabou gerando uma

expansão qualitativa, na medida em que novos interesses, sobretudo de natureza existencial e coletiva, passam a ser considerados pelos tribunais como merecedores de tutela, consubstanciando-se a sua violação em novos danos ressarcíveis.¹⁶

Em face dessa nova conjuntura, por serem reconhecidos novos interesses merecedores de tutela, começam a surgir “novos danos”.

Todavia, o que é válido ressaltar, desde já, é que nem todos eles são, efetivamente, novos.

No afã de proteger a dignidade humana em todos os seus aspectos a jurisprudência passa por um processo de adjetivação de danos. Ou seja, como não se pode tipificar todos os âmbitos da cláusula geral de proteção à dignidade, os tribunais passam a qualificar essas ofensas de acordo com o tipo de conduta ensejadora do dano, surgindo assim “novos danos” a todo o momento.

¹⁶ SCHREIBER, Anderson. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p.81.

A jurisprudência fala hoje em dia de dano estético, dano sexual, dano de férias arruinadas, dano-morte, entre outros...

O cerne problemático é que a dignidade da pessoa humana é multifacetada, revelando-se por meio de incontáveis âmbitos da personalidade, não podendo, portanto, limitar-se a um rol taxativo de danos. Desta forma, a fim de protegê-la em sua completude a doutrina e a jurisprudência vêm criando novos tipos de dano para cada ofensa a um dos aspectos da personalidade. A cada nova conduta danosa dirigida à dignidade surge uma nova espécie de dano, como se tal expediente fosse sinônimo de maior proteção. Com todo o respeito, não parece ser esta a forma mais técnica de se tratar o problema. É o que se busca demonstrar neste trabalho.

6. O art. 5º, V da Constituição Federal e as espécies de dano

Estabelece o art. 5º, V, da Constituição Federal: *É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização material, moral e à imagem.*

Percebe-se que a CF/88 elegeu três espécies de dano, o dano material, o dano moral e o dano à imagem, reconhecendo autonomia a eles, pois, se assim não o fosse, desarrazoada seria a distinção feita pelo legislador constitucional.

Pode-se afirmar então que, com base no dispositivo legal citado, o nosso sistema jurídico reconhece a autonomia de três (e apenas três) espécies de dano. Aos quais se passa agora a tecer breves comentários.

6.1. Dicotomia básica: dano patrimonial/dano extrapatrimonial

Antes de iniciar o presente tópico necessário se faz um alerta. Utilizar-se-á a distinção dano patrimonial/dano extrapatrimonial ao invés da dicotomia dano material/dano

moral, mais comum na doutrina, pois se entende estar inserido dentro do conceito de dano extrapatrimonial não apenas o dano moral, como também o dano à imagem. Colocar o dano à imagem fora da dicotomia ora proposta é entendê-lo como um dano *sui generis*, nem patrimonial, nem extrapatrimonial, o que não parece correto.

A grande dicotomia existente na classificação do dano certamente é aquela que distingue dano patrimonial de dano extrapatrimonial.

Entende-se que o dano patrimonial é aquele que ofende bens ou interesses que podem ser quantificados monetariamente, ou seja, que se traduzem em algum valor em dinheiro, como seria, por exemplo, o dano ocorrido em um carro.

O dano patrimonial se divide em dano emergente e lucros cessantes. O dano emergente corresponde ao efetivo prejuízo suportado pelo ofendido, podendo ser facilmente quantificado através de uma simples conta matemática (subtrai-se o valor do bem antes do evento danoso pelo valor após o referido evento, a diferença é o montante a ser reparado).

Os lucros cessantes, por sua vez, representam aquilo que o ofendido deixou de ganhar. É o exemplo que alguém que abalroa o veículo de um taxista, terá que pagar, além do dano emergente (o valor referente ao conserto do carro), também o lucro cessante, que seria o valor médio de quanto aquele taxista deixou de ganhar enquanto o seu veículo se encontrava na oficina.

Já o dano extrapatrimonial pode ser conceituado como aquele que ofende bens ou valores desprovidos de correspondência pecuniária, não podendo ser traduzidos em dinheiro. É o caso da ofensa à honra, à vida, à privacidade, à imagem, entre outros.

Com a previsão da dignidade da pessoa humana como fundamento da República do Brasil o dano extrapatrimonial ganhou destaque no sistema jurídico. A pessoa agora deve ser protegida não apenas em seus reflexos patrimoniais, mas também, e principalmente, em seus aspectos existenciais. Atento a isso o legislador, no art 5º, V, da CF/88 positiva a proteção aos bens extrapatrimoniais do indivíduo.

