

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – DOUTORADO**

**O Dano Pessoal na Sociedade de Risco**

**Maria Alice Costa Hofmeister**

**TESE APRESENTADA NO  
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA,  
COMO REQUISITO À OBTENÇÃO DO  
TÍTULO DE DOUTOR EM DIREITO**

**Orientador  
Professor Doutor Leonel Severo Rocha**

**Florianópolis  
2000**

**O DANO PESSOAL NA SOCIEDADE DE RISCO**

**Maria Alice Costa Hofmeister**

**TESE APRESENTADA NO  
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**

**Orientador  
Professor Doutor Leonel Severo Rocha**

**Florianópolis  
2000**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A TESE**

**O DANO PESSOAL NA SOCIEDADE DE RISCO**

**elaborada por**

**MARIA ALICE COSTA HOFMEISTER**

**e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para a obtenção do título de DOUTORA EM DIREITO.**

**Florianópolis,**

**BANCA EXAMINADORA:**



**Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Presidente**

**Prof. Dr. Luiz Edison Fachin - Membro**

**Prof. Dr. Sergio Almeida de Figueiredo - Membro**

**Profa. Dra. Maria Claudia C. Brauner - Membro**

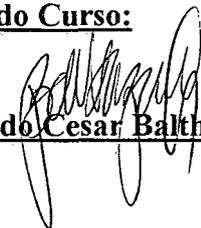
**Prof. Dr. Orides Mezzaroba - Membro**

**Professor orientador:**



**Prof. Dr. Leonel Severo Rocha**

**Coordenador do Curso:**



**Prof. Dr. Ubaldo Cesar Balthazar**

## **Agradecimentos**

Ao Prof. Dr. Leonel Severo Rocha, pela dedicada e competente orientação;  
Aos meus familiares, pela compreensão e pelo carinho durante toda a trajetória;  
Aos meus colegas, professores do Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pelo apoio recebido;  
Aos meus colegas, Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul, por acreditarem que, apesar de todas as dificuldades, esta tese seria concluída;  
Às pessoas atingidas em sua integridade física, inspiração maior deste trabalho;  
A todos aqueles que me acompanharam nesta experiência.

## RESUMO

Esta tese tem como objeto a investigação do dano pessoal e sua indenização, sob a ótica do dano corporal.

A integridade física preocupa o homem desde os seus primórdios, o que se reflete nas legislações mais antigas, contudo, o tema, hodiernamente, reveste-se de características peculiares.

Equaciona-se a matéria partindo-se do homem na pós-modernidade, este ser que logrou relevantes vitórias no campo da saúde e da estética, mas que se vê exposto, em sua fragilidade, aos riscos que ele mesmo gerou.

Em meio a um equacionamento da matéria diante da dogmática vigente, conclui-se que urge repensar as normas à luz de uma interpretação constitucional para atender à função mais importante de responsabilidade civil hoje reconhecida: indenizar a vítima.

Sustenta-se que a indenização deverá ser reorientada para priorizar as necessidades da vítima em concreto. É fundamental levar em conta suas potencialidades e possibilitar-lhe condições para que a lesão irreversível sofrida não implique decretar a sua morte social. Estabelece-se como prioridade a reinserção social do lesado, com o auxílio nos amplos recursos tecnológicos, médicos, informáticos, atualmente existentes. Quando o responsável pelo dano não dispuser dos meios necessários para concretizar esta meta, defende-se a criação de um fundo público apto a fornecer, subsidiariamente, os recursos necessários em prol desse objetivo. A sociedade multiplicou os riscos, em contrapartida, usufrui de benefícios; portanto, deverá responder mediatamente pelas conseqüências. Dessa maneira, preserva-se a dignidade da vítima e a sua cidadania. A alternativa preconizada é uma forma de gerir o risco.

## RIASSUNTO

Questa tesi ha come obiettivo l'investigazione del danno personale e la sua indennità secondo l'ottica del danno corporale.

L'integrità fisica preoccupa l'uomo dai suoi primordi, il che si riflette nelle legislazioni più antiche, tuttavia, il tema oggi si riveste di caratteristiche particolari.

Si studia la materia partendo dall'uomo nella postmodernità, questo essere che è arrivato a importanti vittorie nel ambito della sanità e dell'estetica, ma che si vede esposto nella sua fragilità ai rischi che egli stesso ha generato.

Un'analisi della materia dinanzi alla dogmatica vigente porta a concludere che è urgente ripensare le norme alla luce di una interpretazione costituzionale per concretizzare la funzione più importante di responsabilità civile oggi riconosciuta: l'indennizzo alla vittima.

Si sostiene che l'indennità dovrà essere riordinata con il fine di dare concretamente priorità alle necessità della vittima. È fondamentale prendere in considerazione le sue potenzialità e dargli le condizioni affinché la lesione irreversibile che ha subito non lo rimetta alla morte sociale. Si stabilisce come priorità il ritorno del danneggiato alla società, con l'ausilio delle ampie risorse tecnologiche, mediche, informatiche oggi disponibili. Quando il responsabile del danno non disporrà dei mezzi necessari per concretizzare questa meta, si difende la creazione di un fondo pubblico atto a fornire in modo sussidiario le risorse necessarie a questo obiettivo. La società ha moltiplicato i rischi, in contropartita ne usufruisce i benefici, dovrà pertanto rispondere per le conseguenze. In questo modo viene preservata la dignità della vittima e la sua cittadinanza. L'alternativa preconizzata è una forma di amministrare il rischio.

## RÉSUMÉ

Cette thèse a pour objectif l'étude du dommage personnel et son indemnisation, à travers l'optique du dommage corporel.

L'intégrité physique préoccupe l'homme depuis ses origines, ce qui se reflète dans les législations les plus anciennes; cependant, le thème revêt de nos jours des caractéristiques particulières.

Il s'agit de mettre en équation le sujet en partant de l'homme post-moderne, cet être qui a acquis d'importantes victoires dans le domaine de la santé et de l'esthétique, mais qui a été exposé, de par sa fragilité, à des risques qu'il a lui-même engendré.

Dans la mise en équation du sujet face à la dogmatique en vigueur, on en conclut qu'il est urgent de repenser les normes à la lumière d'une interprétation constitutionnelle afin de considérer la fonction la plus importante de responsabilité civile aujourd'hui reconnue: indemniser la victime.

On soutient le fait que l'indemnisation devra être réorientée pour donner la priorité aux besoins de la victime elle-même. Il est fondamental de prendre en compte ses potentialités et lui offrir des conditions pour que la lésion irréversible n'implique pas de décréter sa mort sociale. Est établie comme priorité la réinsertion sociale de la personne atteinte, à l'aide de larges recours technologiques, médicaux, et informatiques actuellement existants. Quand le responsable du dommage ne dispose pas de moyens suffisants pour concrétiser ce but, on défend la création d'un fond public apte à fournir, subsidiairement, les ressources nécessaires. La société a multiplié les risques, en contrepartie elle en tire des bénéfices; donc, elle devra répondre indirectement des conséquences. De cette manière, on préserve la dignité de la victime et sa citoyenneté. L'alternative préconisée est un moyen de gérer le risque.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO I - A VÍTIMA: SUJEITO DA INDENIZAÇÃO.....</b>	<b>18</b>
1.1. Primórdios.....	18
1.2 O homem atual: juventude e beleza.....	28
1.3 A cultura de si .....	33
1.4 A sociedade de risco .....	36
1.5 Dano em série, catástrofes e riscos.....	41
<b>CAPÍTULO II - A PESSOA E O DIREITO.....</b>	<b>45</b>
2.1 Homem e pessoa .....	45
2.2 O Direito Civil contemporâneo.....	48
2.3 Constitucionalização .....	57
2.4 Personalização.....	65
2.5 Os novos direitos.....	69
2.6 A pessoa e a bioética.....	72
<b>CAPÍTULO III - PERFIL DA RESPONSABILIDADE CIVIL (A RESPONSABILIDADE CIVIL     CONTEMPORÂNEA) .....</b>	<b>77</b>
3.1 Personalização e responsabilidade civil .....	77
3.2 Tendências na pós-modernidade .....	80
3.2.1 Da culpa ao dano.....	84
3.2.2 Do individualismo à solidariedade .....	86
3.2.3 O modelo neozelandês (uma visão para o futuro).....	93
3.3 O fundamento e as funções da responsabilidade civil .....	95
3.4 O seguro de responsabilidade civil.....	101
<b>CAPÍTULO IV - DOGMÁTICA DA INDENIZAÇÃO DO DANO PESSOAL.....</b>	<b>104</b>
4.1 O Direito comum atual.....	105
4.1.1. Código Civil Brasileiro .....	105
4.1.2 Doutrina brasileira (análise de alguns aspectos polêmicos).....	106
4.1.3 Jurisprudência brasileira.....	110

4.1.3.1 Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça .....	111
4.1.3.2 Análise jurisprudencial .....	146
4.2 O projeto do Código Civil .....	150
4.3 Leis especiais: Código de Defesa do Consumidor .....	151
<b>CAPÍTULO V - ALTERNATIVAS À INDENIZAÇÃO DO DANO PESSOAL .....</b>	<b>161</b>
5.1 Repensando a incapacidade laborativa .....	161
5.2 Repensando o dano à pessoa (dano corporal) .....	163
5.3 Dano à pessoa e rendimentos do trabalho .....	166
5.4 O dano à saúde como fonte primária do dano à pessoa .....	168
5.5 A quantificação do dano à saúde .....	177
5.6 Dano à saúde e outras espécies de dano .....	183
5.7 Dano existencial .....	185
<b>CAPÍTULO VI - UMA NOVA FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....</b>	<b>192</b>
6.1 Em busca de solução indenizatória para o dano pessoal .....	192
6.2 Uma visão para o futuro do lesado: a função de reinserção .....	197
6.3 Responsabilidade civil e direitos dos deficientes .....	200
6.4 Integração da Pessoa Portadora de Deficiência .....	206
6.5. Premissas para a indenização .....	212
<b>Conclusão.....</b>	<b>222</b>
<b>Referências Bibliográficas.....</b>	<b>231</b>

## **INTRODUÇÃO**

### **A) OBJETO**

O objeto desta tese é o de investigar o dano pessoal e sua indenização, sob a ótica do dano corporal.

As razões da escolha do tema, sua delimitação, o respectivo embasamento teórico, o método adotado, bem como a estruturação do trabalho serão explicitados a seguir.

### **B) ESCOLHA DO TEMA E JUSTIFICATIVA**

Partiu-se de uma constatação verificada na prática do direito: os problemas que se põem aos operadores jurídicos por ocasião da indenização do dano pessoal. As soluções encontradas

pela jurisprudência nacional demonstram a desconformidade das leis com as exigências modernas.

Julga-se relevante reconstruir, embora resumidamente, a trajetória que conduziu ao tema ora proposto.

Este estudo originou-se, remotamente, da observação e da análise das soluções formuladas pela jurisprudência nacional a respeito da indenização do dano estético. As decisões apresentavam peculiaridades, paradoxos e perplexidades instigantes e até certo ponto insolúveis. Buscava-se entender a lesão estética e, conseqüentemente, os critérios indenizatórios. Poderia o dano estético ser considerado como uma espécie de dano autônomo e, assim, ser indenizado? Até que ponto as normas jurídicas em vigor propiciavam a igualdade e a justiça nas indenizações? Será que o dano estético poderia ser indenizado de acordo com critérios que limitassem ou mesmo excluíssem a subjetividade do julgador? Os critérios prevalentes ora adotados asseguravam ao indivíduo uma indenização justa? Tais perguntas guiavam a indagação.

À medida que se insistia nesses aspectos, relendo acórdãos e buscando lições na doutrina, as interrogações persistiam até culminarem no reconhecimento de que a questão, formulada como estava, não conduziria a respostas satisfatórias. É que se olhava a parte, quando era preciso focar o todo. Reconheceu-se a necessidade de ampliar a visão, até então contida nos estritos limites do dano estético para considerar a questão sob o prisma do dano à pessoa, encarando-a integralmente. Como ficará adiante demonstrado, confinado o estudo ao estrito ângulo do dano estético, não se aportaria ao deslinde das questões que o trabalho pretende responder.

Norteia-se o trabalho tendo como assente que a função mais destacada da responsabilidade civil hoje é a de indenizar o prejudicado. Importa menos a culpa, o agente, mais rele-

vante é atender a vítima. Com isso ganha importância a questão do dano e, conseqüentemente da sua fixação, pois nesse momento é que se concretizará o direito da parte prejudicada.

Outras preocupações esteiam a tese.

Inobstante suas raízes privatísticas históricas, forçoso admitir que a matéria escolhida extrapola a órbita meramente privada. A responsabilidade civil não pode permanecer aprisionada no campo exclusivamente civilístico. Impõe-se repensá-la como questão pública, inserindo-se, aqui, na área de concentração proposta (Direito do Estado).

Impõe-se, ademais, atentar que convivem em nossa realidade diária o dano individual e o coletivo. A coexistência é diária e permanente. Os noticiários dos periódicos informam sobre acidentes individuais. Ora é uma pessoa que foi atropelada, ora é outra que sofreu danos em razão de erro médico. Além dos eventos de conseqüências singulares, a todo momento, os meios de comunicação noticiam os acontecimentos geradores das lesões em série: desabamentos de prédios, acidentes aéreos, acidentes nucleares, choque de trens. Ambas as situações merecem a atenção do direito e são igualmente importantes.

Cumprido considerar que o dano corporal é um dano à pessoa, um dano à saúde, reconhecido constitucionalmente, e, desta maneira deve ser encarado. A evolução das sociedades industrializadas gera prejuízos coletivos de tal amplitude a exigir a renovação do quadro conceitual no qual se pensava até então a responsabilidade civil. Assim, o direito se depara com a necessidade de reparar danos em série (acidentes coletivos, catástrofes).

Por conseguinte, a questão básica e crucial da indenização do dano deve ser encarada sob duplo aspecto: a do dano individual e a do dano coletivo.

Não é demais inserir-se que a nossa lei básica, o Código Civil, foi elaborada num contexto totalmente diverso do encontrado atualmente, no qual predominava o dano individual e a correspectiva responsabilização.

### C) EMBASAMENTO TEÓRICO

No desenvolvimento desta investigação, não se perderá de vista a sua característica de trabalho com o qual se encerra um curso de doutorado.

Busca ele inspiração nas ponderações manifestadas pelo professor Leonel Severo Rocha<sup>1</sup>, quando assinala que as instituições e o ensino do direito devem comunicar-se com as grandes questões da sociedade atual, sob o risco de perda do pouco de legitimidade que resta de seu paradigma teórico dominante. Fundamental, pois, a construção de linhas de pesquisa prioritárias, para ser desenvolvidas pelas instituições, notadamente, de pós-graduação, voltadas com objetividade para a análise da realidade jurídico-política.

Acredita-se com plena convicção que se está diante de uma grande questão da sociedade atual, tanto do ponto de vista público como privado, tanto sob o aspecto teórico como prático.

Admite-se, além disso, que o jurista deva ter participação ativa, como enfatiza o mesmo autor<sup>2</sup>:

“... a teoria pragmático-formal do direito que postulamos, de caráter interdisciplinar, ainda não claramente delimitada teoricamente, certamente insere-se na defesa de criação de uma nova cultura jurídico-democrática, com vistas a en-

---

<sup>1</sup> Leonel Severo Rocha, *Ensino do Direito e Cultura Política*. *Sequência*, n. 19, p. 78-94.

<sup>2</sup> Idem. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 1998, p.87.

gajar os juristas nas lutas político-sociais emergentes e nos problemas estruturais (miséria, educação, saúde...) do Brasil da redemocratização.”

Este trabalho é engajado na medida em que enfrentará a questão do homem atingido em sua integridade corporal e levantará formas de atendê-lo.

Com raras exceções, geralmente decorrentes de circunstâncias individuais e particulares, a lesão física permanente conduz à exclusão do indivíduo da vida social. Na medida em que se procuram criar alternativas para o lesado, não há como deixar de reconhecer o caráter acentuado pelo autor antes citado.

A dogmática da indenização do dano pessoal, tal como posta, não atende às exigências da vítima contemporânea. Urge repensar as normas e suas respectivas aplicações. A base teórica que propicia este enfoque é fornecida pelo estudos desenvolvidos sobre a constitucionalização do direito civil. Os autores consultados são mencionados no decorrer do texto. Destaque-se, de outro lado, a bibliografia adotada sobre a responsabilidade civil e suas tendências.

No desenvolvimento da tese, vislumbrar-se-ão, sem dificuldade, os traços da pós-modernidade, especialmente o pragmatismo.<sup>3</sup> Liga-se a mesma, outrossim, aos Direitos Humanos.

#### D) MÉTODO DE ABORDAGEM

Será utilizado o método indutivo-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

#### E) DELIMITAÇÃO DA PESQUISA

Precisou-se em item anterior o objeto da tese: a investigação do dano pessoal e sua indenização, sob a ótica do dano corporal. Entende-se que a expressão dano à pessoa é expres-

são genérica, que abarca distintas manifestações de hipóteses singulares de lesividade que, em sua manifestação patrimonial ou extrapatrimonial, comprometem a existência, a plenitude ou a dignidade mesma da pessoa humana.<sup>4</sup> Neste contexto, tem-se presente a recomendação nº IV oriunda da Comissão nº 1 do II Congresso Internacional de Direito de Danos, celebrado em Buenos Aires, em 1991, assim formulada:

“O dano à pessoa configura um campo lesivo de profunda significação e transcendência do qual podem gerar-se prejuízos morais e patrimoniais” (unânime).<sup>5</sup>

A presente pesquisa não inclui em seu objeto as hipóteses de dano moral exclusivo. Interessa-se, não é demais frisar, pelas hipóteses de dano à integridade física, as quais geram uma gama de prejuízos patrimoniais e morais.

## F) FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

Os critérios indenizatórios adotados pelos tribunais brasileiros atendem plenamente a vítima atingida em sua incolumidade corporal? São compatíveis com seus interesses? E com suas novas necessidades? A questão requer alterações legais? É possível repensar a responsa-

---

<sup>3</sup> Arnaud aborda o pragmatismo acentuando o entendimento que fundamenta a regulação social mais sobre as práticas sociais e com ajuda de políticas conjunturais e menos sobre os conceitos. André-Jean Arnaud, *Entre modernité et mondialisation*. Paris: L.G.D.J., 1998, p. 158.

<sup>4</sup> Alberto J. Bueres e Roberto A. Vázquez Ferreyra, El Daño a la Persona en la Jurisprudencia. *Revista de Derecho Privado Y Comunitario*, nº 1. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1995, p. 293.

<sup>5</sup> Jorge Mosset Iturraspe, El Daño fundado en la Dimension del Hombre en su Concreta Realidad. *Revista de Derecho Privado y Comunitario* nº 1. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1995, p. 31.

bilidade civil à luz dos princípios consagrados pela Constituição de 1988? De que maneira é possível priorizar o atendimento à vítima além da mera reparação pecuniária?

### G) ESTRUTURA DA TESE

A tese acha-se estruturada em seis capítulos.

No primeiro, busca-se delinear o sujeito da indenização (a vítima) em concreto. Aborda-se a relação do homem com o seu corpo. Inicia-se pelos primórdios, trazendo à lume documentos históricos evidenciadores de que a preocupação do homem com a sua incolumidade física é antiga. Mas a relação do homem com o seu corpo hoje reveste-se de peculiaridades. O quadro hodierno é o da supervalorização física, da beleza, da juventude e da estética. Deve-se acrescentar, na composição do sujeito, o seu acentuado individualismo, enfatizado na cultura de si. Para completar a sua moldura existencial, insere-se os temas da sociedade de risco, das catástrofes e dos danos em série.

O segundo capítulo é dedicado à pessoa e ao direito. O homem (vítima em potencial) para o direito é uma pessoa. Examina-se a pessoa em meio ao Direito Civil contemporâneo e suas tendências, destacando-se a constitucionalização e a personalização. Mencionam-se ainda dois outros fatores que contribuem à valorização da pessoa: os novos direitos e as indagações bioéticas.

No terceiro capítulo, aborda-se o perfil da responsabilidade civil contemporânea. Discorre-se sobre suas tendências, o esmaecimento da noção de culpa, a valorização do dano, a

solidariedade, seu fundamento e funções, passando-se pelo modelo neozelandês e a alternativa do seguro.

O quarto capítulo versa sobre a dogmática da indenização do dano pessoal. Inicia-se pelo exame dos dispositivos do Código Civil. Sintetiza-se a posição da doutrina brasileira a respeito de alguns aspectos polêmicos. Analisam-se acórdãos prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça. Acrescenta-se o estudo dos dispositivos pertinentes à matéria no Projeto do Código Civil. Finaliza-se esta parte mencionando-se a proteção dispensada à pessoa (consumidor) pelo Código de Defesa do Consumidor.

O penúltimo capítulo visa a preparar as idéias conclusivas, refletindo acerca dos critérios indenizatórios e de seus pressupostos. Algumas proposições preliminares e terminológicas são sugeridas. A experiência da Itália e as ricas discussões doutrinárias e jurisprudenciais desenvolvidas naquele país, a propósito do dano biológico, são trazidas ao escrito, à guisa de subsídio. A identificação da categoria do dano biológico, de construção jurisprudencial, fornece parâmetros para a reflexão. Reconheceu-se, judicialmente, naquele país, o direito à saúde, admitindo-se uma releitura constitucional do sistema codicístico do ilícito civil.

Por fim, o último capítulo contém proposta de atendimento à vítima que foi atingida em sua incolumidade corporal. A idéia inspiradora é a de atendê-la, significando mais que ressarcir-la pecuniariamente. Discorre-se sobre a função de reinserção que deve caber à responsabilidade civil, voltada para o futuro do prejudicado. Faz-se necessário ultrapassar as fronteiras do direito civil, conectando-se a matéria com os direitos dos deficientes, para daí extrair subsídios que permitam repensar a indenização da vítima.

As citações em língua estrangeira, constantes do texto, foram traduzidas para o idioma nacional pela própria autora desta tese, permanecendo, no rol bibliográfico, mencionadas no teor original.

## **CAPÍTULO I**

### **A VÍTIMA: SUJEITO DA INDENIZAÇÃO**

#### **1.1. PRIMÓRDIOS**

A compreensão de um determinado assunto exige que se tenha noção das suas origens. O percurso histórico possibilita o conhecimento e a reflexão a respeito do mesmo. Permite entender sua evolução. Conduz, ademais, à identificação de seus aspectos relevantes.

Compulsando-se documentos antigos, constata-se que a preocupação do homem com a sua incolumidade corporal não é nova. Encontram-se referências diversas que atestam e exprimem a sanção do comportamento atentatório à sua integridade física.

Assim, o Código de Ur-Nammu (aproximadamente 2.040 a.C.) previa:

“Col. VIII. Um cidadão fraturou um pé ou uma mão a outro cidadão durante uma rixa pelo que pagará 10 siclos de prata. Se um cidadão atingiu outro com uma arma e lhe fraturou um osso, pagará uma ‘mina’ de prata. Se um cidadão cortou o nariz a outro cidadão com um objecto pesado pagará dois terços de ‘mina’.”<sup>6</sup>

Ainda no âmbito dos direitos cuneiformes, indispensável mencionar o Código de Hamurabi, monumento jurídico mais importante da antiguidade antes de Roma, redigido provavelmente por volta de 1.694 a. C.

Este corpo legal contempla a punição de lesões corporais, em seus §§ 196 a 214, segundo o princípio de talião ou por compensação financeira.<sup>7</sup> Destacam-se algumas regras:

“§ 196 Se um awilum destruiu o olho de um (outro) awilum: destruirão o seu olho.

§ 197 Se quebrou o osso de um awilum: quebrarão o seu osso.

§ 198 Se destruiu o olho de um muskênum ou quebrou o osso de um muskênum: pesará 1 mina de prata.

.....

§ 202. Se um awilum agrediu a face de um awilum que lhe é superior: será golpeado 60 (vezes) diante da assembléia com um chicote (de couro) de boi.

§ 206 Se um awilum agrediu em uma briga um (outro) awilum e lhe inflingiu um ferimento: esse awilum deverá jurar: Não o agredi deliberadamente; além disso deverá pagar o médico.”

O direito hebraico, religioso (monoteísta), também se preocupou com a matéria ora relatada, consignando na Bíblia Sagrada os preceitos atinentes, precisamente no Pentateuco.

Integra o Decálogo a prescrição: “Não matarás” (Êxodo, 20, 13).<sup>8</sup>

A seguir, o Código da Aliança apresenta normas acerca de homicídios, golpes e ferimentos (Êxodo, 21, 12-36)<sup>9</sup>:

<sup>6</sup> E. Szlechter, *Le Code de Ur-Nammu. Revue d'assyriologie*, t. 49, 1955, p. 167-177 in John Gilissen, *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução de A.M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 64.

<sup>7</sup> E. Bouzon, *O Código de Hammurabi*, introdução, tradução e comentários. Traduzido do original cuneiforme. Petrópolis: Vozes, 1976, p. 14-15.

<sup>8</sup> *Bíblia Sagrada*. Tradução dos originais mediante a versão dos Monges de Maredsous (Bélgica) pelo Centro Bíblico Católico. São Paulo: Ave-Maria Ltda, 74<sup>a</sup>. ed., 1993, p. 121.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 122.

“Aquele que ferir mortalmente um homem será morto.

.....  
 “Aquele que ferir seu pai ou sua mãe, será morto.

.....  
 “Quando, em uma contenda entre dois homens, um dos dois ferir o outro com uma pedra ou com o punho, sem matá-lo, mas o obrigar a ficar de cama, aquele que feriu não será punido, se o outro se levantar e puder passear fora com seu bastão. Mas indeniza-lo-á pelo tempo que perdeu e os remédios que gastou.

.....  
 “Se um homem ferir seu escravo ou sua escrava com um bastão, de modo que ele morra sob sua mão, será punido. Se o escravo, porém, sobreviver um dia ou dois, não será punido, porque ele é propriedade do seu senhor.

“Se dois homens brigarem, e acontecer que venham a ferir uma mulher grávida, e esta der à luz sem nenhum dano, eles serão passíveis de uma indenização imposta pelo marido da mulher, e que pagarão diante dos juízes.

“Mas, se houver outros danos, urge dar vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe.

“Se um homem, ferindo seu escravo ou sua escrava, atinge-lhe o olho e o faz perdê-lo, deixa-lo-á ir livre em compensação de seu olho. E, se lhe deitar fora um dente, deixá-lo-á ir livre em compensação do dente.”

Encontram-se no Levítico referências específicas a respeito da deformidade. O texto é o seguinte (Levítico, 21, 17-23):

“O Senhor disse a Moisés: ‘Dize a Aarão o seguinte: homem algum de tua linhagem, por todas as gerações, que tiver um defeito corporal, oferecerá o pão de seu Deus. Desse modo, *serão excluídos* todos aqueles que tiverem uma deformidade: cegos, coxos, mutilados, pessoas de membros desproporcionados, ou tendo uma fratura no pé ou na mão, corcundas ou anões, os que tiverem uma mancha no olho, ou a sarna, um darto, ou os testículos quebrados. Homem algum da linhagem de Aarão, o sacerdote, que foi deformado, oferecerá os sacrifícios consumidos pelo fogo. Sendo vítima de uma deformidade, não poderá apresentar-se para oferecer o pão de seu Deus. Mas poderá comer o pão de seu Deus, proveniente das ofertas santíssimas e das ofertas santas. Não se aproximará, porém, do véu nem do altar, porque é deformado. Não profanará meus santuários, porque eu sou o Senhor que os santifico’.”

As menções são localizadas em civilizações mais distantes. Na China, as obras mais antigas conservadas remontam a 1.100-1.200 a.C. A mais interessante é o S'Yuan, redigido pelo

juiz Sang T'Zu que, entre outras matérias, ocupa-se das lesões, com alusão à intervenção médica ante os tribunais.<sup>10</sup>

Na Grécia, surgem novos elementos que ultrapassam as linhas vingativas da lei de Talião, tais como a existência do dano involuntário, a assistência a inválidos por parte da comunidade, a valoração de elementos como a impossibilidade de desenvolver o trabalho habitual, os gastos ou perdas ocasionados pela lesão e a importância do dano estético. Sabe-se que os médicos podiam comparecer como testemunhas diante dos julgadores atenienses para dar parecer sobre a existência e a gravidade das feridas.<sup>11</sup>

Para entender o Direito Romano, convém partir da distinção entre delito público (violação de norma jurídica que o Estado considera de relevante importância social, como o *parri- cidium* - assassinato de homem livre) e delito privado (ofensa feita à pessoa - lesões corporais) ou aos bens do indivíduo.<sup>12</sup>

Quando se considera a evolução do direito romano, verifica-se que os jurisconsultos não conheceram a categoria geral e abstrata do *delictum* (delito privado), mas somente alguns *delicta* (delitos privados), dos quais resultavam obrigações para quem os cometia. Eram em número de quatro: *furtum*, *rapina*, *iniuria* e *damnum iniuria datum*.<sup>13</sup>

Interessa à esta exposição a *iniuria*, a qual pode ser entendida com duas acepções.

Em um primeiro e amplo significado, quer dizer ato que é praticado sem que se tenha direito, portanto, elemento essencial de qualquer delito.

---

<sup>10</sup> Claudio Hernández Cueto, *Valoración Médica del Daño Corporal*. Barcelona: Masson, 1996, p.6.

<sup>11</sup> Idem, *ibidem*, p. 6.

<sup>12</sup> José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano II* (Instituições de Direito Romano: B) Parte especial: Direito das Obrigações; direito de família; direito das sucessões). Rio: Forense, 2. ed. 1972, p.231.

<sup>13</sup> Idem, *ibidem*, p. 232.

Sob o ponto de vista estrito, designa figura particular de delito, que ocorre quando há ofensa à integridade física ou moral de alguém.

A Lei das XII Tábuas já punia a *iniuria* com penas pecuniárias e de talião.

As penas pecuniárias previam valores diversos, a saber:

- a) no valor de 300 asses, na hipótese de *os fractum*, se a vítima fosse homem livre;
- b) no valor de 150 asses, no caso de *os fractum*, se a vítima era escravo;
- c) no valor de 25 asses, quando se tratasse de outras espécies de lesão.

A pena de talião (faculdade de a vítima produzir no ofensor a mesma lesão que sofreu) aplicava-se na hipótese de *membrum ruptum*, podendo ser afastada se a vítima anuísse em receber do ofensor uma indenização.

*Membrum ruptum* abrangia a amputação ou inutilização do órgão, por isso aplicava-se o mesmo princípio da lei de Talião.<sup>14</sup>

*Os fractum* compreendia as lesões graves sem amputação ou invalidez.<sup>15</sup>

Finalmente, *iniuriae* dizia respeito a lesões pessoais de menor gravidade.<sup>16</sup> No direito clássico, o pretor, com o auxílio da jurisprudência, amplia o conceito deste delito, para abarcar também as ofensas à honra.

Dentro da cultura árabe, o Alcorão se ocupa do tema, sinalando castigos, muitos deles baseados na lei de Talião, nos casos de lesões. Alguns desses princípios são aplicados ainda hoje em países muçulmanos.

---

<sup>14</sup> Claudio Hernández Cueto, op. cit. p. 7.

<sup>15</sup> Idem, ibidem, p. 7.

<sup>16</sup> Idem, ibidem, p. 7.

O Direito visigodo admitia a aplicação de penas físicas ao culpado por danos corporais, dependendo as penas se a vítima era escravo ou homem livre, utilizando-se em algumas hipóteses da lei de Talião.

O Foro Juzgo, surgido na Espanha, no Século VII, valorava as lesões não por sua gravidade anátomo-funcional, mas por sua topografia. Assim uma lesão na cabeça se indenizava com cinco saldos se não sangrava e com cem se ocorria hemorragia.

Não se pretende neste subcapítulo esgotar os antecedentes do tema objeto do presente trabalho. O propósito é o de destacar referências históricas significativas que contribuíram à configuração do dano pessoal (corporal) tal como hoje se apresenta. Em consonância com a meta estabelecida, passa-se a focalizar os antecedentes específicos relativos ao nosso país.

Vigorou no Brasil, a partir do descobrimento, o Direito lusitano.

Observa com propriedade Waldemar Ferreira<sup>17</sup> que a história do Direito brasileiro é muito mais antiga que a história do Brasil. Se esta começa em 1500, no século XVI, a história do Direito brasileiro confunde-se, nos seus primórdios, como em grande parte de seu desenvolvimento, com o Direito português.

É possível apontar alguns aspectos atinentes às instituições das tribos indígenas aqui encontradas, com base no relato de cronistas e visitantes da então terra de Santa Cruz.

Consoante a narrativa de Hans Staden<sup>18</sup>, os índios não tinham governo ou Direito estabelecidos. Os mais moços obedeciam aos mais velhos. Se alguém matasse ou flechasse um outro, observou, os amigos do morto estariam prontos para matar também o agressor, todavia, tais fatos raramente aconteciam.

---

<sup>17</sup> Waldemar Ferreira, *História do Direito Brasileiro*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1962. p. 37, v 1: As Capitâneas Coloniais de Juro e Herdade.

<sup>18</sup> Apud Waldemar Ferreira, *Ibid.*, p. 45.

Jean de Lery, que conviveu com os indígenas em 1557,<sup>19</sup> notou que os mesmos viviam em paz e sossego, entre si e seus aliados. Em caso de briga, fato raro entre eles, não buscam os outros apaziguá-los ou separá-los; deixam-nos até se furarem os olhos mutuamente, sem interferir. No entanto, se um deles é ferido, apreendem o ofensor, o qual recebe dos parentes próximos do ofendido ofensa igual e no mesmo lugar do corpo. Em caso de morte, os parentes do falecido tiram a vida do homicida. Conclui Lery pela persistência da velha regra: vida por vida, olho por olho, dente por dente.

À época do descobrimento, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, concluídas no segundo semestre de 1446 ou no primeiro de 1447.<sup>20</sup>

Constituem compilação, atualizada e sistematizada, das várias fontes de direito aplicadas em Portugal àquela época.

Embora conhecida a data de sua conclusão, não se sabe com segurança a data de sua efetiva vigência. Isto porque a reprodução, máxime de uma compilação extensa, constituía tarefa demorada e onerosa. O escasso número de manuscritos que até nós chegou comprova tais dificuldades.<sup>21</sup> Eram divididos em cinco livros, estes divididos em títulos e estes em parágrafos.

As Ordenações Afonsinas ocupam lugar primacial na evolução do Direito Português. As Ordenações subseqüentes conservarão o plano sistemático, fundamentando-se em seu conteúdo.<sup>22</sup>

No século XVI, estas primeiras Ordenações foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas. A razão da substituição foi eminentemente pragmática: a descoberta da imprensa

---

<sup>19</sup> Ibid., p. 45-46.

<sup>20</sup> Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1985. p. 191.

<sup>21</sup> Ibid., p. 206.

<sup>22</sup> Ibid., p. 193.

aliada à necessidade de se imprimirem as Ordenações, o que demandava sua reforma e atualização.<sup>23</sup> Uma primeira impressão data de 1512, e a Segunda, de 1521. A sistematização é idêntica à anterior, organizando-se a matéria em livros, títulos e parágrafos. Porém, não se constituem em mera compilação de leis anteriores.

Em 1603, no reinado de Felipe II, entraram em vigor as Ordenações Filipinas.

Atribui-se-lhe o caráter de atualização das Ordenações Manuelinas, razão pela qual peca pela falta de clareza e obscuridade de muitas disposições. Refundiram-se o antigo e o novo, os compiladores juntaram de forma mecânica preceitos manuelinos e posteriores, dificultando seu entendimento.<sup>24</sup> Vigoraram em Portugal até o Código Civil de 1867. No Brasil, até o Código Civil de 1916.<sup>25</sup>

Mencionada, assim, a cronologia histórica da legislação colonial, cumpre destacar os aspectos que interessam ao presente estudo.

