

A Evolução do Conceito de Dano Moral

ANDRÉ GUSTAVO C. DE ANDRADE

Juiz de Direito. Professor de Direito Civil e Processo Civil da EMERJ

1. Conceito de Dano Moral

Se a existência do direito à indenização por dano moral é, hoje, inquestionável, o mesmo não se pode dizer quanto ao seu conceito e à sua amplitude ou dimensão. A doutrina ainda não assentou, em bases sólidas, o conceito de dano moral. Em conseqüência, a jurisprudência se mostra vacilante no reconhecimento das situações em que se configura essa espécie de dano.

Superando um conceito que se poderia denominar “negativo” ou “excludente”, a doutrina se divide entre os que identificam o dano moral com a “dor”, em sentido amplo – ou, em geral, com alguma alteração negativa do estado anímico do indivíduo –, e os que vêem no dano moral a violação de bem, interesse ou direito integrante de determinada categoria jurídica. Passem-se em revista esses conceitos.

1.1 Conceito negativo ou excludente

A doutrina comumente define o dano moral sob a forma negativa, em contraposição ao dano material ou patrimonial. Procura-se, desse modo, conceituar o dano moral por exclusão.

Na doutrina francesa, Mazeaud e Tunc indicavam que “o dano moral é ‘o que não atinge de modo algum ao patrimônio e causa tão só uma dor moral à vítima’.”⁸²

Savatier definia o dano moral como: “todo sofrimento humano que não resulta de uma perda pecuniária”⁸³.

Na doutrina italiana, Adriano De Cupis recorria a essa conceituação: “O dano não patrimonial não pode ser definido se não em contraposição ao dano patrimonial. Dano não patrimonial, em consonância com o valor negativo de

82 MAZEAUD, Henry y Leon; TUNC, André. **Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual**. 1961, p. 424.

83 SAVATIER, René. **Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français**. 1951. Tomo II, nº 525, p. 92.

*sua expressão literal, é todo dano privado que não pode compreender-se no dano patrimonial, por ter por objeto um interesse não patrimonial, ou seja, que guarda relação com um bem não patrimonial.*⁸⁴

Na doutrina nacional é freqüente o emprego da conceituação negativa. Segundo Aguiar Dias: “Quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral.”⁸⁵

Para Pontes de Miranda: “Dano Patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio.”⁸⁶

Wilson Mello da Silva desse modo definia os 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.”⁸⁷

Agostinho Alvim adotou conceito expresso por Scialoja: “Dano moral ou não patrimonial é o dano causado injustamente a outrem, que não atinja ou diminua o seu patrimônio.”⁸⁸

Esse modo de conceituar o dano moral nada esclarece a respeito de seu conteúdo e não permite uma correta compreensão do fenômeno. Define-se essa espécie de dano com uma idéia negativa, algumas vezes acompanhada de uma fórmula redundante, que busca explicar o fenômeno usando expressões que fazem alusão ao aspecto moral do dano, sem verdadeiramente explicá-lo.

Justa, pois, a crítica de Gabriel Stiglitz e Carlos Echevesti à conceituação negativa: “Diz-se que dano moral é o prejuízo que não atinge de modo algum o patrimônio e causa tão-somente uma dor moral à vítima. Esta é uma idéia negativa (ao referir por exclusão que os danos morais são os que não podem considerar-se patrimoniais) e tautológica, pois ao afirmar que dano moral é o que causa tão-somente uma dor moral, repete a idéia com uma troca de palavras.”⁸⁹

1.2 Dano moral como dor ou alteração negativa do estado anímico, psicológico ou espiritual da pessoa

84 DE CUPIS, Adriano. **El Dano – Teoria General de la Responsabilidad Civil**. 1975, p. 122.

85 AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. 1987. Vol. II, p. 852.

86 MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 1959. Tomo XXVI, p. 30.

87 MELLO DA SILVA, Wilson. 3ª ed. **O Dano Moral e a sua Reparação**. 1999, nº 1.

88 ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências**. 1949, nº 157, p. 195.

89 STIGLITZ, Gabriel A. / ECHEVESTI, Carlos A. **Responsabilidad Civil**. 1993, p. 237.

Buscando adentrar o próprio conteúdo do dano moral, parte da doutrina apresenta definições que têm, em comum, a referência ao estado anímico, psicológico ou espiritual da pessoa. Identifica-se, assim, o dano moral com a dor, em seu sentido mais amplo, englobando não apenas a dor física, mas também os sentimentos negativos, como a tristeza, a angústia, a amargura, a vergonha, a humilhação. É a dor moral ou o sofrimento do indivíduo.

Segundo Jorge Bustamante Alsina: “Pode-se definir o dano moral como a lesão aos sentimentos que determina dor ou sofrimentos físicos, inquietação espiritual, ou agravo às afeições legítimas e, em geral, a toda classe de padecimentos insuscetíveis de apreciação pecuniária.”⁹⁰

Aguiar Dias, reproduzindo lição de Minozzi, observa que para caracterizar o dano moral impõe-se compreendê-lo em seu conteúdo, que: “...não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado.”⁹¹

Silvio Rodrigues refere-se ao dano moral como: “a dor, a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem.”⁹²

Antonio Chaves, tratando do dano moral, afirma que: “Seu elemento característico é a dor, tomado o termo em seu sentido amplo, abrangendo tanto os sofrimentos meramente físicos, como os morais propriamente ditos.” Assim sendo, apresenta a seguinte definição: “Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja a dor física – dor-sensação, como a denomina Carpenter – nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento – de causa material.”⁹³

Para Carlos Alberto Bittar, os danos morais: “se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado.”⁹⁴

Antonio Jeová Santos, mais explícito, entende que: “A existência do dano moral exige a alteração no bem-estar psicofísico. Modificação capaz de gerar angústia, menoscabo espiritual, perturbação anímica e algum detrimento que

90 ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoria General de La Responsabilidad Civil**. 1993, p. 97.

91 AGUIAR DIAS, José de. *Op. cit.*, p. 852.

92 RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 1989. Vol. 4, p. 206.

93 CHAVES, Antonio. **Tratado de Direito Civil**. 1985. Vol. III, p. 607.

94 BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 1994, p. 31.

não tem ênfase no patrimônio.”⁹⁵

Todas essas definições trazem em comum a identificação do dano moral com alterações negativas no estado anímico, psicológico ou espiritual do lesado. Para essa corrente doutrinária, portanto, não há dano moral sem dor, padecimento ou sofrimento (físico ou moral).

Tais estados psicológicos, porém, constituem não o *dano* em si, mas sua *conseqüência* ou *repercussão*. Confunde-se o dano com o resultado por ele provocado. Dano moral e dor (física ou moral) são vistos como um só fenômeno. Mas o dano (fato logicamente antecedente) não deve ser confundido com a impressão que ele causa na mente ou na alma da vítima (fato logicamente subsequente).

O equívoco dessa conceituação é percebido com a constatação de que as perdas patrimoniais também podem provocar padecimento ou sofrimento. O devedor que deixa de pagar a sua dívida pode, com isso, trazer angústia e preocupação ao credor, que contava com a quantia que lhe era devida. O empreiteiro que não entrega a obra no prazo pode provocar grande irritação ao contratante do serviço. O condômino que litiga com o condomínio ou com o vizinho em razão de infiltrações existentes em seu imóvel passa por grandes constrangimentos e aborrecimentos. Em nenhum desses casos, no entanto, é possível vislumbrar, *a priori*, a existência de um dano moral. Pelo menos não de acordo com o senso médio.

Roberto Brebbia, com propriedade, já assinalara que mesmo uma ofensa a um direito patrimonial pode ocasionar no titular do direito ofendido uma comoção ou perturbação psíquica: um atentado contra o direito de propriedade pode trazer como conseqüência, a par da lesão patrimonial, uma dor moral produzida pelo desprezo alheio ao seu direito⁹⁶.

Ihering, lembrado por Brebbia, observava, há mais de um século, que a dor moral provocada pela ofensa ao direito subjetivo em geral era o que comumente impulsionava o indivíduo ofendido em seu direito a lutar contra a injustiça. Em sua clássica obra *A Luta pelo direito*, Ihering, fazendo referência à dor causada pela lesão ao direito subjetivo, pontificava que: “Quem nunca sentiu essa dor, em si mesmo ou em outrem, ainda não compreendeu o que é o direito, mesmo que saiba de cor todo o Corpus Juris.”⁹⁷

As dores, angústias, aflições, humilhações e padecimentos que atingem a vítima de um evento danoso não constituem mais do que a conseqüência ou repercussão do dano (seja ele moral ou material). A dor sentida em razão

95 SANTOS, Antonio Jeová. *Op. cit.*, p. 99.

96 BREBBIA, Roberto H. *El Daño Moral*, p. 94.

97 IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. 1987, p. 58.

da morte do cônjuge, a humilhação experimentada por quem foi atingido em sua honra, a vergonha daquele que ficou marcado por um dano estético, a tensão ou a violência experimentados por quem tenha sido vítima de um ataque à sua vida privada são, como observa Eduardo Zannoni, “estados de espírito de algum modo contingentes e variáveis em cada caso e que cada qual sente ou experimenta a seu modo.”⁹⁸

1.3 Dano moral como lesão a determinada categoria de direitos

As mudanças no estado de alma do lesado, decorrentes do dano moral, não constituem, pois, o próprio *dano*, mas *efeitos* ou *resultados* do dano. Esses efeitos ou resultados seriam decorrência⁹⁹ do dano moral, que lhes é antecedente.¹⁰⁰

O dano moral, dentro dessa concepção, é caracterizado pela ofensa a uma dada categoria de interesses ou direitos – os quais, comumente, provocam as conseqüências, os efeitos ou os resultados que parte da doutrina confunde com o próprio dano.

Brebbia observa que: “De todas as classificações que se formulam a respeito dos danos reconhecidos pelo Direito, é, sem deixar lugar à menor dúvida, a mais importante, a distinção que se efetua tendo em conta à natureza do direito violado, ou, o que é a mesma coisa, do bem jurídico menoscabado.”¹⁰¹

Impõe-se, portanto, identificar que interesses ou direitos são esses cuja violação dá ensejo à reparação moral.