Segundo o legislador constitucional a pessoa deve ter reparada quaisquer danos materiais, morais ou à imagem. Ou seja, a pessoa merece proteção em seu aspecto patrimonial e extrapatrimonial. Assim, em atenção ao que dispõe o art. 5º, V, da CF/88, dividir-se-á o dano extrapatrimonial em dano moral e dano à imagem.

6.2. O dano moral

O dano moral é a violação da dignidade da pessoa humana em qualquer de seus aspectos, seria a ofensa à cláusula geral de tutela da pessoa humana. Neste sentido é também o entendimento de MARIA CELINA BODIN DE MORAES:

O dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade, que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado com o princípio geral de respeito à dignidade humana).¹⁷

Desta forma, qualquer conduta que venha a ofender a pessoa em sua condição humana dá ensejo a uma reparação de ordem moral. Não há necessidade de que a lesão seja dirigida a um direito subjetivo específico.

Neste sentido, é interessante notar que a concepção de que dano moral seria o sofrimento suportado pelo ofendido se mostra equivocada. Sofrimento não é causa de dano moral, mas consequência não essencial, decorrente (ou não) da ofensa a algum direito da personalidade. SÉRGIO CAVALIERI FILHO leciona de maneira cristalina acerca do assunto:

Dor, vexame, sofrimento e humilhação são conseqüências, e não causa. Assim, como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa *uma agressão à dignidade de alguém*.¹⁸

¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. . Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2003, p.132-133.

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 87.

Assim, tanto pode existir dano moral sem sofrimento, como sofrimento sem dano moral. Exemplifica-se o primeiro caso com base nos atos de inscrição do nome de um sujeito nos órgãos de proteção ao crédito, que muitas vezes não traz nenhuma espécie de dor ou vexame para aquele que teve seu nome “negativado” e ainda assim se reconhece o direito à indenização a título de danos morais. Contudo, talvez o melhor exemplo de que dano moral não tem uma relação de necessidade com o sofrimento é o reconhecimento pacífico de que pessoa jurídica pode sofrer dano moral.¹⁹

Por outro lado, também pode haver sofrimento sem ofensa a algum direito da personalidade, seria o caso da morte de um filho por causas naturais, não existe dor maior, contudo, ainda assim os genitores não farão jus a nenhuma reparação moral.

Conclui-se, portanto, que o dano moral é a ofensa à cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa em qualquer de seus âmbitos.

6.3. O dano à imagem

Inicialmente, é imperioso destacar que a imagem é um direito da personalidade. Sendo assim, poder-se-ia afirmar que a ofensa à imagem seria dano moral, haja vista que, conforme doutrina majoritária²⁰, qualquer ato atentatório a um direito da personalidade gera um dano moral. Contudo, em que pese ser a imagem também direito da personalidade, o legislador constitucional resolveu dar destaque ao dano dirigido contra ela, não se sabe ao certo o porquê de tal destaque, talvez em razão da grande relevância que a imagem vem ganhando devido ao avanço dos meios de comunicação, colocando a imagem no patamar de direito da personalidade mais “comercializado” ou talvez em razão de suas peculiaridades. Independentemente dos

¹⁹ Vide, á guisa de exemplo a súmula 227 do STJ.

²⁰ Vide à guisa de exemplo: “Constituindo o dano moral uma lesão aos direitos da personalidade” (TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Vol 2. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 390); “[...] dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade) (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil. Vol III. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.97).

motivos, em razão de o art. 5º, V, da CF/88 ter distinguido o dano à imagem do dano moral, garantindo autonomia àquele, opta-se, no presente trabalho, tratá-lo da mesma forma.

A imagem é “um bem personalíssimo, emanção de uma pessoa, através da qual projeta-se, identifica-se e individualiza-se no meio social”.²¹ Ou seja, seria o atributo físico e moral que compõe e individualiza cada pessoa. Baseado neste conceito pode-se entender a imagem sob dois aspectos: imagem-retrato e imagem-atributo.

A imagem-retrato é o aspecto físico da pessoa, numa explicação quase tautológica, é o retrato da pessoa, ou seja, seus traços físicos que a distinguem dos outros, como, por exemplo, a cor dos olhos, o cabelo, o sorriso, entre outros. A imagem-atributo, por sua vez, é o arcabouço moral da pessoa, a maneira como a sociedade o vê.

Assim, qualquer dano perpetrado contra a imagem do indivíduo, em qualquer de seus aspectos deve ser reparado. O uso indevido da imagem gerará uma indenização de pode ser a título patrimonial ou extrapatrimonial, a depender do caso concreto.