Duas décadas após o descobrimento do Brasil, precisamente em 1521, ano da morte de D. Manuel I, o “Venturoso”, foi expedida a edição definitiva das Ordenações Manuelinas. A parte que interessa ao presente estudo encontra-se regrada no Livro V, tanto nas Ordenações Manuelinas, como das Filipinas.

---

<sup>23</sup> José Carlos Moreira Alves, A Contribuição do Antigo Direito Português no Código Civil Brasileiro. In: *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 31.

<sup>24</sup> Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, op. cit., p. 222-223.

<sup>25</sup> “A colonização portuguesa no Brasil foi caracterizada no campo jurídico, pela transplantação, pode dizer-se integral, das instituições de Direito Público e de Direito Privado existentes na Métrópole.

Essas instituições vinham para cá tais como estavam delineadas nas leis. Mas tenho para mim que o grande trabalho de pesquisa que espera o historiador do Direito neste País é o de descobrir as deformações que as leis sofreram na prática brasileira durante o período colonial.

Essas deformações produziram-se fatalmente, e devem ser numerosas e bem mais importantes do que se pensa. Começa por que os colonos, ao estabelecerem-se em novas povoações, não traziam debaixo do braço as Ordenações do Reino. Eles tinham de memória as práticas jurídicas tradicionais, mas não possuíam sempre diante dos olhos - ainda que soubessem ler- as tábuas da lei. Não se esqueça a enorme penúria de gente qualificada com se lutava nos inícios do povoamento, mesmo no litoral.” Marcello Caetano, As Sesmarias no Direito Luso-Brasileiro. In: *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 9.

O elenco de penas previsto para as infrações é variado, às vezes cumulativo e severo, consoante o espírito da época. Tanto nas Ordenações Manuelinas quanto nas Filipinas, aplica-se a pena de morte àquele que mata ou manda matar (se não houvesse intenção de matar, a punição dar-se-ia segundo a culpa ou inocência do ofensor). A pena se agrava se o móvel do homicídio foi o dinheiro. Em tal hipótese, o homicida, além da pena de morte, teria as mãos decepadas e sofreria perda de sua fazenda (Ordenações Manuelinas e Filipinas). Também se pune com pena de morte àquele que fere por dinheiro (Ordenações Manuelinas e Filipinas).

O uso de determinadas armas interfere na punição, agravando-a. Quem mata com o uso da besta, além da pena de morte, terá as mãos decepadas ao pé do pelourinho. Quem fere de propósito com farpa, palheta, seta ou viratão, sofrerá pena de morte (Ordenações Manuelinas).

As Ordenações Filipinas reproduziam o dispositivo acima, penalizando, também, o uso da espingarda.

Note-se a preocupação com o uso de armas, clara na legislação de 1521, ao prever que qualquer pessoa que fosse encontrada, depois da Ave Maria em Lisboa, na Corte ou no lugar onde estivesse a Casa de Suplicação, com besta armada, fosse preso, pagasse quatro mil reais e fosse açoitado publicamente com baraço e pregão pela Vila e, ainda, degredado por dois anos para a ilha de São Tomé (se, em razão de sua qualidade, não pudesse ser açoitado, pagaria a importância e seria degredado por três anos para a mesma localidade).

A rixa ensejava o desterro. Aquele que ferisse em rixa, com as armas antes mencionadas, se fosse vassalo ou escudeiro ou de qualidade superior seria desterrado por dez anos para a ilha de São Tomé. Se fosse peão, além do degredo para a ilha, seria açoitado e degradado publicamente com baraço. Nas Ordenações Filipinas, o dispositivo é reproduzido, mas a pena de desterro passa a ser cumprida no Brasil.

Note-se o rigor das penas para aquele que usasse a besta e as armas antes assinaladas com o intuito de matar ou ferir. Mesmo não concretizado o ato, não resultando ferimento, o autor era punido. Se peão, seria degradado publicamente pela vila com baraço e pregão por dez anos para a África. Se vassalo, escudeiro ou superior, sofreria apenas degredo com pregão para a África, também por dez anos (Ordenações Manuelinas e Filipinas, nesta última acrescenta-se, dentre as armas, a espingarda).

O uso da besta em rixa, mesmo não havendo ferimento, também era punido (degredo por dois anos para a África, Ordenações Manuelinas).

Ainda no que respeita às armas, as Ordenações Filipinas punem o uso do arcabuz, posto que não ocasione ferimento, com pena de morte.

Há disposições contemplando a agressão ao rosto, nas duas legislações. A redação das Ordenações Filipinas é mais clara: o mandante ou executor de cutilada no rosto de outrem, com o propósito de causar ferida no rosto, será degredado para o Brasil, para sempre, perderá sua fazenda para a Coroa. Se peão fosse, além disso, teria decepada uma mão.

Ambas as legislações previram penas pecuniárias para aqueles que matassem, ferissem ou tirassem armas na Corte. Aquele que tirasse arma na Corte, arrabaldes ou no lugar em que estivesse a Casa de Suplicação ou em seus arrabaldes, e com ela não ferir, deveria pagar quinhentos e quarenta reais, se com ela ferisse, deveria pagar mil e oitenta reais; se for aleijamento, determina-se pagar o *dobro* do que pagaria sendo em rixa (Ordenações Manuelinas).

Disposição similar acha-se nas Ordenações Filipinas, com pequena variação. Assim: se não houvesse ferimento, a quantia seria de dois mil réis, se houvesse ferimento, treze mil réis; ocorrendo aleijamento, o dobro. Se o ato de tirar a arma, ferir ou ajeitar fosse proposital, o

ofensor pagaria o dobro do que pagaria sendo em rixa; e isto além das penas pecuniárias contidas nos forais dos lugares onde foram feitos os ditos malefícios.

Por conseguinte, a lição que se pode extrair deste breve retrospecto histórico é a de que as civilizações, desde as mais antigas, através dos seus regramentos, já tutelavam o corpo humano, reprimindo as ofensas ao mesmo. O respeito e a proteção da incolumidade física, conquanto exteriorizado em formas primitivas, convive com o homem desde as suas origens. Paradoxalmente, o tema a ser desenvolvido nas próximas páginas não é novo e ao mesmo tempo o é, como emergirá a seguir.

## 1.2 O HOMEM ATUAL: JUVENTUDE E BELEZA

Na atualidade, a preocupação do homem com o seu corpo acentuou-se, percorrendo rumos outrora nunca previstos.

O homem moderno é atento não só à sua saúde física e mental, como também envida grandes esforços no cultivo da beleza e na preservação da juventude. É apoiado pelos progressos da ciência médica nesse sentido e incentivado por uma mídia insistente que promove e vende modelos de beleza e eterna juventude.

O predomínio de juventude no nosso tempo é assinalado por Ortega y Gasset, sob o título “Juventude”, em sua obra “A Rebelião das Massas”<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Tradução de Herrera Filho, 3. ed., revista por Carlos Burlamáqui Kopke, Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1971, p. 245-254.

O autor diz que não sabe prognosticar se o triunfo da juventude será passageiro ou uma atitude profunda que a vida humana tomou, a qual qualificará toda uma época.

Em gerações anteriores, escreve, a juventude preocupava-se com a madureza. Assim, admirava os maiores, deles recebia as normas, temia seu enfado e aguardava sempre sua aprovação. A vida social não estava organizada para os jovens. Prazeres, costumes tinham sido ajustados para as pessoas maduras. Até no vestir, os jovens viam-se a imitar os velhos. Em suma, resume, a juventude vivia a serviço da madureza.<sup>27</sup>

Em linhas fortes, o autor traça o quadro atual: a mudança operada foi fantástica. Hoje a juventude se apresenta como dona indiscutível da situação. Em sua atitude, transparece que não se preocupa o mínimo com a outra idade. O que os seres maduros pensam pouco lhe importa, mais ainda: a madureza possui a seus olhos um valor próximo ao cômico.

A moda atual é pensada para os corpos juvenis:

“os que já andamos na curva descendente da vida vemo-nos na inaudita necessidade de ter de desandar um pouco o caminho percorrido, como se o houvéssemos errado, e fazer-nos – de grado ou não – mais jovens do que somos. Não se trata de fingir uma mocidade que se ausenta de nossa pessoa, mas que o módulo adotado pela vida objetiva é o juvenil e nos força a sua adoção. Como o vestir, acontece com tudo resto. Os usos, prazeres, costumes, modos, estão talhados à medida dos efebos.”<sup>28</sup>

Aqui chega-se a uma questão relevante. O fato que acentua sobremaneira o triunfo da juventude, antes descrito e revela o profundo transtorno de valores reside no entusiasmo pelo corpo. É claro: quando se pensa na juventude, pensa-se antes de tudo no corpo. O autor esboça uma explicação. O espírito – inteligência e vontade - é mais vigoroso na plenitude da vida que em sua etapa ascensional. O corpo, por sua vez, tem sua flor (seu *akmé*, dizem os gregos)

---

<sup>27</sup> Ibid., p. 251

<sup>28</sup> Ibid., p. 251.

na estrita juventude, decaindo, infalivelmente, quando esta se transpõe. É indiscutível que o admirável do moço é o seu exterior, a juventude é para ser olhada. A madureza, de outro lado, deslumbra pela sua intimidade, é para ser ouvida.

Após estas considerações, o escritor convoca: “Vamos dar um descanso ao corpo”.<sup>29</sup> Entende ele que este sentimento de entusiasmo pelo corpo pode ser de certa forma reputado de exorbitante, pois inundou de infantilismo a vida européia, relaxando tensão do intelecto e vontade dominante no século XIX.

Consigna que associações estudantis alemãs solicitaram redução de planos de estudos universitários, justificando a diminuição de horas de estudo com a necessidade de tempo para jogos e diversões, numa palavra de viver a vida.

Após este painel da realidade tão bem desenhado por Ortega y Gasset, reproduzindo o culto à juventude, passa-se a considerar outro aspecto presente no contexto, que se soma àquele antes referido e que vai compor o paradigma perseguido pelo homem dos nossos dias: o culto à beleza.

A sociedade contemporânea assiste não apenas ao êxito do valor juventude. Presencia, ademais, a vitória da beleza. O indivíduo é instado a ser jovem e belo. Eis o paradigma perseguido.

Um notório especialista em cirurgia plástica assevera:

“A beleza, ‘essa promessa de felicidade’, como escreveu Stendhal, é uma necessidade. Ela assegura a paz da alma.”<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Ibid., p. 253.

<sup>30</sup> Ivo Pitanguy, *Direito à beleza: revelações de um mestre da cirurgia plástica*. Rio: Record, 1984, p. 149.

É o mesmo autor que, percuciente, observa a importância que qualifica como quase obsessiva dada pelos brasileiros, homens e mulheres, a seus corpos.

Escreve ele:

“A beleza é uma das preocupações desse povo, formado por brancos, índios, pretos e mestiços que convivem bastante harmoniosamente.”<sup>31</sup>

Busca explicação para esta preocupação no clima, que permite, durante grande parte do ano, ao brasileiro, expor-se ao sol e aproveitar o mar.

Logo, “o corpo é oferecido aos olhares. É, portanto sujeito à admiração ou aos sarcasmos. Assim, rico ou pobre, o brasileiro cuida de sua silhueta.”<sup>32</sup>

A situação vivida pelos brasileiros é peculiar. Nos países frios, os gordos, os magros, os fracos, os barrigudos podem dissimular seus descuidos físicos sob a carapaça das roupas. Tal não ocorre no solo brasileiro, pois a transparência e exiguidade dos trajes de verão, especialmente os de praia, desafiam qualquer fraude. Por conseguinte, conclui o cirurgião:

“É preciso ser bem-feito de corpo. Ou fazer tudo para parecer o melhor possível. Em resumo, é preciso agradar. Os jogos esportivos, a natação e as danças fazem parte desse permanente concurso de beleza.”<sup>33</sup>

Pesquisa recente abordando a influência da beleza no mercado de trabalho foi levada a cabo por Ruth Helena Dweck.<sup>34</sup> O estudo intitulado “A Beleza como Variável Econômica - Reflexo nos Mercados de Trabalho e de Bens e Serviços” refere trabalhos realizados no Canadá e nos Estados Unidos acerca da importância do atributo beleza no mercado de trabalho,

---

<sup>31</sup> Ibid., p. 30.

<sup>32</sup> Ibid., p. 30-31.

<sup>33</sup> Ibid., p. 31. Acrescenta o autor: “Diariamente vejo entrarem em meu consultório pessoas desesperadas com a aproximação do crepúsculo de suas vidas. São mulheres e homens de todas as idades que buscam a magia de Fausto.” (p. 167)

<sup>34</sup> Ruth Helena Dweck. *A Beleza como Variável Econômica-Reflexo nos mercados de Trabalho e de Bens e Serviços*. Rio: Ipea, 1999, 37 p.

como ela afeta a seleção para ocupação dos postos de trabalho, influenciando, inclusive na renda pessoal. Tais pesquisas evidenciam o impacto positivo da aparência do trabalhador em seus rendimentos.<sup>35</sup>

Essa nova forma de discriminação (a aparência física é discriminadora nos processos seletivos de mão-de-obra) e a maior inserção da mulher no mercado de trabalho, nos últimos anos, provocaram um forte impacto na demanda de bens e serviços de higiene pessoal.<sup>36</sup>

Os dados levantados impressionam. Em pesquisa realizada levando em conta uma amostra de 476 mulheres, na cidade de São Paulo, apenas 2% (dois por cento) não se preocupavam com a aparência e compra de produtos de beleza, comportamento este que não se restringe somente às camadas sociais mais elevadas.<sup>37</sup>

Entre os anos de 1992 e 1996, o mercado nacional de produtos de higiene pessoal cresceu 63% (sessenta e três por cento). No mesmo período, o faturamento total da indústria da beleza cresceu 2,6 vezes, uma média de 7% (sete por cento) ao ano, ocupando o Brasil o quinto posto no rol dos maiores mercados na área de cosméticos do mundo.<sup>38</sup> São apenas alguns dados trazidos da pesquisa ora citada e que evidenciam a relevância da beleza no mercado profissional.

Segundo Dweck, esta tendência observada na sociedade norte-americana, no final dos anos 70 e início dos 80, verificou-se no Brasil na última década e provocou o crescimento das atividades relativas à beleza, o que se explica pelos seguintes fatores:

- a) maior inserção de mulher no mercado de trabalho, o que aumentou o seu nível de renda e o consumo de produtos e serviços de beleza;

---

<sup>35</sup> Ruth Helena Dweck, op. cit., p. 2.

<sup>36</sup> Ibid., p. 3.

<sup>37</sup> Ibid., p. 7.

<sup>38</sup> Ibid., p. 8.

- b) discriminação do mercado de trabalho, o que estimulou a vaidade e preocupação com a aparência;
- c) o medo de envelhecer, ou de refletir os sinais de velhice;
- d) seletividade do mercado de trabalho, exigindo também que inclusive os homens cuidassem mais da aparência física.<sup>39</sup>

Devido à importância que a beleza exerce como fator discriminatório no mercado de trabalho, é de considerá-la como variável econômica relevante nessa área, acarretando impacto significativo no segmento de estética e higiene pessoal.

Por conseguinte, depreende-se que todo um contexto social e profissional requer uma boa aparência física, caminhando-se cada vez mais para a exclusão dos feios e velhos.

### 1.3 A CULTURA DE SI

Além do culto à juventude e à beleza, deve-se acrescentar um terceiro elemento com objetivo de compor o perfil do indivíduo hoje, o qual, mais adiante se tornará, para o direito da responsabilidade civil, a vítima, sujeito da indenização. Trata-se da cultura de si, tomando-se por empréstimo o título dado por Foucault ao capítulo II da sua obra "História da Sexualidade, 3: o cuidado de si."<sup>40</sup> Adota-se a expressão em pauta pelo poder e síntese que encerra, bem como pela sua adequação e fidelidade à matéria enfocada pelo autor.

---

<sup>39</sup> Ibid., p. 33.

<sup>40</sup> Michel Foucault, *História da sexualidade, 3: o cuidado de si*. Trad. de Maria Thereza da Costa Albuquerque; rev. técnica de José Augusto Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1985., 246 p.

Apesar da distância temporal, identifica-se uma significativa afinidade com as idéias vigentes no século II da nossa era, no mundo helenístico e romano. Por tal razão, far-se-á menção às mesmas, com referência na obra, na qual o autor esboça uma reflexão acerca da atividade sexual e seus prazeres nos dois primeiros séculos da nossa era.

Domina o princípio da “cultura de si”. A arte da existência encontra-se dominada pelo princípio segundo o qual é preciso “ter cuidados consigo”.<sup>41</sup> Trata-se de um tema bem antigo na cultura grega, consagrado por Sócrates, retomado pela filosofia ulterior e que esta acabou por situar no cerne da arte da existência que ela (filosofia) pretende ser.

O princípio do cuidado de si adquiriu um alcance geral. É um imperativo que circula entre numerosas doutrinas diferentes. Também tomou a forma de uma atitude, de uma maneira de se comportar, impregnou formas de viver. Desenvolveu-se em procedimentos, em práticas e em receitas refletidas, desenvolvidas, aperfeiçoadas e ensinadas. Constituiu, assim, uma prática social, dando lugar a relações interindividuais, a trocas e comunicações. Proporcionou um certo modo de conhecimento e de saber.<sup>42</sup>

O ser humano é o ser a quem foi confiado o cuidado de si. Aí reside a diferença fundamental em relação aos outros seres vivos: os animais encontram tudo pronto no que diz respeito ao que lhes é necessário para viver, pois a natureza fez de maneira que eles possam estar à nossa disposição sem que tenham que se ocupar com eles próprios. Mas o homem deve velar por si mesmo. Zeus nos deu a possibilidade e o dever de nos ocuparmos conosco. O homem é na natureza o ser que foi encarregado do cuidado de si próprio. O cuidado de si, para Epicteto, é um privilégio-dever, um dom-obrigação que nos assegura a liberdade obrigando-nos a tomarmos nós próprios como objeto de toda a nossa aplicação. Cuidar-se de si é um

---

<sup>41</sup> Ibid., p. 49.

<sup>42</sup> Ibid., p. 50.

princípio válido para todos, todo o tempo e durante toda a vida.<sup>43</sup> Saber aperfeiçoar a própria alma com a ajuda da razão é uma regra necessária para todos.

Esta aplicação em si enfeixa todo um conjunto de ocupações, um labor. Não é uma *si-necura*. Existem os cuidados com o corpo, os regimes de saúde, os exercícios físicos (sem excesso), a satisfação, tão medida quanto possível das necessidades. Existem ainda as meditações, as leituras, as reflexões.<sup>44</sup>

Não obstante o contexto temporal em que foram formuladas e postas em prática e a distância que as separa do presente momento, as assertivas soam atuais e familiares. Conforme tradição que remonta a muito longe na cultura grega, o cuidado de si está em correlação estreita com o pensamento e a prática médica.<sup>45</sup> Aliás, a medicina era amplamente reconhecida como prática de interesse público. Não era simplesmente encarada como técnica de intervenção, empregando em caso de enfermidade, remédios e operações. Deveria, sob a forma de um *corpus* de saber e de regras, definir uma maneira de viver, um modo de relação refletida consigo, com o próprio corpo, com o alimento, com a vigília e o repouso, com as diferentes atividades e com o meio. Portanto, a medicina teria a propor, sob a forma de regime, uma estrutura voluntária e racional de conduta.<sup>46</sup>

Como se depreende, a preocupação do ser humano consigo, o voltar-se para si, já se encontrava formulado àquela época, conforme percuciente análise de Foucault. A dedicação a si próprio era global: buscava-se o aperfeiçoamento do corpo e da alma. A idéia antiga evocada não está distante dos valores pós-modernos, segundo os quais o homem dedica-se a si, a seus desejos, projetos e aspirações, suas realizações existenciais e seu lazer. Como se verá adiante,

---

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 52-53.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 105-106

através das repercussões no direito, o homem cotidiano busca concretizar uma série de valores, tais como sua serenidade, sua liberdade sexual, sua vida biológica salutar, sua privacidade, sua felicidade plena, enfim.

Ao direito cumpre não só contemplar as necessidades humanas, contingentes e mutáveis, como também oferecer-lhes respostas, tais como se apresentam em determinado momento. As pretensões humanas são dinâmicas, sendo, aliás, a velocidade das mudanças uma característica da era hodierna.

De toda esta reflexão emergem alguns questionamentos a ser respondidos pelo jurista: Qual a proteção efetivamente oferecida pelo direito ao homem atingido em sua integridade física? Se a matéria, como se viu antes, através da lente da retrospectiva histórica, não é nova, por que o repetido e sempre retomado interesse pela mesma? Que fatores influenciam os traços atuais da responsabilidade civil por dano pessoal?

O homem parecia um ser simples e de necessidades elementares. Por que este homem, antes tão simples, cuja proteção pessoal específica mereceu apenas alguns artigos do Código Civil, agora se desdobra em desejos e aspirações múltiplos, surge como um ser complexo, cuja grandiosidade parece em tudo difícil de assimilar pelo direito? Tal é o quadro multifacetado que instiga à compreensão.

#### 1.4 A SOCIEDADE DE RISCO

O homem cujo perfil ficou antes delineado vive em uma sociedade de risco.

Por que tal aspecto é relevante?

A vastidão do tema “risco” é assustadora. Trata-se de um assunto que afeta domínios os mais diversos, tais como história, estatística, direito, administração, dentre tantos outros. Aqui ele é trazido especialmente para compor o contexto do homem contemporâneo, do qual antes se falou, trazendo-se para o presente texto a percepção da sociedade na qual aquele vive. Risco diz respeito a futuro. É nas palavras precisas de Giorgi<sup>47</sup> “uma modalidade de relação com o futuro”. Não há como fugir do risco. Válida, pois, a advertência do autor supracitado quando escreve acerca do crescente interesse sobre o tema: “O motivo de tal interesse é a certeza do quão inevitável é o comportamento arriscado.”<sup>48</sup> Eis por que tal aspecto é relevante.

Esta constatação, acerca da inevitabilidade do comportamento arriscado, deflui do perfeito entendimento do que seja o risco. Diante da falta de clareza com que o vocábulo é muitas vezes empregado, necessário se torna precisá-lo. Estabelecido que o risco diz respeito ao futuro e a um dano possível a verificar-se, convém não confundi-lo com o perigo.

Assim, fala-se em *risco*, quando o dano seja imputado a uma decisão, isto é, quando o dano deva ser reputado como conseqüência de uma decisão. Há simplesmente o *perigo*, quando os danos possíveis não guardem relação com uma decisão.<sup>49</sup> A casuística explica a diferença.

Assim, em se tratando de comportamento de risco, a Aids, para aquele que busca a aventura sexual, é um risco. Todavia, para os parceiros fixos da pessoa dita “aventureira”, é um perigo.

Da mesma maneira, no que tange à circulação de rodovias, é possível identificar aquele que se comporta de modo arriscado, conduzindo temerariamente, e aquele que não tem nenhuma possibilidade (ou possibilidade reduzida de reagir) a tal comportamento. Com efeito, o acidente de

---

<sup>47</sup>Raffaele di Giorgi. *O risco na sociedade contemporânea*. Trad. de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. Direito, democracia e risco. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 197.

<sup>48</sup>Ibid., p. 247.

<sup>49</sup>Ibid., p. 227.

trânsito tanto pode vitimar aquele que o provocou, com seu comportamento imprudente, por exemplo, quanto aquele que disciplinadamente observou todas as normas pertinentes.<sup>50</sup>

O homem acha-se, portanto, sujeito tanto ao risco como ao perigo. Aliás, o ser humano sempre enfrentou a incerteza do futuro. O incerto, o desconhecido, o acontecimento que está fora de controle sempre preocuparam as sociedades. Buscavam-se soluções compatíveis com os diversos níveis evolutivos. O futuro se constituía em território reservado à atividade de oráculos e adivinhos.

A fronteira entre os tempos modernos e o passado demarcou-se a partir do domínio do risco, isto é, da noção de que o futuro é mais que um capricho dos deuses, e homens e mulheres não são seres meramente passivos ante a natureza.<sup>51</sup>

A paixão pelos jogos de azar (em sua essência esses jogos representam o próprio ato de correr riscos) demonstra a fascinação que o risco (sob a denominação de sorte ou destino) sempre exerceu sobre o ser humano. Esta predileção pelos jogos de azar é milenar, abarcando não só a escória da sociedade como os mais respeitados. A História fornece numerosos exemplos. Enquanto Cristo morria na cruz, os soldados de Pôncio Pilatos sorteavam seu manto. O imperador romano Marco Aurélio não dispensava a companhia do seu crupiê pessoal. O conde de Sandwich inventou o sanduíche para não se afastar da mesa de jogo para comer.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Alexandre Kiss, Directeur de Recherche no C.N.R.S., identifica no conceito de risco três elementos: a) incerteza concernente a um acontecimento futuro; b) caráter negativo do acontecimento, no sentido de causar dano; se não o causa constituirá violação de uma regra de direito (excesso de velocidade na estrada, mesmo que não cause acidente); c) o acontecimento resulta de uma escolha consciente entre duas ou mais possibilidades, comportando a aceitação da possibilidade de violação de uma norma. A escolha é humana. Uma erupção vulcânica ou um tremor de terra não representam riscos senão se os humanos estão conscientes da possibilidade de sua superveniência e devam decidir sobre as medidas de precaução a tomar. A consciência dos efeitos potencialmente nefastos de uma escolha implica uma comparação entre as vantagens da ação, ou da abstenção e seus inconvenientes.

<sup>51</sup> Peter L. Bernstein, *Desafio aos deuses: a fascinante história do risco*. Trad. de Ivo Korytowski. Rio: Campus, 1997. p.1

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 12.

Contudo, como ficou antes acenado, inexistia a idéia de enfrentamento do risco, através de processos racionais para dominá-lo. Urge acrescentar que a demanda pela administração do risco aumentou, juntamente com o número crescente de hipóteses de risco. Trata-se de um aspecto que assume conotação de grande relevância, diante das tendências futuristas presentes na sociedade contemporânea.

O homem do presente pretende gerir o risco, administrá-lo com os instrumentos e meios disponíveis. Mas está longe de dominá-lo. A frase de Bernstein é emblemática: “O objetivo de resgatar a sociedade do poder das leis do acaso continua nos frustrando. Por que?”<sup>53</sup>

Não obstante, a perspectiva do risco constitui uma referência fundamental na descrição da sociedade moderna.<sup>54</sup> A nossa sociedade é uma sociedade de risco, em razão da velocidade do desenvolvimento tecnológico em esferas que são cientificamente de competência da física, da química e da biologia.<sup>55</sup>

O avanço trouxe consigo uma nova problemática. A opinião pública deu-se conta dos riscos inerentes às modernas tecnologias ao reconhecer a extensão impressionante de suas possibilidades. Diante da conscientização, o critério do risco passou a influir nas decisões sobre a adoção ou rejeição de novas tecnologias.

A alta tecnologia exige sempre, em contrapartida, por razões de segurança, a tecnologia adicional. Onde há controle, aumenta também o risco. Há que se considerar, ademais, que a complexidade do sistema é de tal monta que impossibilita qualquer previsão científica segura. Sob vários aspectos, aprende-se sobre a alta tecnologia, instalando-a e fazendo-a funcionar.

---

<sup>53</sup> Bernstein coloca as seguintes questões instigantes: Até que ponto devemos confiar nos padrões do passado para prever o futuro? A administração do futuro é ciência ou arte? Que riscos devemos correr, quais devemos evitar? Quais as informações relevantes? E conclui: Os dados sobre o futuro são inacessíveis. (p. 6, 187, 337).

<sup>54</sup> Raffaele di Giorgi, *Direito, democracia e risco*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 199.

<sup>55</sup> N. Luhmann, *Sociologia del Riesgo*. Guadalajara, 1992, p. 127.

Todas estas questões e outras que não cabe aprofundar neste trabalho geraram um novo comportamento por parte das pessoas, mais participativo, de forma individual ou organizada, passando-se a falar em comunicação do risco.<sup>56</sup>

A sociedade convive com este referencial, não se vislumbrando se ou pelo menos quando logrará jactar-se de dominar completamente o risco.

No campo específico de uma atividade reputada tipicamente de risco, qual seja, a da utilização da energia nuclear, não há como não reconhecer que a segurança é um dos problemas essenciais da área.

Todavia, especialistas salientam que tal questão se faz presente em todas as atividades humanas nas quais exista um perigo potencial.<sup>57</sup>

Forçoso admitir, por conseguinte, que um aumento de atenção e de investimentos pode reduzir o risco, não tendo, entretanto, poderes para anulá-lo. A segurança absoluta não existe. Esta é uma realidade que deve ser reconhecida e que é válida em todos os campos.<sup>58</sup>

Se a operação de um reator nuclear não pode ser considerada isenta de riscos para a população e para o meio ambiente, também é verdade que o mesmo se dá com outras tecnologias.

As centrais térmicas convencionais, por exemplo, comportam um risco de poluição atmosférica, podendo infligir danos ao meio ambiente, inclusive ao homem, visivelmente superiores ao funcionamento normal de uma central nuclear.<sup>59</sup>

Qual a lição a ser extraída destas reflexões?

---

<sup>56</sup> Raffaele di Giorgi, *Direito, Democracia e risco*, p.231.

<sup>57</sup> Giovanni Finetti e Giancarlo Tenaglia, *E se explodir? A segurança nuclear, da fantasia à realidade, Energia Nuclear e Sociedade*. Antonio D. Machado (coord.). Tradução de Sandra Crivano e Rubério Prado Britto. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980, p. 162.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 162.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 162.

Torna-se necessário recolocar a questão. Não se trata de estabelecer se uma determinada tecnologia é segura (o que é impossível), mas sim o quanto é segura, e se é suficientemente segura.

Para fornecer uma resposta à última pergunta, o ponto de referência reside no juízo sobre a importância do risco que uma coletividade está disposta a assumir, em vista do valor não somente econômico, mas também social do exercício de certa atividade.

### 1.5 DANO EM SÉRIE, CATÁSTROFES E RISCOS

No dia 11 de junho de 1996, por volta das 12h15min, houve uma violenta explosão seguida de desabamento nas dependências do Osasco Plaza Shopping, na cidade de Osasco, São Paulo. A tragédia foi de tal magnitude que atingiu cerca de três cinemas e quarenta e três lojas, das quais seis foram totalmente destruídas e dezoito sofreram danos de grande monta. Centenas de pessoas foram vitimadas. Foram cerca de quatrocentas vítimas conhecidas, dentre as quais, quarenta e dois mortos e inúmeros feridos com graves mutilações, sem contar as vítimas não quantificadas porque ainda não identificadas que sofreram danos morais e/ou patrimoniais.<sup>60</sup>

Em 13 de setembro de 1987, na cidade de Goiânia, dois catadores de papel ingressaram em prédio abandonado, onde antes estivera instalado um Instituto de Radioterapia. Daquele local retiraram uma bomba de Césio 137. A peça foi rompida a marretadas, e os pedaços vendidos ao dono de um ferro velho.

---

<sup>60</sup> Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo (Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor). *Revista de Direito do Consumidor*, nº 21, p. 196.

A partir de então a radiação espalhou-se, contaminando pessoas e o ambiente numa área em torno de 2.500 m<sup>2</sup> no centro de Goiânia.<sup>61</sup>

O número de vítimas do acidente nuclear<sup>62</sup> foi alto. A Comissão Nacional de Energia Nuclear monitorou aproximadamente cento e doze mil pessoas, tendo constatado a contaminação em duzentos e quarenta e nove.<sup>63</sup>

No dia 17 de fevereiro do corrente ano, temporal desabou sobre a cidade do Rio de Janeiro, provocando desabamentos que ocasionaram mortes e lesões corporais.<sup>64</sup>

Estes fatos são do conhecimento público, objeto do noticiário nacional. A casuística poderia continuar indefinidamente. O que apresentam em comum? O que oferecem de interesse a esta exposição?

Além do dano meramente individual que atinge direta e unicamente um determinado indivíduo, a sociedade hodierna e, conseqüentemente, a ordem jurídica, convivem com outra forma de dano, a qual preocupa não só o cidadão, mas os poderes constituídos.

Mencionou-se outra espécie de dano. Não se quis aludir a uma outra qualidade de prejuízo. Permanece-se no terreno da integridade pessoal. Pretende-se aqui introduzir a questão do dano em série, isto é, o evento que alcança um número significativo de pessoas.

Em muitos casos, não só as pessoas são atingidas, mas também o meio ambiente sofre a lesão.<sup>65</sup> Fenômeno típico do nosso século, proveniente de causas múltiplas, o que exige se façam algumas distinções preliminares.

---

<sup>61</sup> Ação Civil Pública intentada pelo Ministério Público de Goiás (Coordenadoria de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, em Goiás), p.3.

<sup>62</sup> Segundo a Comissão Nacional de Energia Nuclear, o acidente foi radiológico e não nuclear, posto que o equipamento da bomba de Césio-137 constitui instalação radioativa, e não nuclear.

<sup>63</sup> Paulo de Bessa Antunes, *Direito Ambiental*, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p.498.

<sup>64</sup> Folha de São Paulo, edição do dia 18.02.00, caderno 3, p. 3.

Acidentes aéreos, terremotos, tornados, acidentes nucleares. Catástrofes, cataclismos, tragédias, hecatombes, tais expressões freqüentam o vocabulário cotidiano, são empregadas sem muita clareza e indistintamente. Em razão da gravidade das conseqüências sofridas, porquanto muitas vezes populações inteiras são atingidas (Chernobyl e Bhopal encontram-se ainda na memória coletiva), a opinião pública tornou-se particularmente sensível a esta matéria. As seqüelas constatadas são imediatas e mediatas, muitas vezes previsíveis, outras vezes, imprevisíveis.

Quer ocorram em âmbito local, nacional ou transnacional, as catástrofes naturais ou não naturais (industriais, tecnológicas) são acontecimentos temidos por todas as sociedades. Os países pobres acumulam novas deficiências, somando-se estas às já anteriormente existentes. Os países ricos também são afetados, porquanto experimentam a insegurança, vendo vacilar a ordem complexa de suas organizações.

Do ponto de vista jurídico, esta matéria se constitui em desafio, pois os instrumentos tradicionais revelam-se de todo inadequados a enfrentar tais situações.

As tragédias coletivas podem originar-se de acontecimentos naturais, fora de todo controle humano, total ou parcialmente (catástrofes naturais). Podem também originar-se de atividades humanas, quer sejam estas industriais ou tecnológicas.

Marc Becam<sup>66</sup> entende que é possível distinguir dois tipos de riscos: o risco que depende do comportamento do cidadão, da empresa ou da coletividade e o risco maior, a catástrofe imprevisível que escapa ao controle. A gestão do risco; no primeiro caso, requer a modifica-

---

<sup>65</sup> Em depósito, instalado na cidade de Abadia, de Goiás, criado especificamente para o caso do césio-137, estão guardados 3.400m<sup>2</sup> ou 6.000 toneladas de rejeitos radioativos do acidente. O prefeito de Abadia diz que a instalação do depósito trouxe prejuízos para a cidade e exige R\$ 300 mil mensais do governo federal. O fornecimento de produtos agrícolas de Abadia para Goiânia caiu, e indústrias não querem mais se instalar no local (notícia publicada no jornal Folha de São Paulo, edição de 28.10.97)

<sup>66</sup> Marc Becam, De la gestion prévisionnelle à la gestion opérationnelle des crises (table ronde). *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, n° 6. Paris: La Documentation Française, 1991, p. 101 e 115.