1.3.1 O surgimento dos direitos da personalidade

Muito se debate acerca dos chamados “direitos da personalidade”.¹⁰² Par-

98 ZANNONI, Eduardo A. **El Daño en la Responsabilidad Civil**. 1993, p. 290. Conclui o Zannoni que: “O que define o dano moral não é, em si, a dor ou os padecimentos. Esses serão ressarcíveis à condição de que sejam provocados pela lesão a uma faculdade de atuar que impede ou frustra a satisfação ou gozo de *interesses não patrimoniais reconhecidos à vítima do evento danoso pelo ordenamento jurídico*. E estes, é prudente reiterá-lo, podem estar vinculados tanto a direitos patrimoniais como a direitos extrapatrimoniais.”

99 Não necessária, como se verá adiante.

100 Apenas do ponto de vista lógico, mas não necessariamente cronológico, já que, em muitas situações, como se verá adiante, pode o dano moral surgir com a própria alteração do estado anímico do ofendido.

101 BREBBIA, Roberto H. *Op. cit.*, nº 21, p. 67.

102 A denominação “direitos da personalidade” é a preferida em nossa doutrina. Carlos Alberto Bittar relaciona outras denominações: “direitos essenciais da pessoa”, “direitos subjetivos

te da doutrina considera-os como direitos inatos ou inerentes ao homem, existentes independentemente do direito positivo, que se limita a reconhecê-los e sancioná-los, conferindo-lhes maior visibilidade e dignidade. Assim, antes mesmo da positivação estatal os direitos da personalidade já seriam passíveis de proteção jurídica.¹⁰³

O triunfo do liberalismo e a influência da Escola do Direito Natural – no qual o direito natural desfrutava a primazia sobre o direito positivo – deram impulso à concepção de direitos “inatos”, “originários” e “irrenunciáveis” do homem. Cunhou-se a idéia de um direito geral derivado da personalidade humana como *ius in se ipsum*, à feição de um mero poder da vontade individual, “mais reivindicado face ao Estado do que em relações de alteridade com os demais indivíduos”.¹⁰⁴

A idéia de um direito inato, de caráter universal, foi recusada pela Escola Histórica. O Positivismo Jurídico, por seu turno, negou a existência de um direito de personalidade de caráter geral, reconhecendo, como direitos (subjetivos) apenas aqueles positivados pelo Estado.¹⁰⁵

Essa crítica do positivismo jurídico aos direitos inatos ou naturais redundou na consagração legislativa de “direitos especiais da personalidade”, com vistas à proteção de bens ou interesses jurídicos de personalidade específicos, como a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a honra.

A idéia de um “direito geral de personalidade” reemergiu a partir da segunda metade do século passado, com o fim da segunda grande guerra. O impacto causado pelas atrocidades cometidas no conflito mundial e o crescimento da sociedade de consumo levaram a uma busca pela ampliação da tutela da personalidade humana. A tutela de aspectos particulares da personalidade se mostrou insuficiente para a proteção do homem na sociedade atual. Passaram as constituições e os textos infraconstitucionais de diversos países, então, a admitir a existência de um direito geral de personalidade,¹⁰⁶ sem deixar de focar algumas de suas expressões particulares.

essenciais”, “direitos à personalidade”, “direitos essenciais (ou fundamentais) da pessoa”, “direitos personalíssimos” (**Os Direitos da Personalidade**. 2000, p. 3).

103 Esse é o entendimento de Carlos Alberto Bittar, que se insere francamente entre os adeptos do Direito Natural. Observa que o direito não se reduz às normas positivas, nem o Estado é o único definidor e identificador dos direitos. O Estado, na verdade, tem por papel “reconhecer os direitos que a consciência popular e o direito natural mostram.” (*idem*, p. 8)

104 V. CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. (**O Direito Geral de Personalidade**. 1995, p. 81).

105 V. CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo (*ibidem*).

106 V. CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo (*idem*, p. 85).

Seguindo essa tendência global, a nossa Constituição Federal, no art. 1º, III, estabeleceu como um dos fundamentos da República a *dignidade da pessoa humana*, expressão síntese dos atributos que compõem a pessoa e que apela ao respeito ao indivíduo, enquanto tal, nas diversas e complexas manifestações de sua personalidade.

Além disso, o já mencionado inciso X do art. 5º da Constituição da República faz alusão a direitos especiais da personalidade: a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Outros dispositivos constitucionais aludem a atributos especiais da personalidade, como o inciso III do art. 5º, segundo o qual “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”; o inciso XLIX do mesmo artigo, que assegura aos presos o “respeito à integridade física e moral”; os incisos IV e IX, que asseguram a liberdade de manifestação e expressão; o inciso VIII, que assegura a liberdade de crença religiosa ou convicção filosófica ou política. A doutrina já observou que essa enumeração é meramente exemplificativa.¹⁰⁷

Refoge aos limites e objetivos do presente trabalho o exame aprofundado dos denominados direitos da personalidade, cujo estudo, como reconhece Carlos Alberto Bittar, está eivado de dificuldades¹⁰⁸, principalmente no que se refere à sua extensão ou enumeração¹⁰⁹.

Mais que à lei, cabe à doutrina e à jurisprudência a identificação e definição dos direitos da personalidade, que se encontram em constante expansão. A cada dia um novo aspecto da personalidade humana é destacado e elevado à condição de interesse juridicamente protegido. Por isso, qualquer tentativa de enumeração exaustiva desses direitos estaria fadada ao fracasso.

A impossibilidade de enumerar os diversos atributos da personalidade passíveis de proteção talvez decorra de que a personalidade não constitua,

107 Segundo Caio Mário da Silva Pereira: “Aludindo a determinados direitos, a Constituição estabeleceu o mínimo. Não se trata, obviamente de *numerus clausus*, ou enumeração taxativa. Esses, mencionados nas alíneas constitucionais, não são os únicos direitos cuja violação sujeita o agente a reparar. Não podem ser reduzidos, por via legislativa, porque inscritos na Constituição. Podem, contudo, ser ampliados pela legislatura ordinária, como podem ainda receber extensão por via de interpretação, que neste teor recebe, na técnica do Direito Norte Americano, a designação de *construction*.” (Responsabilidade Civil. 1990, p. 65).

108 BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 2000, p. 1.

109 Essa dificuldade é remarcada por Rabindranath V. A. Capelo de Souza, segundo o qual: “A determinação do conteúdo do bem da personalidade juridicamente relevante é um problema *jurídico-positivo*, cuja solução só pode retirar-se a partir da correcta interpretação, integração e sistematização dos comandos concretos ou dos princípios gerais de cada ordenamento jurídico. Mas é também um problema de *compreensão científico-cultural*, (...) face a complexidade, à dinâmica e à ilimitabilidade da personalidade humana” (op. cit., p. 118).

em si, um “direito”, mas, como sustenta Pietro Perlingieri, 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.”¹¹⁰

Todavia, conforme observa Brebbia¹¹¹, a imprecisão reinante acerca dos atributos que integram a personalidade não pode constituir obstáculo ao reconhecimento, hoje, da existência de um conjunto de direitos ou faculdades que, por suas características próprias, se diferenciam claramente dos direitos patrimoniais e devem ser tutelados juridicamente da forma mais ampla possível.

1.3.2 Dano moral como lesão a direito da personalidade

Válido, portanto, concluir que o dano moral está relacionado à violação de uma classe especial de direitos: os direitos da personalidade ou personalíssimos.

A noção de dano moral como lesão a direito da personalidade é difundida por grande parte da doutrina. Para o Professor Sergio Cavaliere Filho: “o dano moral é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima.”¹¹²

No ensino de Carlos Alberto Bittar: “Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social).”¹¹³

Yussef Said Cahali, citando lição de Dalmartello, pondera que: “Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, ‘como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípua na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos’.”¹¹⁴

110 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 1999, p. 155.

111 BREBBIA, Roberto H. *Op. cit.*, p. 61.

112 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 1998, p. 74.

113 BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 41.

114 CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 1998, p. 20.

Antonio Jeová Santos observa que: “Num sistema que coloca o homem como epicentro do Direito, o reconhecimento do dano moral, como entidade passível de gerar indenização, é o coroar do reconhecimento dos direitos da personalidade.”¹¹⁵

Brebbia, coerente com toda a sua argumentação, considera morais ou extrapatrimoniais: “aqueles danos produzidos à raiz da violação de algum dos direitos da personalidade.”¹¹⁶

Grande parte da dificuldade na aceitação da indenizabilidade da ofensa aos bens da personalidade independentemente da repercussão que essa ofensa produza no estado psicológico ou no espírito da pessoa reside na própria denominação a essa espécie de dano. O vocábulo “moral” remete aos domínios do espírito humano, o que sugere que o dano moral seja aquele que invade e afeta esses domínios.

Mais adequada, talvez, fosse a denominação de *dano à pessoa*, para assinalar a idéia de ofensa a algum dos atributos da personalidade. Nos países da **common law** é corrente a distinção entre *dano à pessoa (personal tort)* – abrangendo os danos em geral à pessoa, à sua reputação, aos seus sentimentos – e *dano à propriedade (property tort)* – envolvendo danos à propriedade e ao patrimônio material em geral.

Mas essa denominação certamente também não estaria livre de críticas, porque, do ponto de vista semântico, a expressão *dano à pessoa* não é excludente dos *danos patrimoniais indiretos decorrentes da lesão sofrida pela pessoa*. A doutrina italiana, aliás, vê no dano a pessoa um **tertium genus**, mais amplo que o dano moral (em sua concepção de dor) e o dano patrimonial, porque engloba aspectos de ambos, sem com eles se confundir.¹¹⁷ A denominação *dano extrapatrimonial* também não se afigura adequada, porque remete ao conceito negativo do dano (não patrimonial), sem aludir à essência do fenômeno.