Em que pese ser a imagem um atributo extrapatrimonial (direito da personalidade) sua ofensa pode dar ensejo a um dano patrimonial. Seria o exemplo de uma modelo que tem suas fotos publicadas sem sua autorização. Contudo, não se pode confundir os reflexos patrimoniais da imagem com a imagem em si, pois, mesmo que se possa aferir monetariamente quanto vale o uso da foto de uma modelo em uma determinada campanha publicitária, nunca se conseguirá traduzir em dinheiro o quanto vale sua imagem. Ou seja, não se pode confundir a cessão de uso da imagem, que gera efeitos patrimoniais, com o direito da personalidade, de cunho extrapatrimonial.

Percebe-se, portanto, que o uso indevido da imagem de alguém gera dano e deve ser reparado e que, independentemente dos reflexos patrimoniais que possam advir dessa conduta danosa.

7. A torre de babel das novas adjetivações de dano

²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 108.

A expressão torre de babel tem origem bíblica e remete a uma torre que foi construída por um povo com o objetivo que seu cume alcançasse o céu. Deus, contudo, a fim de que a obra fosse interrompida, confundiu a língua desse povo para que, não se comunicando, não pudessem dar continuidade à empreitada.

Assim, “torre de babel” significa, atualmente, a profusão de linguagens desconexas, um cenário no qual não existe uma uniformidade linguística. Seria, fazendo uma analogia à feliz expressão de Thomas Kuhn²², uma ausência de ciência normal, ao passo que não há pacificidade alguma entre os juristas quando tratam dos “novos danos”.

No momento em que a dignidade da pessoa humana passou a ser o centro do sistema, a doutrina e a jurisprudência perceberam que precisavam proteger o indivíduo em todos os seus aspectos. Todavia, a dignidade de uma pessoa é composta por uma imensa gama de atributos e direitos, não há como limitar o que compõe a chamada “clausula geral de tutela da personalidade”, proceder de tal maneira seria limitar a própria dignidade humana, o que não é admissível.

Passaram a surgir, então, dia a dia novos bens jurídicos merecedores de proteção, todos reflexos da dignidade humana. A jurisprudência, bem como a doutrina, talvez em razão da cultura positivista que imperou até pouco tempo no sistema jurídico brasileiro, que buscava taxar, descrever, adjetivar, todas as situações jurídicas, passaram a nomear cada dano dirigido à dignidade humana, gerando, conseqüentemente, uma gama de nomenclaturas, uma infinidade de novas adjetivações de dano.

7.1. Menções doutrinárias e jurisprudenciais de "novos danos"

²² A expressão “ciência normal” é utilizada por Thomas Kuhn na obra “A estrutura das revoluções científicas” e significa, em apertada síntese, a homogeneidade de métodos e teorias adotados pelos estudiosos de determinada área do saber e que a orienta. (KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2006).

O presente tópico busca demonstrar as inúmeras novas adjetivações de dano que têm aparecido na doutrina e jurisprudência. Cada nova ofensa a um aspecto a dignidade humana surge uma nova qualificação. Alerta-se que não se faz aqui uma análise taxativa de todas as espécies de “novos danos”, mas, exemplificativamente, demonstra-se o cenário desconexo presente no meio jurídico.

Inicia-se o estudo selecionando alguns exemplos decorridos da jurisprudência. Surgem a todo o momento decisões fulcradas em “espécies” de dano moral, pois, a depender de qual seja o âmbito da dignidade afetada, os Tribunais acabam acolhendo ou mesmo criando uma adjetivação específica a esse dano.

7.1.1. Dano estético

O chamado dano estético corrobora o que fora afirmado. Quando a ofensa atinge a integridade física da pessoa, causando-lhe deformidades, fundamenta-se a decisão não no dano moral, mas no dano estético, dando-lhe autonomia, como se fosse uma espécie de dano extrapatrimonial diferente do dano moral.

O próprio Superior Tribunal de Justiça já reconheceu o chamado dano estético de maneira autônoma. Conforme se aduz do acórdão abaixo:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. PERDA DE MEMBRO SUPERIOR. INDENIZAÇÃO. VALOR IRRISÓRIO. MAJORAÇÃO.