ção dos comportamentos. No segundo caso, as medidas que possam ser tomadas, em caráter preventivo, cabem notadamente ao Estado.<sup>67</sup>

Finaliza-se este primeiro capítulo enfatizando que o homem atual se preocupa com o seu corpo, dedica-se acentuadamente ao cultivo da beleza, da juventude e de si próprio. Logrou significativas vitórias no campo da saúde e da estética. Conseguiu, sob alguns aspectos, minorar os efeitos da passagem do tempo. Entretanto, sua fragilidade é evidente. Vive num mundo de riscos, sujeito a danos individuais e em série, a catástrofes naturais, industriais e tecnológicas.

---

<sup>67</sup> Em 1981, o então Presidente Mitterand confia a Haroun Tazieff (que em 1984 se tornaria Secretário de Estado) o estudo objetivando a prevenção dos riscos naturais maiores. Este conclui que, em matéria de gestão de crise, o Estado é a instância legítima e o ator operacional em situação de crise. O risco maior permite a reativação do Estado, reafirmando seu poder, em nome do interesse geral e de sua capacidade de enfrentar o excepcional, o Estado concede-se de novo armas para intervir na gestão dos negócios normais, quotidianos (*Les Cahiers de la Sécurité Interieure*, Les risques majeures naturels et technologiques, objet de politique publique?, p. 17-28)

Embora catástrofes naturais não se constituam em novidade (recorde-se a erupção do Vesúvio que destruiu Pompéia e Herculano), apresentam-se como um dos problemas mais importantes do fim do século XX. A epidemiologia das catástrofes naturais tem por escopo o estudo do impacto das catástrofes sobre a saúde das populações, objetivando definir as intervenções suscetíveis de reduzir seus efeitos, ao nível da prevenção, do socorro imediato, da assistência externa e da reabilitação a longo prazo (Michel F. Lechat, *L'épidémiologie des desastres*. *Les Cahiers de la Sécurité Interieure*, op. cit. p. 155). Acrescenta-se, com o intuito de assinalar a importância do assunto e o seu interesse do ponto de vista da administração pública, que a Lei 9.956, de 03.06.98 (dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde) excepciona da cobertura assistencial os "casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente" (art. 10, X).

## **CAPÍTULO II**

### **A PESSOA E O DIREITO**

#### **2.1 HOMEM E PESSOA**

Para o direito, o homem é uma pessoa. Todo ser humano é uma pessoa pelo simples fato biológico do seu nascimento. Por ser pessoa, pode titularizar direitos e contrair obrigações.

São conceitos assentados e cristalizados reproduzidos pacificamente nos manuais e nos cursos jurídicos. Mas nem por isso dispensam reflexão crítica. Ninguém melhor que o autor do projeto gerador do Código Civil para explicitá-los.

Diz Bevilacqua: “Pessoa é o ser a que se atribuem direitos e obrigações. Personalidade é a aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações.”<sup>68</sup>

Segundo o jurista, a personalidade jurídica tem por base a personalidade psíquica, somente no sentido de que, sem esta última, não se poderia o homem ter elevado até a concepção da primeira.

Entretanto, Bevilacqua é claro ao assinalar: o conceito jurídico e o psicológico não se confundem, porquanto na personalidade jurídica intervém um elemento, a ordem jurídica.

Assim, a personalidade jurídica depende essencialmente da ordem jurídica, da qual recebe a existência, a forma, a expressão e a força ativa. Nas palavras do autor: “... a personalidade jurídica é mais do que um processo superior da atividade psíquica; é uma criação social, exigida pela necessidade de por em movimento o aparelho jurídico, e que, portanto, é modelada pela ordem jurídica.”<sup>69</sup>

Por tal razão, alguns sistemas jurídicos, outrora vigentes, não reconheciam a personalidade civil de homens escravos e estrangeiros; concediam maior soma de direitos a uns que a outros (patrícios e plebeus, diferenças resultantes de castas, por exemplo) ou ainda consideravam extinta a personalidade civil, quando ainda perdurava a psíquica (morte civil).<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> Clovis Bevilacqua, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3. ed. Rio: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1966. p. 66.

<sup>69</sup> *Ibid.* p. 67.

<sup>70</sup> *Ibid.* p. 67-68.

Para o direito, o homem é uma pessoa, precisamente uma pessoa natural, sujeito de direitos e obrigações. Todavia, as idéias de homem e de pessoa natural não coincidem, porquanto “pessoa natural é o homem numa determinada atitude na sociedade civil”.<sup>71</sup> Pois a sociedade é o meio onde vive o ser humano e onde ele desenvolve sua atividade em direções diversas, protegido sempre pela ordem jurídica e, por conseguinte, podendo agir como pessoa. Esta noção deve ficar bem clara, uma vez que o homem pode ser encarado sob diversas relações alheias ou indiferentes ao direito.

Inferre-se da lógica inspiradora do Código Civil que a noção de pessoa ali positivada é a de uma categoria jurídica abstrata. A pessoa é um pólo de relações jurídicas, um centro de interesses que se relacionam. O homem sob a veste da pessoa age e se movimenta no mundo jurídico consoante os parâmetros permissivos e limitativos codificados: contrata, testa, adquire a propriedade de bens, etc.

Os valores e circunstâncias pessoais, seus desejos e necessidades não são levados em conta. O sujeito, definido como tal, é o homem. No entanto, esse mesmo ser humano amiúde nasce, vive e morre sem ter usufruído do mínimo de condições necessárias à sua sobrevivência.<sup>72</sup> Assim sendo, não praticará os atos da vida jurídica: não comprará, não venderá, não testará, não deserdará, etc. Diante dessa realidade, desse factual estado de coisas, forçoso reconhecer que só abstratamente é sujeito de direito. Isto porque não compra, não vende, não testa, não deserda, etc. Trata-se de uma reflexão que se impõe.

---

<sup>71</sup> Ibid. p. 69.

<sup>72</sup> Jussara Meirelles, *O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial*. Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo. Luiz Edson Fachin (coord.) Carmen Lucia Silveira Ramos *et al.* Rio: Renovar, 1998, p.91.

Imperioso reconhecer a dissociação entre o sujeito virtual (pessoa codificada) e o sujeito real, o primeiro circunscrito a uma clausura, com seus direitos delimitados e exigidos na medida em pretenda ou deva adquirir bens, administrá-los ou transmiti-los.<sup>73</sup>

Fica evidente que este homem, pessoa para a lei positiva, é tutelado pelo que tem, e não pelo que é. A legislação civil brasileira ostenta caráter patrimonialista, enaltecendo o patrimônio e pretendendo fornecer à sociedade a segurança que esta necessita.<sup>74</sup>

## 2.2 O DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Reputa-se essencial esboçar o perfil do direito civil contemporâneo, com o fito de situar com clareza a matéria versada neste trabalho.

O conceito de direito civil adquiriu uma acepção mais especializada, para os sistemas jurídicos oriundos do Direito Romano, designando o ramo do direito privado mais extenso e mais importante. A partir do século XIX tomou um sentido mais estrito, designando as instituições disciplinadas no Código Civil.<sup>75</sup>

Por conseguinte, a codificação foi e é ainda um marco relevante, delineando o campo de abrangência e a concepção tradicional do direito civil. O Código Civil francês, promulgado em 21 de março de 1804, apresenta-se como a primeira codificação moderna. Dentre as suas características destacam-se o laicismo e o individualismo. Representa a vitória do individualismo liberal, expresso no caráter absoluto do direito de propriedade e no princípio da liberda-

---

<sup>73</sup> Ibid., p. 91-92.

<sup>74</sup> Ibid., p. 92-93.

<sup>75</sup> Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. I. Rio: Forense, 1971, 3. ed., p. 26.

de contratual. Adota como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, o burguês livre do controle ou impedimento públicos. Consagra sob esta visão o homem comum, restando, portanto, a grande maioria dos indivíduos fora de sua abrangência.

O Código Civil Brasileiro de 1916 ostenta formação eclética, indicando o predomínio de concepções do direito francês e da técnica do código alemão de 1900.<sup>76</sup> No período de sua elaboração (1899 a 1916), a estrutura agrária mantinha no país o sistema colonial cuja vida econômica resumia-se à exportação de matérias primas e importação de manufaturados. Não se iniciara no país o processo de industrialização, predominando os interesses coincidentes dos fazendeiros (exportadores para o mercado internacional) e dos comerciantes (importadores para o mercado interno). Inexistentes os descontentamentos, não se registravam agitações sociais.<sup>77</sup>

Em meio aos fazendeiros e comerciantes, achava-se uma classe média (escassa) que ocupava os cargos burocráticos a quem incumbia a preservação e a defesa dos interesses daqueles.<sup>78</sup> Na percuciente análise de Gomes,<sup>79</sup> o Código brasileiro é obra de homens da classe média, que o elaboraram no intuito de dar ao país um sistema de normas de direito privado em correspondência com as aspirações de uma sociedade interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção. Enquanto estava em elaboração o Código, foram submetidos à apreciação do Congresso vários projetos de lei de cunho social, intentando a proteção do trabalhador. O projeto de Medeiros e Albuquerque (1904) dispunha sobre os acidentes sofridos por operários no exercício de suas profissões (exploração de pedreiras e caieiras, construção civil, assentamento de estradas de ferro, carga e descarga de mercadorias e serviço de costureiras, quando desempenhado em oficinas) e respectiva indenização. O projeto

---

<sup>76</sup> Francisco Amaral, *Direito Civil Introdução*. 2. ed. aum. e atual. Rio : Renovar, 1998, p.125.

<sup>77</sup> Orlando Gomes, *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. Porto Alegre : Ajuris, nº 9, 1977, p. 20.

<sup>78</sup> *Ibid.* p. 20.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 23.

não sensibilizou nem o Parlamento, nem a opinião pública. A iniciativa repetiu-se em 1908 e, posteriormente em 1915, sem sucesso.

Como se evidencia, as tentativas tendentes a introduzir uma legislação social foram derrotadas pela mentalidade dominante, fiel ao individualismo jurídico, mais consentâneo com o grau de desenvolvimento apresentado pelo país, não exercendo sequer influência sobre o Código Civil nascente.<sup>80</sup>

Grandes transformações econômicas, sociais e jurídicas viriam a alterar o panorama social subjacente brasileiro, gerando desafios à legislação codificada. Foi a codificação submetida a um intenso processo adaptativo. Sofreu alterações em seu corpo, evoluiu e enriqueceu-se através da interpretação. As mutações que se sucederam podem ser convenientemente aquilatadas quando se considera o contrato, a propriedade, a família e a responsabilidade, institutos fundamentais do direito civil.

Consoante os ditames da ciência jurídica do século XIX, a autonomia da vontade era a pedra angular do direito. Atribuía-se a cada indivíduo ampla esfera de autonomia, encorajando-se a regulação dos interesses individuais por meio do acordo de vontades soberanas daqueles.

Concebiam-se o contrato como o instrumento de aproximação de duas pessoas livres, predispostas a compor interesses divergentes ou contrapostos, através do acordo de vontades, mediante o qual estabeleciam o conteúdo da relação jurídica, após negociações preliminares. As partes autolimitavam sua liberdade.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> Ibid., p. 24.

<sup>81</sup> Id., *Direito Econômico e outros ensaios*. Salvador: Ed. Distribuidora de Livros Salvador Ltda., 1975, p. 97.

É a época do liberalismo na economia e do voluntarismo no direito. A função das leis no que tange aos contratos era somente a de proteger esta vontade criadora e a de assegurar a realização dos efeitos queridos pelos contraentes. A concepção clássica está ligada à doutrina da autonomia da vontade e ao seu reflexo – o dogma da liberdade contratual. As teorias econômicas do século XVIII propõem basicamente a livre movimentação das riquezas na sociedade. O contrato é o instrumento para que esta movimentação aconteça.

O direito dos contratos na sociedade capitalista passou a ser conformado por dois princípios básicos que condensavam todas as idéias sociais, políticas e econômicas de então: a liberdade de contratar e a igualdade dos contratantes.

As concepções de liberdade contratual e igualdade entre os contratantes foram transferidas para as grandes codificações do século XIX e início do século XX, tais como o Código Civil francês e o Código Civil alemão.

Com o advento do Estado de índole social, marcado pela intervenção no domínio econômico, como forma de regular o mercado, começaram a surgir exceções aos princípios fundamentais da autonomia da vontade e da igualdade.

Evidenciou-se a insuficiência do paradigma contratual clássico, alicerçado em premissas que não mais condiziam com a realidade. A igualdade e a liberdade teóricas desconsideravam o indivíduo real, a sociedade de desigualdades sociais e econômicas, conduzindo a situações de extrema injustiça.

Veja-se o pronunciamento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, no Recurso Especial n. 187.492, em 15 de dezembro de 1998 (D.J. de 08 de março de 1999), cuja ementa assinala:

“A antiga parêmia – o contrato faz lei entre as partes – hoje, devido ao sentido social da norma jurídica precisa ser analisada *cum grano salis*... A previsão contratual não tem assim valor absoluto e nem pode superar o justo. Os princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade das convenções sofrem limitações impostas pela idéia de ordem pública, entre cujas normas se encontram as leis do inquilinato... Ou em outras palavras, dentro da moderna tendência social do direito, ‘Aquele que se mostra fraco, ainda que por culpa própria, tem direito de ser protegido...’.”

O progresso econômico e tecnológico aporta uma nova realidade, a da massificação das relações econômicas. Surgem novas figuras que se individualizam pelas particularidades de seu modo formativo e pela maior ou menor debilitação do aspecto voluntarista.

Em determinados casos, a liberdade dos contraentes quase se elimina. Alguns autores referem-se, então, a situações de paracontratualidade, assim acontecendo com os chamados contratos impostos ou ditados, em que a intervenção da autoridade pública não só força a sua celebração, mas também modela o respectivo conteúdo. Emergem, também, os contratos de adesão, cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente, empregados em larga escala.

Por fim, a evolução aponta para a grande relevância dos contratos cativos de longa duração, delineados por Cláudia Lima Marques como “uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais do contratos), para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de “catividade” ou “dependência” dos clientes consumidores.”<sup>82</sup>

A massificação traz um sensível enfraquecimento do império da vontade individual. Opta-se por uma configuração seriada e impessoal dos contratos, em substituição à individua-

---

<sup>82</sup> Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 68.

lidade e relevância do querer humano que caracterizam a clássica teoria obrigacional. Em linhas gerais, tal é a problemática que envolve o contrato e o condiciona hoje.

O direito de propriedade, por seu turno, impõe igualmente reflexões. Trata-se de matéria que recebeu disciplina no Código Civil. Contudo, a lei civil não o definiu, limitando-se o art. 524 a dispor sobre os poderes do titular. A doutrina tradicional considerava a propriedade privada regulada exclusivamente pelo Código Civil, com as exceções oriundas da legislação excepcional, revogadora do Código. O quadro se coadunava com o sistema individualista do séc. XIX, caracterizado pela não-ingerência do Estado na contratação privada e nas relações interindividuais. A estrutura liberal assentava-se no conceito de direito subjetivo, explicitado na ordem patrimonial na proteção dispensada ao pleno poder do indivíduo sobre as coisas submetidas à sua vontade.

Este modelo de propriedade privada fulcrado na concepção de um direito natural da pessoa, exclusivo e ilimitado, era adaptável a um tipo de sociedade que viria a ser ultrapassada, especialmente após a Segunda Guerra Mundial.

No Brasil, cujo processo de industrialização se desencadeara a partir de 1930, já em 1934 contemplava a Constituição em título exclusivo a ordem econômica e social, propugnando sua organização conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo a possibilitar a todos existência digna (art.115). Garantia o direito de propriedade, que não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo (art. 113, nº 17). As cartas posteriores mantiveram e até ampliaram esta orientação.<sup>83</sup>

---

<sup>83</sup> Constituição de 1937, arts. 122, nº 14, e 135; Constituição de 1946, arts. 141, § 16, 145 e 147; Constituição de 1967, arts. 150, § 22, 157, incisos III e IV; Constituição de 1969, arts. 153, § 22, e 160, incisos III e IV.

A Constituição de 1988, não obstante reconheça o direito de propriedade, inserido no capítulo dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, prescreve que o mesmo atenderá a sua função social.

Assinala Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>84</sup> que a propriedade é o grande foco de tensão entre as correntes ideológicas do liberalismo e do igualitarismo. O direito de propriedade na Constituição Federal reflete este conflito. Infere o autor que a concepção de propriedade que se desprende da Constituição é mais ampla que o tradicional domínio sobre coisas corpóreas, principalmente imóveis que os códigos civis alimentam. Coenvolve a própria atividade econômica, abrangendo o controle empresarial, o domínio sobre ativos mobiliários, a propriedade de marcas, patentes e franquias, biotecnologias e outras propriedades intelectuais. Os direitos autorais do *software* transformaram seus titulares em megamilionários. As riquezas são transferidas em rápidas transações de bolsas de valores, transitando de país a país, em investimentos voláteis. Todas essas dimensões de propriedade estão sujeitas ao mandamento constitucional da função social.

No que respeita à família, cumpre recordar o papel que lhe foi sempre atribuído: o de célula básica. Por trás do grupo familiar estavam a religião e o patrimônio. Relativizou-se a sua função procriadora. Desapareceram suas funções políticas e econômicas. Atualmente, a família se funda na afetividade.<sup>85</sup>

O papel jurídico do afeto também é acentuado por Silvana Carbonera.<sup>86</sup> Segundo a autora, no embate entre o ter e o ser o patrimônio fez prevalecer sua força em relação ao sentimento. Contudo, com as transformações sociais que tiveram lugar no decorrer deste século,

---

<sup>84</sup> Paulo Luiz Netto Lôbo, *Constitucionalização do Direito Civil*. Jus navigandi, <http://www.jus.com.br>, p. 8.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>86</sup> Silvana Maria Carbonera, *O papel jurídico do afeto nas relações de família*. Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo/Luiz Edson Fachin (coord.): Carmem Lúcia Silveira Ramos *et al.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 273.

também a família modificou-se, rumando na direção da divisão de funções fundada nas capacidades individuais.<sup>87</sup>

A igualdade foi gradativamente agregada à noção de família, tanto na esfera social como jurídica. Tais modificações foram sentidas plenamente na esfera jurídica com a constitucionalização de um modelo eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.

A união livre é aceita e vem sendo gradualmente equiparada ao casamento. O sistema original do Código Civil fora estruturado tendo por base a família dita legítima, constituída pelo casamento. Atualmente, o filho nascido fora do casamento não mais se acha excluído ou discriminado, sendo vedado o estabelecimento de quaisquer distinções em razão da filiação, quer seja esta matrimonial, extramatrimonial ou adotiva. Assim, os filhos desfrutam dos mesmos direitos e da mesma proteção.

Todavia, vencidas estas questões que ocuparam a mente dos doutrinadores e dos tribunais durante boa parte do século XX, novos desafios emergem. O direito familiar deve enfrentar fatos novos, nascidos do progresso tecnológico e médico. Muitas questões ainda se apresentam não solvidas, tais como a doação de gametas, a clonagem de embriões, a maternidade por substituição.<sup>88</sup>

Neste domínio tão inovador, cabe ao legislador a tarefa de preencher as lacunas do Direito, criando disposições que prevejam a utilização de tais métodos e igualmente impor certos limites éticos e morais condizentes com os valores da sociedade.

---

<sup>87</sup> Ibid., p. 308-309.

<sup>88</sup> Maria Claudia Crespo Brauner, Considerações sobre a filiação extramatrimonial em Direito de Família francês e brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito n. 27*. Curitiba, 1992/93, p. 64.

De todos os institutos, o que mais sofreu alterações, evoluiu e desenvolveu-se foi sem dúvida o da responsabilidade civil. Fernando Noronha<sup>89</sup> sistematiza o desenvolvimento da responsabilidade civil em três fenômenos: expansão dos danos suscetíveis de reparação, objetivação da responsabilidade e sua coletivização.

O primeiro deles corresponde a uma aspiração manifestada pela sociedade atual, qual seja a de que a reparação propiciada às pessoas revista-se de caráter abrangente. Exterioriza-se na extensão da obrigação de indenizar os danos extrapatrimoniais ou morais, e na tutela dos danos transindividuais. Durante muito tempo prevaleceu a idéia de que a indenização tinha por base o prejuízo exclusivamente econômico, desprezando-se os valores corporais, espirituais e morais. A indenização do dano moral permaneceu como matéria polêmica durante várias décadas, vindo a consolidar-se paulatinamente na jurisprudência. A matéria pacificou-se completamente com o advento da Constituição Federal de 1988. Além deste aspecto, ocorreu o reconhecimento da necessidade de tutelar os interesses difusos e coletivos, contemplados no Código de Defesa do Consumidor.

A responsabilidade se distancia da culpa, eis o segundo fenômeno, a objetivação fundamentada no risco. Assim, quem exerce uma determinada atividade econômica deve arcar com os respectivos ônus (risco de empresa). Por seu turno, a pessoa jurídica pública em suas atividades, na busca do bem comum, deve indenizar aqueles que porventura vierem a ser prejudicados (risco administrativo). Da mesma forma, aquele que desenvolve uma atividade potencialmente perigosa, tanto para as pessoas, como para o meio ambiente, e dela auferir benefícios, deve suportar as eventuais conseqüências danosas (risco-perigo).<sup>90</sup>

---

<sup>89</sup> Fernando Noronha, *Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil*. *Revista dos Tribunais* v. 761/99, p.35.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 37.

O Código Civil consagrou a responsabilidade fundada na culpa e como tal a regrou em seu artigo 159. Contudo, admitiu a presunção de culpa nos casos do art. 1.528 (responsabilidade do dono do edifício pelos danos que resultarem de sua ruína) e no art. 1527 (responsabilidade do dono do animal) e a responsabilidade objetiva, prevista no artigo 1.529 (lançamento de coisas líquidas e sólidas).

O avanço da responsabilidade objetiva deu-se através das leis especiais. A legislação sobre acidentes no trabalho é nitidamente objetiva, a que regula os transportes aéreo e ferroviário segue a mesma orientação. O Código de Defesa do Consumidor adota-a. Também nas atividades nucleares a responsabilidade civil é objetiva.

A coletivização igualmente traz em si a idéia de declínio, neste caso, da responsabilidade individual, em prol de sistemas comunitários indenizatórios. Assim, o seguro de responsabilidade civil torna-se obrigatório em alguns casos. De outro lado, o desenvolvimento da seguridade social, definida constitucionalmente como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 194 da Constituição Federal).

Não se alongará mais a exposição tendo em vista que a evolução da responsabilidade civil é assunto que permeia este trabalho e ao qual se retornará.

### 2.3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Francisco Amaral sistematizou as tendências e características do Direito Civil contemporâneo agrupando-as em cinco itens.<sup>91</sup>

---

<sup>91</sup> Francisco Amaral, op. cit. p.142-149.

A primeira característica que se destaca consiste na interpenetração crescente do direito civil com o constitucional, conduzindo à constitucionalização do direito civil ou civilização do direito constitucional. Matérias eminentemente civis ingressaram no domínio constitucional, acarretando a superação da clássica dicotomia direito público-direito privado.

Segue-se a personalização do direito civil, no sentido da crescente importância da vida e da dignidade da pessoa humana, elevadas à categoria de direitos e de princípio fundamental da Constituição Federal. O princípio da subjetividade jurídica do direito moderno, expresso na figura do sujeito de direito como centro de atribuição de direitos e deveres, evolui para o princípio do personalismo ético, da época contemporânea, segundo o qual todo ser humano é pessoa, individual e concreta. O homem, porque é pessoa, em sentido ético, é um valor em si mesmo.

A terceira característica está na desagregação. O direito civil, no século XX, separa-se em ramos autônomos, alguns com princípios próprios, outros vinculados ainda aos princípios fundamentais do direito civil: direito do trabalho, direito agrário, direito imobiliário, direito bancário, etc. Estes ramos surgem devido à crescente complexidade das relações jurídicas, a exigir do legislador disciplina própria e autônoma,

A quarta característica consiste no aparecimento de reservas à codificação. A tendência atual não é uniforme em favor dos códigos. A passagem para o direito constitucional dos princípios fundamentais do direito privado transforma o Código Civil em ordenamento jurídico residual, deixa ele de ser o estatuto orgânico da vida privada, perdendo as pretensões tradicionais de totalidade e generalidade com que abarcava todas as espécies de relações jurídicas privadas. Surgem os defensores da tese do esgotamento do processo histórico-cultural da co-

dificação, advogando-se a regulamentação da matéria privada, não mais por um código civil mas por códigos setoriais, menores, aptos a disciplinar uma parte especial da matéria jurídica.

Por fim, a última das características consiste no surgimento dos microsistemas jurídicos. Face ao grande número de leis especiais, disciplinando, com princípios próprios, matéria antes integrada no código, assiste-se ao aparecimento e consolidação de sistemas específicos, menores, autênticos microsistemas legais. Assim, a lei das sociedades por ações, o Estatuto da Terra, a legislação bancária, o Código de Defesa do Consumidor, etc. Especialmente os dois primeiros itens merecerão especial atenção deste trabalho.

Nasce o constitucionalismo da constatação do atual estado do direito civil. Além dos sinais de esgotamento exibidos por algumas de suas categorias, grande parte das matérias relevantes, alojadas em seu corpo, migraram para legislações especiais, os chamados microsistemas.

---

Fragmenta-se o direito civil clássico. Eclodem os diversos universos legislativos, tais como, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Locações, os quais fixam um “verdadeiro arcabouço normativo para inteiros setores retirados do Código Civil.”<sup>92</sup>

Cinco são as características desses estatutos. Peculiarizam-se por uma profunda alteração na técnica legislativa. São leis que definem objetivos concretos. O legislador estabelece diretrizes, metas a serem atingidas, programas e políticas, valendo-se de cláusulas gerais.

---

<sup>92</sup> Gustavo Tepedino, *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. Paraná Judiciário, v. 52. Curitiba: Grafismar, 1998. p. 157.

Esta legislação de objetivos claros e concretos vem formulada em linguagem diversa da tradicional, menos jurídica, porquanto pretende atender exigências específicas (tecnológicas, financeiras, econômicas, sociais), causando amiúde dificuldades para o seu intérprete.

O legislador, além de coibir comportamentos indesejados, estabelece incentivos ao destinatário da norma. Promove, assim, atividades ou comportamentos através do oferecimento de vantagens, assumindo desta maneira a norma função promocional.

Visivelmente não se limita o legislador a disciplinar as relações patrimoniais. Seguindo a orientação do texto constitucional o qual impõe deveres extrapatrimoniais nas relações privadas, sob o enfoque da realização da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa, a lei, de forma crescente, condiciona a proteção de situações contratuais ou de situações jurídicas tradicionalmente disciplinadas sob ótica exclusivamente patrimonial ao cumprimento de deveres não patrimoniais.

Como derradeira característica desta nova maneira de legislar, sobressai o perfil contratual de tais estatutos. O legislador do Código Civil que normatizava de maneira geral e abstrata, vislumbrando o cidadão comum, é substituído por um legislador vocacionado para a negociação. Sofre o influxo dos grupos interessados na regulação dos respectivos setores, resultando um regramento para determinados grupos, locador e locatário, fornecedores e consumidores, por exemplo.

Torna-se evidente que o Direito Civil perdeu sua unidade sistemática, em outros tempos assentada, de forma estável e duradouramente. A solução está em buscar-se a unidade do sistema “deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil”.<sup>93</sup> Desta forma reunifica-se o sistema. Recupera-se a unida-

---

<sup>93</sup> Ibid., p. 160.

de perda. Não se trata de compatibilizar institutos civilísticos com a Lei Maior, mas de relê-los, revisitá-los, redesenhando-os à luz da legalidade constitucional.

Tepedino<sup>94</sup> é incisivo: trata-se de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, de reler o Direito Civil à luz da Constituição, com o propósito de privilegiar os valores não patrimoniais, especialmente, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva,<sup>95</sup> para cujo atendimento deve se dirigir a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.

À primeira vista, o fenômeno parece paradoxal. Afinal, constitucionalismo e codificação, embora contemporâneos, tradicionalmente trilharam rotas apartadas. O Direito civil, ao longo da sua história, sempre se constituiu no território do indivíduo e, enquanto tal, distanciado do contexto constitucional.

As primeiras constituições nada dispuseram acerca das relações privadas, cumprindo apenas sua função de delimitar o Estado mínimo. Como se demonstrou historicamente, a codificação liberal e a ausência da constituição econômica serviram de exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerando reações e conflitos que redundaram no advento do Estado Social. Em linhas gerais, a nova tendência parte da constatação da extraordinária mudança ocorrida com o advento do Estado social e a correspondente consagração no texto das constituições contemporâneas dos direitos sociais.

---

<sup>94</sup> Ibid., p. 166.

<sup>95</sup> Também o comparatista empenha-se em refletir sobre estas mudanças. Ao analisar a família romano-germânica, René David (*Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 55.) nota que a idéia de justiça distributiva passou para primeiro plano, ultrapassando a justiça comutativa, antes dominante. Em consequência, a ênfase, antes colocada sobre as relações entre particulares e sobre o direito privado, é deslocada atualmente sobre o direito público, sendo atribuído um papel primordial à administração e ao Estado, para fazer reinar um novo tipo de justiça em uma sociedade renovada.

Os direitos sociais implicam participação. Significam direitos de participação no poder político e na distribuição da riqueza social produzida.<sup>96</sup>

O Estado Social, além de limitar o poder político, limita também o poder econômico e tutela os direitos ditos sociais, incluindo o trabalho, a educação, a cultura, a saúde, a segurança social, o meio ambiente, todos com inegáveis reflexos nas dimensões materiais do direito civil.

A ideologia do social, traduzida em valores de justiça social ou distributiva, passou a dominar o cenário constitucional do século XX. A sociedade exige o acesso aos bens e serviços produzidos pela economia.

Como então conciliar novos princípios e velhas regras? Um outro aspecto comparece e que já foi mencionado em linhas anteriores: a desagregação do direito civil e conseqüente surgimento dos microsistemas.

A interpretação constitucional emerge desta maneira como uma tentativa de assegurar a unidade e congruência do sistema. Busca-se a interpretação constitucional objetivando centralizar o pólo das relações jurídicas nos ditames da Lei Maior, diante da fragmentação do sistema privado.

Ademais, não se pode perder de vista que os propósitos e princípios do Estado encontram-se insculpidos na Constituição. A Lei Maior não pode ser contrariada, e sim prevalecer sobre a legislação infraconstitucional. Só assim o respeito aos valores supremos, traçados na Constituição, é assegurado.

---

<sup>96</sup> Gustavo Gozzi, *Estado Contemporâneo*. Dicionário de Política, por Norberto Bobbio *et al.*. Tradução de João Ferreira, Carmem Varriale e outros. Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 2. ed., 1986, p. 401.

Apregoa-se que a tarefa da interpretação constitucional não se faz sem ranhuras.<sup>97</sup> Isto porque o direito constitucional tem sido relegado a um plano secundário. O jurista brasileiro é inclinado a trabalhar com o direito infraconstitucional, preocupando-se mais com o texto do Código Civil que os ditames constitucionais. Daí o óbvio: é preciso constitucionalizar o direito infraconstitucional.<sup>98</sup>

No Brasil predomina o modelo de direito instituído para resolver disputas interindividuais, agravado por dois fatores, o excessivo individualismo e o formalismo na visão de mundo.<sup>99</sup> O individualismo conduz à convicção de que os direitos individuais estão acima dos direitos da comunidade. A magistratura é treinada para enfrentar as diversas formas de ação, mas não logra obter um entendimento preciso das estruturas socioeconômicas onde elas são travadas. Por seu turno, o formalismo resulta do apego a um conjunto de ritos e procedimentos justificados em nome da certeza jurídica e da segurança do processo. Os julgadores não estão preparados para compreender os aspectos substantivos dos pleitos, enfrentando dificuldades para interpretar novos conceitos, principalmente os que consagram os direitos coletivos e difusos e ainda os que dispensam tratamento preferencial aos segmentos sociais economicamente desfavorecidos.

Tepedino<sup>100</sup> traça algumas regras interpretativas dentro da perspectiva civil-constitucional. Há que se eliminar do vocabulário jurídico a expressão “carta política”. Esta expressão acaba por relegar a Constituição a um programa distante de ação, obstaculizando a

---

<sup>97</sup> Lenio Luiz Streck, A necessária constitucionalização do direito: o óbvio a ser desvelado. *Revista do Saju: Para uma Visão Crítica e Interdisciplinar do direito*. Vol. 1 n. 1, 1998, p. 215.

<sup>98</sup> “O juiz do terceiro milênio deve constitucionalizar-se e isso significa ter sempre uma postura ‘crítica’ frente à lei (infraconstitucional), emanada do Poder Derivado. Sempre que não haja compatibilidade (vertical) com a Constituição, deve refutá-la” Luiz Flávio Gomes, *Modelos de Atuação Judicial: Rumo à Constitucionalização do Juiz do Terceiro Milênio*. Doutrina, coordenação James Tubenchlak. Rio: Instituto de Direito, 1996, p. 95.

<sup>99</sup> José Eduardo Faria, *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Citado por Lenio Luiz Streck, op. cit. p. 208.

<sup>100</sup> Gustavo Tepedino, op. cit., p. 163-164.

sua visualização unificadora do direito privado. O civilista, via de regra, imagina como destinatário da norma constitucional o legislador ordinário, desobrigando-se de preceitos máximos, tornando-se refém daquele.

Os princípios constitucionais não devem ser confundidos com os princípios gerais do direito. Estes são preceitos extraídos implicitamente da legislação, pelo método indutivo. Quando a lei é omissa devem ser buscados pelo intérprete, após o recurso à analogia e aos costumes.

Ora, identificar princípios constitucionais e princípios gerais do direito é uma postura equivocada. Buscar os princípios constitucionais para solucionar lacunas, e em último lugar, representa subversão da hierarquia normativa.

Não pode o intérprete manter-se preso à necessidade de regulamentação casuística. A tendência hodierna caminha rumo à utilização das cláusulas gerais. Inexistindo previsão para certa situação concreta, urge aplicá-las. Constituições e leis empregam as cláusulas gerais, convencidos que estão da sua própria incapacidade para regular todas as situações num mundo marcado pela velocidade das inovações.

Urge abandonar idéias arcaicas a respeito da divisão tradicional entre o direito público e o direito privado. A interpenetração caracteriza a sociedade contemporânea. Aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, inviabilizando uma delimitação precisa, fundindo-se o interesse público e o privado.<sup>101</sup>

---

<sup>101</sup> Maria Celina B. M. Tepedino, A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 65, 1993, p.25.

Por derradeiro, o esforço hermenêutico do jurista moderno deve se concentrar na aplicação direta e efetiva dos valores da Constituição, não apenas na relação Estado-indivíduo, mas também na relação interindividual, no âmbito dos modelos próprios do direito privado.<sup>102</sup>

Ao intérprete caberá, em virtude de verdadeira cláusula geral de tutela dos direitos da pessoa humana, optar pelos valores existenciais sempre que a eles se contrapuserem os valores patrimoniais. Deve ele guiar-se pela prioridade dos valores existenciais porquanto são estes privilegiados pela constituição.<sup>103</sup>

## 2.4 PERSONALIZAÇÃO

Em linhas anteriores, abordou-se o conceito de pessoa, consoante a lei civil básica. Mencionou-se, ademais, que uma das tendências atuais do direito civil está na personalização. Entre esta e os contornos positivados e assentados, eis a situação presente. Importa enfocar mais detidamente a personalização, cujas conseqüências se irradiam no campo da responsabilidade civil.