Já se enraizou em nossa tradição a expressão dano moral, que é a empregada pela nossa Constituição e por diversos diplomas legais (em especial pelo novo Código Civil). É, também, expressão disseminada, nos países de tradição romano-germânica. Na França, **dommage moral** ou **préjudice moral**; na Espanha, *daño moral*; na Itália, **danno morale**. O fundamental é que

115 SANTOS, Antonio Jeová. *Op. cit.*, p. 57.

116 BREBBIA, Roberto H. *Op. cit.*, p. 76.

117 “O dano à pessoa (entendido em sentido amplo) é uma noção que contempla todo o conjunto de danos, patrimoniais ou não, que um sujeito sofre em consequência de um ato ilícito”. (“*Il danno alla persona: evoluzione e disciplina*”. In <http://www.giustizia-italiana.it/articoli/dannobiologico.htm#quattro>).

o rótulo não provoque engano quanto ao produto.

1.3.3 A apontada distinção entre *atividade lesiva* e *dano moral*

Em oposição à tese de que o dano moral reside na ofensa a direito da personalidade, argumenta-se que o fundamental na definição do conceito é, exatamente, a impressão causada pelo ato lesivo no espírito da vítima, porque o dano é, conceitualmente, efeito de algum acontecimento, ou seja, é o efeito produzido pelo ato danoso ou lesivo. Por esse ângulo, nenhuma importância teria a natureza ou a índole dos direitos lesionados para a determinação da espécie de dano. O dano moral, assim, residiria justamente na impressão psíquica decorrente da ofensa.

Esse entendimento foi manifestado de forma expressa por Aguiar Dias: “A distinção [entre o dano patrimonial e o dano moral], ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a bem material.”¹¹⁸ Em outra passagem de sua obra, Aguiar Dias assinala, enfaticamente, essa idéia: “Ora, o dano, já o dissemos, é uno, e não se discrimina em patrimonial e extrapatrimonial em atenção à origem, mas aos efeitos.”¹¹⁹

Para distinguir o dano moral do material haveria, pois, que verificar os efeitos ou consequências do ato lesivo: se este vem a causar uma diminuição no patrimônio, configura-se o dano patrimonial ou material, nada importando a natureza do direito lesionado; se, por outro lado, o ato lesivo nenhum efeito tem sobre o patrimônio, mas causa sofrimento, atingindo a pessoa em seus interesses morais tutelados por lei, o dano é moral ou imaterial.¹²⁰

De acordo com essa tese, haveria que distinguir a *lesão* (ou *atividade lesiva*) do *dano* propriamente dito. Este último (o dano) é o resultado provocado por aquela (a lesão ou atividade lesiva).¹²¹ Tanto em relação ao dano material

118 AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. 1987, p. 852.

119 *Idem*, p. 865.

120 É o pensar de Alfredo Orgaz (**El Dano Ressarcible. Actos Ilícitos**. 1952, p. 223).

121 Aguiar Dias assinala a distinção entre dano e lesão, inclusive no que respeita ao dano moral: “Dano moral, digamos, talvez escusadamente, mais uma vez, é a reação psicológica à injúria, são as dores físicas e morais que o homem experimenta em face da lesão.” (*op. cit.*, p. 865). Mais à frente, reafirma seu ponto de vista: “Entendemos que o fato de se apresentarem, na mesma lesão, o dano moral e o dano material não cria categoria nova de dano, isto é, um dano misto. Aqui se mostra que a distinção entre lesão e dano, que parece escusada, não deixa de apresentar serventia: a lesão tem, não há dúvida, duplo caráter, e não há senão admiti-la como terceira espécie, ao lado das lesões patrimoniais e morais. Mas o dano pode ser patrimonial ou

como em relação ao dano moral, o que seria indenizável é o *dano (resultado danoso)*, não a *lesão (atividade lesiva)* do responsável.¹²²

Por esse ponto de vista, o dano moral não consistiria, por exemplo, na ofensa à honra em si (essa seria a atividade lesiva ou danosa), mas na impressão que essa ofensa tenha causado no espírito do ofendido (resultado da atividade lesiva).

A falha da argumentação se encontra exatamente na analogia (de todo imperfeita) que se pretende fazer entre o dano moral e o dano patrimonial. A diversidade de natureza dos bens atingidos impossibilita a aproximação das duas espécies de dano.

A associação do dano moral à dor, ao sofrimento ou a outros sentimentos negativos decorre da concepção usual de que o dano se identifica, sempre, com alguma alteração naturalística (ainda que no plano psicológico) provocada por algum comportamento ou acontecimento.

Induvidosamente, concorre para essa noção o sentido vulgar do vocábulo dano. Os léxicos indicam, como sinônimos ou termos correlatos: prejuízo, ruína, estrago, avaria, prejuízo, amassado, fratura, machucado, arranhão, perda de qualidade, deterioração, perda, diminuição.¹²³

Para o direito, no entanto, o significado vulgar de dano não engloba todas as manifestações possíveis do dano moral. Na verdade, a associação do dano a algum acontecimento natural (físico ou psicológico) é apropriada para a identificação de uma espécie de dano, qual seja, o *dano material* ou *patrimonial*, que, em sentido estrito¹²⁴, corresponde a um *estrago* ou *avaría*, a uma *diminuição* ou *perda*. Essa associação mostra-se inadequada, no entanto, para explicar o dano moral.

Rechaçando a distinção entre atividade lesiva e dano moral, Zannoni, com agudeza, argumenta que os bens patrimoniais, as coisas, os direitos de crédito, são “meios” econômicos de que se serve o homem para satisfazer seus interesses; por outro lado, os bens extrapatrimoniais ou direitos da personalidade são “fins” em si mesmos. Decorre dessa diferença que se pode conceber um homem mais rico ou com mais fortuna econômica que outro, mas não é possível conceber um homem com mais direito à “integridade

moral.” (*ibidem*, nota 1.330).

122 Eduardo Zannoni confere destaque à polêmica, refutando a distinção (*op. cit.*, p. 291).

123 Cf. a definição do vocábulo no **Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**. 2001. Editora Objetiva.

124 Em sentido amplo, os danos materiais englobam não apenas aquilo que o ofendido efetivamente perdeu, mas, também, de acordo com o art. 402 do novo Código Civil, “o que razoavelmente deixou de lucrar”.

pessoal”, ou com mais “honra”, mais “vida”, mais “imagem” do que outro.¹²⁵

Os bens patrimoniais podem ser quantificados, por constituírem *meios* para a satisfação humana. Podem, então, ser medidos ou avaliados, para que se constate de que *meios* foi a vítima privada, a fim de que se recomponha a perda. Já os bens extrapatrimoniais, em seu conjunto, são *fins* em si mesmo, porque expressões do próprio homem. Não podem ser quantificados em “mais” ou “menos”. Por essa razão, uma vez atingido o bem extrapatrimonial, consumado estará o dano,¹²⁶ independentemente de qualquer impressão psíquica ou dor espiritual.

2. A Aptidão dos Direitos da Personalidade para Gerar Vantagem Econômica

A violação dos bens ou direitos da personalidade também pode provocar dano material, como, aliás, é reconhecido nos incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal, os quais aludem não só a dano moral, mas também ao dano material decorrente de ofensa à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

De fato, não é raro, *v. g.*, que a ofensa à honra, à imagem ou à intimidade venha a ocasionar um prejuízo econômico à vítima. Imagine-se a hipótese da artista que deixa de celebrar contrato de publicidade de determinado produto infantil em razão de publicação em jornal sensacionalista de fotografia sua, sem roupas, no recinto de sua casa, tirada clandestinamente por terceiro, com teleobjetiva. A par do dano moral, consistente no ataque à sua intimidade, a vítima também teria sofrido prejuízo econômico.

Ante essa possibilidade, pode-se argumentar que a natureza dos bens jurídicos violados – a intimidade e a imagem (bens integrantes da personalidade) – não seria hábil para identificar o dano como moral.

A um tal argumento se responderia que os bens ou direitos personalíssimos, embora não sejam alienáveis ou estimáveis pecuniariamente, podem ter um valor econômico, na medida em que venham a constituir instrumento gerador de lucro ou vantagem econômica para seu titular. Isso não significa que tais bens integrem, por natureza, o patrimônio econômico ou material da pessoa, ou possam ser reduzidos à categoria de bens ou direitos patrimoniais.

Não desnatura o bem personalíssimo a sua aptidão para gerar vantagem econômica. Assim, a imagem, que é integrante da personalidade, pode ser

125 ZANNONI, Eduardo A. (*op. cit.*, p. 292).

126 ZANNONI, Eduardo A. (*op. cit.*, p. 293).

usada com fins econômicos por seu titular, como o faz um artista ou modelo; o nome pode ser fonte de lucro para a pessoa; a integridade física pode ser indispensável para o exercício da profissão, como no caso do pianista, que depende das mãos, ou do jogador de futebol, que depende das pernas.

Pode-se, pois, afirmar que o dano patrimonial pode ou não *decorrer* (ser conseqüência) da ofensa a um bem personalíssimo, enquanto que o dano moral sempre *consistirá* na própria ofensa a um bem dessa natureza.

3. A Cumulabilidade dos Danos Moral e Material

A constatação de que os bens personalíssimos são aptos a gerar vantagem econômica desfez a antiga polêmica acerca da cumulabilidade dos danos moral e material decorrentes do mesmo fato.

A ofensa à honra, *v.g.*, a par do dano moral, pode abalar o prestígio da vítima e causar a sua ruína.

A ofensa à integridade física pode, a um só tempo, causar dano moral e patrimonial, este último consistente nas despesas de tratamento e na eventual incapacidade laborativa da vítima.

A morte do pai de família, além do dano moral decorrente do desaparecimento do ente querido, pode trazer, para o companheiro sobrevivente e para os filhos, dano material, consistente na perda do sustento ou amparo econômico.