1. O valor do dano moral deve ser arbitrado segundo os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, não podendo ser irrisório, tampouco fonte de enriquecimento sem causa, exercendo função reparadora do prejuízo e de prevenção da reincidência da conduta lesiva. 2. Nesses termos, o valor (R\$ 50.000,00) revela-se, de fato, irrisório, se levados em consideração os aspectos conjunturais e a extensão do dano perpetrado, que culminou em lesão irreversível com perda de membro superior direito e dano estético - reconhecido pelo acórdão hostilizado. 3. In casu, revela-se mais condizente com a situação o valor indenizatório equivalente a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), sendo R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de danos morais e R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de danos estéticos, tudo atualizado desde o presente julgado e

acrescido de juros de mora desde o evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ. Agravo regimental improvido. (Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1259457/RJ. Segunda Turma. Min. Humberto Martins.) (grifou-se)

Percebe-se, da leitura do acórdão ora destacado, que o dano estético foi tratado de maneira distinta do dano moral, dando-lhe autonomia. Neste sentido, vale destacar a lição de SÉRGIO CAVALIERI FILHO:

Prevaleceu na Corte Superior de Justiça o entendimento de que o dano estético é algo distinto do dano moral, correspondendo o primeiro a uma alteração morfológica da formação corporal que agride à visão, causando desagrado e repulsa; o segundo ao sofrimento mental – dor da alma, aflição e angústia a que a vítima é submetida.²³

No que tange ao dano estético, o STJ veio até mesmo a editar uma súmula reconhecendo sua autonomia. Oportunamente, destaca-se que o conteúdo e reflexos da presente súmula serão objeto de análise em tópico próprio.

7.1.2. Dano psicológico

As Cortes, contudo, não se limitam ao dano estético. Caso a ofensa dirija-se à integridade psíquica da vítima, os Tribunais entendem que se trata não de dano moral, mas de dano psicológico. Os acórdãos abaixo demonstram bem essa realidade:

Ressarcimento – Dano Psicológico e moral – Sofrimento psíquico intimamente ligado com a reparação do dano moral – Indenização fixada em 50 salários mínimos, cuja finalidade é da reparação pelo dano extrapatrimonial e o sofrimento psíquico e moral a ser suportado pelo menor, que teve parte do braço amputado, carregando consigo uma deformidade definitiva" (TJSP - Ap. Cível nº 42.460-4) (grifou-se)

Ação de Indenização por danos morais - Ingestão de água imprópria para o consumo. Corpo estranho em garrafão de água mineral. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Presença de elemento caracterizador da responsabilidade civil objetiva. Dano psicológico presente. Dano Moral configurado. Valor fixado em dissonância com os fatos ocorridos. Minoração. Recurso provido parcialmente. Decisão Unânime. (TJSE – Ap. Cível: AC 2007213953 SE) (grifou-se)

²³ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 115.

Novamente, percebe-se que os Tribunais adjetivaram o dano, dando-lhe tratamento distinto ao dispensado ao dano moral. Se assim não fosse, não haveria porque fazer referência aos dois tipos de dano.

7.1.3. Dano existencial

Merece também destaque o dano existencial, que vem ganhando relevo na jurisprudência pátria, conforme demonstram as decisões abaixo destacadas.

Assédio Moral: Dano existencial decorrente de terrorismo psicológico e degradação deliberada da integridade, dignidade, das condições físicas e psíco-emocionais do trabalhador mediante conduta de conteúdo vexatório e finalidade persecutória. Inocorrência. Ausência de comprovação de fatos tendentes à desestabilização do trabalhador em seu local de trabalho, em relação aos pares e a si mesmo, com o fim de provocar o despedimento, a demissão forçada ou induzida ou prejuízo das perspectivas de progressão na carreira. Mácula que só se considera existente quando perceptível ao senso comum de indivíduo médio e que possua o condão de afetar negativamente a auto-estima por seu potencial razoavelmente aferível como ofensivo ou degradante a algum dos direitos da personalidade.²⁴ (grifou-se)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS. LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL. PERMISSÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS. MOTOTÁXI. DEVER DE INDENIZAR. - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS - LEI MUNICIPAL INCONSTITUCIONAL - Tratando de responsabilidade civil do Estado por atos legislativos, consistente em lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário é necessário que a comprovação do nexo causal entre a lei inconstitucional e o dano ocorrido. Hipótese na qual a declaração de inconstitucionalidade de lei municipal, que regulamentava os serviços de transporte individual de passageiros denominado mototáxi, causou danos de ordem patrimonial e extrapatrimonial ao autor que com o município demandado firmou contrato individual de permissão dos serviços de transporte, após ter preenchido todos os requisitos exigidos na licitação. Rescisão do contrato que repercutiu significativamente na vida cotidiana do autor. Dano existencial configurado. Nexos causal entre o dano e a lei municipal inconstitucional. - DANOS PATRIMONIAIS - Não é devida a quantia relativa aos juros do financiamento para a compra da motocicleta, porque