A temática é recente. Diz-se que o direito descobriu a pessoa no século XX. Atias<sup>104</sup> resume com palavras fortes o fenômeno: há uma verdadeira erupção das pessoas no direito, como característica da evolução jurídica contemporânea. O direito dos seres humanos ganhou um amplitude sem precedentes.

---

<sup>102</sup> Ibid., p. 28.

<sup>103</sup> Ibid., p. 28.

<sup>104</sup> Christian Atias, *Les personnes. Les incapacités*. Paris: Presses Universitaires de France, 1985, p. 12.

O fato é que, por muito tempo, a pessoa não preocupou os juristas. O conceito abstrato parecia pacificado e inquestionado. Os civilistas franceses do século XIX, os grandes comentadores do Código Civil de 1804 não apresentavam em suas obras nenhuma teoria das pessoas. Cingiam-se em examinar um certo número de instituições (nome, domicílio, estado civil) e de regras (capacidade) específicas.<sup>105</sup>

Tal atitude refletia a mentalidade dominante até décadas recentes, exprimindo a relevância atribuída às coisas, ao objeto do direito. A visão individualista dedicava-se a proteger preeminentemente o que integrava o patrimônio da pessoa, relegando-se a tutela daquela a um segundo e posterior plano. Este ponto de vista é facilmente perceptível nos códigos seguidores do modelo napoleônico, bem como nos estudos doutrinários correspondentes.

Os interesses patrimoniais são mais importantes que os seus titulares. Em outras palavras, ter é mais relevante do que ser. O valor da pessoa está no que tem, não na sua dignidade como tal. As relações jurídicas se passam entre titulares de patrimônios. Os interesses meramente pessoais são irrelevantes.<sup>106</sup>

A concepção se evidencia quando se considera o direito de propriedade, disciplinado como o centro do sistema, consagrado como um direito absoluto e inviolável. Tem-se a concretização das diversas facetas de um ter absoluto, traduzido nos poderes do proprietário, *ius utendi, ius fruendi e ius abutendi*. Privilegia-se a propriedade imóvel, a qual recebeu regulamentação detalhada e formalista.

---

<sup>105</sup> Idem. Op. cit., p. 13.

<sup>106</sup> Thierry Revet desenvolve reflexões sobre a relação de intimidade entre o dinheiro e a pessoa, hoje intensificada. Segundo ele, o dinheiro contribui para liberar a pessoa, podendo concorrer à manutenção de sua dignidade, e retira cada vez mais elementos e aspectos da pessoa. Finaliza por indagar se a unidade da pessoa não correria risco de desaparecer, cindida em dois conjuntos, um subjetivo (vontade abstrata) e o outro objetivo (um aglomerado de coisas, mais ou menos aberta ao comércio jurídico). Thierry Revet, *L'argent et la personne. Archives de Philosophie du Droit*, t. 42, 1998, p. 43.

Em meados do século XX, detectam-se os primeiros sinais de mudança. Eclodem tendências em diversos campos que conduzirão às alterações hoje constatadas. A tutela da pessoa humana começa a delinear-se com caracteres próprios. Vários são os fatores que levam a esta nova concepção. O momento é propício a questionamentos e indagações sobre o homem. Está-se diante do Segunda Guerra Mundial. Os dois conflitos mundiais deixaram um rastro de destruição e morte para a humanidade. E mais: desvelaram a existência de elementos de agressão de potência até então insuspeitada e jamais presenciada.

Neste momento, emergem inquietações sobre o ser do homem, seu destino e, ainda, sobre os riscos que encerram os novos conhecimentos científicos e tecnológicos, impulsionando o desenvolvimento do pensamento filosófico.

Imensa foi a contribuição da filosofia da existência, em suas diversas vertentes, situando o ser humano no centro de sua reflexão, encarando-o como um ser livre.<sup>107</sup> E porque é livre, o ser humano é criador. Projeta. É-se livre para ser, para criar, para viver, para não ser coisa, objeto, em meio a outros objetos, no mundo. Em que pesem todos os condicionamentos e determinismos que recaem sobre o ser humano, dentro do seu próprio espaço de liberdade, variável de homem a homem, cada um é o artífice de sua própria vida. Por ser livre, é também capaz de redimir-se. A liberdade faz com que o homem não seja uma coisa terminada e acabada, concluída, irreversível. Pelo contrário: a vida humana é fluída, dinâmica, mutável, luminosa, lábil, projetada, historializada. E se desenvolve no tempo. É tempo.<sup>108</sup> A liberdade faz o homem responsável. Ele decide, ele escolhe. A filosofia da existência tornou possível essa visão renovada do ser humano, não obstante as discrepâncias entre os diversos autores e ver-

---

<sup>107</sup> Carlos Fernández Sessarego, *Protección a la Persona Humana*. Porto Alegre: *Revista da Ajuris*, n. 56, 1992, p. 88.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 90.

tentes, conduzindo a uma concepção humanista, ou mais restritamente, a uma corrente personalista.<sup>109</sup>

Quando o interesse pelo homem aporta ao direito, a doutrina passa a considerar a temática com interesse. A jurisprudência vai buscar novas soluções que os autores vão sistematizando. Percebe-se que há novas necessidades, brotando o sentimento de que é preciso dar-lhes respostas.

O indivíduo se dá conta de que multiplicaram-se as possibilidades de agressão, tanto sob o ponto de vista qualitativo, como quantitativo, contra ele. Ora apresentam-se como atentados à sua privacidade e sua reputação. Ora ele se sente ameaçado em sua integridade física, não só por cirurgias inovadoras e novos medicamentos, como pelas manipulações genéticas, no corpo e nos alimentos. Ora receia as ameaças resultantes do progresso tecnológico. Assim, novas necessidades surgem (e surgirão) e buscam (e buscarão) o abrigo fornecido pela norma jurídica.

Com certeza não imaginou o legislador civil uma discussão sobre o transexualismo, levada aos tribunais em pleito de mutação transexual.<sup>110</sup> Era-lhe impossível prever o debate sobre os riscos do plantio da soja transgênica à saúde e ao meio ambiente.<sup>111</sup> Impensável uma ação objetivando a proibição ou acautelamento de industrialização, comércio ou movimentação de carne importada da Europa, suspeita de contaminação radioativa em razão do acidente de Chernobyl.<sup>112</sup>

A tutela da pessoa, aderindo às premissas personalistas, vão pouco a pouco sendo acolhidas nos ordenamentos jurídicos constitucionais.

---

<sup>109</sup> Ibid., p. 91.

<sup>110</sup> Ap. Cível nº 596103135 – 3ª. CC do TJRS J. em 12.09.96. RJTJRS 181/337.

<sup>111</sup> Mandado de Segurança nº 70000027425- 2ª. CC do TJRS. J. em 06.10.99.

<sup>112</sup> RESP nº 8.174-RS, j. em 13.11.91. Publicado no D.J. de 10.02.92.

No que tange ao direito civil, apregoa-se que deva esse ramo ser concebido a serviço da vida, a partir de sua raiz antropocêntrica. Não se trata de retomar o individualismo pregado pela Revolução Francesa, mas de distanciar-se do tecnicismo e do neutralismo, rumo a um sistema aberto e rente à vida.<sup>113</sup>

## 2.5 OS NOVOS DIREITOS

Precedendo o capítulo que aborda o perfil da responsabilidade civil hoje, reputa-se pertinente referir dois temas: a proliferação dos direitos do homem e a questão bioética. Trata-se de matérias conexas com o assunto a ser desenvolvido, cuja influência é de todo perceptível nas tendências apresentadas pelo instituto.

Consoante a percuciente observação de Norberto Bobbio<sup>114</sup>, existe um processo de multiplicação dos direitos, conectando-se o nascimento destes com as mudanças sociais. Como consequência lógica, eles nascem de modo gradual, nas palavras do autor “não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.<sup>115</sup>

O fenômeno observado ocorreu de três maneiras:

- a) aumento da quantidade de bens merecedores de tutela,
- b) extensão da titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem;

---

<sup>113</sup> Luiz Edson Fachin Limites e possibilidades da nova Teoria Geral do Direito Civil. *Revista da Faculdade de Direito* n° 27, Curitiba, 1992-93, p. 58. Este autor acentua que somente a *repersonalização* pode alterar a primazia existente no Código Civil Brasileiro, recolocando o indivíduo como ser coletivo no centro dos interesses.

<sup>114</sup> Norberto Bobbio, *A era dos direitos*. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 68.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 5.

- c) consideração do homem não mais como ente genérico ou abstrato, mas na especificidade ou concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc.

Pode-se, então, arrolar quatro gerações de direitos<sup>116</sup>:

- a) Direitos do homem, nascidos de modo gradual em circunstâncias caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes;
- b) Direitos sociais;
- c) A categoria dos denominados direitos de terceira geração apresenta-se excessivamente heterogênea e mesmo vaga, sendo que o mais importante deles constitui o objeto dos movimentos ecológicos, o direito de viver num ambiente não poluído;
- d) Finalmente os direitos de quarta geração referem-se aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, a qual possibilitará manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.

Arremata o autor: mais bens, mais sujeitos, mais *status* do indivíduo. Os direitos nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem, explicita o autor, quando o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências. As ameaças são enfrentadas através de demandas de limitações do poder, os remédios são providenciados através de exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. Às ameaças correspondem os direitos de liberdade ou um não-agir do Estado, aos remédios, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Trata-se de impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios, Nos demais, direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie.

---

<sup>116</sup> Idem, *ibid.*, p. 5-6

O homem passou dos direitos de liberdade para os direitos políticos e sociais, os quais exigem intervenção direta do Estado.

Aos direitos do indivíduo, considerado singularmente, acrescentaram-se os direitos de grupos, tais como, a família, as minorias étnicas e religiosas e toda a humanidade em seu conjunto.

Além dos indivíduos humanos, emergem até mesmo sujeitos diferentes dos homens, como os animais. Nos movimentos ecológicos, exsurge quase um direito da natureza de ser respeitada e não explorada.

Um outro processo merece realce: o da passagem do homem genérico para o homem específico, visualizado em suas diversidades: diferenças de sexo, de idade, de condições físicas são levadas em conta.

Tutelam-se especificamente os idosos, as crianças, as mulheres, os deficientes. Evidencia-se, assim, a estreita relação dos direitos fundamentais e a mudança social.

Medite-se no seguinte: a exigência de uma proteção diferenciada dos idosos ocorre em razão do aumento da população longeva, o que sem dúvida pode ser atribuído aos avanços científicos e médicos.<sup>117</sup>

O autor italiano, fiel ao seu entendimento de que os direitos surgem “não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” entrevê o aparecimento do direito à vida das gerações futuras, uma vez que a sua sobrevivência é ameaçada pelo crescimento de armas destrutivas. Vaticina, também, o surgimento de novos sujeitos, como os animais.

---

<sup>117</sup> Ibid., p.76-77.

Mais adiante se tornará claro como estas questões repercutem no objeto específico deste estudo.

## 2.6 A PESSOA E A BIOÉTICA

Neste estágio da exposição, inserem-se algumas palavras acerca do perigo que paira sobre o ser humano, atemorizando-o e suscitando sua perplexidade, decorrente da evolução tecnológica, particularmente do desenvolvimento ocorrido no campo específico das pesquisas e tecnologias biomédicas.

Embora o conjunto de temas, analisado sob a denominação de *bioética*, não constitua objeto deste trabalho, com o mesmo se conecta amplamente. Particularmente, a bioética é aqui referida devido à constatação de que as questões por ela abordadas vêm trazendo contribuições significativas ao tratamento que o direito dispensa à pessoa. Portanto, julga-se que esta breve digressão se faz útil à compreensão do tema central.

Até quando e onde pode o homem interferir na natureza humana? Quais os limites desta interferência?

Qual o estatuto do embrião congelado, fora do útero?

Podem-se produzir embriões para fins de pesquisa?

Quais os direitos do paciente portador de AIDS?

Pode-se interromper a utilização de recursos médicos objetivando propiciar ao paciente uma morte digna?

O rol de indagações é infundável. A bioética enfrenta as questões atinentes à eutanásia, à engenharia genética, à reprodução assistida, à eugenia fetal, dentre outras.

Costuma-se situar o nascimento da bioética no Tribunal de Nuremberg, em 1947, pois, naquela oportunidade, tratou-se da condenação de médicos e pesquisadores nazistas que utilizaram como cobaias, para suas experiências, homens e mulheres, prisioneiros.

A exigência do consentimento informado de toda pessoa submetida a uma pesquisa, prescrita solenemente por aquela corte, foi depois reafirmada, e seu consentimento livre tornou-se um princípio chave da bioética <sup>118</sup>.

Posteriormente, já na década de 70, o termo *bioética* é utilizado pela primeira vez pelo biólogo e cancerólogo norte-americano Van Rensselaer Potter em um de seus artigos no qual mostrava os riscos de autodestruição ligados a certos progressos científicos.

O que é a bioética?

A bioética significa ética biomédica, dizem com muita simplicidade Lenoir e Mathieu <sup>119</sup>. Seu campo acha-se definido: preocupa-se com as pesquisas e as tecnologias biomédicas. Aplicada à biologia e à genética, a bioética debruça-se sobre as regras de conduta que uma sociedade se atribui a fim de enfrentar as dificuldades e os dilemas nascidos dos avanços das ciências da vida. <sup>120</sup>

Embora a ciência pertença aos cientistas, a ética da ciência, a ética das conseqüências da ciência concernem a todos os cidadãos. A bioética se guia por princípios básicos que a fun-

<sup>118</sup> Noelle Lenoir e Bertrand Mathieu. *Les normes internationales de la bioéthique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998, p. 12.

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>120</sup> Paolo Zatti a define como a parte da ética que se ocupa das escolhas morais conexas às ciências da vida (in "Verso un Diritto per la Bioetica: Risorse e Limiti del Discorso Giuridico", *Rivista di Diritto Civile*, ano XLI, nº 1 gen.-feb. 1995, p. 44).

dam e a enquadram. O primeiro deles é o de assegurar o respeito da primazia da pessoa humana, reconhecendo-lhe dignidade própria. O princípio da dignidade da pessoa, solenemente proclamado pelo Preâmbulo da Carta das Nações Unidas de 26 de junho de 1945, está à base da proteção dos direitos fundamentais que pretendem garantir os grandes textos internacionais e as constituições do período pós-Segunda Guerra Mundial. Este princípio se exprime, entre outros, pelo reconhecimento da liberdade do indivíduo.

Destas duas matrizes – respeito da dignidade da pessoa humana e liberdade do indivíduo – decorrem outros princípios, retomados pela bioética, como o direito à vida, à proteção contra os tratamentos desumanos, à inviolabilidade e à vedação de comerciar o corpo humano, à liberdade de criação científica, inerente à liberdade de pensamento. O rol de princípios vai ainda acrescido mais recentemente, como os originários da designação do genoma humano como patrimônio da humanidade.

O que foi acima mencionado completa-se com a ética da responsabilidade, tanto no plano social como no individual. A bioética tem como escopo proteger a humanidade dos avanços da biologia e da genética. Assim, devem-se reprimir certas linhas de pesquisa impulsionadas pela pressão econômica de indústrias interessadas. Este sentimento de responsabilidade se projeta em preocupação relativamente às gerações futuras.

As normas da bioética refletirão, por conseguinte, os progressos obtidos no conhecimento, as necessidades econômicas e as exigências da proteção dos direitos fundamentais da pessoa. Por tal razão, ela guarda conexão com a filosofia dos direitos do homem e mesmo com as regras fundamentais comuns, presentes nas grandes religiões monoteístas.

Encontra-se no direito da bioética a releitura de valores fundamentais para a cultura ocidental, retomando-se o pensamento kantiano segundo o qual o homem é um sujeito, devendo ser encarado como um fim, e não como um meio.

Berlinguer e Garrafa estudaram o palpitante tema da compra e venda de partes do corpo.<sup>121</sup> Este mercado dito tecnológico nasceu dos progressos científicos que possibilitaram a remoção, a modificação, a transferência e o uso, em benefício de outras pessoas, de partes separadas do corpo humano, de gametas, de embriões.

Prevêem os autores uma aceleração do processo, no século XXI, trazendo interrogações novas a diversas áreas do conhecimento humano. Segundo eles, ocorrerá:

- a) ampliação das possibilidades técnico-científicas nos campos acima mencionados;
- b) acréscimo das vantagens imediatas, acessíveis para alguns ou para muitos indivíduos;
- c) oferta crescente por parte das empresas bioindustriais de estruturas de saúde e de categorias profissionais;
- d) acentuado conflito de interesses e de idéias sobre as condições da remoção, transformação e da distribuição de tais materiais, manifestando-se o dilema, pois estes são ao mesmo tempo um objeto (mercadoria) e um indivíduo (parte ou projeto de um ser humano). Finalizam o ensaio buscando perspectivas para o enfrentamento da questão.

Indicam que o principal caminho a ser seguido é o do progresso cultural e moral. Concretamente, entendem que se deva insistir em dois pontos: a formação de um senso comum,

---

<sup>121</sup> Giovanni Berlinguer e Volnei Garrafa, *O mercado humano - Estudo bioético da compra e venda de partes do corpo*. Tradução por Isabel Regina Augusto. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1996, 212 p.

que compreenda o reconhecimento de variados comportamentos e alguns pontos fixos, a que todos se obriguem respeitar, mais por convicções do que por temor à lei.<sup>122</sup>

Os autores não aceitam a existência de um mercado humano, como consequência dos progressos científicos. Contudo, asseveram que o conhecimento e a valorização do corpo humano constitui uma das maiores conquistas do homem. Por essa razão essencial, impõe-se a criação de um sistema de regras e de culturas baseadas na tutela e na afirmação da dignidade corporal, não obstante tal exigência requeira respostas complexas, face ao jogo de interesses e valores muitas vezes conflitantes.<sup>123</sup>

Como é possível aquilatar, a visão que privilegia do homem predomina na análise das mais variadas questões.

---

<sup>122</sup> Ibid., p. 208.

<sup>123</sup> Ibid., p. 212.

## **CAPÍTULO III**

### **PERFIL DA RESPONSABILIDADE CIVIL (A RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA)**

#### **3.1 PERSONALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL**

A personalização manifesta-se acentuadamente no campo específico da responsabilidade civil. Mais acertado, talvez, seria admitir que é neste terreno que a tendência se sobressai.

Os contornos atuais da responsabilidade civil conduzem rumo a uma ampla valorização humana.

Da responsabilidade da pessoa à responsabilidade para com a pessoa. Sob este título, Jean Claude Monier<sup>124</sup> articula vários pontos que resumem as alterações operadas no seio da responsabilidade civil. Oportuno mencioná-las a esta altura do trabalho.

As transformações da responsabilidade corresponderam a uma pretensão de proteção das vítimas. Torna-se cada vez mais claro que não basta tutelar a aspiração (inquestionavelmente legítima) de conservação da vida, ínsita do ser humano, mas reconhece-se como legítima, igualmente, e digna de tutela o desejo que cada ser humano tem de usufruir a vida, concretizar seus projetos e suas realizações.

Estas questões ligadas à responsabilidade revelam a dimensão antropológica no coração do direito.<sup>125</sup>

Tal tendência, *de proteção reforçada da pessoa humana*, pode ser detectada quando se alinham vários setores específicos. Assim, o regime específico de indenização dos acidentes do trabalho, a indenização dos acidentes de trânsito, o seguro obrigatório, o reconhecimento de presunções da responsabilidade, o regime de indenização das vítimas de produtos industrializados, a indenização do risco terapêutico, a extensão da responsabilidade dos hospitais, a indenização das vítimas da pesquisa biomédica, a indenização às vítimas da contaminação transfusional<sup>126</sup>, a indenização às vítimas da tortura<sup>127</sup>. Além de um simples humanismo, comprova-se verdadeira aspiração de promover e valorizar a pessoa humana.

---

<sup>124</sup> Jean Claude Monier, *Personne humaine et responsabilité civile*. Droit et Cultures n° 31, 1996-1. Paris: L'Harmattan, 1996, p. 59.

<sup>125</sup> Ibid., p. 52.

<sup>126</sup> Ex-primeiro ministro e dois de seus ministros na França serão julgados como responsáveis pela circulação de sangue contaminado pelo vírus da Aids, no início da década de 80, que atingiu milhares de pessoas. Notícia publicada no jornal Folha de São Paulo, 1º caderno, p. 16, ed. de 09.02.99

<sup>127</sup> Lei Estadual n° 11.042, de 1997, do RS, determina indenização às pessoas detidas por motivos políticos, por danos físicos e psicológicos.

Os prejuízos corporais estão na origem das extensões modernas da responsabilidade civil. Já em 1909, Demogue<sup>128</sup> refletia: "... todo ser humano que tem faculdades emocionais está apto a ser sujeito de direito ... porque ele pode sofrer". E acentuava: "o direito aparece como um imenso sindicato de luta contra os sofrimentos."

O direito se ocupava da integridade física e moral da pessoa humana e de sua dignidade, para colocá-las ao abrigo da lei. De agora em diante, estas noções se encontrarão no coração do direito.

Há um deslocamento, uma nova inflexão da responsabilidade: o direito passa a ocupar-se não mais da responsabilidade da pessoa (culpa), mas da responsabilidade para com a pessoa.

Segue-se que os direitos da personalidade consagrarão a proteção da pessoa face à sociedade e, ainda, vislumbra-se que a responsabilidade civil não pertence somente ao terreno patrimonial, é também um direito da pessoa.

Foi pela via da responsabilidade civil e da admissão do dano moral que nasceram os direitos da personalidade, entendidos como proteção do indivíduo contra todas as espécies de agressões ligadas ao exercício de outras liberdades – proteção da vida privada contra a imprensa – ou o uso de tecnologias invasivas, quer se trate de experimentação científica ou de informatização dos dados nominativos.

Também o desenvolvimento das ciências da vida e das biotecnologias não escapa ao movimento ora descrito, pois as inovações tecnológicas trazem com seus benefícios e seus desejos de remediar males da natureza, seu lote de riscos e de danos novos, os quais se solicita ao direito prevenir ou reparar.

---

<sup>128</sup> Apud Mounier, op. cit. p. 64.

As pessoas ganham graças à ciência e à técnica novas possibilidades que podem até mesmo ser consideradas como novas liberdades, enquanto a legitimação jurídica destes novos poderes e possibilidades se completa pelas responsabilidades reforçadas em caso de fracasso ou de violação de suas condições jurídicas de exercício.

As pessoas usufruem e se beneficiam dos progressos científicos, mas de outro lado não se pode negar a presença de um certo grau de incerteza existente em técnicas assaz complexas e, mesmo, agressivas. Mais uma vez, o direito da responsabilidade enfrenta novas realidades e se adapta.

Como foi dito antes, o direito ocupava-se mais dos atos das pessoas e de seus bens *que delas próprias*. Todavia, as recentes descobertas em matéria de comunicação e informação, as aplicações múltiplas da informática, bem como os avanços nos domínios médicos e genéticos, suscitaram uma forte demanda para com o direito, os apelos ao legislador se multiplicaram.

Tais ocorrências indicam que, se as pessoas emergiram no direito, é porque se sentem ameaçadas, é sobretudo porque face aos perigos oriundos da evolução técnica desejam que o legislador as assegure.

### 3.2 TENDÊNCIAS NA PÓS-MODERNIDADE

Ramo que sofreu grandes transformações e adquiriu, por outro lado, destaque ímpar, chegando ao ponto de merecer de André Tunc o qualificativo de *vedette* do direito civil, o conjunto de regras enfeixadas sob o título de responsabilidade civil tem sido desafiado a responder e a corresponder a necessidades novas e complexas, geradas a partir da sociedade de risco.

Trata-se de matéria extensa. Quem se propõe a escrever sobre o perfil da responsabilidade civil corre sempre o risco de omitir algum aspecto, bem como o de repetir idéias e pontos de vista já exaustivamente tratados por outros autores.

Neste texto, tentam-se expor algumas tendências, reputadas as mais relevantes. Antes de mais nada, necessário se faz considerar que as legislações oitocentistas e as que nelas buscaram inspiração guardaram fidelidade à concepção individualista, o que naturalmente se refletiu na estrutura da disciplina da responsabilidade civil. Concebidas em meio a um mundo no qual a atividade econômica apresentava-se, principalmente, de maneira artesanal, cuidavam de reger as relações entre indivíduos. Em caso de dano, tratava-se de um litígio entre indivíduos, tão simplesmente. De outro lado, pensava-se que a responsabilização destinava-se sobretudo a moralizar as condutas individuais.

Era uma filosofia que satisfazia às necessidades da época, mas que se revelou insuficiente aos desafios que a revolução industrial e tecnológica viria a criar para o direito. Ao abordar a responsabilidade no Código Civil Francês, Geneviève Viney (*Traité de Droit Civil*, L.G.D.J., Paris, 1995, 2. ed. p. 16-20) resume em três palavras a inspiração do texto: universalismo, individualismo e moralismo.

Os redatores do Código Civil pretenderam edificar um sistema de responsabilidade que fosse inteiramente fundado sobre um princípio de alcance geral, do qual, precisaram, em seguida, certas aplicações particulares. Tiveram ainda a convicção de que este princípio correspondia a uma exigência permanente de justiça, válida para toda sociedade humana.

O segundo traço característico da legislação – o individualismo – é explicado pela autora como o reflexo das estruturas sociais e econômicas da sociedade francesa no fim do século XVIII. Num mundo onde a atividade econômica apresentava-se principalmente de forma arte-

sanal, as relações de direito privado se estabeleciam entre indivíduos e, em caso de dano, instaurava-se, conseqüentemente, um litígio entre indivíduos, que era necessário solucionar.

Não se encontra no código nenhuma alusão à responsabilidade coletiva ou à responsabilidade dos grupos, os quais serão reconhecidos mais tarde como pessoas jurídicas.

Por fim, os legisladores de 1804 intentaram dar à responsabilidade civil razões morais, centrando-a na culpa. A responsabilidade civil é definitivamente separada da responsabilidade penal, e a pena é nitidamente distinguida da reparação. Todavia, a responsabilidade civil é a conseqüência e, de certa maneira, a sanção de um ato ilícito e moralmente reprovável. As mesmas exigências morais que influíram na necessidade de fundar a responsabilidade na culpa conduziram à imposição da regra que consiste em medir a condenação não pela gravidade da falta, mas pela amplitude do prejuízo, abolindo a distinção entre culpa grave, leve e levíssima em proveito de uma concepção unitária e ampla da culpa civil.

Esta estrutura correspondia a uma sociedade que viria a modificar-se enormemente. Tais características, universalismo, individualismo e moralismo satisfaziam a uma sociedade que conhecia predominantemente a tragédia individual. Sobreveio a revolução industrial, acontecimento este que mudou o mundo.

Às tragédias individuais, somaram-se as tragédias coletivas. Até então, as atividades humanas não se diferenciavam significativamente no que tange à possibilidade de provocar danos a outrem. A expansão da indústria alterou o quadro. Vieram os acidentes provocados pela exploração de técnicas, ainda não totalmente dominadas, vitimando principalmente operários. Surgiram os acidentes de trabalho. A sociedade assistiu, assim, estarrecida, ao crescimento vertiginoso do número de obreiros acidentados, os quais passavam a viver sem nenhuma proteção e assistência, impossibilitados de trabalhar.

A estrada de ferro, o automóvel e o avião ingressam na vida quotidiana. Mais acidentes, atingindo os usuários dos novos meios de transporte. Multiplicam-se as situações geradoras de danos. O mesmo se deu com a exploração mineral e o advento da energia elétrica.

Chega-se à utilização industrial de substâncias perigosas, a fabricação e distribuição de aparelhos e produtos explosivos, inflamáveis, venenosos e tóxicos, tanto para as pessoas como para o meio ambiente.

Consigne-se um destaque especial para a atividade nuclear, geradora de conseqüências jamais imaginadas pelo homem.

Somem-se a todo este elenco, as perturbações trazidas aos habitantes de determinadas localidades, pela instalação de indústrias poluidoras, aeroportos barulhentos, a contaminação de rios e mares por dejetos industriais. A lista é infindável.

Da era industrial à era tecnológica, o homem vem se sentindo ameaçado por perigos cada vez mais diversificados e que aumentam dia a dia.

Além do surgimento de novas atividades, é de notar-se que o desempenho das mesmas deixou de ser meramente individual para significar o exercício de grupos como as sociedades, associações, sindicatos, em suma, pessoas jurídicas.

Como se verá a seguir, revolução industrial e, posteriormente, a tecnológica alterarão o quadro originário da responsabilidade civil, principalmente sob dois aspectos: o enfraquecimento da culpa e o enfraquecimento também do individualismo.

### 3.2.1 Da culpa ao dano

O surgimento da revolução industrial e, posteriormente, da tecnológica colocou à disposição do homem instrumentos complexos e o conseqüente advento de novos danos. A responsabilização fundada na culpa revelou-se insuficiente. A prova da culpa nem sempre era possível.

No século XIX, o pivô da responsabilidade civil situa-se no sujeito, o responsável. O declínio do papel atribuído à culpa, enquanto condição da responsabilidade civil<sup>129</sup>, é o traço que tocou mais veementemente todos os autores que buscaram descrever a evolução ocorrida no direito da responsabilidade civil, no curso do século XX, assinala Geneviève Viney<sup>130</sup>.

André Tunc<sup>131</sup> expõe com muita clareza a insuficiência da responsabilidade baseada na culpa devido à evolução desencadeada pelo desenvolvimento do maquinismo: a máquina multiplica o risco que o erro, inerente à condição humana, se torne prejudicial para aquele que o comete ou para outrem. O erro é uma noção diferente da culpa, mesmo se a diferença não é normalmente reconhecida. Precisa-se de um direito dos acidentes, conclama o especialista. É estatisticamente inevitável que um operário ou um usuário da estrada ou da rua conheça por vezes um momento de fadiga ou um relaxamento da atenção, que tenha um reflexo infeliz, daí decorrendo um acidente.

Duas conseqüências, especialmente, tocam o autor<sup>132</sup>: a desproporção entre a falha humana, quase imponderável, por vezes, e o drama que da mesma resulta; o fato que o direito não

---

<sup>129</sup> “Não havendo como determinar a culpa exclusiva de um dos dois médicos que atuaram na cirurgia, presume-se a culpa de ambos e a conseqüente responsabilidade solidária pela indenização devida” Ac. do 3º Grupo da Câmara Civ. do TJRS – EI 594056806 – Rel. Des. Paulo Roberto Hanke – j. 05.08.1994, Direito do Consumidor, nº 26, p. 270-279.

<sup>130</sup> Geneviève Viney, *Traité de Droit Civil. Introduction à la Responsabilité*, Paris: L.G.D.J, 2. ed, 1995, p. 28.

<sup>131</sup> André Tunc, *Evolution du concept juridique de responsabilité*, Droit et Cultures, Paris: L'Harmattan, 1996, p. 22.

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 24.

extrai nenhuma consequência desta fatalidade: ele se submete cegamente à mecânica do drama em lugar de procurar uma resposta humana e social.

O reconhecimento da insuficiência da culpa vai forçar o sistema a buscar novas soluções. Uma das alternativas consiste na adoção do seguro, pois desta maneira viabiliza-se que a carga da indenização seja repartida sobre um universo de pessoas que criam o mesmo risco. Para os casos de culpa, o seguro de responsabilidade é inconcebível.

Aliás, atualmente, algumas atividades acham-se sob a cobertura de seguro obrigatório, tais como a atividade nuclear e a condução de veículos. A adoção do seguro contribui ao declínio da culpa. A partir do momento em que a responsabilidade se torna um simples suporte para o seguro, inexistente razão para perquirir-se sobre se o dano decorreu de culpa do agente, perdendo relevância a identificação do autor pessoal do ilícito.

O esmaecimento da culpa é acompanhado pela ascensão do dano. Diz-se que o direito da responsabilidade evoluiu nesse sentido. Sob a ótica atual, o objetivo essencial da responsabilidade civil consiste na indenização dos danos. A tendência é notada além dos limites do direito privado. Assim, destaca-se que a Lei 9.099/95, que facultou a criação pelos Estados e Distrito Federal dos Juizados Especiais Criminais, enalteceu a reparação dos danos, podendo-se falar em redescoberta da vítima.<sup>133</sup> A política criminal tradicional, praticada pelo Estado, inspira-se em cunho vingativo, privilegiando o castigo, pouco importando se este cumpre ou não sua função de prevenção ou ressocialização. Entretanto, a lei de 1995 acha-se em consonância com a tendência mundial de priorizar a reparação dos danos, a qual considera o delito não como um mero enfrentamento do infrator com o Estado, mas como um problema social e comunitário.<sup>134</sup>

---

<sup>133</sup> Luiz Flávio Gomes, A Vitimologia e o Modelo Consensual de Justiça Criminal. *Revista dos Tribunais*, nº 745, p. 423.

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 430.

Já se alude, portanto, à “civilização do processo penal” para exprimir a orientação político-criminal de atribuir relevância à reparação dos danos.

Ampliação dos danos

### 3.2.2 *Do individualismo à solidariedade*

Lambert-Faivre<sup>135</sup> logrou resumir magistralmente o estado da responsabilidade civil hoje: direito da vítima a ser indenizada. Segundo a autora, a evolução da responsabilidade civil trouxe uma mudança de visão: passou-se de uma dívida de responsabilidade a um crédito de indenização (em prol da vítima).<sup>136</sup>

Um laço de obrigação supõe um credor e um devedor. Nosso direito clássico da responsabilidade civil coloca a ênfase sobre as condições da caracterização da responsabilidade, quer seja ela fundada na culpa pessoal ou no risco criado. E a determinação do responsável é fundamental. Entretanto, a identidade do responsável não constitui senão uma espécie de procedimento para ordenar sem efeito concreto, a partir do momento em que o segurador de responsabilidade se substitui ao responsável para indenizar a vítima. A partir daí, a responsabilidade se apaga em papel secundário e um pouco abstrato, enquanto a indenização da vítima vem ao primeiro plano. Sem responsável verdadeiro, sai-se do campo da responsabilidade civil propriamente dita – que é e deve permanecer a responsabilidade individual de uma personalidade jurídica- para entrar no de uma solidariedade coletiva cujo fundamento e os mecanismos não saberiam ser os mesmos.

A autora refere três exemplos do seu país, a França, demonstrativos da reviravolta ocorrida, que obriga os juristas a repensar o seu arsenal teórico tradicional: a indenização das vi-

---

<sup>135</sup> Yvonne Lambert-Faivre. *Evolution de la Responsabilité Civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation*. Rev. trim. dr. civ. 86(1) jan-mars 1987, p. 7

<sup>136</sup> Ibid., p. 1-19

timas dos acidentes de circulação, a das vítimas dos grandes riscos tecnológicos e das vítimas do terrorismo.

Os acidentes de circulação foram objeto de Lei datada de 5 de julho de 1985, também denominada de Lei Badinter. Trata-se de uma regulamentação profundamente inovadora. André Tunc<sup>137</sup> diz mesmo que se trata de uma lei de compromisso.

Às vítimas, quaisquer que sejam, excetuando-se os condutores, não se pode opor a força maior ou mesmo fato de um terceiro, para negar-lhes a indenização. Quis o legislador que as vítimas de acidentes (desde que não condutores) fossem quase automaticamente indenizadas, exceto quando o acidente deve-se à culpa inescusável daquelas, tornando-se o ato causa exclusiva do acidente.

Possibilitou-se desta maneira um avanço considerável na indenização das vítimas dos acidentes de trânsito.

O segundo exemplo apontado pretende atender a situações geradas pela atividade industrial e a tecnologia de ponta. Trata-se de danos coletivos cuja responsabilidade não se consegue precisar. A pergunta é a seguinte: quem é o responsável? Quem é o co-responsável? Os casos a seguir relatados, todos de conhecimento público, elucidam a realidade que se está procurando descrever.