A cumulabilidade do dano moral com o material decorrentes do mesmo fato é reconhecida pacificamente pela jurisprudência do STJ, que editou a Súmula 37: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”

Contudo, no exame dos casos de ofensa a bens da personalidade, há que ter cuidado quanto à real ocorrência de dano material. A jurisprudência de nossos tribunais, em casos de morte de filho menor que não exercia atividade remunerada tem reconhecido o direito dos pais à indenização por dano material. O Supremo Tribunal Federal, a respeito, editou a Súmula 491: “É indenizável o acidente que causa a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado.” A construção jurisprudencial partiu da consideração de que a morte do filho causava uma frustração de expectativa de ganhos futuros por parte de seus pais.¹²⁷ Mas, se essa expectativa é admissível em se

127 Sergio Cavalieri Filho entende que a construção jurisprudencial constituiu, em sua origem, forma de indenizar os pais pela morte do filho sem precisar recorrer à noção de dano moral, controvertida na época: “A toda evidência, essa posição adotada pela jurisprudência era inteiramente insustentável a título de dano patrimonial. Falar em valor econômico potencial, dano patrimonial indireto, expectativa de alimentos, e outras alegações semelhantes, para justificar um eventual dano patrimonial, é, *data venia*, sofisma, um verdadeiro exercício de futurologia,

tratando de família economicamente modesta ou de baixa renda, o mesmo não se pode dizer em caso de família abastada, de grande poder aquisitivo, em relação à qual não é presumível que o filho menor viesse a constituir força de trabalho em prol do grupo familiar. Nessa última situação, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, não há direito a indenização por dano patrimonial, “em face da absoluta ausência de expectativas futuras” de que o filho viesse a prestar ajuda econômica a seus pais.¹²⁸ Os lucros cessantes, inseridos no conceito amplo de perdas e danos, abrangem apenas aquilo que razoavelmente a vítima deixou de lucrar.¹²⁹

4. O Dano Estético. Sua Cumulação com o Dano Moral e com o Dano Material

Cumulação com o dano material: Para aqueles que identificam o dano moral com a dor psíquica, o dano estético apresentaria uma natureza híbrida: conforme a sua repercussão, integraria o dano patrimonial ou o dano moral. É o entendimento de Aguiar Dias, para quem o dano estético tem duplo aspecto e deve ser indenizado como dano patrimonial ou moral de acordo com o resultado da ofensa.¹³⁰

Assimilado, no entanto, o conceito de dano moral como ofensa a direito da personalidade – como aqui sustentado –, nenhuma dúvida subsiste quanto à inserção do dano estético, em si mesmo considerado, no âmbito do dano moral, porque atinge direito da personalidade dos mais estimados, qual seja,

sem qualquer amparo jurídico. Na realidade o que se estava indenizando era o dano moral, isto é, a dor e o sofrimento dos pais pela morte do filho menor, muito embora com o nome ou sob o título de dano material.” (*op. cit.*, p. 87). A jurisprudência dominante, todavia, continua a dar aplicação à Súmula 491, com as ressalvas indicadas adiante.

128 STF. RE 115.766-6-SP. 2ª Turma. Rel. Aldir Passarinho. Julgado em 5.3.1991. V. STOCCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial**. 1995, p. 544.

129 O art. 402 do novo Código Civil estabelece que: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

130 Observa Aguiar Dias que a alteração do aspecto estético pode diminuir as probabilidades de colocação ou de exercício da atividade a que se dedica. “Deve ser indenizado, pois, como dano patrimonial, o resultado prejudicial da ofensa ao aspecto estético, sempre que se traduza em repercussão de ordem material, porque a lesão a sentimento ou a dor psíquica, com repercussões patrimoniais, traduzem dano patrimonial.” (*op. cit.*, p. 868).

o direito à integridade física.¹³¹

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

Nenhuma dificuldade há, portanto, em aceitar, na esteira da Súmula 37 do STJ, a cumulação da indenização pelo dano estético, em si considerado, com a indenização pelo dano patrimonial indireto que eventualmente decorra dessa ofensa. É o que se dá, por exemplo, com o modelo fotográfico que, em razão de acentuada cicatriz no rosto, deixa de ser contratado para novos trabalhos.¹³²

Cumulação com o dano moral: Questão ainda polêmica, na doutrina e na jurisprudência, é a respeitante à cumulação de indenizações por dano estético e por dano moral em decorrência do mesmo fato. Partindo do pressuposto de que a lesão estética se identifica com o dano moral, a jurisprudência, de início, negou a duplicidade de indenizações, por entender que haveria aí um *bis in idem*.¹³³

Essa tendência, todavia, modificou-se, em razão da jurisprudência que veio a se formar no Superior Tribunal de Justiça. O entendimento atualmente dominante naquela Corte Superior pode ser representado pelo seguinte aresto:

“Nos termos em que veio a orientar-se a jurisprudência das Turmas que integram a Seção de Direito Privado deste Tribunal, as indenizações pelos danos moral e estético podem ser cumuladas, mesmo quando derivadas do mesmo fato, se inconfundíveis suas causas e passíveis de apuração em se-

Constituiria dano moral, porém, no que respeita à “penosa sensação a ofensa, na humilhação perante terceiros, na dor sofrida, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano” (*ibidem*).

131 Segundo Teresa Ancona Lopez de Magalhães: “o dano estético é lesão a um direito da personalidade – o direito à integridade física, especialmente na aparência externa.” (**O Dano Estético**. 1980, p. 28).

132 Conforme preleciona Zannoni: “A lesão estética pode ou não constituir um dano patrimonial. O constituirá se repercute no futuro, sobre as possibilidades econômicas da vítima, ou seja, se inflige um dano consistente na impossibilidade de continuar desenvolvendo sua atividade produtiva (...). Mas não constituirá dano patrimonial quando não provoque um prejuízo suscetível de apreciação pecuniária. Sem embargo, neste último caso, é indenizável o dano direto ao interesse não patrimonial que encerra a lesão estética.” (op. cit., p. 160).

133 V. jurisprudência colacionada por CAHALI, Yussef Said (*Dano Moral*. 1998, p. 242).

parado”.¹³⁴

O acórdão, como se extrai de sua fundamentação, argumentou que o dano estético dá causa a uma indenização especial, prevista no art. 1.538, § 1º, do Código Civil anteriormente vigente¹³⁵ – que previa a duplicação da indenização quando da ofensa à integridade física resultasse “aleijão ou deformidade”. Ponderou que: “o dano moral pode existir sem o dano estético, ou seja, sem a deformidade ou o aleijão, o que evidencia a necessidade de ser considerado esse dano como algo distinto daquele.”

A idéia que perpassa o aresto do STJ é o de que o dano estético, conquanto inserido na categoria de dano moral, constitui uma manifestação particular deste, que deve ser considerada separadamente. Assume-se que o dano estético possa constituir um *plus* de sofrimento à vítima, que já faria jus à indenização pelo só fato da ofensa à sua integridade física, independentemente da deformação causada pela lesão.

O que é criticável nesse entendimento é apenas a sua base teórica. Persevera a jurisprudência na noção, aqui combatida, de que o dano moral se identifica com a dor espiritual ou com o sofrimento. O dano moral – insista-se – é a própria ofensa ao direito integrante da personalidade, ou seja, é a própria lesão à integridade física da vítima. O sofrimento, o padecimento, a dor e outros sentimentos negativos constituem a repercussão desse dano. Assim, não há que falar no dano estético como um dano distinto do moral. Há um só dano, de natureza moral.

A despeito disso, é mais do que razoável – é imperativo de justiça – que, ofendida a integridade física da pessoa, *na avaliação* do dano moral seja considerada toda a repercussão do dano: sua gravidade e extensão, sua maior ou menor duração. Embora único, o dano moral consistente em lesão à integridade física da vítima repercute de forma complexa e variável no estado físico e anímico do indivíduo. Desse modo, o valor da indenização, tanto quanto possível, deve variar na mesma proporção do dano. Ao julgador cabe sopesar todos os aspectos da lesão física, considerar todas as dores presumíveis, examinar cada dificuldade para a vida de relação da vítima, para, então, fixar a indenização – que é única, por ser único o dano moral.

Mas, de certa forma, o estabelecimento em separado de valor de inde-

134 RESP 228244/SP, publicado no DJ de 17.12.1999, relatado pelo Min. Salvio de Figueiredo Teixeira. No mesmo sentido: RESP 210351/RJ, RESP 193880/DF e RESP 249728/RJ.

135 Dispunha o caput do dispositivo: “Art. 1.538: - No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente.” Seu parágrafo primeiro estabelecia: “§ 1º - Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade.”

nização por dano estético pode ser considerado positivo, na medida em que confere transparência à operação intelectual realizada pelo julgador na fixação da indenização, deixando evidenciado o valor atribuído a esse aspecto do dano moral que é a lesão estética. No final das contas, os valores considerados separadamente deverão ser somados para constituir o produto (único) da indenização pelo dano moral (único).

Dinheiro é bem fungível por excelência, de modo que a fixação de quantias indenizatórias separadas para diferentes aspectos do dano moral constitui, tão-somente, questão de metodologia.

Não se vislumbra, aqui, o perigo apontado por Antonio Jeová Santos em relação à interpretação que vem sendo dada pelo Superior Tribunal de Justiça. Argumenta que a indenização em separado do dano estético: “abre o precedente de alguém pretender receber, de forma cumulada, indenizações pelo dano moral, pelo dano estético, pelo dano às afeições legítimas, pelo dano à vida de relação, pela lesão psicológica, pelo dano decorrente da perda da serenidade familiar, pela lesão que decorre da intimidade ou da vulneração à identidade pessoal e, assim, numa infinidade de indenizações que a mente criativa dos profissionais do foro seja capaz de criar.”¹³⁶

A jurisprudência em geral tem refreado o ímpeto criativo dos profissionais do foro. A experiência tem demonstrado que os julgadores, ao avaliarem separadamente o dano estético e o dano moral, não deixam de levar em consideração a soma total desse dois valores, que é ajustada para se chegar a uma importância que mantenha proporcionalidade com o resultado danoso.

5. Desnecessidade de Alterações Psicológicas ou Perturbações do Espírito para Configuração do Dano Moral

Aceita a proposição de que o dano moral tem como pressuposto a ofensa ou violação a algum direito da personalidade, impõe-se examinar a possibilidade de o dano moral se configurar em casos nos quais a pessoa não sofre transtorno psicológico ou espiritual. A análise de situações particulares evidencia que, se é verdade que nem todo mal-estar configura dano moral¹³⁷,

136 SANTOS, Antonio Jeová. *Op. cit.*, p. 373.

137 Cf. Sergio Cavalieri Filho: “Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se Assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.” (op. cit., p. 78). Semelhante advertência é feita por Antonio Jeová Santos: “O que se quer afirmar é que existe um mínimo de incômodos, inconvenientes e desgostos que, pelo dever de convivência social, sobretudo nas

é igualmente verdade que nem todo dano moral causa mal-estar.