²⁴ TRT 2 Região. RO 2445200447102005 SP.

não constitui dano ao autor, mas, sim, acréscimo ao seu patrimônio, em razão de ter adquirido um veículo zero quilômetro. Devida a despesa pela pintura do veículo para atender o requisito do decreto regulamentador, com a ressalva de que tal valor não diz respeito à depreciação do bem. Igualmente devida a importância concernente ao pagamento de todas as despesas relativas à regulamentação e legalização para a atividade de mototaxista. Pedido de dano patrimonial em parte procedente. - DANOS EXTRAPATRIMONIAIS - Os danos extrapatrimoniais também se referem à esfera existencial da pessoa humana, impondo-se o dever de indenizar quando houver ofensa aos direitos da personalidade. Compreensão a partir do artigo 1º, III, CF, princípio da dignidade da pessoa humana. - QUANTUM DA REPARAÇÃO - O valor da indenização deve ser suficiente para atenuar as conseqüências da violação dos bens jurídicos em jogo, sem significar enriquecimento sem causa. APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO PARCIALMENTE PROVIDOS. UNÂNIME.²⁵

O dano existencial é entendido como aquele que inviabiliza o projeto de vida da vítima, que a impede de alcançar suas aspirações. Se o ato danoso faz com que a vítima não possa mais exercer determinadas atividades, a jurisprudência o tem qualificado como existencial.

7.1.4. Dano biológico

Os tribunais ainda reconhecem o chamado dano biológico, decorrente da ofensa à saúde do sujeito.

ACIDENTE DE TRÂNSITO - EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - DANO PESSOAL INDENIZÁVEL. - O art. 37, § 6º, da CF, estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da comprovação de culpa no cometimento da lesão. A cicatriz em membro inferior, constatável a olho nu, sobretudo em pessoa do sexo feminino, identifica-se com o dano indenizável, visto que todo dano biológico, em sentido estrito, repercute na saúde do sujeito ao alterar, em alguma dimensão, o seu estado de bem-estar integral.²⁶

²⁵ TJRS. Apelação 70040239352.

²⁶ TJMG. Apelação 2.0000.00.382213-5/000.

Assim, qualquer ofensa a saúde, e não necessariamente à composição morfológica do sujeito, gera o chamado dano biológico. Desta forma, não é essencial para sua caracterização que transpareça no aspecto externo da vítima.

7.1.5. Outras espécies de dano (ou até onde vai a criatividade humana)

Essas novas adjetivações de dano não provêm apenas da jurisprudência, a doutrina também contribui com novas nomenclaturas, surgindo, por exemplo, o chamado dano de férias arruinadas, ao qual se aplica a indenização como forma de reparar a frustração das férias. Assim, defende-se que, caso, em razão do evento danoso, o indivíduo não possa gozar suas férias, haveria uma frustração de expectativa indenizável, ao tolher a oportunidade da vítima de desfrutar de momentos de prazer, como é o caso das férias, o causador do dano assume a responsabilidade de reparar as férias que foram, por sua conduta, arruinadas.

Sob esse argumento foi que a Primeira Turma Recursal do Estado da Bahia, no processo n. 33710-2/2002, impôs a obrigação de indenizar a uma transportadora que, em decorrência de um acidente, inviabilizou as férias da vítima. Segue a ementa:

Processo: 33710-2/2002 Relator: HELOISA PINTO DE FREITAS VIEIRA GRADDI Órgão Julgador:1ª TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS Juizado:JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE TRÂNSITO Tipo de Decisão:UNÂNIME Decisão:IMPROVIMENTO DO RECURSO Ementa: DEFESA DO CONSUMIDOR. INDENIZATÓRIA. DANO MORAL E MATERIAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. EMPRESA DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO. LESÃO FÍSICA. DEFICIÊNCIA TEMPORÁRIA. FÉRIAS PERDIDAS. DOR. INDENIZAÇÃO. VALOR. MANUTENÇÃO. I- OS DANOS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRÂNSITO ENSEJAM INDENIZAÇÃO AOS USUÁRIOS, EM RAZÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO ENTRE ESTES E A EMPRESA DE VIAÇÃO RODOVIÁRIA FORNECEDORA DO SERVIÇO. II- A EMPRESA DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS É RESPONSÁVEL PELOS DANOS DE ORDEM MORAL OU MATERIAL CAUSADOS AOS TRANSPORTADOS, INDEPENDENTEMENTE DE CULPA DA TRANSPORTADORA, VEZ QUE É SEU DEVER CONDUZIR OS PASSAGEIROS INCÓLUMES AO SEU DESTINO. III- CONFIRMA-SE INTEGRALMENTE A SENTENÇA QUE CONDENA A EMPRESA A REPARAR EM VALOR MÓDICO OS DANOS CAUSADOS À VÍTIMA. RECURSO IMPROVIDO. (grifou-se)