O D.E.S., estrógeno largamente prescrito como antiabortivo nos Estados Unidos, na década de 60, revelou seus efeitos nefastos vinte anos após o uso. Um grande número de jovens nascidas após o tratamento realizado por suas mães, apresentaram câncer de útero. O hormônio fora vendido sob seu nome genérico, sem aposição de marca, impossibilitando que se

---

<sup>137</sup> André Tunc, L'Indemnisation des Victimes d'Accidents de la Circulation après quatre ans d'application de la loi Badinter. *R.I.D.I.* n° 4, oct.-dec., 1989, p. 993.

investigasse quem o teria fabricado e comercializado. A Corte Suprema da Califórnia e a de Chicago conceberam a teoria da parcela do mercado, responsabilizando os laboratórios farmacêuticos coletivamente, cada um sendo obrigado conforme a parte que detinha no mercado do D.E.S. à época da difusão do medicamento.

A problemática atinente à identificação do responsável colocou-se igualmente na catástrofe de Bhopal, acidente industrial em usina química, na Índia, na qual morreram 2.500 (duas mil e quinhentas) pessoas e 60.000 (sessenta mil) sofreram danos corporais. A usina acidentada pertencia à filial indiana da sociedade americana Union-Carbide, que endossou a responsabilidade. Todavia, um juiz federal americano, em 1986, sustentou a competência dos tribunais indianos para julgar a matéria.

De uma maneira mais evidente, a indenização das vítimas do terrorismo comprova a mudança no enfoque na responsabilidade civil. No plano teórico, é possível responsabilizar penal e civilmente o terrorista. No plano da realidade, resulta difícil. Na maioria dos casos, o terrorista que levou a cabo o atentado é desconhecido e insolvente. Com toda certeza, sua atividade não se acha garantida por seguro.

Uma solução aventada seria a de responsabilizar os titulares dos locais onde ocorreram os atentados: restaurantes, aeroportos, estações ferroviárias, etc. Contudo, trata-se de hipótese de força maior. A lei que define a responsabilidade do Estado na França é restritiva, não comportando a presente hipótese.

Optou-se por indenizar as vítimas sob o fundamento de uma solidariedade nacional. A indenização opera-se, frise-se, sem responsáveis, através de fundo de garantia específica, cuja composição, financiamento e funcionamento foram precisados por decreto de 15 de outubro de 1986.

Ainda neste contexto, relevante mencionar a solução encontrada para o caso das vítimas que adquiriram o vírus HIV, através de transfusão de sangue contaminado, evento este de grande repercussão, ocorrido na França entre 1980 e outubro de 1985. Consoante estimativa datada de dezembro de 1991, o número de vítimas totalizava mais de cinco mil pessoas. A amplitude do drama constituiu mesmo uma catástrofe nacional a exigir uma solução política.<sup>138</sup>

À semelhança da solução adotada para as vítimas de atentados, a Lei n° 91-1406, de 31 de dezembro de 1991, organiza um sistema de solidariedade nacional concretizado por um fundo de indenização. O Fundo de indenização dos que sofreram transfusão e dos hemofílicos contaminados pelo vírus da Aids é uma pessoa jurídica cuja natureza de direito público ou privado permanece obscura. O financiamento é orçamentário, com uma participação dos seguradores.

O campo de aplicação da indenização legal pauta-se pelos seguintes parâmetros:

- a) a transfusão de produtos do sangue ou a ingestão de produtos derivados do sangue deve ter ocorrido no território da República francesa;
- b) a única contaminação indenizável é a proveniente do vírus da AIDS;
- c) a contaminação pelo HIV deve ser imputável à transfusão, direta ou indiretamente;
- d) entra no campo de aplicação da lei a indenização dos contaminados indiretos de uma transfusão de sangue, notadamente os cônjuges (ou concubinos estáveis) ou filhos nascidos soropositivos de uma mãe contaminada. Os parentes não contaminados, mas vítimas por ricochete do drama vivido por um dos seus ou por sua morte, tem direito à indenização de seus próprios prejuízos refletidos.<sup>139</sup>

Pretende a lei a reparação integral dos prejuízos, indenizando os prejuízos da vítima contaminada, isto é, os prejuízos econômicos patrimoniais e os prejuízos pessoais extrapatrimoniais

---

<sup>138</sup> Yvonne Lambert-Faivre, L'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du Sida: hier, aujourd'hui et demain. *Revue trimestrielle de droit civil* 92 (1), jan.-mars 1993, p. 17.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 17-19.

fundamentais e consideráveis na matéria. O Fundo define o prejuízo específico de contaminação: o prejuízo pessoal, e não econômico de contaminação pelo HIV cobre o conjunto das turbações nas condições de existência acarretadas pela soropositividade e a superveniência da doença declarada. O prejuízo específico inclui, ainda, desde a fase da soropositividade, todas as perturbações psíquicas sofridas pelo fato da contaminação pelo HIV: redução da esperança de vida, incerteza quanto ao futuro, temor de eventuais sofrimentos físicos e morais, isoladamente, perturbações da vida familiar e social, prejuízo sexual e, quando for o caso, de procriar. Inclui, ainda, outros prejuízos pessoais, tais como sofrimentos suportados, dano estético e o conjunto dos prejuízos de lazer consecutivos.<sup>140</sup>

A avaliação dos prejuízos deve levar em conta as avaliações judiciárias. A quantia de dois milhões de francos foi tomada como a referência máxima atribuída a uma vítima contaminada na idade de vinte anos, sendo a avaliação decrescente segundo a idade da contaminação e calculada sobre a base dos baremas de mortalidade. O prejuízo da vida abreviada é tanto mais elevado quanto mais jovem é a vítima. No que concerne ao direito pátrio, é de assinalar-se a Lei nº 9.245, de 24 de dezembro de 1996, a qual dispõe sobre a concessão de pensão especial às vítimas do acidente nuclear ocorrido em Goiânia, em 1987. Nos termos do diploma legal, concede-se pensão vitalícia, a título de indenização especial, às vítimas do acidente com a substância radioativa Césio 137.

A pensão é personalíssima, obedecendo os valores a critérios determinados, conforme a lesão sofrida: 300 (trezentas) UFIRs para as vítimas com incapacidade funcional laborativa parcial ou total permanente, resultante do evento; 200 (duzentas) UFIRs aos pacientes não abrangidos pelo inciso anterior, irradiados ou contaminados em proporção igual ou superior a 100 (cem) Rads; 150 (cento e cinquenta) UFIRs para as vítimas irradiadas ou contaminadas em doses inferiores a 100 (cem) e equivalentes ou superiores a 50 (cinquenta) Rads; 150

---

<sup>140</sup> Ibid., p. 19.

(cento e cinquenta) UFIRs para os descendentes de pessoas irradiadas ou contaminadas que vierem a nascer com alguma anomalia em decorrência da exposição comprovada dos genitores ao Césio 137; 150 (cento e cinquenta) UFIRs para os demais pacientes irradiados e/ou contaminados, não abrangidos pelos incisos anteriores, sob controle médico regular pela Fundação Leide das Neves a partir da sua instituição até a data da vigência desta lei, desde que cadastrados nos grupos de acompanhamento médico I e II da referida entidade.

Prevê a lei que, ocorrendo condenação judicial da União ao pagamento de indenização por responsabilidade civil em decorrência do acidente de que trata esta Lei, o montante da pensão ora instituída será obrigatoriamente deduzido do *quantum* da condenação.

No Estado do Rio Grande do Sul, a Lei nº 11.042, de 18.11.97 (D.O. 19.11.97), regulamentada pelo Decreto nº 38.257, de 02 de março de 1998 (D.O. 03.03.98), reconheceu a responsabilidade do Estado por danos físicos e psicológicos causados a pessoas detidas por motivos políticos, estabelecendo normas para as suas indenizações. A lei cria uma obrigação de indenizar do Estado para com pessoas que, detidas legal ou ilegalmente, por motivos políticos, entre os dias 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, tenham sofrido sevícias ou maus-tratos, os quais lhes acarretaram danos físicos ou psicológicos, quando se encontravam sob guarda e responsabilidade ou sob poder de coação de órgãos ou agentes públicos estaduais.

O montante da indenização não será superior a R\$30.000,00 (trinta mil reais), nem inferior a R\$5.000,00 (cinco mil reais), devendo sua fixação levar em conta a extensão e a gravidade das seqüelas apresentadas pelo ex-presos ou ex-detido. Os pedidos de indenização são recebidos e avaliados por Comissão Especial, instituída pela lei. No requerimento, que obedecerá a formulário padronizado, o postulante indicará datas, locais e duração de sua detenção

ou prisão, bem como as lesões sofridas e suas conseqüências e, ainda, as pessoas que por força das circunstâncias ou em razão de ofício, tenham presenciado algum dos fatos relacionados com a detenção ou prisão, ou dos mesmos tenha participado, devendo o requerente, caso ache necessário, acrescentar informações que reputar úteis à comprovação de suas alegações.

O requerimento será instruído obrigatoriamente com originais ou cópias de documentos públicos pertinentes, tais como, certidões expedidas por órgão ou repartição estadual ou folha corrida judicial, peças de inquérito policial-militar, de processo penal militar, auto de prisão em flagrante, prontuário policial, dentre outros.

A Comissão requisitará do órgão público estadual competente os registros e demais documentos relativos à prisão ou detenção do requerente. O pagamento da indenização será feito ao próprio requerente ou a seus sucessores legais.

Como se pode constatar, atribui-se a responsabilidade ao Estado, entretanto, não se cogita de identificar os servidores que praticaram os atos, o possibilitaria o direito de regresso do ente público, conforme dispõe o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Assim, o Estado arca com a obrigação de ressarcir, sem que possa voltar-se contra o causador direto do dano, esta a peculiaridade desta lei.

A justificativa que acompanhou o projeto de lei é elucidativa. Ela reconhece os danos praticados:

“Durante o período de instabilidade política e institucional que precede o movimento de 31 de março de 1964 e acompanha o regime de exceção por ele instaurado, muitos brasileiros foram vítimas de atos bárbaros de violência perpetrados por agentes públicos, dos quais resultaram mortes - algumas das quais nunca confirmadas - e seqüelas físicas e psicológicas.”

Observe-se a influência da personalização do direito:

“Dentro da postura exigida de um Estado Democrático de Direito, que tem entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político (artigo 1º, incisos III e V, da Constituição Federal), a União vem de reconhecer sua responsabilidade para com estas pessoas, através de lei que determinou fossem indenizados os familiares dos que foram mortos ou desaparecidos.”

Acentua-se na justificativa o objetivo de indenizar o dano pessoal:

“Além dos mortos e desaparecidos de que cuida a Lei Federal, todavia, existem pessoas que sobreviveram, mas que carregam seqüelas físicas e psicológicas decorrentes do tratamento desumano a que foram submetidas, muitas vezes quando se encontravam sob a guarda e responsabilidade de órgãos ou agentes públicos estaduais.”

A lei se funda na solidariedade, conforme se lê do trecho abaixo:

“Destas pessoas se ocupa este projeto de Lei, reconhecendo a responsabilidade do Estado e estabelecendo regras para que sejam indenizadas. Não se tem a pretensão de compensar plenamente seu sofrimento, até porque a dor humana é inquantificável. Trata-se de expressar a solidariedade do povo gaúcho para com as vítimas da violência política e o compromisso do Estado do Rio Grande do Sul com os valores constitucionais do pluralismo político e de respeito à dignidade humana.”

### *3.2.3 O modelo neozelandês (uma visão para o futuro)*

Torna-se indispensável, a este ponto da exposição, referir a experiência levada a cabo pela Nova Zelândia.<sup>141</sup> Aquele país oferece uma resposta inovadora e criativa, de pretensão global, ao problema indenizatório, através da criação de fundos públicos, desde 1973.

Inspira-se o sistema em dois princípios fundamentais: a responsabilidade comunitária e igualdade do cidadão lesado. Como princípios complementares, considera-se a indenização efetiva, o esforço total de reeducação pessoal e profissional e a administração eficaz.

<sup>141</sup> André Tunc, *La Responsabilité Civile*. 2. ed. Paris: Economica, 1989, p. 79-83.

Um primeiro fundo cobre os acidentes ocorridos com todos os trabalhadores, inclusive os autônomos, contra todos os prejuízos corporais acidentais e doenças profissionais. Abrange, notadamente, o acidente médico, cirúrgico ou dentário, excluindo a pura doença e o envelhecimento. O fundo é financiado por percentual pago pelo empregador sobre os salários que ele paga ou pelo trabalhador autônomo sobre o seu rendimento. O percentual versado pelo empregador varia segundo sua atividade, enquanto o autônomo recolhe 1% (um por cento) uniformemente do seu rendimento profissional. Os percentuais sujeitam-se a variações para empresas cuja taxa de acidentes é de maneira apreciável acima ou abaixo da média.

Um segundo fundo cobre as vítimas de acidentes causados pela utilização de um veículo no país, ou em consequência ou em relação a uma tal utilização. Caracteriza-se como fundo subsidiário ao anterior. Se o acidente de circulação vitimou um trabalhador, o prejuízo é assumido pelo primeiro fundo. Neste caso, a integralização se dá mediante a cobrança de taxas diferenciadas sobre os veículos particulares, táxis e motos.

O terceiro fundo é financiado pelo tesouro público e cobre todas as vítimas de acidentes ocorridos na Nova Zelândia, não abrigados pelos dois primeiros: pessoas em asilos, donas-de-casa e visitantes.

As ações indenizatórias são eliminadas, dado que a totalidade das vítimas de acidentes ou doenças profissionais acham-se garantidas, sem pesquisa de responsabilidades, nem do tempo, do lugar ou da causa do acidente.

A indenização legal é recusada a quem causou-se intencionalmente o dano. Mas o suicida recebe cobertura se o evento resulta de um estado mental consecutivo ao acidente. Ademais, pode-se deferir a indenização sob a justificativa de sua necessidade ao entretenimento e à educação dos filhos da pessoa que se feriu ou se matou voluntariamente.

Em 1985, foi constituída comissão com o objetivo de promover a revisão sistemática, a reforma e o desenvolvimento do modelo, a qual encaminhou relatório ao Ministro da Justiça em 1988. O grupo revisor constatou que o sistema introduzido em 1974 goza da aprovação quase unânime da população. As reformas propostas visaram à simplificação e à extensão da cobertura, sempre acentuando, ademais, o caráter de proteção social originário. Na Nova Zelândia, a idéia de uma responsabilidade baseada na culpa em matéria de acidentes, ou uma distinção qualquer entre os diversos tipos de acidentes não mais se põe.<sup>142</sup>

Não é fácil apreciar a experiência neozelandesa, sentencia Tunc.<sup>143</sup> Sua execução suscitou muitas dificuldades, mas o balanço é positivo. Uma indenização satisfatória é assegurada, através de procedimentos ágeis e pouco custosos.

Apesar do sucesso deste modelo, o autor não advoga sua introdução na França, em razão de obstáculos sociológicos e técnicos. Contudo, considera-o a resposta mais moderna, mais radical, mais racional e mais prática para o problema do acidente.<sup>144</sup>

### 3.3 O FUNDAMENTO E AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Dentre as diversas definições existentes acerca da responsabilidade civil, transcreve-se o texto de Guido Alpa<sup>145</sup>, o qual analiticamente se expressa dizendo que consiste a responsabilidade civil no “acontecimento de danos considerados juridicamente relevantes, o exercício de atividade ou o cumprimento de atos dos quais derivam aquele dano, a obrigação de um sujeito - às vezes o autor direto e material do ato, ou o sujeito escolhido pelo ordenamento, para assumir economicamente as consequências - de ressarcir o prejudicado.”

---

<sup>142</sup> André Tunc, Quatorze Ans Après: le Système d'Indemnisation Néo-Zelandais. *Revue internationale de droit comparé*. Paris: Société de Législation Comparée n° 1, 1989, p. 139-144.

<sup>143</sup> Idem. *La Responsabilité Civile*. 2. ed. Paris: Economica, 1989, p. 82.

<sup>144</sup> Ibid., p. 83.

<sup>145</sup> Op.cit. p. 15

Geneviève Viney<sup>146</sup> exprime-se sinteticamente:

“A expressão ‘responsabilidade civil’ designa, na linguagem jurídica atual o conjunto das regras que obrigam o autor de um dano causado à outro a reparar este prejuízo, oferecendo à vítima uma compensação”.

Em estilo sucinto, o jurista lusitano Mário Júlio de Almeida Costa<sup>147</sup> diz simplesmente:

“Existe responsabilidade civil quando uma pessoa deve reparar um dano sofrido por outra.” E acrescenta:

“A lei faz surgir uma obrigação em que o responsável é devedor e o lesado credor. Trata-se, portanto, de uma obrigação que nasce directamente da lei e não da vontade das partes, ainda que o responsável tenha querido causar o prejuízo.”

De Cupis<sup>148</sup> põe a tónica na sujeição do responsável. Trata-se, esclarece, de uma sujeição à reparação, à reacção que o ordenamento jurídico liga ao dano. Assim, o fim da reacção (repressão do dano) é perseguido pelo direito com a transferência do ônus do prejudicado a outro sujeito, devendo este suportá-la, independentemente da própria vontade.

De qualquer maneira, por trás seja da análise ou síntese dos autores, acham-se sempre os elementos tradicionalmente considerados: o agente, o fato ou ato, o dano, a obrigação de reparar.

Por que se deve reparar um dano causado a outrem? A razão é bem simples e encontra sua explicação na própria natureza humana. O homem vive em sociedade e exercita a sua liberdade. Todavia, há que coadunar seus atos e seus comportamentos com os praticados por outrem. Esta questão da coexistência humana,<sup>149</sup> põe-se desde o início dos séculos ao direito,

<sup>146</sup> *Traité de Droit Civil – Introduction à la Responsabilité*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1995, p. 1.

<sup>147</sup> *Direito das Obrigações*. 7. ed. revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 1998, p. 449-451.

<sup>148</sup> Adriano De Cupis, *Il Danno*. p. 262-263.

<sup>149</sup> Para Sergio Cotta o direito não tem o fim geral de punir, mas o de traduzir a exigência humana de ordem e liberdade de ação garantida; em caráter principal, o direito regula e organiza a coexistência, estruturando atos e

não só em sua forma atual, como nas expressões jurídicas primitivas que o homem conheceu e vivenciou.

O filósofo Kant<sup>150</sup> conseguiu captar este dilema humano e social ao formular o seu princípio universal do direito:

“Qualquer ação é conforme ao direito quando por meio desta, ou segundo a sua máxima, a liberdade do arbítrio de cada um pode coexistir com a liberdade de outro segundo uma lei universal.”

Sustentou o filósofo que o direito é o “conjunto das condições por meio das quais o arbítrio de um pode acordar-se com o arbítrio de outro segundo uma lei universal da liberdade.”<sup>151</sup> As reflexões kantianas aplicam-se ainda hoje, num mundo evidentemente mais complexo.

Recorrendo-se a um exemplo corriqueiro, cada indivíduo, respeitados, evidentemente, determinados requisitos, pode conduzir o seu automóvel. Entretanto, de outro lado, o pedestre tem o direito de transitar com segurança nas vias públicas. Um indivíduo pode abrir seu próprio negócio, com o que estará fatalmente fazendo concorrência a outros do mesmo setor. Mas estes, certamente, têm direito a uma concorrência leal. O transporte aéreo pode ser explorado por pessoas jurídicas, mas o passageiro tem direito a um transporte seguro. Poder-se-ia prosseguir indefinidamente, pois a casuística é infindável.

Malgrado a validade da tese kantiana, atribuindo ao direito a tarefa de assegurar a coexistência das liberdades (ou a compatibilidade das liberdades), a realidade atual impõe que se complemente a reflexão acerca do fundamento da responsabilidade, à luz de novos elementos.

---

relações humanas. Por esta razão - dado íntimo e necessidade humana natural de medida e valência dialógica desta - suscita geralmente acitação por convicção e não somente por temor. Sergio Cotta, *Perché la Violenza? Una Interpretazione Filosofica*. L'Aquila: L.U. Japadre Editore, 1978, p. 93.

<sup>150</sup> Immanuel Kant, *La Metafisica dei Costumi*. Bari: Editori Laterza, 1973, p. 35.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 34-35.

A resposta a ser dada à interrogação que norteia esta parte da exposição – por que se deve reparar um dano causado a outrem? - sofre também o impacto das transformações, é influenciada pelo declínio da culpa.

A ética da responsabilidade não mais se sustenta sobre uma culpa a punir, mas pela consciência aguçada de que aquele que toma uma decisão, que exerce uma atividade ou que detém um poder deve assumir as conseqüências, quando estas são prejudiciais a outrem.<sup>152</sup>

A ética da responsabilidade, voltada, desta maneira, para as conseqüências da ação e não mais para a intenção do autor do ato, implica uma relação ética com o lesado por este ato. Quando o indivíduo, exercitando a sua liberdade de ação, pratica atos que prejudicam outrem, nasce para o primeiro a obrigação de reparar o dano. Não se trata de uma regressão da consciência moral. Pelo contrário, esta manifesta a sua abertura para o mundo, traduzindo-se em uma responsabilidade humana que rejeita os álibis pouco gloriosos da ignorância ou da fatalidade, para esquivar-se das conseqüências danosas de uma atividade mal dominada ou ingovernada.<sup>153</sup>

A evolução da responsabilidade civil espelha claramente esta mudança que passa do responsável para a vítima, representando um imperativo de reparação. A essência da responsabilidade civil está no laço jurídico e moral fundamental entre o autor e a vítima dos danos: eis a especificidade da responsabilidade civil de unir o autor e a vítima pelo elemento primordial da causalidade.<sup>154</sup>

Histórica e psicologicamente, observa André Tunc,<sup>155</sup> o fundamento da responsabilidade civil é certamente o reconhecimento do dever de comportar-se como membro de uma so-

---

<sup>152</sup> Yvonne Lambert-Faivre, *L'éthique de la responsabilité*. Revue trimestrielle de droit civil, 1, janv.-mars 1998, p. 5.

<sup>153</sup> Ibid., p. 5.

<sup>154</sup> Ibid., p. 5.

<sup>155</sup> André Tunc, *La Responsabilité Civile*, 2. ed. Paris: Economica, 1989, p. 24.

cidade de homens iguais, em última análise, o fundamento repousa sobre os direitos do homem.

É o mesmo autor que enumera as cinco funções desempenhadas pela responsabilidade civil através dos séculos:<sup>156</sup>

- a) castigo do culpado;
- b) vingança da vítima;
- c) indenização da vítima;
- d) restabelecimento da ordem social e
- e) prevenção dos comportamentos anti-sociais.

Embora a importância de cada função possa ter variado no tempo, não apresentavam conflito. Atualmente é forçoso constatar o enfraquecimento de algumas destas funções, de maneira que é possível resumi-las a quatro atribuições:<sup>157</sup>

- a) Prevenção dos comportamentos anti-sociais;
- b) indenização da vítima;
- c) diluição da carga do danos;
- d) garantia dos direitos dos cidadãos.

Segundo Alpa,<sup>158</sup> há funções fundamentais e subsidiárias.

São quatro as funções fundamentais da responsabilidade civil:

- a) reagir ao ato ilícito danoso, com o escopo de ressarcir os sujeitos prejudicados;
- b) reprimir o *status quo ante* no qual o prejudicado se encontrava antes de sofrer o prejuízo;

---

<sup>156</sup> Ibid., p. 133.

<sup>157</sup> Ibid., p. 134-155.

<sup>158</sup> Ob.cit. p. 53-54.

- c) reafirmar o poder sancionatório (ou punitivo) do Estado;
- d) intimidar quem quer que pretenda voluntária ou culposamente efetuar atos prejudiciais a terceiros.

A estas quatro funções tradicionais e fundamentais, acrescentam-se duas outras, as quais dizem respeito aos efeitos econômicos da responsabilidade civil:

- e) a distribuição das perdas;
- f) a alocação dos custos.

Mas o quadro da responsabilidade não é tão simples como parece. Uma reflexão acerca das funções faz emergir algumas perplexidades.

A identificação das funções em escala hierárquica variavelmente disposta é fruto de uma aproximação analítica que nem sempre descreve a realidade. As mudanças históricas e sociais repercutem sobre as funções, uma se torna preeminente em relação à outra e vice-versa.

Alpa demonstra os pontos fracos de cada uma destas funções, chegando à conclusão de que as funções prevalentes se reduzem apenas a duas: *compensation* (da vítima) e *deterrence* (do autor).<sup>159</sup>

No entanto, nem mesmo a redução realisticamente operada satisfaz plenamente. A *compensation* não pode ser plenamente realizada. Trata-se de uma meta que se depara com vários obstáculos à sua concretização. Nem todos os danos são passíveis de indenização, devendo-se levar em conta as causas de justificação e de exclusão da responsabilidade. Dessarte, urge levar em conta o crescimento das tarefas assistenciais assumidas pelo estado, bem como peculiaridades próprias de outros sistemas de ressarcimento, tais como o seguro.

---

<sup>159</sup> Guido Alpa, *Responsabilità civile e danno*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 55.

Por seu turno, também a *deterrence* perde terreno com o avanço da responsabilidade objetiva. O efeito intimidador, dissuasivo e preventivo é conexo com a responsabilidade subjetiva. Mas em um ponto concordam Alpa e Tunc: a tarefa fundamental da responsabilidade civil hoje consiste na indenização da vítima.<sup>160</sup> Há um consenso a respeito. Não se ignora que se trata de um objetivo difícil de atingir. Não se desconhece que se trata de uma meta. O dano não desaparece<sup>161</sup>.

Como reparar a perda de um cônjuge? Como indenizar o dano corporal? Que indenização deve receber um menor gravemente ferido? São questões que se põem a todo momento aos operadores do direito. Como é fácil constatar, os doutrinadores divergem ao enumerar as diversas funções apresentadas pela responsabilidade civil. No entanto, deve ser aqui destacada a ênfase por todos atribuída à função indenizatória da vítima.

### 3.4 O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Uma tentativa de descrever o perfil da responsabilidade civil tal como hoje se mostra não pode ignorar a alternativa indenizatória constituída pelo seguro de responsabilidade civil.

Orlando Gomes define o seguro como o contrato em que “uma empresa especializada obriga-se para com uma pessoa, mediante a contribuição por esta prometida a lhe pagar certa quantia, se ocorrer o risco previsto.”<sup>162</sup>

Espécie do gênero é o seguro de responsabilidade civil, o qual pode ser assim definido:

“É o contrato em virtude do qual, mediante o prêmio ou prêmios estipulados, o segurador garante ao segurado o pagamento da indenização que por-

<sup>160</sup> Ibid., p. 63 e 79. André Tunc, op. cit. p. 142

<sup>161</sup> Adriano De Cúpis, *Il danno*. Milão: Giuffrè, 1946, p. 329.

<sup>162</sup> Orlando Gomes, *Contratos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 501.

ventura lhe seja imposta com base em fato que acarrete sua obrigação de reparar o dano.”<sup>163</sup>

Trata-se de seguro facultativo.<sup>164</sup>

Em tal modalidade, o segurado o institui em seu benefício próprio, com o intento de não ter de desembolsar soma correspondente à indenização, se ocorrer o evento, uma vez chamado a responder pelo mesmo. A vítima, beneficiária indireta do seguro, não é parte no contrato.<sup>165</sup>

A responsabilidade que se pode segurar é a do ato culposo da pessoa segurada, ou a de fato, ou de ato-fato de outrem, culposo ou doloso, ou de animal. Não se pode segurar a responsabilidade do segurado por fato oriundo de dolo.

O limite máximo de indenização pode ser pactuado livremente, respeitado o patamar mínimo de R\$10.000,00 (dez mil reais).

Há vários tipos de seguro de responsabilidade civil. Para cada uma das modalidades, existe um critério diferenciado para o cálculo do prêmio. O ramo não opera com taxas, mas com um sistema tarifário. O objeto da cobertura dificulta a mensuração e a projeção do risco. Logo, a tarifa determina um prêmio diferenciado para cada tipo de risco de responsabilidade civil, em razão do faturamento do segurado, do valor do contrato e da importância segurada escolhida.<sup>166</sup>

---

<sup>163</sup> José de Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*. 6. ed. Revista e aumentada. II Volume. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.552.

<sup>164</sup> Os seguros obrigatórios (menciona-se aqui tão-somente os que dizem respeito a danos pessoais) são os seguintes: Seguro obrigatório de responsabilidade civil dos proprietários de veículos automotores de via terrestre; seguro obrigatório de responsabilidade civil dos proprietários de veículos automotores hidroviários; seguro obrigatório de responsabilidade civil do construtor de imóveis em zonas urbanas por danos a pessoas ou coisas; seguro obrigatório de danos pessoais a passageiros de aeronaves comerciais e de responsabilidade civil do transportador aeronáutico; seguro obrigatório de edifícios divididos em unidades autônomas (Fonte: Decreto nº 61.867, de 07.12.67, regulamenta os seguros obrigatórios previstos no artigo 20 do Decreto-lei nº 73, de 21.11.66 e dá outras providências).

<sup>165</sup> Voltaire Giavarina Marensi *O seguro no Direito Brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1994, p. 68.

<sup>166</sup> Fenaseg, dados obtidos no site <http://www.com.br>.

Não obstante o avanço dos seguros, não se vêem maiores perspectivas neste campo. Isto porque o aumento de seguros, a expansão do mercado relacionam-se com o desenvolvimento econômico e o poder aquisitivo da sociedade. No momento, isto não parece possível. De toda maneira, mesmo admitindo que um número significativo de pessoas venha a celebrar este contrato, uma grande parcela da sociedade ainda restaria a descoberto, ao abrigo exclusivo das leis, no que respeita à responsabilidade civil. O seguro de responsabilidade civil é, portanto, apenas um dado, no complexo campo ora examinado.

## **CAPÍTULO IV**

### **DOGMÁTICA DA INDENIZAÇÃO DO DANO PESSOAL**

A exposição até aqui empreendida permitiu vislumbrar a relevância ocupada atualmente pelo dano, porquanto é através do seu equacionamento que se cumpre a função mais destacada da responsabilidade civil hoje, qual seja, a de indenizar a vítima.

Este capítulo é dedicado à dogmática da indenização do dano pessoal.

O escopo é o de reproduzir a matéria como ela é, traçar seus contornos e linhas básicas, eis o que se ambiciona, seguindo-se o caminho delineado pelo direito positivo e pela interpretação doutrinária e judicial.

O quadro será complementado com a menção aos dispositivos do Projeto do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor.

## 4.1 O DIREITO COMUM ATUAL

Neste capítulo, descreve-se e analisa-se a matéria a partir da legislação civil nacional básica, iniciando pelo texto do Código Civil, passando pela doutrina e concluindo com exame de decisões do Superior Tribunal de Justiça.

### 4.1.1 Código Civil Brasileiro

A disciplina legal encontra-se nos artigos 1.538 e 1.539 do Código Civil Pátrio:

“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.

§ 1º Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade.

§ 2º Se o ofendido, aleijado ou deformado, for mulher solteira ou viúva, ainda capaz de casar, a indenização consistirá em dotá-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito.”

“Art. 1.539. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.”

Acrescente-se o art. 1.545, que dispõe acerca da responsabilidade dos médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas.

Os dispositivos percorrem uma seqüência. O *caput* do art. 1.538 disciplina as consequências imediatas do ato danoso, determinando a indenização das despesas do tratamento e

dos lucros cessantes, além da imposição de multa. A idéia subjacente é que o dano aqui é reparável, portanto a solução aventada perdura até o restabelecimento do lesionado.

A hipótese contemplada no § 1º é de ocorrência do dano estético. Neste caso, a soma antes apurada será duplicada. O aleijão ou deformidade figurará como agravante da indenização.

Coerente com a época em que foi promulgado, o Código previu uma situação especial, protetiva da mulher, desde que solteira ou viúva, ainda capaz de casar, dando-lhe um *plus*, ou seja, um dote, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias da ofendida e a gravidade do defeito.

Por fim, o art. 1.539 disciplina a hipótese em que do evento tenham resultado seqüelas que impeçam o ofendido de exercer seu ofício ou profissão ou lhe diminua o valor do trabalho. Versa o dispositivo acerca da incapacidade laborativa. Quando esta ocorre, além das verbas previstas no art. 1.538, *caput*, o lesionado fará jus a pensão, correspondente ao grau de incapacidade.

#### ***4.1.2 Doutrina brasileira (análise de alguns aspectos polêmicos)***

Nesta etapa do trabalho analisa-se a doutrina brasileira a respeito da lesão pessoal.

Buscou-se, nesta revisão bibliográfica, extrair uma síntese do pensamento de autores brasileiros de uso corrente,<sup>167</sup> tal o critério de seleção das obras escolhidas. Considera-se que

---

<sup>167</sup> As obras e autores consultados são os seguintes: Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 2ª tiragem edição histórica. volume IV. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 689-692; J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, v. 21, p. 125-159; Wilson Melo da Silva, *O dano estético*. Revista Forense, n. 194, 1961, p. 23-39; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. Parte Especial, tomo 53, p. 283-286; José de Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 2, p. 431-433; 460-467; Silvio Rodrigues, *Direito*

estes autores atuam como formadores de opinião, não só no que tange aos cursos jurídicos como na fundamentação da jurisprudência. Optou-se por seleccionar determinados aspectos abordados pelos autores, discutidos na jurisprudência.

De uma maneira geral, não se detectam grandes divergências nos pontos de vista esposados pelos autores nacionais consultados.

No tocante à questão indenizatória, a doutrina remete ao texto legal os artigos 1.538 e 1.539 do Código Civil.

Com o intuito de traçar o perfil da matéria consoante a abordagem doutrinária, alguns pontos vão a seguir destacados:

a) Dano estético e dano moral

Quer de forma taxativa como Teresa Ancona (O principal elemento na configuração do dano estético é a dor moral que ele acarreta, sendo, portanto, o dano estético um dano moral) ou não, todos os autores enfatizam o aspecto moral da lesão estética.

Identificam dano estético e dano moral, além da autora acima, Carlos Alberto Bittar, Caio Mario da Silva Pereira, Maria Helena Diniz, Clóvis Beviláqua, Carvalho Santos, Wilson Melo da Silva, Aguiar Dias, Silvio Rodrigues e, com dano imaterial, João Casillo.

---

*Civil*. São Paulo: Saraiva, 1972-75.v. 4, p. 225-243; Teresa Ancona Lopez Magalhães, *O Dano estético*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980. p. 95-106; 112-117. Consultada também a 2ª edição, *O Dano estético. Responsabilidade civil*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 1-49; 125-127; 135-149; Carlos Alberto Bittar, *Reparação Civil por Danos Morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 182-185; João Casillo, *Dano à Pessoa e sua Indenização*. 2. ed. ver. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 204-237; Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil*. 7. ed. ver. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 318-322; Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. V. 7, p. 56-63; 99-101.

Na recente edição de seu livro, Teresa Ancona Lopez manifesta-se pela possibilidade da cumulação do dano estético com o dano moral, justificando que são dois tipos diferentes de danos morais à pessoa. O dano estético é dano moral objetivo que ofende um dos direitos da personalidade, o direito à integridade física. O dano moral é o dano à imagem social, à nova dificuldade na vida de relação. Contudo, a cumulação só deverá ocorrer em situações graves.

#### b) Definição de dano estético

Em linhas gerais, entende-se que o dano estético consiste em aleijão, deformidade, deformações diversas, marcas e defeitos ainda que mínimos, qualquer modificação permanente na aparência externa de uma pessoa e que possam implicar enfeamento, humilhação, desgosto, dor moral (Wilson Melo da Silva, Pontes de Miranda, Teresa Ancona Lopez, Maria Helena Diniz, Silvio Rodrigues).