A necessária associação do dano moral a sensações de dor ou sofrimento, ou a sentimentos tais como tristeza, mágoa, vexame, vergonha, deixa a descoberto várias possíveis lesões de direitos da personalidade, as quais podem não gerar processos psicológicos dessa natureza. Mas nem por isso tais lesões devem ser toleradas ou estar isentas de sanção.

5.1 Pessoas jurídicas

As pessoas jurídicas não seriam suscetíveis de dano moral se este supusesse, sempre, a perturbação psíquica ou do espírito, fenômenos que somente se manifestam na pessoa humana. Mas, exatamente porque essas reações psicológicas não se confundem com o dano moral e nem constituem consequência necessária deste, é que as pessoas jurídicas podem vir a sofrer dano dessa natureza.

A doutrina e a jurisprudência entendem que a pessoa jurídica é titular de *honra objetiva* (ou externa), sinônima de reputação, caracterizada pelo conceito ou pela consideração da pessoa no meio social. Difere da *honra subjetiva* (interna; honra-decoro ou honra-dignidade), que se caracteriza pelo sentimento da própria dignidade ou dos próprios atributos; é o juízo que cada um faz de si mesmo. A honra objetiva dispensa toda e qualquer manifestação psíquica ou anímica.

Com esse posicionamento concorda, em linhas gerais, Antonio Jeová Santos: “Outro equívoco, no entender que a pessoa jurídica não pode padecer dano moral, é a conclusão errônea, sem embargos da fama de seus adeptos, na direção de que a configuração do dano moral somente ocorre quando existe repercussão na psique de uma pessoa. Também é dano moral qualquer violação a direitos personalíssimos e, estes, por analogia, as pessoas jurídicas os têm.”¹³⁸

Embora despidas de direitos próprios da personalidade humana (tais como o direito à vida, à integridade corporal e psíquica, à saúde), as pessoas jurídicas ou coletivas são titulares de alguns direitos especiais de personalidade, ajustáveis às suas características particulares e aos seus interesses tuteláveis juridicamente.

Rabindranath Capelo de Souza, tratando da tutela da personalidade das pessoas coletivas no Direito Português, enumera, dentre os direitos tuteláveis dessas pessoas, o direito ao nome e a outros sinais jurídicos recognitivos e

grandes cidades, em que os problemas fazem com que todos estejam mal-humorados, há um dever geral de suportá-los.” (*op. cit.*, p. 118).

138 SANTOS, Antonio Jeová. *Op. cit.*, p. 151.

distintivos, a honra, o decoro, o crédito, o sigilo de correspondência e de particularidades da organização, de funcionamento e de know-how. E conclui: “Por tudo isto, sempre que estejam em causa bens juscivilisticamente tutelados, as pessoas coletivas ilicitamente ofendidas podem exigir indenização civil, v.g., por danos não patrimoniais, e requerer as providências constantes do art. 70º, nº 2, do Código Civil.”¹³⁹

A possibilidade de a pessoa jurídica vir a ser sujeito passivo de dano moral se encontra consagrada na Súmula 227 do STJ: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”.

5.2 Doentes mentais e pessoas em estado comatoso

Os doentes mentais ou as pessoas em estado comatoso ou vegetativo, embora nem sempre sujeitos a manifestações psíquicas ou sensoriais negativas diante da ofensa a algum direito de sua personalidade, também fazem jus a indenização por dano moral.

Formule-se a indagação: A eventual falta de percepção dos acontecimentos no mundo sensível despiria essa pessoa do direito de ser indenizada, por exemplo, em caso, de violação de sua integridade física? A resposta negativa se impõe.

Imagine-se o uso indevido, degradante ou ofensivo do nome ou da imagem de pessoa impossibilitada física ou mentalmente de compreender o fato ocorrido ou suas conseqüências, e que, portanto, não pudesse apresentar alteração negativa em seu espírito ou no seu estado anímico. Seria razoável o entendimento de que essa pessoa, vítima de uma lesão a um direito de sua personalidade, não tem direito à indenização por dano imaterial? Isso equivaleria a negar o próprio direito da personalidade, ou, ao menos, esvaziá-lo sensivelmente. Uma pessoa desprovida de consciência ou compreensão é tão digna de consideração e respeito à sua dignidade quanto uma pessoa lúcida e consciente.¹⁴⁰ A mesma dignidade vital – na feliz expressão de Capelo de Souza – é inerente a todos os seres humanos, independentemente de suas deformações e insuficiências.¹⁴¹

O que qualifica o dano moral, como ressaltado por Zannoni, é a atividade lesiva ou danosa enquanto tal, ou seja, o só ataque a interesse não patrimonial da vítima, “sem que para definir sua existência deva requerer-se que ela o compreenda ou perceba.”

139 CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra Editora. 1995, p. 599. A referência é ao Código Civil Português.

140 V. ZANNONI, Eduardo A. (*op. cit.*, p. 294).

141 CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *Op. cit.*, p. 205.

5.3 Crianças

Ninguém há de negar às crianças, mesmo às de tenra idade, a titularidade de direitos tais como a dignidade e a incolumidade física, inerentes que são ao ser humano. Todavia, nem sempre a lesão a algum desses direitos será apto a provocar dor, mal estar ou qualquer alteração na psique do infante. Não obstante, configurado estará o dano imaterial.

Figure-se a situação, lamentavelmente mais comum do que se imagina, de criança de tenra idade, talvez um bebê, vítima de crime sexual. Ainda que o infante não tenha sentido dor física, nem sofrido emocionalmente, por não ter maturidade intelectual para tanto, configurado estará o dano imaterial. Inegável será o seu direito de obter indenização contra o ofensor.

Antonio Jeová dos Santos, cuidando especificamente da possibilidade de a pessoa jurídica ser alvo de dano moral, apesar de não ter ânimo ou espírito e, conseqüentemente, não ser passível de detrimento anímico, faz analogia exatamente com as crianças e os alienados mentais: “Ora, se o dano moral não exige derramamento de lágrimas como no caso que envolva crianças de tenra idade, os loucos e a pessoa que estiver em profundo estado de coma, levando vida vegetativa, a pessoa jurídica, que por ela mesma não tem ânimo, pode sofrer dano moral.”¹⁴²

5.4 Nascituro

Estabelece o art. 2º do novo Código Civil que: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Ante o reconhecimento legal dos direitos do nascituro não há como negar a possibilidade de, com o seu nascimento com vida, vir ele a pleitear indenização por deformações ou problemas físicos permanentes resultantes, por exemplo, de mau acompanhamento médico, falta de exames ou prescrição errada de medicamento em exame pré-natal.¹⁴³ A falta de consciência do problema por parte do nascituro não exclui essa possibilidade.

Rabindranath Capelo de Souza, digressionando sobre a personalidade humana pré-natal, sustenta que: “A tutela da personalidade do concebido abrange inclusivamente a sua personalidade moral, devendo, por ex., ser civilmente indenizáveis as injúrias ou difamações ao nascituro concebido. Tal tutela implica ainda uma proteção do espaço e das fontes vitais do nascituro,

142 SANTOS, Antonio Jeová. *Op. cit.*, p. 151.

143 Cf., a respeito, DINIZ, Maria Helena. “A Responsabilidade Civil por Dano Moral”. **Revista Literária de Direito**. Jan./fev. 1996, p. 9.

pelo que as agressões, as sevícias ou os maus tratos aos seus pais (*maxime*, a sua mãe), de que lhe resultem danos, deverão ser objecto de medidas cívicas eliminatórias ou atenuadoras e de responsabilidade civil, de acordo com o número 2 do art. 70º do Código Civil.”¹⁴⁴

5.5 Dano moral difuso ou coletivo

O dano moral difuso se assenta na agressão a bens e valores jurídicos que são inerentes a toda a coletividade, de forma indivisível. A Lei nº 7.347/85 prevê, em seu artigo 1º, a possibilidade de ação civil pública de responsabilidade por danos *morais* e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Tenha-se em consideração a agressão ao meio-ambiente, consistente no derramamento de milhares de toneladas de óleo no mar, trazendo a morte de vários animais da região; ou na devastação de enorme área de vegetação nativa, com a perda de várias espécies raras. Ainda que tais catástrofes não venham a atingir, direta ou indiretamente, nenhuma pessoa em particular, é inegável o cabimento de indenização por dano moral metaindividual, por ofensa ao meio ambiente, bem coletivo protegido pelo art. 225 da Constituição Federal.¹⁴⁵ O direito ao meio ambiente saudável e equilibrado deve ser reconhecido como integrante da personalidade humana, por ser essencial ao seu pleno desenvolvimento.

Imagine-se, ainda, o dano irreversível causado a bens considerados patrimônio cultural nacional ou da humanidade. A Constituição Federal estabeleceu, no art. 215¹⁴⁶, que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional. A preservação desse patrimônio coletivo é essencial para o exercício do direito fundamental de “participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e participar do processo científico e seus benefícios”, conforme estabelecido pelo art. XXVII-1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948. O dano a esses bens acarreta mais do que um prejuízo material: atinge toda a coletividade que, “apesar de ente despersonalizado, possui valores morais e um patrimônio

144 CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *Op. cit.*, p. 163.

145 **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.

146 **Art. 215** - O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

ideal que merece proteção”.¹⁴⁷

5.6 Síntese

Poder-se-ia ponderar que tais situações são excepcionais e, portanto, apenas confirmam a regra de que o dano moral se caracteriza pela alteração negativa no psiquismo ou no espírito do indivíduo. Isso, todavia, não explicaria porque, em tais situações, supostamente excepcionais, o dano moral se configura. Como também não explica o dano à honra objetiva ou externa, o qual não está associado à privação do bem estar ou a alguma perturbação de ânimo.