Destaca-se, ainda, a título exemplificativo, o “dano por rompimento de noivado”, indenizando-se o nubente que foi vítima do desfazimento do noivado. Nesse sentido é o acórdão abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NOIVADO. ZONA RURAL. PROMESSA DE CASAMENTO. RUPTURA INJUSTIFICADA. NOIVA GRÁVIDA. LESÃO À HONRA OBJETIVA E SUBJETIVA. VERIFICAÇÃO. DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA. DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO. SENTENÇA MANTIDA. - É inconteste a livre manifestação de vontade dos nubentes quanto à possibilidade de rompimento do noivado, desde que tal ruptura não acarrete ofensa à honra subjetiva e objetiva do outro. Restando provado nos autos que houve má-fé por parte de um dos nubentes, induzindo a erro o outro, certa é a incidência do instituto da responsabilidade civil, com a consequente imposição do dever de indenizar.²⁷

Todavia, a criatividade da doutrina e jurisprudência não se limita aos tipos de dano ora destacados, podendo-se falar, por exemplo, em dano-morte ou o dano sexual²⁸.

Anderson Schreiber, fazendo referência à jurisprudência italiana, cita, ainda, o dano à vida de relação, o dano pela perda de concorrencialidade, o dano por redução da capacidade laboral genética e o dano sexual.²⁹

Desta forma, o que se nota é uma profusão quase ilimitada de novos danos.

Percebe-se, portanto, que o dano se encontra “multi-facetado”, recebendo uma nomenclatura própria de maneira casuística, classificando-os, muitas vezes em razão da origem da conduta danosa e não do bem jurídico ofendido, o que acaba gerando um imenso manancial de novas adjetivações de dano. Esse processo foi, em parte, estimulado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se dispõe a demonstrar.

7.2. Súmula 387 do STJ e a suposta autonomia das novas adjetivações de danos

²⁷ TJMG. Apelação cível n. 1.0701.03.058756-5/001, Rel. Alberto Henrique, j. 05/03/2009

²⁸ A fim de conhecer outros exemplos de “novos danos” vide “Novos Paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos” de autoria de Anderson Schreiber.

²⁹ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2007, p.87.

Dispõe a súmula 387 do STJ: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e moral”. Entende o presente Tribunal, portanto, que o dano estético não é dano moral, possuindo autonomia conceitual.

O dano estético é entendido como sendo aquele que ofende a integridade física da pessoa deixando-lhe marcas e/ou lesões. De maneira geral, se o dano causa alguma deformidade que gere repugnância, é entendido como dano estético. Neste sentido é também o entendimento de SÉRGIO CAVALIERI FILHO, que ao discorrer acerca dessa espécie de dano afirma:

Inicialmente ligado às deformidades físicas que provocam aleijão e repugnância, aos poucos passou-se a admitir o dano estético também nos casos de marcas e outros defeitos físicos que causem à vítima desgosto ou complexo de inferioridade – como, por exemplo, cicatriz no rosto da atriz, manequim ou ator.³⁰

É interessante destacar que inicialmente o próprio STJ entendia que não poderia haver cumulação de dano moral com dano estético, haja vista que este ou se traduzia em dano material, ou estaria compreendido naquele. Todavia, o presente Tribunal, como visto acima, mudou seu entendimento, passando a admitir a cumulação.

O dano estético, portanto, tem sua autonomia conceitual reconhecida na jurisprudência, em que pese não se saber ao certo os limites desse conceito, haja vista que se caracteriza pela ofensa à integridade física que gera deformidades. Sabendo-se que a integridade física compõe a cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa, esse tipo de ofensa geraria também um dano moral (vide conceito de dano moral exposto acima), fica a pergunta: quando a ofensa física caracteriza dano estético e quando caracteriza dano moral? Isso é algo que ainda não foi enfrentado pela jurisprudência, que se limitou a dar autonomia ao referido dano.

Essa mudança de entendimento e a consequente edição da súmula ratifica o cenário vigente na jurisprudência e na doutrina no tocante à responsabilidade civil, mais especificamente às espécies de dano, estimulando a criação de novas adjetivações.

Se o dano estético merece tratamento distinto, por que o dano psicológico também não mereceria? Ou o dano biológico? Ou o dano existencial? E tantos outros.

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 105.