São requisitos da deformidade: a aparência, a irreparabilidade e a permanência (Carvalho Santos, Aguiar Dias, Pontes de Miranda, Teresa Ancona Lopez).

#### c) Indenização do dano estético

Os autores reportam-se ao texto legal (artigo 1.538, § 1º), esclarecendo que a expressão “soma” cuja duplicação o dispositivo determina, compreende o total das parcelas compreendidas na indenização.

Carlos Alberto Bittar preleciona que deva ser levada em conta, para fins indenizatórios, a situação do ofendido, cuja atividade dependa de absoluta higidez física.

É de destacar-se o ponto de vista de João Casillo. Entende ele que na fixação indenizatória prevalece o arbítrio do magistrado, que deve reger-se pelas indicações mínimas fornecidas pelo ordenamento jurídico.

Neste caso, a quantia mínima básica é fornecida pelo § 1º do artigo 1.538: será o dobro da soma alcançada pelos valores apurados em conformidade com as regras do *caput*. Trata-se de fixação mínima, básica, que será elevada conforme a gravidade do dano estético e o arbítrio do juiz.

#### d) Cumulação das indenizações (artigos 1.538 e 1.539 do Código Civil)

Dentre os autores que se posicionam a respeito, a maioria (Silvio Rodrigues, Teresa Ancona Lopez, João Casillo e Maria Helena Diniz) entende que pode haver cumulação entre a indenização por dano estético com a indenização em razão da incapacidade laborativa. Aguiar Dias sustenta tese oposta: a de que não se indeniza o dano estético quando se confunda com a redução da capacidade laborativa.

Pontes de Miranda entende que a duplicação prevista no artigo 1.538, § 1º, não é pena, mas aproximada indenização *ex lege*, pois se há diminuição da aptidão laborativa, rege o artigo 1.539. Todavia, sustenta que os artigos 1.539 e 1.538, § 2º, incidem separadamente: a incidência daquele não exclui a desse.

#### e) Aplicação da multa prevista no artigo 1.538, *caput*

No sentido da não-aplicação, eis que a lei penal deixou de cominar pena pecuniária para delitos de lesão corporal: Carvalho Santos, Wilson Melo da Silva, Silvio Rodrigues, Teresa Ancona Lopez, Maria Helena Diniz. Em sentido contrário, João Casillo.

Ensina Pontes de Miranda que, se a lei não estabelece a multa (art. 1.538), a indenização é conforme o artigo 1.533 (arbitramento).

f) Derrogação do § 2º do artigo 1.538

Os autores que escreveram após o advento da Constituição Federal de 1988 nada dizem a respeito, à exceção de Teresa Ancona Lopez, na nova edição da sua obra. Consigna esta autora que, após a novel Carta Magna, a jurisprudência, com raras exceções, tem igualado o tratamento entre sexos, aplicando o artigo 1.538, § 2º, também aos homens.<sup>168</sup>

#### ***4.1.3 Jurisprudência brasileira***

Nesta parte do trabalho se buscará captar a orientação predominante da jurisprudência no que tange à indenização do dano pessoal. Optou-se por levar em conta exclusivamente os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça que versam a matéria, no período de 1994 a 1999.

Considerando o caráter jurisprudencial do assunto desta tese, a abundância de arestos nos diversos tribunais do país, entendeu-se que as decisões emanadas do Tribunal Superior configuraram um ponto de convergência dos diversos entendimentos adotados a níveis estaduais e propiciam a visão de conjunto necessária ao exame da matéria.

Os acórdãos foram colhidos via *Internet* e em periódicos especializados (LEX STJ E TRF) e se encontram relacionados em ordem decrescente, por data de julgamento.

---

<sup>168</sup> “Muito embora o art.1.538,§ 2º do CC, institua o dote à mulher solteira, ainda capaz de casar, também o homem tem o direito de recebê-lo, até para lhe facilitar a vida, proporcionando-lhe adquirir bens, ou fazer

Iniciou-se com o levantamento dos julgados, procedendo-se à sua leitura e redução, de modo a possibilitar a análise, destacando-se os itens relevantes ao objetivo do trabalho.

Na redução dos acórdãos, com o escopo de estudar cada caso recolhido, de modo a fazer ressaltar os aspectos relevantes aos fins propostos na presente investigação, ressaltaram-se os itens abaixo:

- a) o fato;
- b) o pedido;
- c) a indenização concedida.

Isolados estes itens, formulou-se comentário acerca de cada uma das decisões.

Optou-se por apresentar os acórdãos em sua forma reduzida, por se julgar este procedimento como o mais consentâneo aos objetivos propostos.

Procurou-se reproduzir o teor dos arestos, guardando fidelidade à sua linguagem e redação.

Após o exame dos casos, procedeu-se à análise jurisprudencial.

#### **4.1.3.1 Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça**

##### **4.1.3.1.1 RESP nº 203.142-RJ (1999/0009553-7)**

4ª Turma (unânime)

D.J. 27.03.00

Data do julgamento: 07.12.99

Fato: Acidente de trânsito (atropelamento, amputação de perna esquerda acima do joelho).

Pedido: não consta.

Indenização:

- a) danos materiais no valor de 250 (duzentos e cinquenta) salários mínimos;
- b) pensão mensal no valor de 2/3 do salário mínimo;
- c) danos morais, no valor de 600 (seiscentos) salários mínimos;
- d) constituição de capital nos termos do artigo 602 do CPC.

Comentário: O autor recorre, pretendendo a inclusão do dano estético entre as parcelas indenizatórias no valor a ser arbitrado pelo STJ. O recurso especial não é conhecido. Assinala o Relator que a cumulação de valores fixados, um a título de dano moral e outro a título de dano estético, derivados do mesmo fato, somente é permitida quando passíveis de apuração em separado, tendo causas inconfundíveis que devem ficar devidamente explicitadas pelo órgão julgador ao atribuir valores em separado a cada um deles, sob pena de indevido *bis in idem*. Ainda que se acolha a distinção doutrinária entre o dano moral e o dano estético, ressalva, pertencendo ambos à mesma categoria dos danos não-patrimoniais, de subjetiva mensuração econômica, nada obsta a que eles sejam conjuntamente valorados num só montante. No caso dos autos, no valor de 600 (seiscentos) salários mínimos a título de dano moral, já o juízo considerou o dano estético sofrido pelo autor. Em conclusão: a cumulação dos danos moral e estético é atendida quando, ainda que se tenha a estipulação de um valor único, nele se tenha expressamente considerado o valor devido pelos dois danos.

## 4.1.3.1.2 RESP nº 235.393-RJ (1999/0095615-0)

4ª Turma (unânime)

D.J. 28.02.00

Data do julgamento: 23.11.99

Fato: Acidente de trânsito (colisão, vítima com debilidade parcial e permanente de dedos da mão direita)

Pedido: não consta.

Indenização:

- a) danos morais, fixados em 221,76 (duzentos e vinte e um e setenta e seis) salários mínimos;
- b) pensão mensal e vitalícia, a ser paga desde o dia do fato, no valor de 3,08 (três, vírgula oito) salários mínimos. Restou ressalvado que a pensão não seria devida durante o período em que o autor, até ser finalmente despedido, após o acidente esteve a trabalhar para a mesma empresa, pois, embora em função diversa, recebeu a mesma remuneração durante esse tempo (ficou incapacitado para a função de sonador, trabalhou no almoxarifado após o acidente, até ser despedido, recebendo a mesma remuneração).

Comentário: Abordam-se no acórdão dois pontos controvertidos:

- a) possibilidade ou não, de se cumulem a indenização previdenciária e a fundada no direito comum;

b) o não-cabimento da pensão no período em que o autor, embora exercendo função diversa, não teve redução salarial.

Sobre o primeiro ponto, o voto do Relator é enfático: a obrigação de índole previdenciária possui natureza securitária, contratual, sujeitando-se ao regime da responsabilidade objetiva, bastando ao empregado, ou seu dependente, evidenciar o nexos causal, entre a debilidade sofrida, ou a morte, e o desempenho de sua atividade laboral, para fazer jus ao benefício. Ademais, o seguro contra acidente do trabalho é custeado nos termos do art. 7º, XXVIII, da Constituição, não podendo terceiro, que não contribuiu para o benefício e nem fez parte da relação de trabalho, utilizar-se do mesmo para obter redução em sua condenação. Já o dever reparatório, imposto com base no art. 159 do Código Civil, encontra fundamento na responsabilidade aquiliana e subjetiva, independentemente de vínculo empregatício e salário recebido pelo lesado. Daí a possibilidade de cumulação das obrigações previdenciárias (a cargo do INSS) e de direito comum (a cargo do causador do dano), não havendo que se falar sequer em compensação.

Com relação ao segundo ponto, o STJ mantém a decisão recorrida, estabelecendo que “a norma do art. 1.539 do Código Civil traz a presunção de que o ofendido não conseguirá exercer outro trabalho”. Por conseguinte, se a vítima continuou a trabalhar nesse período, ainda que em atividade distinta, mas com a mesma remuneração, a pensão é descabida, por ausência de prejuízo. A disposição do art. 1.539 do Código Civil traz apenas a presunção de que o ofendido não conseguirá exercer outro trabalho, pelo que a pensão seria devida no mesmo valor que recebia a vítima quando no trabalho. Por outro lado, admitiu a possibilidade de ser demonstrado o contrário, a fim de evitar enriquecimento indevido. Em julgado anterior, o STJ concluiu que, evidenciado que a vítima trabalhava, mesmo com os danos sofridos, ainda que em profissão distinta, a pensão deve ser fixada observando tal circunstância.

## 4.1.3.1.3 RESP nº 228.244-SP (1999/0077417-5)

4ª Turma (unânime)

D.J. 17.12.99

Data do julgamento: 09.11.99

Fato: Acidente de trânsito (lesões graves)

Pedido: reparação de danos.

Indenização:

- a) danos causados ao veículo;
- b) dano moral, no valor de R\$20.000,00 (vinte mil reais);
- c) danos estéticos, no valor de 2.000 (dois mil) salários mínimos.

Comentário: O 1º TACSP excluiu a verba relativa aos danos estéticos. O recurso especial postulou o restabelecimento da sentença quanto ao ponto. Recebeu parcial provimento para, admitindo a cumulação dos danos estético e moral, fixar o primeiro em 200 (duzentos) salários mínimos. O STJ considerou as circunstâncias da causa, as lesões sofridas o porte econômico da ré, o nível socioeconômico dos autores, os critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência para fixar o valor de 200 (duzentos) salários mínimos, frisando-se que a sentença exagerara na condenação. A ementa é elucidativa: “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 separado.” Com relação à indenização, recomenda-se “que o arbitramento seja feito com moderação, proporcio-

nalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores e, ainda, ao porte econômico da ré, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.”

#### 4.1.3.1.4 RESP nº 162566/SP (1988/0006029-4)

3ª Turma (unânime)

D.J. 09.08.99

Data do julgamento: 24.06.99

Fato: acidente de trânsito (atropelamento)

Pedido: não consta.

Indenização:

- a) pensão mensal vitalícia em valor correspondente a um salário mínimo, desde a data do acidente, acrescidas as vencidas de juros legais e correção monetária da data dos vencimentos, a ser apurada por cálculo do contador, com depósito para formação do capital;
- b) todas as despesas que se fizerem necessárias para o tratamento médico, inclusive colocação de aparelhos corretivos e cirurgias plásticas até o final da convalescença, desde que comprovadas;

c) indenização pelo dano estético(aleijão), em valor correspondente a 300 salários mínimos.

Comentário: O STJ pronuncia-se acerca de quatro pontos:

- a) não há qualquer impedimento legal para cumulação da verba do dano material com o dano estético;
- b) não cabe a redução do valor do dano estético no patamar do especial, salvo (na esteira de jurisprudência da Corte) se houver fixação exorbitante;
- c) o combate da constituição de capital não se acolhe, pois o acórdão aplicou justificadamente a regra do art. 602 do CPC. É cabível, alternativamente, a prestação da caução, tudo a ser decidido pelo juiz da execução;
- d) o seguro obrigatório deve ser deduzido do pagamento a título de indenização por responsabilidade civil, na linha de precedente da Corte (o recurso foi provido apenas quanto a este último ponto). Explicita o Relator, reafirmando o Resp. n° 59.823/SP que “o seguro obrigatório de veículos tem a finalidade de reparar, ao menos parcialmente, os danos causados por acidentes de trânsito, devendo, por esta razão, ser deduzido do valor a ser pago à vítima ou aos familiares pelo réu a título de indenização por responsabilidade civil.”

4.1.3.1.5 RESP n° 57.042-SP (94/0034337-1)

4ª Turma (unânime)

D.J.02.08.99

Data do julgamento: 15.06.99

Fato: acidente em casa de espetáculo (vítima perdeu quatro dedos do pé, decepados pelo palco elevatório).

Pedido: não consta.

Indenização:

- a) pensão mensal e vitalícia de U\$6.896,87 (seis mil, oitocentos e noventa e seis dólares americanos e oitenta e sete centavos) a ser convertida em moeda corrente em 18/02/1989;
- b) lucros cessantes de U\$13.793,15 (treze mil, setecentos e noventa e três dólares americanos e setenta e cinco centavos) mensais;
- c) despesas pretéritas com tratamento e as futuras (inclusive cirúrgicas) a serem apuradas em execução, mediante liquidação por artigos;
- d) juros de mora, contados da citação.

Comentário: O autor, que exercia a profissão de médico nos Estados Unidos, teve reconhecida perda da sua capacidade laborativa, de modo permanente. Para se pensar em extensão do dano, tem-se que partir do nexa causal. A indenizabilidade do dano é na medida de sua relação à causa, ou às concausas, ou à causa de aumento. Tem-se que considerar o prejuízo que o ofendido sofreu, ou sofreu e ainda vai sofrer, e o que pode haver lucrado, bem como a sua participação nas causas do dano ou no aumento desse. O dano atual e o dano futuro são imputáveis e liquidáveis. O que importa é a relação de causalidade.

4.1.3.1.6 RESP nº 143546/PI (1997/0056109-7)

2ª Turma (maioria)

D.J. 31.05.99

Data do julgamento: 16.03.99

Fato: acidente em creche mantida pelo Estado(lesões graves)

Pedido: indenização na forma de pensão mensal para possibilitar a complementação do tratamento.

Indenização: Pensão mensal no valor de um salário mínimo, até que a perícia médica ateste, de forma conclusiva, a inexistência de debilidade e incapacidade para o trabalho, assim como, em consequência, a desnecessidade de tratamento médico decorrente das lesões sofridas.

Comentário: O voto vencedor afirma que “as circunstâncias do caso concreto não permitem uma posição radical da Súmula nº 7, desta Corte.” A vítima, menor impúbere (sete anos), recebera atendimento, mas exames revelaram a necessidade de complementação do tratamento. O cerne da discussão concentra-se na recuperação de sua saúde.

4.1.3.1.7 RESP nº 156.453/SP (1997/0084875-2)

3ª Turma (maioria)

D.J.17.05.99

Data do julgamento: 04.02.99

Fato: acidente de trânsito (colisão de veículos, lesões graves)

Pedido: reparação de danos decorrentes de ato ilícito.

Indenização:

- a) danos morais, no valor de 500 (quinhentos) salários mínimos;
- b) tratamento médico-odontológico, fisioterapia, cirurgias plásticas;
- c) pensão desde a data do evento até a idade provável de 65 anos.

Comentário: O recurso especial da autora vindicou verba relativa ao dano estético, cumulada com a de dano moral e dote. O pronunciamento do STJ é o seguinte:

- a) rejeita a indenização do dano moral e do dano estético « cumulativamente, ainda derivados do mesmo fato, quando, embora de regra subsumindo-se naquele, comporte reparação material, já concedida, nem assim é de se deferir rubrica, a título de dote, quando esta contenha índole compensatória de danos morais deferidos. (Ementa);
- b) determina que juros compensatórios são exigíveis tão-só daquele que haja praticado o ilícito (preposto) e não do preponente.

O voto vencido analisa a questão, destacando as duas possibilidades:

“A primeira, considerando-se o dano estético uma modalidade do dano moral, seria possível embuti-lo naquele ou, destacado poderia se deferido a outro título, ou seja, a título de dano material, quando presente. Em resumo, neste primeiro aspecto, haveria dano moral puro mais dano material (estético) ou dano moral (estético) mais dano material. A Segunda, considerando-se o dano estético como distinto do dano moral. Em resumo, neste segundo aspecto, haveria dano moral mais dano estético mais dano material.”

Conclui o voto vencido pelo cabimento da indenização do dano estético, com fundamento no art. 1.538 do Código Civil, fixando-o em 50 (cinquenta) salários mínimos, rejeitando, contudo, o deferimento do dote, englobado este naquele, considerando, ademais, o reconhecimento do dano moral.

## 4.1.3.1.8 RESP nº 94.569-RJ (96.0026099-0)

3ª Turma (unânime)

D.J. 01.03.99

Data do julgamento: 24.11.98

Fato: Queda de ônibus (seqüelas físicas).

Pedido: Indenização por dano material, moral e estético.

Indenização:

- a) *dano material* – pensão mensal no valor de um salário mínimo (considerada a incapacidade de 45%);
- b) *dano moral* no valor de 50 (cinquenta) salários mínimos;
- c) *dano estético*, no valor de 40 (quarenta) salários mínimos (segundo o laudo, “dano estético em grau mínimo”).

Comentário: O STJ enfrenta a questão da natureza do dano estético e possibilidade de sua indenização em separado. O voto do Relator posiciona-se entendendo que o dano estético constitui modalidade do dano moral. Contudo, isso não significa que o ressarcimento do primeiro represente sempre e necessariamente o esgotamento do que poderia ser devido a título de dano moral. Transcreve-se trecho do voto:

“É que, além do sofrimento decorrente da lesão à aparência da vítima do ilícito, pode verificar-se outra, acarretando distinta manifestação da dor moral. Assim, por exemplo, da perda de um braço decorrerá dano estético. Ao lado disso, o lesado será afligido pela impossibilidade do desempenho de uma série de atividades. É possível, e isso muitas vezes ocorre, que a indenização se arbitre em conjunto para as duas expressões do dano moral. Pode sê-lo, igualmente, em verbas distintas, como se fez no caso em exame...”

4.1.3.1.9 RESP nº 164.126 - RJ (98/0009993-0)

4ª Turma (unânime)

D.J. 23.11.98

Data do julgamento: 20.08.98

Fato: Acidente de trânsito (atropelamento).

Pedido: Não consta.

Indenização:

- a) custeio de tratamento e colocação de prótese no local da perna mutilada;
- b) pensão mensal vitalícia de um salário mínimo, a título de dano material;
- c) danos morais, no valor de 500 (quinhentos) salários mínimos;
- d) danos estéticos no valor de 200 (duzentos) salários mínimos.

Comentário: O aresto enfrenta a questão da possibilidade de se cumulem ou não as indenizações por danos estéticos e morais, ponderando que, embora em princípio se tenha adotado o entendimento no sentido de serem inacumuláveis tais verbas, a jurisprudência de ambas as Turmas que integram a Seção de Direito Privado do STJ evoluiu na direção oposta a esta conclusão, fixando finalmente que: *“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 separado”* (Ementa). É de destacar-se o voto do Relator, que se reporta a voto prolatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no Resp.65.393-RJ:

“Independente da nomenclatura aceita quanto ao dano extrapatrimonial, e sua classificação em dano moral, dano à pessoa, dano psíquico, dano estético, dano sexual, dano biológico, dano fisiológico, dano à saúde, dano à vida de relação etc., cada um constituindo, com autonomia, uma espécie de dano, ou todos reunidos sob uma ou outra dessas denominações, a verdade é que para o juiz essa disputa que se põe no âmbito da doutrina, essa verdadeira ‘guerra de etiquetas’, de que nos fala Mosset Iturraspe (*El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad*, Revista de Derecho Privado y Comunitário, 1/9) somente interessa para evidenciar a multiplicidade de aspectos que a realidade lhe apresenta, a fim de melhor perceber como cada uma delas pode e deve ser adequadamente valorizada do ponto de vista jurídico.”

“No âmbito dos danos à pessoa, comumente incluídos no conceito de dano moral, estão a dor sofrida em consequência do acidente, a perda de um projeto de vida, a diminuição do âmbito das relações sociais, a limitação das potencialidades do indivíduo, a *perdre de jouissance de vie*, tudo elevado a um grau superlativo quando o desastre se abate sobre a pessoa com a gravidade que a fotografia de fl. 13 revela. Essas perdas, todas indenizáveis, podem existir sem o dano estético, sem a deformidade ou o aleijão, o que evidencia a necessidade de ser considerado esse dano como algo distinto daquele dano moral, que foi considerado pela sentença. E tanto não se confundem que o defeito estético pode determinar, em certas circunstâncias, indenização pelo dano patrimonial, como acontece no caso de um modelo.”

4.1.3.1.10 RESP nº 144.241-SP (97-00574288)

3ª Turma (unânime)

D.J. 14.09.98

Data do julgamento: 06.08.98.

Fato: Acidente de trânsito (colisão de veículos, lesões graves para os autores).

Pedido: reparação de danos

Indenização:

- a) ao autor R., despesas médicas, hospitalares e com medicamentos além dos dias não trabalhados;

b) à autora F., as despesas, passadas e futuras, de caráter médico, hospitalar e com medicamentos, desde que comprovados, até integral restabelecimento; pensão mensal de cinco salários mínimos desde o evento até o restabelecimento; dano estético, na forma do artigo 1.538, § 1º do Código Civil, valor a ser apurado por arbitramento; juros de mora a partir da citação.

Comentário: Considerou-se o dano moral abrangido no dano estético, o qual, além de dificultar a capacidade de trabalho da autora, acarreta-lhe conteúdo de natureza moral, com reflexos na esfera psicológica, especialmente pelo fato de ter sido uma esportista que defendeu a cidade em jogos regionais.

4.1.3.1.11 RESP. nº 110.809-MG (96-0065441-7)

3ª Turma (unânime)

D.J. 30.03.98.

Data do julgamento: 04.12.97.

Fato: Acidente no trabalho (explosões acarretando lesões graves resultantes de queimaduras de segundo e terceiro graus).

Pedido: reparação integral dos danos.

Indenização:

- a) pagamento de três cirurgias plásticas, no valor de 16.260 UFIRs;
- b) dano moral, no valor de 500 (quinhentos) salários mínimos;

c) lucros cessantes a serem liquidados por arbitramento.

Comentário: O dano estético (material) e o dano moral são cumuláveis, consoante a Súmula nº 37 do STJ. Com relação ao pedido de duplicação das verbas, conforme o § 1º do artigo 1.538 do Código Civil, o voto do Relator reproduz entendimento do Ministro Eduardo Ribeiro no Resp. 47.472-8/SP:

“Não sendo possível encontrar-se o entendimento do dispositivo com base tão-só no sentido da expressão, posto que tem mais de um, admissível no contexto, há que se verificar qual o recomendável, em vista da razão de ser da norma. Ora, não se consegue compreender porque se devessem dobrar as parcelas relativas ao que foi despendido em razão do acidente e ao que se deixou de ganhar. A vítima teria um ganho, maior ou menor, não em função da gravidade do aleijão ou deformidade, mas do que houvesse gasto no tratamento e do que houvesse deixado de perceber. Uma coisa não se liga logicamente à outra.

Ao contrário do que às vezes se vê afirmado, a interpretação que ora se combate não leva a que haja indenização maior para mal maior. Largas somas podem eventualmente ser consumidas para o tratamento de uma lesão, subsistindo, ao cabo, deformidade de menor relevo. Não havendo dúvida de que a duplicação se prende a compensar a deformidade que remanesceu, ter-se-ia um pagamento considerável por um dano que se tornou pequeno. De outra parte, algum tipo de aleijão irreparável e grave, por não ensejar tratamento recuperatório, levaria a condenação muito menor” (DJ de 13.06.94).

4.1.3.1.12 RESP nº 116.372-MG (96.0078499-0)

4ª Turma (unânime)

D. J. 02.02.98 / LEX JSTJ e TRF 106/195

Data do julgamento: 11.11.97.

Fato: Infecção hospitalar (após cirurgia para retirada de “joanete”)

Pedido: Indenização por danos morais e estéticos.

Indenização: Concedida, em execução de sentença a ser feita por arbitramento, na qual será quantificado cada bem lesado.

Comentário: Justifica-se asseverando que se o dano é apenas estético, incide a não-cumulatividade; porém, se o dano moral é mais abrangente, como neste caso, a indenização pode sofrer dicotomia (argumentação adotada pela decisão do TAMG, mantida pelo STJ).

#### 4.1.3.1.13 RESP nº 143.568-SP (97/0056159-3)

4ª Turma (maioria)

D. J. 19.12.97/LEX JSTJ e TRF 106/236

Data do julgamento: 10.11.97.

Fato: Acidente de trabalho (perda da visão do olho esquerdo).

Pedido: Indenização por danos estéticos e morais (moveu processo anterior, porém, sem o pleito de dano moral onde obteve indenização pelo dano físico).

Indenização: dano moral, no valor de 100 (cem) salários mínimos.

Comentário: O dano moral decorre do próprio resultado do acidente, com perda da visão de um olho, independentemente de perícia para ser comprovada a sua existência. O acórdão não se pronunciou sobre a cumulação.

#### 4.1.3.1.14 RESP nº 14.430-MG (97. 577171)

4ª Turma (unânime)

D.J. 19.12.97

Data do julgamento: 04.11.97.

Fato: acidente de trabalho (incapacidade permanente para o trabalho com paralisia total dos membros inferiores).

Pedido: reparação de danos materiais e morais.

Indenização:

- a) pensão mensal vitalícia, desde a data do fato, no valor de 70% da remuneração percebida pelo autor na data do evento, reajustável na mesma proporção do salário mínimo; parcelas vencidas a partir do ajuizamento serão acrescidas de juros de mora e correção monetária,
- b) dano moral fixado em 100 (cem) salários mínimos;
- c) dano estético fixado em 100 (cem) salários mínimos.

Comentário: Considerou-se na fixação da indenização a extensão do dano, o valor da pensão mensal deferida, o tempo provável de sobrevivência, a concorrência da culpa e as condições econômicas das partes.

4.1.3.1.15 RESP. nº 68.845- MG (95.0032312-5)

4ª Turma (unânime)

D.J. 13.10.97/ LEX JSTJ e TRF 102/150

Data do julgamento: 05.08.97

Fato: Acidente de trânsito (amputação de uma perna, atingindo a região escrotal).

Pedido: Não consta.

Indenização:

- a) pensão mensal vitalícia no valor de três salários mínimos;
- b) danos morais no valor de 500 (quinhentos) salários mínimos.

Comentário: Distinguiu o dano patrimonial e o moral. A indenização do dano patrimonial objetiva recompor as perdas materiais sofridas, de tal sorte que a situação econômica da vítima retorne ao *status quo ante* à lesão, já no atinente ao dano moral o que se atribui ao lesado é uma mera compensação, uma satisfação, um consolo, para amenizar o pesar íntimo que o machuca e amainar a dor que o maltrata.

4.1.3.1.16 RESP. nº 23.575-DF (92. 0014665-1)

4ª Turma (unânime)

D.J. 01.09.97-LEX RSTJ e TRF 101/85

Data do julgamento: 09.06.97.

Fato: Acidente de trânsito (lesões corporais, incapacidade temporária para o trabalho e seqüelas em coluna vertebral com redução da capacidade laborativa em 30%)

Pedido:

a) danos patrimoniais:

- reembolso das despesas com o tratamento médico cirúrgico realizado;

- pagamento de todas as despesas com prováveis intervenções cirúrgicas a que tiver de se submeter;
  - lucros cessantes que deixou de auferir durante todo o período de convalescença, calculado com base nos ganhos que percebia de *pro labore* e nos prejuízos que sofreu a sua microempresa que, com o seu afastamento, ficou entregue a terceiros;
  - pensão vitalícia, garantida pela constituição de um capital representado por títulos da dívida pública;
- b) danos morais.

Indenização:

- a) pensão mensal vitalícia, devendo constituir-se capital ou prestar caução fidejussória nos termos do *caput* e §§ 1º e 2º do artigo 602 do CPC, para o fim de assegurar ou garantir o pagamento das prestações vincendas;
- b) danos morais, no valor de 100 (cem) salários mínimos.

Comentário: Enfatiza-se que o só fato de ter o acórdão reconhecido a perda da capacidade laborativa, conseqüente de ato culposos da ré, já é bastante por si mesmo, para se ter como existente a lesão moral e o direito à indenização. Tem natureza alimentar, para fins do art. 602 do CPC, a indenização a ser paga mensalmente pela empresa particular de transporte a passageiro seu que sofrer danos por acidente cuja culpa seja a ela atribuída, pois objetiva a complementar salário e a possibilitar à vítima os meios necessários para os seu sustento e/ou de sua família.

4.1.3.1.17 RESP n° 58.365-SP (94403755)

3ª Turma (unânime)

D.J. 02.12.96

Data do julgamento: 14.10.96

Fato: Acidente do trabalho (seqüelas físicas)

Pedido: Indenização por danos pessoais.

Indenização:

- a) pensão mensal vitalícia correspondente a 40% sobre o salário que o autor recebia à época do acidente, aplicando-se no cálculo o previsto na Súmula 490 do STF, incluído o 13º salário. As prestações vencidas serão pagas de uma só vez, com juros moratórios contados desde o evento, bem como correção monetária;
- b) dano estético correspondente à duplicação da soma das parcelas mencionadas no § 1º do art. 1.538 do CC, acrescidas de juros moratórios e corrigidos monetariamente, tudo a partir do evento, a serem apuradas em liquidação.

Comentário: A pensão até os 65 anos só deve ser fixada quando há morte do alimentante. Se a vítima continua a viver após os 65 anos de idade, não há razão lógica para ter cortada a pensão indenizatória naquela idade.

4.1.3.1.18 RESP. nº 60.255-DF (95.0005457-4)

2ª Turma (p/ maioria)

D.J. 23.06.97/ LEX JSTJ e TRF 99/99

Data do julgamento: 26.09.96.

Fato: Ação policial (autor alvejado por arma de fogo).

Pedido:

- a) lucro cessante;
- b) reembolso de despesas médico-hospitalares;
- c) pensão vitalícia no caso de ficar parcial ou definitivamente inválido.

Indenização:

- a) despesas médico-hospitalares;
- b) lucros cessantes.

Comentário: Não foi concedida pensão vitalícia diante da conclusão do laudo pericial de que o recorrente não se acha inválido.

#### 4.1.3.1.19 AGRAVO REGIMENTAL no AG nº 100.877- RJ (96.000 975 7- 7)

4ª Turma (unânime)

D.J. 03.09.96.

Fato: Não consta (amputação da perna direita).

Pedido: Não consta.

Indenização: Cumulatividade do dano moral (em razão da dor, do sofrimento suportado) e do dano estético (em face da deformidade).

Comentário: O acórdão refere-se a precedentes que admitem a cumulação. A 4ª Turma, evoluindo em relação a entendimento anterior, considerou acumuláveis as duas verbas referi-

das. O Ministro-Relator reporta-se a voto prolatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no Resp. nº 65.393-RJ, onde ficou salientado:

“No âmbito dos danos à pessoa, comumente incluídos no conceito de dano moral, estão a dor sofrida em consequência do acidente, a perda de um projeto de vida, a diminuição do âmbito das relações sociais, a limitação das potencialidades do indivíduo, a *perdre de jouissance de vie*, tudo elevado a um grau superativo quando o desastre se abate sobre a pessoa com a gravidade que a fotografia de fls. 13 revela. Essas perdas, todas indenizáveis, podem existir sem o dano estético, sem a deformidade ou o aleijão, o que evidencia a necessidade de ser considerado esse dano como algo distinto daquele dano moral, que foi considerado pela sentença. E tanto não se confundem que o defeito estético pode determinar, em certas circunstâncias, indenização pelo dano patrimonial, como acontece no caso de um modelo. Tenho, pois, que a exclusão da indenizabilidade do dano estético e da negativa de sua cumulatividade com o dano moral, assim como referido no v. acórdão, causa ofensa ao disposto no artigo 21 do Dec. 2681-12. Aliás, contraria também o Enunciado XLI do mesmo eg. TJRJ: ‘São cumuláveis as indenizações por dano estético e dano moral, oriundas do mesmo fato’ (João Casillo, *Dano à pessoa*, RT, 2. ed., p. 67)”.

Não há dados sobre o dano material.

4.1.3.1.20 RESP nº 51.193-3- RJ (94.0021139-2)

4ª. Turma (maioria)

D.J. 14.10.96/ LEX JSTJ e TRF 91/125

Data do julgamento: 26.06.96.

Fato: Queda de trem (lesão por esmagamento do dedo grande do pé, perda anatômica do 1º pododáctilo (hálux) e do respectivo metatarso.

Pedido: ressarcimento de danos.

**Indenização:**

- a) pensão vitalícia, correspondente a 12% de um salário mínimo (percentual de sua incapacitação foi de 12%), a partir do momento em que o autor completou os 12 anos de idade (por ocasião do evento contava com 11 anos, 7 meses e 16 dias), incluindo-se o 13º salário. As pensões vencidas serão pagas de uma só vez, quanto às vincendas, a devedora incluirá o autor na folha de pagamento;
- b) despesas para tratamento ortopédico;
- c) despesas médicas comprovadas;
- d) indenização por danos morais correspondente a 20 (vinte) salários mínimos;
- e) juros moratórios de 6% ao ano, a contar da citação.

Comentário: O acórdão negou a indenização por dano estético, entendendo que sendo o autor do sexo masculino e não sendo de monta a lesão, não se vê como caracterizado um grave de tal natureza que justifique uma parcela independente a tal título, além do dano moral reconhecido.

Dois ministros (César Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar) divergiram neste ponto, ponderando este último que “a perda de um dedo do pé sempre constitui uma ofensa à estética, seja feminina ou masculina.” Prossegue o Ministro Ruy: “Trata-se de um menino, que vai ter a adolescência e a juventude pela frente para sentir essa deficiência, e isso certamente vai lhe causar um dano... O fato de ser homem é uma causa determinante da diminuição da indenização que se possa dar, mas há o dano de natureza estética, diferente do dano moral.” E conclui: “Razão pela qual daria também uma indenização em percentual compatível... como parcela autônoma de indenização pelo dano estético.”

## 4.1.3.1.21 RESP nº 71.788- RJ (95.0039877-0)

3ª. Turma (unânime)

D.J. 01.07.96

Data do julgamento: 28.05.96

Fato: Tentativa de assalto em banco (autora ficou tetraplégica)

Pedido: Indenização

Indenização: Não consta de forma especificada. Menciona-se apenas que a indenização estabelecida foi ampla, compreendendo todos os danos. O acórdão estabeleceu a indenização em conjunto, não deixando de contemplar as distintas modalidades de dano.

Comentário: Diante do pedido formulado pela autora de reparação do dano estético, o Relator se manifesta explicitando:

“Não se me afigura possível vislumbrar um *tertium genus* de dano a ser resarcido, além do material e do moral. Se do dano estético advém prejuízo material, será este reparado a esse título, sem excluir o que seja devido em razão do sofrimento psíquico. O dano estético, em si, constitui espécie de dano moral “

## 4.1.3.1.22 RESP nº 68.491-RJ (95/0031286-7)

3ª Turma (unânime)

D.J. 27.05.96

Data do julgamento: 06.02.96

Fato: Erro médico

Pedido: Não consta

Indenização:

- a) dano moral no valor de 50 (cinquenta) salários mínimos;
- b) dano estético em face da lesão e da deformidade física, conforme o laudo pericial, reparável, por uma nova cirurgia, a ser custeada pelo causador, constituindo-se, portanto, dano material (direito de fazer às expensas da ré cirurgia ou cirurgias plásticas reparatórias).