Não se pretende refutar que o dano moral comumente produza ou seja apto a produzir perturbações psíquicas ou espirituais. Tampouco se pode negar que a dor, a vergonha, a tristeza ou qualquer outra reação psicológica negativa provocada pela lesão a um bem da personalidade sejam as principais motivações para a reação contra as ofensas aos direitos da personalidade. O que se busca demonstrar, tão-somente, é que tais reações íntimas ou internas, ordinariamente, não se confundem com o dano moral, se não que consistem em resultado ou conseqüência (não necessária) dessa espécie de dano.¹⁴⁸

O dano será a lesão, em si, a algum direito da personalidade, não será a lágrima derramada em decorrência dessa lesão.

Ressaltando a evolução do conceito de dano moral ao longo do tempo, Ricardo Luis Lorenzetti assinala que uma ampliação da legitimação ativa no ressarcimento do dano moral vem se efetivando pela mudança de conteúdo do dano moral e pela criação de novos bens juridicamente tuteláveis. Observa que: “A circunstância de que o dano moral não seja identificado com o ‘sentir dor’ permite que seja reclamado por incapazes, que antes não tinham essa possibilidade, ou a alternativa de que as pessoas jurídicas possam ter

147 RAMOS, André de Carvalho. “A ação civil pública e o dano moral coletivo”. In **Revista de Direito do Consumidor**. V. 25, p. 82.

148 Nesse sentido, ainda uma vez, o ensino de Brebbia: “A pretendida impossibilidade de demonstrar de maneira autêntica a existência de um dano moral, repousa no equívoco de supor que tal espécie de agravo se caracteriza juridicamente por uma sensação de sofrimento ou dor íntima sentida pelo sujeito passivo do mesmo, quando em realidade tal circunstância deve considerar-se irrelevante a tal fim em Derecho. Não implica esta afirmação negar que os danos morais produzam ou possam produzir uma sensação de dor, medo, emoção, vergonha ou pena na vítima e que tal repercussão psíquica ou física seja mais intensa do que a que possa ocasionar normalmente a violação de um direito patrimonial; o que sim negamos é que possa servir para caracterizar juridicamente à primeira categoria de danos.” (*op. cit.*, p. 86).

essa legitimação.¹⁴⁹

6. Situações em que Dano Moral e “Dor” se Confundem

É certo que, bastas vezes, a violação de direito da personalidade e a alteração do estado anímico se confundirão, como no caso da violação do direito ao sossego ou à tranqüilidade, que só se consuma com o desassossego ou a intranqüilidade da vítima.

Tome-se como exemplo o condômino mal intencionado que, por espírito de emulação, toca música em alto volume, a altas horas da madrugada. Não causará dano moral ao vizinho adolescente, de férias, acostumado a dormir tarde e que até seja apreciador da música tocada; mas causará dano ao outro vizinho, que acorda cedo para ir ao trabalho e fica impossibilitado de dormir em razão do barulho. Nessa hipótese, o desassossego, a intranqüilidade, a perda da paz de espírito constituirão o próprio dano moral, porque o direito da personalidade violado é, exatamente, o *direito ao sossego, à tranqüilidade, à paz de espírito*, ou qualquer outro nome que se queira dar ao bem personalíssimo juridicamente protegido aqui lesado.

O que ocorre no exemplo supra é que o bem personalíssimo atingido se insere na subcategoria dos *direitos psíquicos* da pessoa.

O aprofundamento do estudo dos direitos da personalidade tem levado a várias tentativas de classificação dessa espécie de direitos pela doutrina. Dentre as classificações imaginadas, merece destaque a proposta por Carlos Alberto Bittar, que divide os direitos da personalidade em *direitos físicos, direitos psíquicos e direitos morais*. Os primeiros referentes a componentes materiais da estrutura humana, abrangendo a integridade corporal; os segundos, relativos a elementos intrínsecos à personalidade, englobando a integridade psíquica; e os últimos, respeitantes a atributos valorativos da pessoa na sociedade.¹⁵⁰

Há que reconhecer que, a despeito de o ser humano constituir uma unidade, é ele composto de diversos atributos: alguns físicos, outros psíquicos ou espirituais e outros pertencentes ao campo da moral.

É natural, assim, que sejam juridicamente tutelados os legítimos *sentimentos* e afetos humanos, que constituem, em si mesmos, bens da personalidade, os quais, atingidos ou ofendidos, configuram o próprio dano moral.

O que se pretende indicar é que há situações nas quais a ofensa ou a violação a determinados direitos da personalidade causa dano moral inde-

149 LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. 1998, p. 457.

150 V. BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 2000, p. 57.

pendentemente da existência de alguma alteração psicológica ou espiritual do ser humano (como no caso de ofensa à imagem, à integridade física, à honra objetiva). Há outras situações, no entanto, em que o dano moral consiste exatamente nesse detrimento anímico ou nessa perturbação psíquica.

7. Espécies de Dano Moral

Partindo de critérios distintos, o dano moral pode ser classificado de vários modos. Muitas dessas classificações não são próprias do dano moral, porque extensíveis ao dano material.

Dano moral individual ou coletivo: Tomando-se por base um critério que leve em consideração a extensão subjetiva do dano, pode o dano moral ser dividido em *individual*, quando é ofendido o patrimônio ideal de uma pessoa, ou *coletivo* (ou *difuso*), quando é atingido o patrimônio imaterial de toda a coletividade ou de uma categoria de pessoas.

Dano moral objetivo ou subjetivo: Brebbia, de forma mais analítica, engendra classificação que parte de uma divisão dos distintos aspectos integrantes do patrimônio moral do sujeito. Assim, indica, de um lado, danos morais que se referem a *aspecto objetivo da personalidade moral*, aí incluídos os seguintes bens pessoais: a) honra; b) nome; c) honestidade; d) liberdade de ação; e) autoridade paterna; f) fidelidade conjugal; g) estado civil; Aponta, de outro lado, danos morais que atingem *aspecto subjetivo da personalidade moral*, dentro do qual se compreendem os seguintes bens personalíssimos: a) afeições legítimas; b) segurança pessoal e integridade física; c) intimidade; d) direito moral do autor sobre sua obra; e) valor de afeição de certos bens patrimoniais.¹⁵¹

Na verdade, considerando os diversos bens personalíssimos atingidos, pode-se chegar a um número indeterminado de danos morais. Daí poder se falar em dano à *vida* ou à *integridade física* (que se inserem na espécie mais ampla de dano à pessoa), dano à *imagem*, dano ao *nome*, dano à *honra*, dano à *intimidade*, dano à *liberdade de crença religiosa*. Todos eles subespécies de dano moral.

Dano moral direto ou indireto: Interessante é a classificação fundada na *natureza do bem jurídico afetado diretamente pela conduta lesiva*. Fala-se em *dano moral direto*¹⁵² quando a lesão atinge diretamente algum dos bens integrantes da personalidade, tais como a vida, a integridade corporal,

151 BREBBIA, Roberto H. *Op. cit.*, p. 259.

152 Correspondente aproximado dos “*direct damages*” (“*general damages*” ou “*necessary damages*”) da **common law**, definidos como danos presumivelmente resultantes do tipo de ato ilícito praticado (v. **Blacks Law Dictionary**. 1999, p. 394).

a intimidade, a honra, a imagem. De outro lado, diz-se que há *dano moral indireto*¹⁵³ quando é atacado bem patrimonial, mas com repercussão sobre bem personalíssimo.

A mesma classificação se aplica, de mão invertida, ao dano patrimonial: será direto quando a lesão atinge imediatamente bem patrimonial; será indireto o dano patrimonial quando este constitua decorrência de ataque a bem da personalidade.

Dano moral direto ou indireto (em ricochete): A denominação do dano moral como direto ou indireto é utilizada, também, para fazer referência a outra classificação, com base em critério distinto, que leva em conta o ter a vítima sido ou não atingida diretamente pelo evento. De acordo com esse critério, constituiria *dano moral direto*, por exemplo, o experimentado pela vítima atingida em sua integridade corporal ou em sua vida; configuraria *dano moral indireto, reflexo* ou em *ricochete* o suportado por terceiro, como reflexo da lesão à vítima imediata: por exemplo, o dano moral sofrido pelo cônjuge ou pelos filhos em consequência da morte do pai. Na doutrina francesa a denominação corrente é a de dano em ricochete (***dommage par ricochet***).¹⁵⁴ A classificação, também aqui, não é exclusiva do dano moral: da mesma forma o dano material pode ser considerado direto (como o sofrido pela vítima de lesão corporal, que vê diminuída sua capacidade de trabalho) ou indireto (como o dos filhos que, em razão da morte do pai, deixam de contar com o sustento que este lhes proporcionava).

Um dos problemas gerados pelo *dano em ricochete* reside na legitimidade para a propositura da ação indenizatória. Ou, como observado por Sergio Cavalieri Filho, a dificuldade, no dano em ricochete, está: “em saber até que ponto é possível reclamar pelo reflexo de um dano causado a outra pessoa, seja de natureza material ou moral”. No que diz respeito ao dano material indireto, a jurisprudência ainda tem encontrado critérios razoavelmente objetivos¹⁵⁵, mas no tocante ao dano moral reflexo, prepondera um grande subje-

153 Na **common law**, “*consequential damages*”: danos não provenientes diretamente ou imediatamente de um ato lesivo, mas que deste resultam indiretamente (v. **Blacks Law Dictionary**. 1999, p. 394).

154 Esta, a definição trazida por Yvonne Lambert-Faivre: “Denomina-se geralmente dano em ricochete o conjunto de prejuízos sofridos por um terceiro vítima do fato de um dano corporal inicial que atinge a vítima imediata.” (**Droit du dommage corporel**. 4^a ed. Paris : Dalloz. 2000, 275).

155 Yvonne Lambert-Faivre noticia que, atualmente, a Corte de Cassação da França, renunciando a critérios rígidos do passado, estabelece quatro critérios para admitir a indenização das vítimas por ricochete, quais sejam, os caracteres pessoal, direto, certo e lícito dos prejuízos invocados

tivismo.

Enquanto a legitimidade de certas pessoas se afigura, de ordinário, tranqüila (como a dos filhos), a de outras é motivo de intensos debates na jurisprudência. Assim, é controvertida a legitimidade de irmãos, ascendentes e outros parentes remotos da vítima; do mesmo modo, controversa é a legitimidade de algumas pessoas sem relação de parentesco (noivo, namorado, amigo íntimo). A utilização de critérios rígidos é temerária, pois, como adverte Sergio Cavaliere: “Um parente próximo pode sentir-se feliz pela morte da vítima, enquanto o amigo pode sofrer intensamente.”¹⁵⁶ Somente o exame do caso concreto poderá revelar se o demandante foi atingido em suas afeições legítimas.