A súmula reflete a mentalidade casuística de eleição de espécies de dano. É como se, para merecer proteção jurídica (ou como forma de elevar o *quantum* indenizatório), fosse necessário o dano ter autonomia, fora da “vala comum” do dano moral. Será que essa forma de se enxergar o dano é realmente a correta? O próximo tópico se destina a tentar responder o presente questionamento.

8. "Arrumando a casa": resgate do sentido do art. 5, V, da Constituição Federal

O art. 5, V, da Constituição Federal garante autonomia a três (e apenas três) espécies de dano: material, moral e à imagem. Desta forma, a profusão de “novos danos”, além de não parecer ser o expediente mais técnico a ser utilizado, ofende o dispositivo constitucional. É preciso, portanto, resgatar o sentido do referido dispositivo, afastando-se as inúmeras adjetivações tão em voga.

Destaca-se, desde já, que a grande maioria desses “novos danos” podem (e devem) ser caracterizados como dano moral. Se este tipo de dano é aquele que busca proteger a dignidade da pessoa em qualquer de seus âmbitos, a ofensa dirigida à clausula geral de proteção à dignidade humana já caracterizará um dano merecedor de reparação, não havendo necessidade de criar novas adjetivações a fim de elevar garantir a proteção jurídica.

Critica-se, ainda, tal expediente, pois se trata de uma tarefa interminável, podendo dar ensejo a uma infinidade de adjetivações, haja vista que não se pode limitar os aspectos da personalidade, nem impedir o surgimento de uma nova fonte capaz de gerar dano. Neste sentido é também a lição de Maria Celina Bodin de Moraes ao afirmar que

Na verdade, ampliando-se desmesuradamente o rol dos direitos da personalidade ou adotando-se a tese que vê na personalidade um *valor* e reconhecendo, em consequência, tutela às suas manifestações, independentemente de serem ou *não* consideradas direitos subjetivos, todas as vezes que se tentar enumerar as novas espécies de danos, a empreitada não pode senão falhar: sempre haverá uma nova hipótese sendo criada.³¹

³¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. . Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2003, p. 166.

Desta forma, faz-se necessário perceber que a dignidade não é passível de fragmentação, cada ofensa a um dos seus aspectos não significa um novo dano.

A tutela da pessoa humana não pode ser fracionada em isoladas hipóteses, microssistemas, em autônomas *fattispecie* não-intercomunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como um problema unitário, dado o seu fundamento, representado pela unidade do *valor* da pessoa. Esse fundamento não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, como é feito nas teorias atomísticas. A personalidade é, portanto, não um “direito”, mas um *valor*, o valor fundamental do ordenamento, que está na base de uma série (aberta) de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela.³²

Adjetivar os danos com base em qual âmbito da dignidade humana foi afetado, significa fracionar essa dignidade, como se fosse composta por vários interesses distintos, quando, em verdade, trata-se de um valor unitário. É irrelevante se a ofensa se dirigiu à honra, à integridade física, psíquica ou qualquer outro interesse extrapatrimonial, haja vista que todos compõem a dignidade do ser humano, todos podem ser classificados como dano moral. Assim,

Não há mais, de fato, que se discutir sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, porque se está em presença, a partir do princípio constitucional da dignidade, de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana.³³

Percebe-se, portanto, que esse “novos danos” não são efetivamente novos,

Uma análise cuidadosa revela [...] que algumas destas novas espécies de dano correspondem, a rigor, não a novos danos, mas simplesmente a novas situações de risco ou a novos meios lesivos, cujo incremento é, de fato, inevitável no avançar do tempo.³⁴

O chamado dano de férias arruinadas, por exemplo, é classificado com base na situação que dá ensejo ao dano, e não no interesse jurídico tutelado. Ter suas férias frustradas pode afetar um bem extrapatrimonial, o que geraria, conseqüentemente, dano moral. De qual situação este dano foi ocasionado não muda a característica do interesse afetado, não servindo, portanto, como critério de classificação.

³² Ibidem, p. 121.

³³ MORAES, Maria Celina Bodin de. . Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2003, p.118.

³⁴ SCHREIBER, Anderson. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p.94.

Pode-se também citar o dano biológico, entendido como aquele que repercute na saúde do sujeito. Não há razão para ser reconhecida autonomia a este dano. Perceba-se que a cláusula geral de proteção à dignidade humana protege também a integridade física, da qual faz parte a saúde. Assim, o dano biológico é dano moral.

É preciso deixar claro que dano moral é qualquer ofensa à dignidade, em qualquer dos seus âmbitos.