Comentário: O recurso foi intentado contra acórdão que desacolheu cumulação de dano moral com estético. O voto condutor reporta-se a precedentes e expressa que o tema encontra-se pacificado em entendimento contrário ao do aresto impugnado. Admissível a indenização por dano moral e dano estético, cumulativamente, ainda que derivados do mesmo fato, quando este, embora de regra subsumindo-se naquele, comporte reparação material. Incidência da Súmula nº 37 do STJ.

4.1.3.1.23 RESP nº 68.668-SP (95.31974-8)

2ª Turma (unânime)

D. J. 04.03.96

Data do julgamento: 05.02.96.

Fato: Ação Policial (seqüelas de caráter permanente)

Pedido: Pensão mensal a ser arbitrada pelo juízo.

Indenização: pensão mensal correspondente a 67,5% do salário mínimo até completar 65 anos.

Comentário: Embora este recurso não tenha sido conhecido, convém examiná-lo pela sua fundamentação. A pensão concedida levou em conta o laudo o qual concluiu que as lesões acarretaram uma limitação de 37%, e o dano estético foi avaliado em 30%, tudo somando 67,5%. O voto do Relator, Ministro Ari Pargendler, observa que no presente caso é difícil separar o dano estético do funcional, também aquele comprometendo a subsistência da vítima.

4.1.3.1.24 RESP. nº 73.958- PR (95. 450445)

4ª Turma (unânime)

D.J. 11.03.96

Data do julgamento: 21.11.95

Fato: Cirurgia plástica estética (resultados almejados não alcançados)

Pedido: indenização por dano estético e moral.

Indenização:

- a) 50 (cinquenta) salários mínimos por danos resultantes da intervenção cirúrgica;
- b) pagamento das cirurgias de retoques;

c) indenização por dano moral, no valor de 25 (vinte e cinco) salários mínimos.

Comentário: reconhecido que o médico foi negligente nos cuidados posteriores à cirurgia, que necessitava de retoques.

4.1.3.1.25 RESP. nº 65.393-RJ (95.221543)

4ª Turma (unânime)

D. J. 18.12.95

Data do julgamento: 30.10.95.

Fato: Acidente ferroviário (amputação das duas pernas)

Pedido:

- a) pensão mensal;
- b) indenização por dano estético;
- c) indenização pelo dano moral;
- d) tratamento psicológico;
- e) bota ortopédica;
- f) cama fowler;
- g) automóvel;
- h) cadeira com motor;
- i) salário para atendente;
- j) verbas trabalhistas;
- l) juros compostos.

Indenização:

- a) pensão mensal correspondente a 7,47 salários mínimos (não consta o período de duração ou se vitalícia);
- b) dano estético, fixado em dois rendimentos mensais por ano;
- c) dano moral, fixado em um rendimento mensal por ano.

Comentário: O dano estético dá causa à indenização especial (artigo 1.538, § 1º, e artigo 21 do Dec. 2.681/12). O voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, relator, destaca que

“No âmbito dos danos à pessoa, comumente incluídos no conceito de dano moral, estão a dor sofrida em consequência do acidente, a perda de um projeto de vida, a diminuição do âmbito das relações sociais, a limitação das potencialidades do indivíduo, a *perdre de jouissance de vie*, tudo elevado a um grau superlativo quando o desastre se abate sobre a pessoa com a gravidade que a fotografia de fl. 13 revela. Essas perdas, todas indenizáveis, podem existir sem o dano estético, sem a deformidade ou o aleijão, o que evidencia a necessidade de ser considerado esse dano como algo distinto daquele dano moral, que foi considerado pela sentença. E tanto não se confundem que o defeito estético pode determinar, em certas circunstâncias, indenização pelo dano patrimonial, como acontece no caso de um modelo.”

Foram negados os seguintes itens, por se constituírem em matéria de fato, restrita às instâncias ordinárias: valor da pensão mensal, tratamento psicológico, verba para o pagamento de atendente. Verbas trabalhistas são estranhas ao pleito indenizatório, juros compostos são devidos apenas pelo causador direto do ilícito. A bota ortopédica fora excluída pelo Tribunal, não sendo objeto do recurso. A cama “Fowler”, a cadeira com motor e o automóvel foram considerados desajustados ao padrão de vida do autor (o que não pode ser examinado em sede de Resp.).

4.1.3.1.26 RESP nº 57.824-8-MG (94.0037779-7)

3ª. Turma (unânime)

D.J. 13.11.95

Data do julgamento: 03.10.95

Fato: Acidente de trânsito (danos físicos graves, com seqüelas definitivas).

Pedido: não consta.

Indenização: Dano moral a ser liquidado em execução de sentença, por arbitramento, culpa concorrente acarretando a redução dos valores.

Comentário: Argumenta-se que o dano estético é modalidade do dano moral. Reconheceu-se o dano moral em virtude exclusivamente do dano estético, não se justificando a cumulação pretendida. A indenização por dano estético se justificaria se a indenização por dano moral tivesse sido concedida a outro título.

4.1.3.1.27 RESP nº 49.913- RJ (94.178425)

3ª Turma (unânime)

D.J. 23.10.95

Data do julgamento: 08.08.95.

Fato: Acidente de trânsito (atropelamento)

Pedido: não consta.

Indenização:

- a) pensões vencidas e vincendas correspondentes a 20% do salário mínimo, excluído o 13º salário, pois a vítima não o percebia;

- b) despesas médicas;
- c) dano estético (perda da orelha direita) correspondente a 30 (trinta) salários mínimos;
- d) verba para cirurgia oftálmica (correção de lagofalmia), no valor de CR\$500.000,00.

Comentário: Condenou-se a seguradora solidariamente com a empresa de ônibus a pagar a indenização até o limite do seguro. O dano estético é modalidade de dano moral. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato (Súmula 37). Observe-se que se indeniza o dano material e moral (sob a modalidade de dano estético).

#### 4.1.3.1.28 RESP nº 22028-6-RJ (92.10828-8)

4ª Turma (maioria)

D.J. 23.10.95.

Data do julgamento: 12.06.95.

Fato: Acidente em supermercado (mutilação de parte da mão esquerda de menor, perda dos dedos indicador, médio, anular e mínimo na mão esquerda).

Pedido:

- a) a título de danos emergentes, quanto à condição física (fizeram-no maneta), à condição moral, além do aspecto psicológico:
  - a importância que for arbitrada (relativa aos 3 supracitados itens e cujos valores deverão ser equiparados) e posteriormente apurada, acrescida de juros e correção monetária, a partir da data do evento;

- custeio de todo e qualquer tratamento físico e psíquico;
- despesas com medicamentos, operações, médicos, hospitais, aparelhos ortopédicos, inclusive sua implantação, em qualquer época que se façam necessários;
- custeio de qualquer tratamento necessário ou que venha a ajudar o menor, decorrente de tal lesão;
- importância a ser arbitrada por V. Exa. a título de indenização decorrente da paralização da atividade laborativa da genitora do suplicante, quantia esta acrescida de juros e correção monetária a partir da data do ocorrido e até o trânsito em julgado da decisão judicial;

b) a título de lucros cessantes:

- pensão mensal vitalícia correspondente a um salário mínimo regional, inclusive 13º salário;
- pensão mensal correspondente a meio salário mínimo regional em favor da mãe do suplicante, até que este atinja a idade de 10 anos, tendo em vista que a mesma interrompeu seu trabalho profissional e cujo rendimento era destinado ao complemento do sustento familiar.

Indenização:

- a) pagamento de uma pensão vitalícia mensal, a contar da data em que o destinatário completar quatorze anos de idade (art. 227, § 3º, inc. I, da CF), pensão esta na correspondência de quarenta e um por cento (41%) do maior piso salarial vigente na Capital do Estado do Rio de Janeiro, pela incapacidade funcional permanente, adotando-se aos limites da Portaria nº 4 da Tabela de Indenização da Medicina do Trabalho, indicado no item 33 do laudo pericial de fls. 67, aplicando-o em sua garantia o disposto no art. 602 do Código de Processo Civil;

- b) despesas com quaisquer das cirurgias indicadas como corretivas e minorantes das seqüelas da mão esquerda mutilada do menor, e que vier a se submeter por decisão de seus responsáveis, ou por decisão livre do mesmo até atingir a maioridade civil, cirurgias estas consistentes, segundo indicações técnicas, na transposição do segundo artelho (dedo do pé), para a mão, ou alongamento do coto do quinto dedo por enxerto ósseo, além da plástica cicatricial, incluindo toda assistência médica hospitalar, inclusive de um acompanhante, dentre seus familiares, até plena convalescença pela alta médica, ou outras que o processo científico da cirurgia indicar como mais recomendável;
- c) cobertura das despesas necessárias ao tratamento psicológico enquanto menor, visando superação do quadro de neurose reativa situacional em que se encontra, mediante a terapêutica indicada pelo laudo pericial, a ser executado em três distintas fases;
- d) indenização a título de dano moral, estético, pelo aleijão permanente da mão esquerda (perda dos dedos), a serem apurados em liquidação por arbitramento;
- e) o pagamento de um salário mínimo da data do evento até quando vier a completar 14 (quatorze) anos de idade a vítima-menor, em favor da sua genitora, considerando-se a necessidade da mesma em prestar excepcional assistência ao filho, face às seqüelas apontadas pelos laudos periciais, nisso importando na contratação de serviços domésticos de terceiros.

Comentário: O aresto assinala que a ré acha-se obrigada a prestar a mais completa recomposição dos prejuízos suportados pela vítima, compreensiva, assim, de toda e qualquer cirurgia que se fizer imprescindível, até mesmo no futuro, para corrigir e minorar as seqüelas do acidente.

4.1.3.1.29 RESP nº 56.101-9/RJ (94.00324987)

4ª Turma (unânime)

D.J. 16.10.95.

Data do julgamento: 25.04.95.

Fato: Queda de trem (danos físicos, cicatrizes, dano estético em grau mínimo).

Pedido: Não consta.

Indenização: Não consta. O Recurso Especial diz respeito à indenização dos danos estéticos e morais. O STJ não conheceu do recurso, mas posicionou-se afirmando que o dano estético subsume-se no dano moral.

4.1.3.1.30 RESP nº 56.102-7/RJ (94.0032499-5)

3ª Turma (unânime)

D.J. 17.04.95.

Data do julgamento: 21.03.95.

Fato: Queda de trem.

Pedido: Não consta.

Indenização: O objeto do recurso é a indenização autônoma do dano moral, cumulada com o dano estético.

Comentário: Manteve-se o acórdão recorrido o qual afirmou que a indenização por dano moral encontrava-se embutida na que foi deferida a título de dano estético (o dano estético em si, abstraídas eventuais repercussões econômicas, constitui modalidade de dano moral). Recurso especial não conhecido.

4.1.3.1.31 RESP nº 25.507-0/ MG (92 190 80-4)

2ª Turma (unânime).

D.J. 13.02.95.

Data do julgamento: 17.10.94.

Fato: Erro médico (complicações resultantes de pós-operatório, seqüelas irreversíveis, paralisia).

Pedido: danos materiais e morais.

Indenização:

- a) dano moral (quantia a ser apurada em liquidação por artigos);
- b) pensão mensal vitalícia correspondente a 2 (dois) salários mínimos pela perda da capacidade laborativa e metade do salário mínimo pelo dano estético, a partir da data do evento lesivo (11.01.83), com o acréscimo da parcela correspondente ao 13º salário.

Comentário: Os lucros cessantes foram indeferidos ao argumento de que a autora aposentou-se por invalidez no cargo de datilógrafo do Estado.

## 4.1.3.1.32 RESP nº 47.490-6-RJ (94124376)

3ª Turma (unânime)

D.J. 10.10.94

Data do julgamento: 09.08.94

Fato: Acidente de trabalho (lesões sofridas por cobradora de ônibus em acidente de veículos)

Pedido: não consta.

Indenização:

- a) dano estético, no valor de 100 (cem) salários mínimos;
- b) verba necessária, na forma do laudo, para a aquisição de prótese;
- c) despesas necessárias à realização de cirurgia e tratamento fisioterápico condicionadas à necessidade a ser apurada em liquidação;
- d) lucros cessantes;
- e) pensão mensal vitalícia.

Comentário: O acórdão recorrido negara o pedido de pensão mensal vitalícia e lucros cessantes a pretexto de que a autora já recebia aposentadoria acidentária. O STJ reafirma sua jurisprudência, bem como a do STF, admitindo que a indenização acidentária não exclui a do direito comum, sendo cumuláveis, portanto, Súmula 229 do STF. Considerou o dano moral ressarcido, uma vez reparado o dano estético.

#### 4.1.3.2 Análise jurisprudencial

Fazendo-se um retrospecto, em meio à casuística apresentada, é possível captar alguns pontos de divergência, sobre os quais se articula a discussão e alguns pontos de convergência no período observado.

Relativamente ao dano material, não emergem significativas controvérsias. Concede-se à vítima pensão mensal vitalícia (em dois casos limitou-se aos 65 anos), tomando-se como referência o salário mínimo e o grau de incapacidade laborativa.

Em se tratando de menor, a pensão foi concedida a partir dos 12 anos de idade. Em outro acórdão, a partir dos 14 anos.

Determina-se o pagamento de despesas hospitalares, dias não trabalhados, despesas passadas e futuras, próteses, despesas com tratamentos (psicológico, odontológico, fisioterápico), lucros cessantes, verba para cirurgias, inclusive plásticas, enfim, despesas com quaisquer cirurgias corretivas e minorantes a que vier se submeter o lesado, por decisão de seus responsáveis. Afirma-se que o dano atual e o dano futuro são imputáveis e liquidáveis, o que importa é a relação de causalidade.

Chama a atenção o aresto prolatado no Resp. nº 22028-6-RJ, em que o autor, menor, sofreu mutilação de parte da mão esquerda, no qual se determina o pagamento de um salário mínimo em favor de sua genitora, considerando-se a necessidade da mesma em prestar excepcional assistência ao filho, até que este complete 14 (quatorze) anos de idade. Assinala-se ali que a ré acha-se obrigada a prestar a mais completa recomposição dos prejuízos suportados pela vítima, compreensiva, assim, de toda e qualquer cirurgia que se fizer imprescindível, até mesmo no futuro, para corrigir e minorar as seqüelas do acidente.

É possível a cumulação da indenização previdenciária com a indenização fundada no direito comum. A primeira possui natureza securitária, contratual, sujeitando-se ao regime da responsabilidade objetiva. A segunda é dever imposto com base no artigo 159 do Código Civil, encontra fundamento na responsabilidade aquiliana e subjetiva, independentemente de vínculo empregatício e salário recebido pelo lesado. Daí a possibilidade de cumulação das obrigações previdenciárias (a cargo do INSS) e de direito comum (a cargo do causador do dano), não havendo, sequer, que se falar em compensação.

A pensão concedida com base no art. 1.539 do Código Civil traz a presunção de que o ofendido não conseguirá exercer outro trabalho, admitindo a possibilidade de demonstrar-se o contrário. Assim, se a vítima trabalhou, a pensão deve ser fixada considerando tal circunstância. Se trabalhou, com a mesma remuneração que percebia antes do evento, mesmo que em outra função, a pensão não é devida no período trabalhado.

O cerne da discussão concentra-se na questão do dano moral *versus* dano estético. O dano estético é modalidade do moral? Indenizam-se cumulativamente?

As posições encontradas são as seguintes:

1. O dano estético se subsume no dano moral (ou é modalidade do dano moral). Conseqüentemente, indenizam-se o dano material e o moral (estético).
2. O dano estético não é um *tertium genus*. Se do dano estético advém prejuízo material, será reparado a este título, sem excluir-se o dano moral. Admite-se cumulação, quando o dano estético, embora de regra subsumindo-se no dano moral, comporte indenização material. Súmula 37 do STJ.
3. O dano estético pode englobar o dano moral.

4. O dano moral e o dano estético são distintos. É possível a cumulação de indenizações quando estas, derivadas do mesmo fato, são inconfundíveis em suas causas e passíveis de apuração em separado. Esta a orientação mais recente, presente nas derradeiras decisões.

Assim, os acórdãos mais recentes vêm admitindo a cumulação das parcelas atinentes aos danos estético e moral. O aresto prolatado no Resp. nº 164.126-RJ (julgamento em 20.08.98) assinala a mudança de orientação:

“... embora em princípio se tenha adotado o entendimento no sentido de serem inacumuláveis tais verbas... a jurisprudência de ambas as Turmas que integram a Seção de Direito Privado deste Tribunal evoluiu na direção oposta a essa conclusão, de sorte que, em precedentes diversos, se fixou:  
III – 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, se inconfundíveis suas causas e passíveis de apuração em separado...”

Reproduz-se o texto da ementa:

“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 separado.”

A fundamentação adotada destaca a multiplicidade de aspectos que a realidade apresenta, quanto ao dano (moral, à pessoa, psíquico, estético, fisiológico, dano à vida de relação, etc.). Tal disputa ou “guerra de etiquetas” somente interessa ao juiz para evidenciar a multiplicidade de aspectos que a realidade lhe apresenta, a fim de melhor perceber como cada uma delas pode e deve ser adequadamente valorizada do ponto de vista jurídico. O dano moral pode existir sem o estético, daí a necessidade de considerá-lo em separado. O defeito estético pode determinar indenização pelo dano patrimonial, como no caso de um modelo.

Não obstante se assinale a mudança na orientação jurisprudencial, observe-se que ainda no ano de 98, embora não se trate da mesma Turma, manda-se indenizar o dano estético, abrangendo neste o dano moral.

Esclarece-se no Resp. nº 203.142-RJ (julgamento em 12/99) que a cumulação de valores fixados, um a título de dano moral e outro a título de dano estético somente é permitida quando passíveis de apuração em separado, tendo causas inconfundíveis, *que devem ficar devidamente explicitadas pelo órgão julgador ao atribuir valores em separado a cada um deles, sob pena de indevido bis in idem.*

Embora acolhida a distinção entre o dano moral e o dano estético (ambos da categoria dos danos não patrimoniais), nada obsta a sua fixação conjunta, em um só montante. Em conclusão: a cumulação é atendida ainda que se tenha a estipulação de um valor único (desde que expressamente considerados o valor devido pelos dois danos).

Reputa-se relevante assinalar que no Resp. nº 51.193-RJ, o STJ, por maioria, negou indenização por dano estético, assentando que sendo o autor do sexo masculino e não se apresentando como de monta a lesão, não se vislumbrou caracterizado um gravame, de modo a justificar uma parcela independente a tal título, além do dano moral reconhecido.

Com relação aos valores, não há critérios seguros, a fixação é concretizada casuisticamente, tomando-se por base o salário mínimo. Em um dos casos aqui trazidos, o valor foi fixado em reais, outro em dólares, quantia a ser convertida em moeda corrente.

Assinala-se que não cabe a redução do valor atinente ao dano estético no patamar do recurso especial, salvo se houver fixação exorbitante.

Recomenda-se que a fixação das indenizações cumuladas pelos danos moral e estético seja feita com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores e ao porte econômico do réu, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom-senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

O STJ rejeita a indenização a título de dote, quando esta contenha índole compensatória de danos morais deferidos.

Por fim, o seguro obrigatório deve ser deduzido do pagamento a título de indenização por responsabilidade civil, na linha de precedente da Corte.

#### 4.2 O PROJETO DO CÓDIGO CIVIL

O Projeto nº 634-B, de 1975, composto de parte geral e parte especial, abriga nesta última, o livro I, título IX, sob o título “Da responsabilidade civil”, com dois capítulos: capítulo I – Da obrigação de indenizar (arts. 929-945) e capítulo II – Da indenização (arts.946-956).

Especificamente com relação ao dano pessoal, o projeto traz dois dispositivos:

“Art. 951. No caso de lesão 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 algum outro prejuízo que prove haver sofrido.”

“Art. 952. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.”

Por fim, o artigo 953 dispõe:

“O disposto nos três artigos anteriores aplica-se também no caso de indenização devida por quem, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe a lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.” (O artigo 950 disciplina a indenização no caso de homicídio).

Como se pode ver, o artigo 951 não difere do atual artigo 1.538 do Código Civil vigente na parte que determina ao ofensor indenizar a vítima das despesas de tratamento e dos lucros cessantes. No entanto, acrescenta o direito à indenização de outro prejuízo que a vítima prove ter sofrido, afastando-se, neste ponto, do texto atual. A redação remete, pois, à apreciação judicial os demais prejuízos. Cumpre assinalar que o artigo 186 agasalha a indenização do dano moral. Duas posições se vislumbram possíveis, a partir da dicção dos dispositivos: a) enquadrar o dano estético nos outros prejuízos previstos no artigo 951; b) englobá-lo no dano moral, contemplado no artigo 186. Pertinente apontar que a fórmula genérica constante do artigo 951 poderá ensejar o reconhecimento de outros danos autônomos. Mas não se conjecturar com segurança acerca de como evoluirá a interpretação a partir do novo teor.

Também o artigo 952 não discrepa significativamente, apenas apresentando uma inovação, possibilitando ao ofendido exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Enfatiza-se a responsabilidade dos profissionais no artigo 953.

#### 4.3 LEIS ESPECIAIS: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Em capítulo anterior, mencionaram-se as características e tendências do Direito Civil contemporâneo. Dentre estas, aludiu-se ao surgimento dos microsistemas jurídicos. Em meio

a tais sistemas específicos, entende-se pertinente destacar o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 11.09.90).<sup>169</sup>

Trata-se de um conjunto de normas cujo intento é o de tutelar os interesses fundamentais de toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço na condição de destinatário final.

Importante inseri-lo no presente capítulo devido ao seu objetivo de proteção da pessoa, encarada como consumidora.

Dentre as leis especiais que hoje compõem o painel disciplinador da responsabilidade civil, confere-se realce ao Código de Defesa do Consumidor por duas razões, fundamentalmente. Em primeiro lugar, porque traz em seu bojo a preocupação fundamental de proteção da pessoa (sob o ponto de vista do consumo). Em segundo lugar, pelo modelo adotado, no que tange à defesa da pessoa consumidora, como se verá adiante.

A revolução industrial veio acompanhada pelo surgimento de novos danos. Particularmente, no campo ora tratado, é de considerar-se que a produção defeituosa de determinados produtos e sua distribuição no mercado consumidor geraram danos de significativo alcance. Foram verdadeiras catástrofes, de domínio público mundial, as quais podem ser aqui lembradas.

A ingestão do sedativo Talidomida, durante o período gravídico, provocou deformidades físicas em milhares de nascituros entre 1958 e 1962.

---

<sup>169</sup> “A Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor ou CDC, entrou em vigor em 11 de março de 1991, representando uma considerável inovação no ordenamento jurídico brasileiro, uma verdadeira mudança na ação protetora do direito. De uma visão liberal e individualista do Direito Civil, passamos a uma visão social, que valoriza a função do direito como ativo garante do equilíbrio, como protetor da confiança e das legítimas expectativas nas relações de consumo no mercado” (Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 3. ed. rev., atual., e ampl., incluindo mais de 250 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 32-33).

Um medicamento que se propunha a combater o colesterol - MER-29 - provocou nos Estados Unidos graves efeitos secundários, particularmente lesões na vista, a mais de cinco mil pessoas entre 1960 e 1962.

Recentemente, dois eventos envolvendo medicamentos abalaram a opinião pública brasileira. A distribuição do fármaco Androcur, utilizado no tratamento do câncer de próstata, em diversos Estados brasileiros, falsificado, provocou agravos à saúde e até a morte de consumidores em 1997. No ano seguinte, empresa farmacêutica colocou no mercado pílulas inócuas, acarretando gestações indesejadas em consumidoras que as ingeriram com propósitos anticoncepcionais.

Tais acontecimentos, de graves repercussões e altamente difundidos pela mídia, terminaram por suscitar a reação do legislador. Constatou-se a insuficiência do ordenamento vigente calcado na perquirição da culpa e cuja disciplina generalista não contemplava esta nova sociedade de consumo, oriunda da revolução industrial e tecnológica.

Evidente a alteração acarretada pelas revoluções industrial e tecnológica, no que tange ao dano trazido por produtos defeituosos (o que vem a lume com mais agudez no campo dos medicamentos), urgia uma legislação especial, para regradar tais situações peculiares.

Patenteava-se a questão do risco, percebendo-se que, quem se serve de coisa, cujo uso ou modo de emprego geram riscos potenciais a terceiros, deve responder pelos danos.

O direito do consumidor aparece, desta maneira, na medida em que se impõe aos fabricantes e intermediários, a responsabilidade pela qualidade do seu produto e o dever de transparência para com o público.

A escalada da sociedade industrial gerara um claro desequilíbrio entre fornecedores e consumidores, surgindo a necessidade da criação de mecanismo de proteção e defesa destes últimos.

O direito do consumidor caracteriza-se, portanto, como um direito especial voltado a corrigir os chamados efeitos perversos da sociedade de consumo.<sup>170</sup>

Neste contexto, emerge o Código de Defesa do Consumidor, em resposta às novas necessidades, impostas pela expansão industrial (produção em série, descontrole de produtos).

Forçoso admitir a inadequação do Código Civil para atender a esta nova realidade e seu elenco igualmente novo de conseqüências. Esse diploma legal reconhece o princípio da vulnerabilidade do consumidor. É este um ser vulnerável no mercado de consumo, admitindo-se a sua fragilidade antes, durante e após a contratação.

Não se confunde com a hipossuficiência, característica limitada a alguns consumidores, os quais, além de vulneráveis, vêem-se agravados nessa condição por suas peculiaridades de carência cultural e/ou material.

A vulnerabilidade é universal ao consumidor, não importando sua condição social, cultural ou econômica.

São direitos básicos do consumidor, conforme consagra o CDC, em seu artigo 6º:

- a) a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

---

<sup>170</sup> Arnold Wald, *Obrigações e Contratos*. 12 ed. rev., ampl. e atual. De acordo com a Constituição de 1988 e o Código do Consumidor e com a colaboração do Prof. Semy Glanz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 525.

- b) a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e igualdade nas contratações;
- c) a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;
- d) a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;
- e) a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;
- f) a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;
- g) o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;
- h) a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;
- i) a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. Segundo o sistema do CDC, a responsabilidade pelo fato do produto é disciplinada nos artigos 12 e seguintes da Lei 8.078/90.

A lei do consumidor dedica a Seção I do Capítulo IV aos dispositivos cujo escopo é a proteção do binômio saúde/segurança do consumidor.

Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança do consumidor, exceto os considerados normais e previsíveis. Obriga-se o fornecedor ao dever de informar (art. 8º).

Diferenciam-se duas órbitas de proteção.<sup>171</sup> A primeira, endereçada à incolumidade física e psíquica do consumidor, buscando proteger sua saúde e segurança dos danos causados por produtos defeituosos (os chamados acidentes de consumo). A segunda, dirigida à incolumidade econômica do consumidor, procurando proteger o seu patrimônio dos prejuízos ligados à qualidade e à quantidade dos produtos lançados no mercado.

Por conseguinte, o regramento constante dos artigos 12 e seguintes aplica-se em caso de danos à saúde ou à segurança do consumidor.

Além do aspecto atinente à proteção pessoal, o código também dá guarida à proteção patrimonial, que poderá ser direta, quando não houver violação à incolumidade do consumidor, mas violação aos seus bens, ou, reflexamente, quando em decorrência da violação da incolumidade físico-psíquica, ocorrerem danos patrimoniais.

O perfil das mudanças ensejadas pelo Código restaria incompleto sem menção, conquanto sucinta, à defesa dos direitos dos consumidores adotada pelo estatuto. O modelo escolhido prevê a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas sob duas formas: individual e coletivamente (art. 81).

---

<sup>171</sup> Sílvio Luís Ferreira da Rocha, *Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 64.

O Código privilegiou a tutela coletiva dos consumidores objetivando atender o movimento crescente orientado para a defesa dos interesses difusos e coletivos surgidos no Brasil, sobretudo a partir da Lei 7.347/85.<sup>172</sup>

É a própria lei, no parágrafo único do artigo 81, a explicitar em que condições se exercerá a defesa coletiva.

A defesa do consumidor em juízo, a título coletivo, será exercida quando se tratar de:

“I- interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;”

“II- interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;”

“III- interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

Por esse dispositivo, complementado pelos artigos 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor, o ordenamento pátrio marcou um importante passo no caminho evolutivo das ações coletivas, iniciado pela Lei 7.347/85. O sistema brasileiro abre-se para o tratamento coletivo da tutela de direitos subjetivos individuais, os quais podem ser defendidos isoladamente, mas que também podem ser agrupados em demandas coletivas, dada sua homogeneidade.<sup>173</sup>

Nos interesses difusos, evidencia-se a característica da indeterminação dos sujeitos, os quais estão ligados entre si apenas em virtude de circunstâncias de fato. Os co-titulares dos interesse difusos não possuem vínculos jurídicos formais com a parte contrária. Precisamente

<sup>172</sup> Ibid., p. 119.

<sup>173</sup> Ada Pellegrini Grinover, *A Ação Civil Pública e a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos*. Direito do Consumidor, n° 5, 1993, p. 208-209.

porque estão unidos entre si apenas por circunstâncias de fato, não têm condições de se organizar em grupo, classe ou categoria de pessoas, de modo a abranger todos os possíveis interessados.<sup>174</sup> Em sentido lato, os interesses coletivos abarcam os interesses transindividuais indivisíveis e os interesses individuais homogêneos.

Mazzili<sup>175</sup> recorre à exemplificação com o intuito de diferenciar as espécies. Se dentro de uma série de bens de consumo, vendidos ao usuário final, um deles foi produzido com defeito, o lesado tem interesse individual na indenização cabível. O interesse pode ser individual homogêneo, ligando inúmeros consumidores, quando toda a série de um produto sai de fábrica com o mesmo defeito. Pode ser coletivo, em sentido estrito, quando de um aumento indevido das prestações de um mesmo consórcio. O interesse só será difuso se impossível identificar as pessoas ligadas pelo mesmo laço fático ou jurídico, decorrente da relação de consumo, como os destinatários de propaganda enganosa, veiculada pelos jornais e revistas ou pela televisão.

Enquanto os direitos difusos e os direitos coletivos em sentido estrito devem merecer tutela processual coletiva, já os individuais homogêneos “podem sê-lo ou convém que mereçam tutela desse gênero.”<sup>176</sup>

Precisamente, nas duas primeiras espécies “é sua essência coletiva que não comporta tratamento processual atomizado”, enquanto na terceira “é a uniformidade das posições jurídicas (embora individuais de per si) que recomenda...”<sup>177</sup>

---

<sup>174</sup> Alcides Munhoz da Cunha, *Evolução das Ações Coletivas no Brasil. Revista da Procuradoria-Geral da República* nº 8, 1996, p. 254.

<sup>175</sup> Hugo Nigro Mazzili, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 5 ed. revista, ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 22-23.

<sup>176</sup> R. Mancuso, *Interesses difusos e coletivos*. São Paulo: RT, nº 747, 1998, p. 71.

<sup>177</sup> *Ibid.*, p. 71.

O sistema adotado pela lei possibilita o ajuizamento de ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos. Esta alternativa interessa especialmente ao tema do presente trabalho.

São legitimados para a propositura da ação o Ministério Público; a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor; as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código, dispensada a autorização assemblear (artigos 82 e 91 da Lei 8.078/90).

Em diversas hipóteses e situações, a Ação Civil Coletiva já foi utilizada para defesa de consumidores lesados.

Assim, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação contra os administradores do Osasco Plaza Shopping objetivando a reparação dos danos morais e/ou patrimoniais sofridos por todas as vítimas em decorrência do acidente ocorrido (explosão) em 16.06.96 naquele shopping.<sup>178</sup>

Em outro caso de grande repercussão pública, também o Ministério Público, desta vez do Estado do Rio de Janeiro fez uso ação coletiva visando a indenização de danos materiais e morais sofridos pelas vítimas, em razão do desabamento do Edifício Palace II, ocorrido em fevereiro de 1998.<sup>179</sup>

---

<sup>178</sup> Peça inicial publicada na Revista de Direito do Consumidor nº 21, 1997, p. 196-225.

<sup>179</sup> Sentença publicada na Revista de Direito do Consumidor nº 29, 1999, p.139-149.

Por fim, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais intentou ação indenizatória por danos sofridos pelos consumidores de medicamentos falsificados, Androcur, utilizado no tratamento de câncer da próstata, e Invirase, prescrito para pacientes com Aids.<sup>180</sup>

São exemplos que denotam a importância desta inovação, ora relatada.

A sentença proferida na ação coletiva limitar-se-á a um comando condenatório, de caráter genérico, definidor de ser o réu responsável pelos danos, sem contudo ser lícito ao juiz quantificar esses danos (art. 95). A condenação será genérica, declarando a responsabilidade civil do réu, em face dos danos apurados e o dever de indenizar. A liquidação e a execução da sentença, pelas vítimas ou seus sucessores, será promovida diretamente por estes ou pelos legitimados às ações coletivas (arts. 97 e segs. da Lei 8.078/90).

---

<sup>180</sup> Peça inicial publicada na Revista de Direito do Consumidor nº 29, 1999, p. 198-208.

## **CAPÍTULO V**

### **ALTERNATIVAS À INDENIZAÇÃO DO DANO PESSOAL**

#### **5.1 REPENSANDO A INCAPACIDADE LABORATIVA**

Ao enfrentar-se a responsabilidade em seu aspecto indenizatório, uma série de questões afloram, merecedoras de aprofundamento. Faz-se necessário reavaliar alguns pontos básicos que esteiam concepções atuais.

A primeira questão a ser considerada, à guisa de ponto de partida, é a da incapacidade para o trabalho.

Retomando-se os parâmetros jurisprudenciais pelos quais orientam-se os Tribunais, constata-se que se indenizam as despesas com o tratamento, os lucros cessantes, o dano moral

e o dano estético. Concede-se pensão, de regra vitalícia, diante do grau de incapacidade laborativa.

Pretende-se neste trabalho sustentar a viabilidade de uma indenização que possibilite ao indivíduo lesado, em caráter permanente, não ser alijado, tanto da vida social, como do mercado de trabalho. Mister se faz enfocar detida e atentamente o conceito de incapacidade laborativa (ou perda da capacidade laborativa, incapacidade funcional).

Sob o rótulo de incapacidade laborativa, alinham-se situações fáticas que podem ser diferenciadas, em suas repercussões e conseqüências. Igualmente, sob o ponto de vista dos avanços científicos, médicos e tecnológicos, tais situações e respectivos efeitos se podem apartar ou mesmo aproximar.

Até algum tempo atrás, era impossível que um portador de deficiência visual pudesse trabalhar com computadores, ou que um indivíduo paraplégico conduzisse automóvel. A tecnologia possibilitou tais realidades. Qualificar-se uma pessoa como incapaz implica logicamente excluí-la. Tal exclusão se manifesta não só na vida social, *lato sensu*, mas, sobretudo, no mercado laborativo. Propõe-se substituir a expressão incapacidade (laborativa, funcional) por autonomia.

O significado da palavra *autonomia* vem consignado no Minidicionário da Língua Portuguesa de *Aurélio Buarque de Holanda Ferreira*<sup>181</sup>: “Faculdade de se governar por si mesmo”. E o adjetivo *autônomo* vem explicitado: “que não depende de outro.”<sup>182</sup>

---

<sup>181</sup> 3. ed. revista e ampliada, 2ª impressão, Rio: Nova Fronteira, 1993, p. 57

<sup>182</sup> *Ibid.*, p. 57

Assim, passa-se a distinguir o indivíduo com autonomia laborativa plena ou total daquele com autonomia parcial ou limitada. Para os casos extremos (hoje denominados de portadores de incapacidade laborativa ou funcional) se reservaria a expressão *não-autônomos*.