Observe-se que, em caso de *dano moral reflexo ou em ricochete* decorrente da morte de alguém, em havendo vários legitimados à propositura da ação de reparação de dano, cada um deles, individualmente considerado, terá direito ao recebimento de indenização. Não há que cogitar de fixação de apenas um valor de indenização por dano moral por só ter havido uma vítima fatal. Com efeito, o que se busca indenizar não é a morte em si da vítima, mas – aqui, sim – o *dano psíquico*, caracterizado pela dor espiritual, pelo sofrimento, pela perda afetiva que cada um dos legitimados teve como consequência da morte da vítima. Assim, a cada legitimado à indenização por dano moral deverá tocar uma verba independente, correspondente à dor e à perda de cada um.

Observe-se que cada um dos autores poderia, individualmente, ajuizar demanda para a obtenção de reparação pelo dano moral sofrido. Não há, em tal situação, um único direito à postulação da reparação pelo dano moral, mas tantos direitos quantos forem aqueles que tiveram a sua esfera moral ou ideal atingida reflexamente pela morte do ser querido.

Dano moral transitório ou permanente: O dano moral pode gerar reflexos transitórios ou permanentes, seja no estado anímico, seja na vida de relação da vítima. Assim, a ofensa à honra ou a lesão corporal leve podem provocar sentimentos negativos que, depois de certo tempo, deixarão de afetar a vítima, porque constituirão simples lembrança. Já certas lesões deixam marca indelével, como ocorre com os danos físicos que levam à cegueira ou à amputação de um membro, que causam impotência sexual, ou que resultam em certos danos estéticos não corrigíveis por cirurgia reparadora. Mais adequado seria falar em dano moral de *efeito transitório* e dano moral de

(*op. cit.*, p. 276).

156 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 89.

efeito permanente.

Em se tratando de danos morais à *integridade física* ainda é possível estimar se os efeitos ou vestígios do dano serão apagados no futuro. Já em se tratando de danos a *direitos psíquicos ou morais* da pessoa a tarefa é penosa, pois cada vítima sente os efeitos do dano moral a seu modo. A impressão que um dano moral causa ao espírito de uma vítima é diferente da impressão causada ao espírito de outra por um dano semelhante. Algumas pessoas são mais suscetíveis do que outras.

Dano moral atual ou futuro: Alguns danos morais podem ter conseqüências que só virão a ser sentidas no futuro; outros danos terão, no futuro, suas conseqüências agravadas. Faz-se, então, a distinção entre dano moral atual e futuro. O dano moral atual seria aquele cujas conseqüências se encontram presentes por ocasião da ação de responsabilidade; dano moral futuro, em contrapartida, seria o dano cujos efeitos, previsíveis, serão sentidos no futuro, ou no futuro se desenvolverão, consolidarão ou agravarão.

Forte na idéia de que o dano moral não se confunde necessariamente com suas conseqüências psicológicas, não é exato falar em dano moral futuro; é mais apropriado falar em *dano moral de efeitos futuros*, já que o dano sempre seria atual.

O chamado dano futuro não deve ser confundido com o dano eventual ou hipotético. Aquele (o dano futuro) é certo e objetivamente previsível, razão pela qual deve ser indenizado; este (o dano eventual ou hipotético) é incerto, de ocorrência imprevisível, pelo que é indenizável.

Perda de uma chance: Com algumas reservas, a jurisprudência tem reconhecido o direito à indenização (por danos morais e materiais) em decorrência da perda de uma chance (*perte d'une chance*). Trata-se de modalidade específica de dano futuro, consistente na perda, pela vítima do dano, da oportunidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo no futuro.

Imagine-se o caso de um acidente de trânsito, no qual a vítima sofra lesões físicas incapacitantes. Os danos físicos podem impedir a vítima de se apresentar em um concurso ou de realizar um exame do qual depende sua carreira; ou podem impedi-la de se casar com a pessoa que ela deseja desposar; podem privá-la da esperança de obter uma promoção no trabalho ou de retomar um trabalho após sua aposentadoria.¹⁵⁷

No que toca especificamente ao dano moral, é clássico o exemplo da perda de chance matrimonial. Mas outras situações de perda de chance tam-

157 V. VINEY, Geneviève e JOURDAN, Patrice. **Traité de Droit Civil. Les conditions de la responsabilité.** 2ª ed. Paris : LGDJ. 1998, p. 72.

bém configuram o dano moral. Pizarro exemplifica com os danos físicos que causam a minoração da possibilidade de manter relações sexuais ou de desenvolver com normalidade as relações sociais; a minoração de possibilidades intelectuais ou desportivas futuras.¹⁵⁸

8. Dano Moral em Caso de Descumprimento de Obrigação Contratual

Tema recorrente é o da possibilidade de o dano moral surgir do descumprimento de obrigação contratual. Em muitos julgados é freqüente a ponderação de que o simples inadimplemento contratual ou o mero descumprimento de obrigação pode causar dano material, mas não caracteriza dano moral. Importa, pois, definir quando se está diante de “mero” ou “simples” inadimplemento de obrigação contratual e quando se está diante de um dano moral.

Nada impede, *a priori*, que o descumprimento de obrigação contratual venha a provocar um dano moral. Pode-se, mesmo, falar em um *dano moral contratual*¹⁵⁹ (decorrente de responsabilidade civil contratual), em contraposição a um *dano moral extracontratual* (decorrente de responsabilidade civil extracontratual, delitual ou aquiliana).

Inicialmente, para a configuração do dano moral contratual, impõe-se a existência de uma *obrigação preexistente*, emanada de um contrato ou de um ato jurídico válido¹⁶⁰, seguida do *inadimplemento* (absoluto ou relativo) da obrigação¹⁶¹. Esse inadimplemento deve, então, ser relacionado como causa (*nexo de causalidade*), direta ou indireta, de *ofensa a algum direito da personalidade*.

O credor que deixa de receber o valor que lhe é devido e tem que recorrer ao Judiciário para buscar o cumprimento de sua obrigação comumente se sente aborrecido, contrariado, desgastado, até exasperado. Mas, porque tais estados psicológicos não decorrem da lesão a um direito da personalidade, não constituem sinal da ocorrência de um dano moral indenizável. Constituem incômodos que decorrem da vida de relação ou dos embates do dia-a-dia¹⁶².

158 PIZARRO, Ramón Daniel. *Op. cit.*, p. 110.

159 V. PIZARRO, Ramón Daniel. *Op. cit.*, p. 143.

160 Pizarro observa, com propriedade, que o dano moral também pode surgir da anulação ou declaração de nulidade de um contrato ou de um ato jurídico, mas, nesses casos, a responsabilidade civil é de natureza extracontratual (*op. cit.*, p. 153).

161 V. PIZARRO, Ramón Daniel. *Op. cit.*, p. 152.

162 RESP 338162/MG – DJ de 18.2.2002 – 4ª Turma – Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira: “O inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal

A despeito disso, as situações de dano moral contratual são freqüentes e encontradas em grande número na jurisprudência.

O passageiro de ônibus que sofre danos físicos em razão de acidente de trânsito é vítima de dano moral por descumprimento do contrato de transporte (o qual traz, ínsita, a cláusula de incolumidade do passageiro).

No campo do contrato de transporte aéreo de passageiros, a jurisprudência vem reconhecendo a existência de dano moral em caso de **overbooking**¹⁶³, de atraso de voo considerável¹⁶⁴ (mormente quando há perda de conexão com outro voo¹⁶⁵) ou de extravio de bagagem que cause transtornos relevantes¹⁶⁶.

É vasta a literatura acerca da responsabilidade civil decorrente de erro médico com repercussão na esfera moral da pessoa. Na jurisprudência, encontram-se casos de dano estético resultante de lipoaspiração¹⁶⁷ ou de outras espécies de cirurgia estética¹⁶⁸.

No que se refere aos contratos bancários, a jurisprudência tem identificado o dano moral na devolução indevida de cheque de correntista¹⁶⁹ e na

à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante - e normalmente o traz - trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade”.

163 RESP 345687/CE – DJ de 5.8.2002 – 4ª Turma – Min. Ruy Rosado de Aguiar: “Responsabilidade Civil. Transporte aéreo. **Overbooking**. Dano extrapatrimonial. Indenização. O dano sofrido pela empresa cujo dirigente não embarcou por excesso de reservas, e por causa disso perdeu atividades programadas no lugar de destino, deve ser indenizado integralmente, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.”

164 RESP 307409/RJ – DJ de 4.2.2002 – 4ª Turma – Min. Aldir Passarinho: “Inobstante a infraestrutura dos modernos aeroportos ou a disponibilização de hotéis e transporte adequados, tal não se revela suficiente para elidir o dano moral quando o atraso no voo se configura excessivo, a gerar pesado desconforto e aflição ao passageiro, extrapolando a situação de mera vicissitude, plenamente suportável.” No mesmo sentido: RESP 300050/SP; RESP 241813/SP; RESP 168976/SP; RESP 197808/SP RESP 253552/SP; AGA 239742/MG; RESP 235678/SP.

165 RESP 295369/SP – DJ DATA:19/11/2001 – 3ª Turma – Min. Carlos Alberto Menezes Direito: “O atraso superior a 24h, com perda de conexão, e obrigação de pernoite em cidade no exterior (...) causa transtorno anormal, bastante para justificar a obrigação de indenizar.”

166 RESP 173526/SP – DJ de 27.8.2001 – 4ª Turma – Ruy Rosado de Aguiar: “É possível a condenação pelo dano moral resultante da perda durante o transporte. Divergência superada.”

167 RESP 457312/SP – DJ de 12.12.2002 – 4ª Turma – Min. Ruy Rosado de Aguiar.

168 RESP 10536/RJ – DJ de 19.8.1991 – 3ª Turma – Min. Dias Trindade: “Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo não cumprimento da mesma obrigação, tanto pelo dano material quanto pelo moral, salvo prova de força maior ou caso fortuito.”