Assim, como a dignidade não admite taxatividade, é um conceito elástico, uma cláusula geral que não pode ser enumerada ou repartida, por tratar-se de valor inerente a todo o ser humano, as ofensas a ela dirigidas também não comportam esse tipo de expediente. Se o fato danoso atinge a pessoa em sua integridade física ou psíquica, não significa que sejam dois tipos de danos diferentes, não há que se falar em dano biológico e dano psicológico, por exemplo, mas em dano moral.

A prática da adjetivação de danos parece não apenas ser atécnica, mas também perigosa, resultando não numa ampliação da proteção à pessoa, mas uma redução. Ao se enumerar todas as situações merecedoras de tutela, dando nomes próprios a cada dano decorrente delas, corre-se o risco de entender que um dano, quando não esteja dentro das hipóteses enumeradas, não mereça proteção, restringindo, portanto, a tutela à pessoa. A dignidade não comporta limitações, bem como, qualquer dano que a ofenda.

Na sociedade, em razão da velocidade nas relações sociais, sempre irão surgir novas situações capazes de ofender o ser humano em sua dignidade. É impossível prever todas e, obviamente, taxá-las. Adjetivar danos significa limitar a dignidade, algo que não pode ser admitido, sob pena de restringir sua proteção.

O caminho a se seguir parece ser o de entender a dignidade como um valor unitário inerente a todo o ser humano, que não admite fracionamento ou enumeração. Dentro desta concepção, tendo em mente que qualquer lesão à pessoa em sua dignidade caracteriza-se como dano moral, permite-se que a cláusula geral de proteção à dignidade humana funcione de maneira aberta, porosa, adequando-se às mais diversas situações de risco.

9. Conclusão

Objetivou-se com o presente artigo demonstrar que as adjetivações casuísticas de dano, gerando uma profusão de “novos danos”, não representam um aumento de proteção à pessoa, bem como carecem de apuro técnico.

Inicialmente, destaca-se a ausência de fundamento para o surgimento desses chamados novos danos. Para tanto, vale lembrar que o critério para classificação dos danos está ligado ao bem jurídico ofendido, a depender da sua natureza, teremos tipos diferentes de danos. Todavia, o que se nota nessas diversas adjetivações é que o critério utilizado é a origem da conduta ofensiva, o que não parece ser adequado, haja vista que é impossível limitar os tipos de condutas que podem gerar danos, desta forma, haveria uma classificação ilimitada. Ademais, a origem da conduta não é hábil a identificar os danos ocorridos. Cita-se, exemplificativamente, uma colisão de automóveis, pois, de tal conduta, podem surgir danos materiais, bem como extrapatrimoniais, sendo irrelevante de onde partiu o evento ofensivo.

O segundo ponto que se buscou demonstrar é que ampliação de adjetivações não é sinônimo de aumento de proteção. É necessário notar que a dignidade, como valor inerente ao ser humano, não é passível de fragmentação, independentemente da ofensa se dirigir à honra, integridade ou privacidade, estar-se-á falando de dano moral, haja vista que o aspecto da dignidade ofendida não muda a natureza do dano, pois compõem a cláusula geral de proteção à pessoa.

Fragmentar a dignidade qualificando cada ofensa a uma parcela da dignidade enseja o raciocínio perigoso de que se determinado dano ofender um âmbito da dignidade que não esteja “adjetivado” não merece proteção. Ou seja, essa técnica casuística, apesar de criar “novos danos” merecedores de tutela, não implicam uma maior proteção, pelo contrário, oportunizam a irressarcibilidade.

Desta forma, percebe-se que é salutar acabar com essa torre de babel de novas adjetivações de danos, o que caracteriza o dano é a natureza jurídica do interesse jurídico tutelado, se a ofensa se dirige à cláusula geral de proteção à dignidade humana, é dano moral, não havendo necessidade de criação de um “novo” dano. Entende-se que tal comportamento é

um reflexo da elevação de interesses existenciais e do afã de garantir a integral reparação à vítima. Todavia, não se pode concordar com isso, sob pena de estabelecer danos sem critério jurídico que o embase e expor à vítima à ausência de reparação quando a conduta ofensiva não estiver adjetivada. Assim, urge coadunar a doutrina e a jurisprudência em torno de uma mesma “língua” quando se trata de adjetivar danos, e esta seria a natureza jurídica do bem ofendido.

Referências

- CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil. Vol IV. Tomo I. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____; _____. Novo curso de Direito Civil. Vol III. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010
- KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. _____
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em 05 de julho de 2010.
- MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito privado. _____
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2003.
- MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. A responsabilidade civil por presunção de causalidade. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.120.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.
- SCHREIBER, Anderson. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007.
- TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Vol 2. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012