169 RESP 422396/DF – DJ de 07.10.2002 – 3ª Turma – Min. Carlos Alberto Menezes Direito: “Constatado nas instâncias ordinárias que houve a indevida devolução de cheques emitidos pelo

inclusão indevida do nome de correntista em cadastro de inadimplentes¹⁷⁰.

Considerou-se configurado o dano moral no corte indevido do fornecimento de energia elétrica¹⁷¹.

Já se decidiu que o atraso na entrega de obra de construção de imóvel pode gerar dano moral em casos especiais, nos quais o retardamento causa constrangimentos que vão além do simples aborrecimento pelo atraso em si¹⁷².

Há situações, ainda, nas quais o contrato constitui apenas a oportunidade para o dano moral, como ocorre no caso de assédio sexual ou de outros constrangimentos a que o empregado é submetido pelo patrão. O dano moral, em tais situações, não será gerado a partir do descumprimento de alguma obrigação especificamente pactuada, mas da violação direta do dever geral (de índole constitucional) de respeito e consideração pela dignidade humana.

A doutrina, na verdade, acusa uma tendência ao desaparecimento da tradicional divisão da responsabilidade civil em contratual e extracontratual, a partir da constatação de que os contratos, cada vez menos, retiram sua força da vontade das partes, em razão da crescente interferência do direito positivo nas relações jurídicas. O emprego disseminado dos contratos de adesão na sociedade de consumo coloca em xeque o princípio da autonomia da vontade e retira a razão de ser da *summa divisio* da responsabilidade civil¹⁷³.

correntista, por culpa do Banco, que não considerou depósito feito pelo mesmo, é pertinente a imposição da condenação pelo dano moral.” No mesmo sentido, o RESP 302653/MG – DJ de 29.10.2001 – 4ª Turma – Min. Ruy Rodado de Aguiar: “O banco que recusa o pagamento de cheque sob a indevida alegação de falta de fundos está obrigado a reparar o dano moral sofrido pelo correntista. A existência do dano decorre de juízo da experiência, fundado no que normalmente ocorre em tais situações.”

170 RESP 293669/PR – DJ de 4.2.2002 – 3ª Turma – Min. Carlos Alberto Menezes Direito: “Já decidiu a Corte que a inscrição em cadastro negativo por culpa do banco gera o dano moral, suscetível de indenização, sendo a exigência da prova satisfeita com a demonstração da inscrição indevida.”

171 Apelação Cível APC5012898 DF – DJU de 3.11.19: “Corte de fornecimento de energia elétrica efetuada pela prestadora de serviço. Pagamento da fatura em tempo hábil. Provimento parcial. Reconhecimento do dano moral. Fixação em 150 vezes o valor da fatura.”

172 Bastante ilustrativo o acórdão na Ap. Cível nº 2002.001.08305 – Julgada em 7.8.2002 – 13ª Câmara Cível – Des. Nametala Jorge: “Compromisso de compra e venda de unidade imobiliária em construção. Atraso na entrega do bem, por culpa da incorporadora. Danos materiais. Dano moral. (...) Em princípio, a inexecução contratual não gera dano moral; porém, se daí também resulta adiamento do sonho da realização do casamento, tal circunstância constitui dano moral, por lesão de bem integrante da personalidade, como integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza e humilhação à vítima.”

173 Para Mariano Izquierdo Tolsada: “tanto mais nos afastemos do modelo da autonomia

Nenhuma estranheza, pois, deve causar a idéia de que o dano moral possa estar associado ou vinculado ao descumprimento de um contrato. Desde que se configure a ofensa a atributo da personalidade, nada importa que a causa remota desse dano (de natureza moral) tenha sido o inadimplemento de uma obrigação contratual.

Observe-se, por fim, que o dano moral contratual pode decorrer de inadimplemento contratual culposo, como se viu de vários dos exemplos colhidos na jurisprudência. Não há nenhuma exigência de que a conduta do ofensor seja dirigida dolosamente ao descumprimento do contrato¹⁷⁴.

9. A Prova do Dano Moral

É corrente o ensino de que não é exigível a prova do dano moral (tido este como alguma daquelas alterações negativa no psiquismo da vítima), sendo bastante a prova do fato ofensivo capaz de gerar tais alterações, que seriam presumidas em caráter absoluto. É o entendimento do Professor Sergio Cavalieri, para quem: “o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum. Assim, por exemplo, provada a perda de um filho, do cônjuge, ou de outro ente querido, não há que se exigir a prova do sofrimento, porque isso decorre do próprio fato de acordo com as regras de experiência comum”¹⁷⁵.

Do mesmo teor, o ensino de Carlos Alberto Bittar: “Ora, trata-se de presunção absoluta, ou *iuris et de iure*, como a qualifica a doutrina. Dispensa, portanto, prova em concreto. Com efeito, corolário da orientação traçada é o entendimento de que não há que se cogitar de prova de dano moral. Não cabe ao lesado, pois, fazer demonstração de que sofreu, realmente, o dano moral alegado.”¹⁷⁶

Essa idéia, de que o dano moral em geral não depende de comprovação, decorre, a nosso ver, do recorrente erro de perspectiva de identificar o dano moral com aquelas reações de dor, constrangimento, tristeza, vergonha. Par-

contratual, tanto mais recomendável será unificar as esferas, não apenas do ponto de vista metodológico, mas também no que se refere às conseqüências práticas.” (La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (visión europea). *In Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot. 1997, 110.

174 V. PIZARRO, Ramón Daniel. *Op. cit.*, p. 167.

175 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 80.

176 BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 2ª ed. São Paulo: RT. 1994, p. 204.

tindo de tal premissa, a solução encontrada não poderia ser outra que não a da inexigibilidade da prova do dano, porque totalmente subjetivo, existente no íntimo do indivíduo e, conseqüentemente, não perceptível pelos sentidos. O dano, assim considerado, teria de ser presumido a partir de algum fato objetivo.

Por esse prisma, em verdade, com base em uma presunção (absoluta, no comum dos casos), acaba-se por indenizar alguém por um dano moral (identificado sempre com “dor”) que poderia nem mesmo existir.

Todavia, substituída a proposição inicial, para considerar o dano moral não como alguma daquelas reações íntimas do ser humano, mas como a lesão a um direito personalíssimo, desnecessário é o recurso a presunções acerca da existência do dano: uma vez violado direito da personalidade, caracterizado estará o dano moral, *independentemente de qualquer reação interna ou psicológica do titular do direito*.

Para o notável Roberto Brebbia, o problema da prova do dano moral se resolve, de forma objetiva, com a comprovação de fato violador de algum dos direitos da personalidade¹⁷⁷.

Pelo menos no tocante aos chamados direitos da personalidade *físicos e morais*, a que se refere Carlos Alberto Bittar, o dano moral poderia ser provado diretamente. O recurso à presunção subsistiria, no entanto, em relação aos danos morais consistentes em ofensa a *direitos psíquicos da personalidade*¹⁷⁸ do indivíduo.

10. Conclusões

Dano moral não se confunde com dor, sofrimento, tristeza, aborrecimento, infelicidade, embora, com grande freqüência, estes sentimentos resultem dessa espécie de dano.

Afastada a necessidade de dor, sofrimento espiritual ou qualquer espécie de detrimento anímico para a configuração do dano moral, abre-se espaço para o reconhecimento do respectivo direito de indenização a pessoas incapazes de consciência e discernimento (como se dá no caso das crianças de tenra idade e em alguns casos de doença mental), ou, mesmo, de pessoas incapazes de manifestações psíquicas ou sensoriais negativas diante da ofensa a algum direito de sua personalidade (como no caso de pessoas em estado comatoso).

Embora apenas com o nascimento com vida tenha início a personalidade

177 BREBBIA, Roberto H. *Op. cit.*, p. 85.

178 Na já mencionada classificação propugnada por Carlos Alberto Bittar (**Os Direitos da Personalidade**, p. 57). Mas não subsistiria a presunção em relação aos direitos da personalidade *físicos e morais*, porque estes independem de qualquer alteração no estado anímico da vítima.

civil do ser humano, desde a concepção o ser humano já é detentor de personalidade moral a ser protegida.

As pessoas jurídicas, embora despidas de direitos próprios da personalidade humana, são titulares de alguns direitos especiais de personalidade, ajustáveis às suas características particulares e aos seus interesses tuteláveis juridicamente, razão pela qual também são passíveis de dano moral, principalmente no que se refere ao seu conceito dentro da sociedade.

A agressão a bens e valores jurídicos que são inerentes a toda a coletividade, de forma indivisível, faz surgir o dano moral coletivo ou difuso.

Na etiologia do dano moral, inadequada se mostra a distinção entre *lesão* (ou *atividade lesiva*) e *dano* propriamente dito. Diferentemente do que ocorre com o dano material, o dano moral não deve ser associado a algum acontecimento natural (físico ou psicológico), correspondente a um *estrage* ou *avaria*, a uma *diminuição* ou *perda*. É bastante a lesão a direito da personalidade.

Desde que se configure a ofensa a atributo da personalidade, pode o dano moral emergir do inadimplemento de obrigação contratual.

O dano moral é, em verdade, um conceito em construção. A sua dimensão é a dos denominados direitos da personalidade, que são multifacetados, em razão da própria complexidade do homem e das relações sociais.

Os direitos personalíssimos encontram-se sintetizados no *princípio da dignidade da pessoa humana*, consagrado no art. 1º, III, da Constituição Federal. Cabe ao intérprete conferir, em cada caso que se lhe apresente, a interpretação que mais preserve esse princípio.

Com o desenvolvimento social e a conseqüente evolução dos direitos da personalidade o conceito de dano moral tende a ser ampliado, para alcançar situações hoje ainda não consideradas.

Essa ampliação, a despeito das resistências doutrinárias e jurisprudenciais, é inevitável. E, diferentemente do que alguns imaginam, a extensão do conceito de dano moral não transformará a sociedade em uma sociedade de litigantes, mas contribuirá para a formação de uma sociedade na qual o *ser* terá, efetivamente, primazia sobre o *ter* e os direitos da personalidade receberão a consideração e o respeito devidos. ◆