Preconiza-se, pois, uma mudança de enfoque e abordagem, cujas consequências emergirão no decorrer da exposição, a iniciar-se pelo vernáculo. Os lesados não mais serão rotulados de incapazes (*capacidade é a qualidade que pessoa ou coisa tem de satisfazer para determinado fim*)<sup>183</sup>, mas sim, autônomos total ou parcialmente ou não autônomos.

Os portadores de autonomia parcial e mesmo os não autônomos poderão se beneficiar dos recursos tecnológicos, científicos, médicos, informáticos e, desta maneira, viver mais plenamente, desenvolver suas potencialidades e trabalhar. Trata-se de prover as necessidades especiais apresentadas pelos portadores de lesões permanentes.

Reconhece-se a grande complexidade que a matéria exhibe.

## 5.2 REPENSANDO O DANO À PESSOA (DANO CORPORAL)

Neste trabalho, busca-se estudar o dano à pessoa, especificamente nos casos de atentado à sua integridade física. Assim não se busca investigar o dano à imagem, o dano moral puro, o dano psíquico<sup>184</sup>, ‘restringindo-se a pesquisa às situações em que ocorreu a lesão corporal, tendo-se, contudo, presente, todas as consequências que tais lesões provocam.

<sup>183</sup> Ibid., p. 99

<sup>184</sup> Hernán Daray diferencia o dano moral e o psicológico acentuando o desequilíbrio espiritual de caráter patológico que se produz neste último. Hernán Daray, *Daño psicológico*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, p. 18.

É possível estimar o inestimável? Como calcular o incalculável, eis o desafio que se põe insistentemente aos nossos tribunais. A questão se coloca aos magistrados, na seara da responsabilidade civil, aos quais cabe reduzir a um denominador comum monetário os diversos prejuízos sofridos pelo homem.

A justiça fixa preço a tudo: à honra ultrajada, ao sofrimento físico ou moral, às lesões diversas devidas a ferimentos ou moléstias.

É verdade que o campo indenizatório ampliou-se consideravelmente, a tutela do ser humano cresceu, contudo, o problema persiste: como estimar o inestimável.

A integridade física do homem tem valor inapreciável. Impossível fixar valor a uma perna, um braço a um órgão perdido. Por conseguinte, avaliar o dano pessoal não significa buscar o valor do homem, nem o preço de uma parte do seu corpo, mas estimar as consequências prejudiciais da lesão.

A jurisprudência brasileira indeniza, além dos aspectos relativos à capacidade laborativa, o dano moral e estético sofridos pela vítima. Convém recordar que a cumulação entre os danos estético e moral surge nas decisões recentes. Vislumbra-se nos arestos, inclinação de conformidade com a tendência contemporânea, para a ampliação dos danos indenizáveis (dano moral, dano psíquico, dano sexual, dano estético, dano fisiológico, dano à vida de relação). O alargamento não se baseia em uma abstração, mas na realidade concreta do homem hoje.

O caminho pode ser perigoso, na medida em que sempre poderão surgir novos aspectos indenizáveis e, como se sabe, há de se encarar a responsabilidade civil com realismo. A sua extensão poderá conduzir a limites insuportáveis para o responsável, inviabilizando-se a con-

creta reparação do dano. De outro lado, não se tem como ignorar que o homem concreto ostenta necessidades múltiplas e variadas.<sup>185</sup>

Guido Alpa<sup>186</sup>, ao expor a nova hierarquia de valores da sociedade pós-industrial, assinala uma nova concepção hedonística da pessoa. Ressalta o autor que a proteção ao indivíduo não vem mais considerada em relação à sua capacidade de produzir, mas como pessoa à qual se deve reconhecer uma vida biológica salutar, uma identidade e uma *privacy*, um refúgio das técnicas intensivas da informação e da informática; um ambiente salubre no qual possa viver com serenidade; uma série de produtos e serviços inócuos para satisfazer as suas exigências e seus confortos.

São múltiplos os desafios a serem enfrentados pelos operadores do direito no campo da responsabilidade civil. A indenização integral, o pleno atendimento da vítima e a capacidade do sistema reparatório de responder a tais demandas.

O sistema ideal de indenização seria o que possibilitasse a toda e qualquer vítima, indistintamente, obter uma indenização justa, rapidamente, sem qualquer discussão sobre a culpa do responsável. Será esta aspiração uma utopia? Árdua é a questão da avaliação do dano pessoal.

Isto porque não se trata de atribuir valor pecuniário a um órgão ou membros, o que seria, obviamente impensável, mas o de valorar as conseqüências prejudiciais da lesão. Os reflexos de uma lesão repercutem sob vários aspectos na vida do indivíduo. Mais embaraçosa transforma-se a matéria se o dano sofrido é irreversível, de efeitos permanentes, prolongando-se por toda a existência futura do indivíduo. O tema foi objeto de profunda reflexão construti-

---

<sup>185</sup> José Roberto Neves Amorim sustenta a existência de um direito sobre a história da própria vida. Direito sobre a História da Própria Vida, RT 749/98, p. 124-133.

<sup>186</sup> *Responsabilità civile e danno*, il Mulino, 1991, p.542.

va na Itália. Os estudos lá empreendidos e suas respectivas conclusões inspiraram interesse a esta tese, razão pela qual dedicam-se as próximas linhas à tentativa de resumir a construção doutrinária e jurisprudencial erguida com especial sensibilidade pelos juristas italianos.

### 5.3 DANO À PESSOA E RENDIMENTOS DO TRABALHO

A jurisprudência da Itália, até meados dos anos setenta, seguia a linha tradicional do ressarcimento do dano à pessoa. Equacionava-se o prejuízo, relacionando-o com a capacidade da vítima em produzir rendimentos. Igualmente, para o caso de morte, o rendimento do falecido revelava-se um dado imprescindível.

A mensuração tinha, pois, por base, o rendimento da vítima, seu sexo, sua idade e a gravidade da lesão. Com estes dados, tornava-se possível capitalizar o dano, atualizando-o, em relação à duração da vida laborativa do lesado. Segundo o método tradicional, o dano não consiste na perda da vida ou da lesão em si, mas nas suas consequências patrimoniais, fixadas sobre a base da capacidade laborativa do sujeito.

Sob esta perspectiva, o dado pressuposto para o cálculo do dano à pessoa foi por muito tempo seu rendimento efetivo, virtual ou figurativo, já que é sobre o rendimento que repercutem as consequências lesivas do evento.

Ao lado deste dano, cujo parâmetro é a perda da capacidade laborativa do sujeito, reconhece-se o dano não patrimonial ou moral, o qual pretende reparar o *pretium doloris*, ou seja, a dor sofrida pela vítima em consequência da lesão.

Entre o dano econômico em sentido estrito e o dano moral, ao fim dos anos 30, foi inventada pela jurisprudência a figura do dano à vida de relação, cuja função era exatamente a de considerar o homem também por outras capacidades, a respeito daquelas derivadas da possibilidade de produzir rendimento.

Em outros termos, sustentou-se que os reflexos da lesão à integridade física da pessoa se produzem também sobre outros aspectos da sua vida e, também estes merecem tutela, porquanto se traduzem em conseqüências patrimoniais estimáveis.

O reconhecimento do dano à vida de relação deve ser destacado como um momento relevante na evolução doutrinária italiana, uma vez que irá desembocar no sistema denominado alternativo na liquidação do dano à pessoa, iniciado pela jurisprudência genovesa.<sup>187</sup>

Tal concepção inova, ao ponderar que a capacidade de trabalho e o rendimento produzido pela vítima não são os únicos elementos a serem levados em conta para valorar o dano à pessoa, posto que a lesão produz a redução do seu bem estar psicofísico, impedindo-a de viver da melhor maneira.

Segundo Franzoni,<sup>188</sup> a inovação deu-se no campo dos direitos da personalidade.

O emprego socioeconômico dos direitos da personalidade não vinha reconhecido patrimonialmente, fora da situação laborativa, como produtor de rendimento.

Agora, tende-se a atribuir valor econômico à utilização dos direitos da personalidade, ainda que fora da relação de trabalho.<sup>189</sup>

---

<sup>187</sup> Massimo Franzoni, *Il danno alla persona*. Milano: Giuffrè, 1995, p. 19.

<sup>188</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>189</sup> Alain Seriaux em artigo intitulado "La notion juridique de patrimoine" (*Revue Trimestrielle de Droit Civil*, nº 4, 1994, p. 801-813 analisa a questão do "ter" e do "ser", assinalando que conquanto o domínio do ter tenda a ampliar-se em razão de uma patrimonialização de certos bens extrapatrimoniais, também se observa o movimento contrário, no sentido de extrapatrimonialização (duplo movimento). O resultado do fluxo e refluxo é a formação, em torno do núcleo duro que representam os bens patrimoniais em estado puro (os bens que podem

A mudança de perspectiva levou a identificar no bem saúde o objeto de tutela e a atribuir a este bem a qualificação de valor de uso da pessoa, distinto do seu valor de troca, o qual se extrai da sua capacidade de produzir rendimento mensurável com critérios de mercado.

Afirmando-se valor de uso da pessoa, emprega-se uma expressão de síntese, a qual permite resumir uma proposição mais complexa: a saúde não tem relevo de per si, mas enquanto veículo para conseguir utilidades e prazeres valoráveis economicamente.

Em suma, a fonte do dano reside na impossibilidade de exercer o bem saúde, e não na sua supressão ou na lesão do bem em si.

O protótipo do dano não vai mais identificado na lesão de bens do patrimônio, mas no complexo de utilidades das quais pode fruir a pessoa, com a conseqüente necessidade de redefinir a própria concepção de patrimonialidade do dano.<sup>190</sup>

#### 5.4 O DANO À SAÚDE COMO FONTE PRIMÁRIA DO DANO À PESSOA

Remonta ao ano de 1974 a primeira sentença genovesa que inovou corajosa e polemicamente<sup>191</sup> a técnica de valoração do dano à pessoa.

Esta abordagem, rotulada de dano biológico, consolidou-se na práxis forense. Seu perfil acha-se mais ligado às sentenças que à elaboração teórica. O dano biológico é filho do direito vivente, solidificou-se na práxis forense. O caminho percorrido pelos tribunais foi longo e acidentado, como se poderá vislumbrar a seguir.

---

indiferentemente trocar de titulares) de todo um complexo de bens de natureza mista cujo estudo se acha ainda por fazer.

<sup>190</sup> Massimo Franzoni, op. cit. p. 199.

<sup>191</sup> Guido Alpa, *Il danno biologico*. Padova: Cedam, 1993, prefácio à 2. ed., IX.

Consoante o modelo tradicional de liquidação, o ganho era o parâmetro do dano à pessoa. Ao lado da perda de rendimento, emergiram outras figuras ulteriores, tais como o dano à vida de relação, o dano estético, o dano à esfera sexual do sujeito.

A jurisprudência oscilava a respeito do dano à vida de relação: tratava-se de dano patrimonial ou extrapatrimonial?

O processo de elaboração jurisprudencial que conduziu ao nascimento do dano à saúde passou por dois momentos distintos.<sup>192</sup> O primeiro concentrou-se na censura contundente ao método tradicional de liquidação do dano à pessoa. Criticou-se a adoção do conceito de capacidade laborativa genérica, porquanto inidôneo a representar alguma espécie de dano à pessoa, já que não descreve nem as limitações incidentes especificamente sobre a atividade laborativa e seu rendimento, nem o estado geral de bem estar físico, melhor compreendido no conceito de validez.

Atacou-se, ademais, a disparidade de tratamento concedido a vítimas portadoras de invalidez genérica semelhante, que fruísem, todavia, rendimentos diversos.

Criticou-se, de outro lado, o conceito de invalidez laborativa específica, porquanto também este seria fruto de presunções, apoiadas em justificativas às vezes insatisfatórias.

Por último, repreendeu-se o procedimento através do qual se atribuía um rendimento a sujeitos que não desenvolviam atividades remuneradas.

Em suma, o método tradicional padecia de um prejuízo de fundo, o de pretender a todo custo conduzir o dano à pessoa ao lucro cessante, à perda de rendimento, ainda que inexistente em muitos casos.

---

<sup>192</sup> Massimo Franzoni, op. cit. p. 171.

O segundo momento é lógico e reconstrutivo. Considera que a perda de rendimento não é a única forma de dano ressarcível à pessoa, além do dano moral. Também a lesão da integridade físico-psíquica do sujeito vai indenizada, ingressando no objeto da tutela do artigo 32 da Constituição (tutela da saúde como direito fundamental do indivíduo).

Esta última espécie de dano se coloca como *tertium genus* entre o dano patrimonial em sentido estrito e o dano moral.

Enquanto lesão da integridade psicofísica, tal espécie é comum a todo sujeito e deve, por conseguinte, ser liquidada de modo igual. O dano patrimonial em sentido estrito, contrariamente, deve ser estimado e liquidado de modo diverso. Pode, por outro lado, não subsistir, nas hipóteses nas quais falte a prova de uma concreta diminuição de rendimento devida à lesão.

Assim, consiste o dano biológico em um método de liquidação e um tipo de dano.<sup>193</sup>

A interpretação parte do dano psicofísico, dos valores de vida e da fruição do ambiente natural ou social, atingidos por um evento lesivo da saúde. A lesão é em si considerada, sem relação à capacidade de produzir rendimento. Inere-se que a saúde é um bem tutelado em todo indivíduo, a lesão à saúde comporta ressarcimento para todos os prejudicados, indistintamente.

Atentando-se que os seus efeitos incidem sobre a vida do indivíduo, conclui-se que este dano, assim delineado, melhor que ser intitulado como antes, de “dano à integridade física”, se considera nas dimensões mais articuladas da sociedade hodierna e, englobando o dano físico, se denomina “dano biológico”.

---

<sup>193</sup> Guido Alpa, *Il danno biologico*, p. 3.

Apresenta-se o dano biológico com as seguintes características, consoante expõe Guido Alpa<sup>194</sup>:

- a) trata-se de uma categoria unívoca, abarcando o dano à vida de relação, o dano estético, o dano às amenidades da vida e à serenidade familiar (este de criação jurisprudencial minoritária), a redução da capacidade laborativa genérica;
- b) é espécie autônoma, a respeito do dano patrimonial ligado à capacidade laborativa específica e ao rendimento produzido,
- c) independe do rendimento, porquanto o dano é liquidado para todos, indiferentemente;
- d) tem caráter patrimonial, porque o bem da saúde faz parte do patrimônio complexo do indivíduo, é um valor economicamente avaliável;
- e) é categoria originariamente jurisprudencial, uma vez que o dano biológico é figura criada pela práxis dos tribunais.

Arremata Alpa<sup>195</sup> a respeito do novo caminho, assinalando que seu intento é o de fornecer critérios de avaliação do dano à pessoa mais eficientes em sentido econômico, mais adequados ao ditado normativo, em particular às normas constitucionais, mais conformes com a consciência social. O novo método moveu-se de intentos igualitários, mas não necessariamente niveladores.

Pertinente assinalar alguns pontos que permitem delinear e compreender a nova noção construída pela jurisprudência italiana.

---

<sup>194</sup> Ibid., p. 3-4.

<sup>195</sup> Ibid., p. 5.

Segundo Franzoni,<sup>196</sup> os estudos sobre o dano biológico trouxeram a lume que na noção de patrimônio entram também as utilidades e valores as quais, mesmo não sendo patrimoniais, criam situação de vantagem para o sujeito, apreciáveis economicamente. A ênfase geralmente colocada sobre a necessidade de considerar a vida do homem nas suas atividades extralaborativas leva a valorar a pessoa igualmente por seus comportamentos que são possíveis se existe um estado de completo bem-estar psicofísico.

O autor reproduz trecho de aresto prolatado pelo Tribunal de Cassação, no qual se afirma:

“O direito à integridade psicofísica, ainda que tenha também natureza patrimonial, deve levar em conta todas as possibilidades de desenvolvimento da pessoa, atuais e futuras.”<sup>197</sup>

Visualiza-se a integridade psicofísica ligada à soma das funções naturais que dizem respeito ao sujeito em seu ambiente de vida e apresentando relevância não só econômica mas também biológica, social, cultural e estética.

Atribuir um valor à pessoa, além da sua capacidade de produzir rendimento, significa reconhecer que esta vale por si, pelo seu valor de uso. A lesão da sua saúde produz, pois, conseqüências danosas, porque complexivamente priva o homem das faculdades que lhe propiciam um estado ideal de bem estar psicofísico. A lesão à saúde se traduz na maior dificuldade de manter relações sociais, no dispêndio de energia de reserva, na impossibilidade de desenvolver atividades normais dirigidas à produção autônoma de bens e de serviços para o consumo próprio.

---

<sup>196</sup> *Il Danno alla Persona*, p. 223.

<sup>197</sup> Cass. 30.1.90, n.645, in *Il Danno alla Persona*, p. 223

O dano biológico conduziu à criação de método alternativo de liquidação do dano à pessoa. A saúde como objeto de tutela vinha considerada em sede exclusivamente publicística.<sup>198</sup>

A leitura dá-se agora em conexão com a responsabilidade civil.

O dano à saúde revela-se um conceito útil para racionalizar e sistematizar o dano à pessoa, com o preciso escopo e reduzir a duplicação das espécies de danos. O dano à saúde é compreensivo do dano biológico. Quando o dano biológico compromete a saúde em consequências que ultrapassam o cumprimento dos atos essencialmente existenciais, da mais imediata e direta expressão da integridade psicofísica, acarretando comprometimento do modo de ser da pessoa em um círculo bastante mais amplo e mais estritamente individual, representado pelas relações interpessoais, da vida de relação, da exteriorização, em sentido mais geral, da capacidade e eficiência social, o prejuízo vem expresso na dicção *dano à saúde*. Em outros termos, trata-se de um prejuízo mais amplo e pessoal com respeito ao dano biológico.<sup>199</sup>

Consoante escreve Nannipieri<sup>200</sup>,

“...o dano à saúde no seu amplo significado constitucional (arts. 2 e 32 da Constituição) pode ser definido como qualquer alteração em relação causal com o fato danoso, de natureza temporária ou de natureza permanente ou de ambas, do estado de saúde física e/ou psíquica da pessoa que o impede de gozar a vida na mesma medida em que gozava antes do evento, independentemente de qualquer referência à capacidade produtiva do sujeito e à *pecunia doloris*”.

<sup>198</sup> Consoante Francesco Busnelli, “Quale Futuro Per Il Danno Alla Salute”, in *La Valutazione del Danno alla Salute*, a cura de M.Bargagna e F.D. Busnelli, Padova: Cedam, 1995, p. 8, o cenário dos anos 90 registra o processo de *dilatação da tutela da saúde ao interno da responsabilidade civil*, ao longo de uma linha de homologações sucessivas de que a saúde conduz ao bem-estar, à serenidade, à liberdade sexual, à privacidade, à felicidade, em uma palavra, à capacidade de gozar a vida; de outro lado, um processo de concentração na tutela da saúde de um objetivo primário de proteção da pessoa enquanto tal, destinado a assegurar um denominador comum mínimo entre responsabilidade civil e segurança social.

<sup>199</sup> Marino Bargagna, “Lo Stato Attuale Della Valutazione Del Danno Alla Salute In Medicina Legale”, in *La Valutazione del Danno alla Salute*, op. cit. p. 23.

<sup>200</sup> Antonio Nannipieri, “La Liquidazione del Danno alla Salute”, in *La Valutazione del Danno alla Salute*, op. cit. p. 70-71.

As sentenças genovesas desencadearam uma ampla reflexão doutrinária, transformando-se em referência a todos os que sucessivamente enfrentaram o tema do dano biológico. A questão foi também enfrentada pela Corte Constitucional. Em 1979, aquele Tribunal assenta que a expressão *dano não-patrimonial* é ampla e geral, referindo-se a qualquer prejuízo que se contraponha, em via negativa ao patrimonial, caracterizado pela economicidade do interesse lesado.<sup>201</sup>

Segue-se que o âmbito de aplicação dos artigos 2.059 do Código Civil e 185 do Código Penal estende-se até a abranger todo dano não diretamente suscetível de valoração econômica, compreendido o dano à saúde.<sup>202</sup>

O bem saúde é tutelado constitucionalmente, não só como interesse da coletividade, mas ainda e sobretudo como direito fundamental do indivíduo, configura-se como um direito primário e absoluto, plenamente operante nas relações entre privados.<sup>203</sup>

Por conseguinte, afirma a Corte Constitucional, a indenizabilidade não pode ser limitada às consequências da violação incidentes sobre atitudes produtoras de rendimento, mas deve compreender também os efeitos da lesão ao direito, considerado como posição subjetiva autônoma, independente de qualquer outra circunstância e consequência. Isto deriva da proteção primária concedida pela Constituição ao direito à saúde como a todas as outras posições subjetivas de conteúdo essencialmente não-patrimoniais, diretamente tuteladas.<sup>204</sup>

Em 1986, registra-se um importante pronunciamento da Corte Constitucional<sup>205</sup>, no qual são fixados alguns pontos elucidativos a respeito da novel figura. A decisão estabelece que o

---

<sup>201</sup> Corte Constitucional, 26 de julho de 1979, n. 88. Guido Alpa, *Il Danno Biologico*, p. 174.

<sup>202</sup> *Ibid.*, p. 174.

<sup>203</sup> *Ibid.*, p. 174.

<sup>204</sup> *Ibid.*, p. 174.

<sup>205</sup> Corte Constitucional, 14 de julho de 1986, n. 184. Guido Alpa, *Il Danno Biologico*, p. 256.

dano biológico constitui o evento do fato lesivo da saúde, enquanto o dano moral subjetivo e o dano patrimonial pertencem à categoria do dano-consequência em sentido estrito.

O dano biológico ou fisiológico é dano específico, é um tipo de dano, identificando-se com um tipo de evento. O dano moral subjetivo é, em vez, um gênero de dano consequência, que pode derivar de uma série numerosa de tipos de evento, como gênero de dano consequência, condição objetiva de ressarcibilidade é o dano patrimonial, que, por sua vez, pode derivar de diversos eventos típicos.<sup>206</sup>

A Corte preocupa-se com a precisão terminológica. Assim, podem ser usadas indistintamente, como faz a doutrina, as expressões *dano biológico* e *dano fisiológico*, já que ambas põem a ênfase sobre o evento, naturalístico, interno à estrutura do fato lesivo da saúde. Toda vez que se entenda a saúde como condição naturalística da integridade psicofísica do sujeito ofendido, a locução *dano à saúde* é equivalente às expressões precedentes.<sup>207</sup>

Salvo esta hipótese, o termo *saúde* evoca primeiramente o bem jurídico constitucionalmente tutelado pelo artigo 32 da Constituição e ofendido pelo fato realizativo da diminuição da integridade psicofísica do sujeito passivo. Neste sentido, a lesão da saúde, do bem jurídico saúde, pertence a uma dimensão valorativa, distinta da naturalística. A diminuição da integridade psicofísica do sujeito é evento naturalístico, efetivo, a ser provado em cada caso. A lesão jurídica ao bem saúde se concretiza no momento mesmo em que se realiza, inteiramente, o fato constitutivo do ilícito.

É mais correto falar de lesão da saúde, do bem jurídico saúde, e não de dano à saúde, deixando ao termo *dano* a acepção naturalística que, de regra, assume em sede privatística.<sup>208</sup>

---

<sup>206</sup> Ibid., p. 262.

<sup>207</sup> Ibid., p. 262.

<sup>208</sup> Ibid., p. 263.

Quando se fala em dano à saúde, frisa a decisão, para evitar equívocos, deve-se precisar claramente. Ou se usa o termo *saúde* no significado naturalístico da integridade fisiopsíquica do sujeito ofendido (e neste caso dano à saúde é o perfeito equivalente de dano biológico ou dano fisiológico), ou se emprega o termo *saúde* na dimensão jurídico-constitucional, de bem jurídico (e neste caso o dano à saúde é um dano juridicamente valorado, consituindo a essência antijurídica do fato ilícito, dano presumido).

O acórdão reconhece o direito à saúde, como direito fundamental da pessoa humana, as-sentando que o artigo 32 da Constituição integra o artigo 2.043 do Código Civil, completan-do-lhe o preceito primário.

Destaca que a interpretação combinada dos dois artigos importa em releitura constitui-cional de todo o sistema codicístico do ilícito civil.<sup>209</sup>

A interpretação judiciária iniciou a revisão de algumas noções tradicionais. Da experi-ência judiciária nasceram o dano à vida de relação, o dano à esfera sexual, o dano estético (que não incide sobre a capacidade de ganho), etc. e foram levadas em consideração, por exemplo, hipóteses de invalidez mínima permanente não influentes sobre o rendimento do sujeito além daquelas relativas a períodos de doença temporânea durante a qual o trabalhador continuou a perceber a retribuição integral. Tudo isso constituiu o precedente jurisprudencial imediato do dano biológico.

O fato de que as exigências inovadoras tenham partido da experiência, inspiradas em valores, pessoais, explicitamente garantidos pela Carta Magna, constitui-se em garantia de

---

<sup>209</sup> Ibid., p. 270.

verdade das mesmas, ainda que deixem ainda a doutrina em estado de incerteza quanto à estrada a tomar para alcançar a exata resposta às mesmas exigências.<sup>210</sup>

Por último, o aresto enfrenta a questão da liquidação do dano biológico. Adverte que não propõe uma determinação e liquidação dos danos indiferenciada. Recorda que a jurisprudência de mérito mais recente assume que o critério liquidativo deva resultar correspondente a uma uniformidade pecuniária de base (o mesmo tipo de lesão não pode ser valorada de maneira completamente diversa de sujeito a sujeito). Contudo, deve haver elasticidade e flexibilidade para adequar a liquidação de cada caso à efetiva incidência da diminuição sobre as atividades da vida quotidiana, através das quais, em concreto, se manifesta a eficiência psicofísica do sujeito lesado.

## 5.5 A QUANTIFICAÇÃO DO DANO À SAÚDE

Matéria polêmica e discutida é a questão da quantificação do dano à saúde. A tarefa apresentou-se particularmente difícil. Avalia-se o dano em relação aos elementos que o compõem. No caso do dano à saúde, os elementos não se achavam perfeitamente delineados. De outro lado, a metodologia de apuração pressupunha novos parâmetros de verificação médico-legal. Acrescente-se a tudo isso a tentação de buscar subsídios junto a figuras já conhecidas e indiscutidas, tais como o dano econômico e o dano moral.

Aponta a doutrina<sup>211</sup> os diversos critérios:

---

<sup>210</sup> Ibid., p. 270-271.

<sup>211</sup> G. Ponzanelli e G. Comandè, "Il Contributo della Dottrina" in *La Valutazione del Danno alla Salute*, op. cit. p. 64-65; Antonio Nannipieri, op. cit. p. 73; Massimo Franzoni, *Il Danno alla Persona*, op. cit. p. 243-276; Bus-

- a) critério automático, abrangendo o método do rendimento médio nacional *per capita* e o método do triplo da pensão social;
- b) critério balizado pela despesa pública despendida *per capita* pela administração pública;
- c) critério eqüitativo puro ou baseado sobre o valor que deve ser atribuído aos *opportunity costs*;
- d) método da liquidação por ponto.

Entre as várias opções, sinala-se a orientação freqüentemente acolhida pela jurisprudência, consistente na adoção de critérios uniformes, sem, contudo, relegar a adequação ao caso concreto. Esta última tendência busca justificação no princípio da paridade de tratamento entre as vítimas. Entende-se que, desta forma, agiliza-se a previsão do *quantum* e adequa-se o valor indenizatório às exigências reparatórias, além de apreciar-se as peculiaridades da hipótese concreta. Aduz-se que a incidência da lesão à integridade psicofísica não é jamais idêntica para todos os casos.

Os diversos critérios acima arrolados apresentam prós e contras como se verá a seguir.

O dano biológico é comum a todos os que, em conseqüência de uma lesão, sofram comprometimento do seu direito à saúde, constitucionalmente previsto. Não é um dano que produza conseqüências negativas sobre o rendimento. Conseqüentemente, deve ser liquidado de modo igual para todos os prejudicados, levando-se em conta somente a idade e a gravidade da invalidez temporária ou permanente. Conclui-se que o cálculo do dano deve partir da *renda média nacional per capita* conhecida oficialmente ao momento da decisão.<sup>212</sup>

---

nelli, Francesco D. "Quale Futuro per Il Danno alla Salute" in *La Valutazione del Danno alla Salute*, op. cit. p.

3-7

<sup>212</sup> Massimo Franzoni, *Il Danno alla Persona*, p. 183-185.

Acórdão prolatado pelo Tribunal de Gênova em 25 de maio de 1974<sup>213</sup> explicita os passos seguidos para a concreta liquidação do dano biológico. Partiu-se do valor do produto nacional bruto em 1972 e da renda média *per capita* daquele ano. Considerou-se que a renda média *per capita* aumentou no curso do decênio 1962-1972 cerca de 10,5% ao ano e no quinquênio 1967-1972, na medida anual de 10%. Infere-se que sobre a base destes elementos se possa prever corretamente a provável taxa de aumento futura da renda média *per capita* na medida mínima de 6% ao ano. Este é o percentual a ser levado em conta para fins do cálculo da renda vitalícia que deve ser a referência para determinar a soma relativa a um determinado dano biológico permanente.

Estabelecidos estes dados, concluiu-se que o dano sofrido pelo autor da ação (calculado também com referência às tabelas de mortalidade oficiais, relativas à população no período de 1960-1962 e distintas por sexo) alcançava a cifra de 53.670 (cinquenta e três mil, seiscentos e setenta) liras para os trinta dias de invalidez relativa de 50% e a 1.505.530 (um milhão, quinhentos e cinco mil, quinhentos e trinta) liras calculadas segundo uma taxa de capitalização antecipada semelhante à legal, para a invalidez permanente de 3% (o autor tinha 41 anos à data do sinistro).<sup>214</sup>

Há tribunais que tomam como ponto de partida o cálculo do *triplo da pensão social*, aplicando-lhe os coeficientes de capitalização para o cálculo das rendas vitalícias, multiplicado pelo percentual de invalidez permanente. O primeiro pronunciamento da Suprema Corte de Cassação admitindo este critério individualizou, desta forma, o valor econômico convencional do homem. Foi seguido de outro pronunciamento, o qual não excluiu que o juízo equitativo pudesse formar-se tomando por base o triplo da pensão social. Sobre o resultado obtido, opera-se uma redução

---

<sup>213</sup> Alpa, Guido. *Il Danno Biologico*, p.145-156.

<sup>214</sup> O autor obteve ainda indenização do dano moral e material (despesas médicas e despesas com a reparação do veículo)

ou um acréscimo em via eqüitativa, levando-se em conta a gravidade da lesão e de toda outra circunstância idônea a personalizar o dano.<sup>215</sup>

A orientação da Corte de Cassação, antes mencionada<sup>216</sup> pondera que, na valoração do dano biológico, ausentes elementos seguros para a determinação do valor biológico do homem, o único critério utilizável é o eqüitativo. Contudo, aceitável a opção adotada pelo juízo monocrático pelo critério oferecido pela lei que regula a responsabilidade civil para a circulação de veículos e de embarcações. Atribui-se, assim, o limite mínimo da lei: o valor não inferior a três vezes o montante anual da pensão social.

Este critério mereceu críticas: afirmou-se que o mesmo subentende a idéia tradicional do dano à pessoa ligada a uma perda de rendimento, se bem que figurada ou virtual.

Em meio ao debate, emerge uma solução apresentada por Paradiso, a qual não mereceu acolhida por parte da jurisprudência.<sup>217</sup> Sustenta-se que cada sujeito é destinatário de uma fração da despesa pública despendida anualmente em bens e serviços da organização pública. Esta despesa *per capita*, a qual se traduz em uma espécie de renda anual, constitui a base para o cálculo do dano biológico. A concepção foi rotulada de difícil aplicação, face à complexidade do cálculo.

O Tribunal de Pisa buscou na jurisprudência e na doutrina (escola pisana) indicações de fundo, objetivando construir um novo critério. Analisando numerosos precedentes concernentes à liquidação das pequenas lesões (permanentes, mas que não repercutem na capacidade de ga-

---

<sup>215</sup> Massimo Franzoni, op. cit. p. 245.

<sup>216</sup> Corte de Cassação, 16 de janeiro de 1985, n. 102. Guido Alpa, *Il danno biologico*, op. cit. p. 202-206.

<sup>217</sup> Massimo Franzoni, op. cit. p. 276.

nho), chegou ao parâmetro buscado, isto é, ao valor médio inicial do ponto, ou seja, o valor que medianamente vem atribuído a cada indivíduo por cada *ponto* de invalidez verificado.<sup>218</sup>

Em resumo, liquida-se o dano biológico atribuindo um valor a cada ponto de invalidez e operando corretivos para mais ou para menos até o limite de 50% (cinquenta por cento) do valor-base.

Sem dúvida, este critério revela-se de aplicação prática e simples, entretanto, seus críticos chamam atenção para os inconvenientes: ele contém uma arbitrariedade consistente na predeterminação da medida do ponto.

Nannipieri acredita que o valor fixado através deste critério, suscetível de aumento de 50%, possibilita, sem dúvida, um critério objetivo predeterminado e racional à equidade do caso concreto. Torna possível, ademais, receber na jurisprudência italiana os elementos positivos das experiências francesa (*calcul au point*) e inglesa (*personal approach*).<sup>219</sup>

Os elementos e circunstâncias específicos do caso concreto a serem sopesados são a idade do lesado e, portanto, a permanência mais ou menos longa da lesão em relação à provável vida futura que, como é sabido, é de mais longa duração para as mulheres; a espécie ou gravidade da diminuição, sua natureza e características; as deficiências porventura preexistentes ao evento, bem como as posteriores, uma vez que um prejuízo incide de maneira diferente sobre o sujeito plenamente válido e uma que apresentava deficiência.

Leva-se em conta, outrossim, o juízo técnico valorativo médico-legal; a incidência da lesão sobre as atividades da existência quotidiana, em seus múltiplos aspectos, extralaborativos, familiares, sociais, culturais, de lazer e outros, compreendidos os concernentes ao

---

<sup>218</sup> Antonio Nannipieri, *La Liquidazione del Danno alla Salute*. La Valutazione del Danno alla Salute a cura di M. Bargagna e F.D. Busnelli, p. 73.

<sup>219</sup> *Ibid.*, p. 73.

relacionamento sexual; a perda de chances de trabalho; o maior esforço ou maior desgaste sofrido pelo lesado, de maneira a influir negativamente em suas condições de trabalho ou em seu estado de saúde.

Finalmente, consideram-se os tratamentos médicos futuros, inclusive cirurgias; a capacidade de reação e adaptação à lesão (geralmente mais reduzida em idosos) e todas as situações particulares que, mesmo relevantes, escapam a um rol completo. Somente a jurisprudência poderá, caso a caso, individualizar tais repercussões, porquanto dizem respeito a conseqüências específicas e concretas da lesão sobre dada pessoa, não apresentando uniformidade para todos os lesados.

Nannipieri<sup>220</sup> exalta as vantagens da pesquisa e individualização de novos corretivos, pois o julgador é solicitado a aprofundar todos os aspectos do caso e contribui para criação do precedente, o qual, por sua vez, assume um papel determinante na formação do direito vivente.

Além dos métodos antes referidos, alguns tribunais aplicam o critério equitativo puro. Assim, a Corte de Cassação<sup>221</sup> assinalou que não existe um critério objetivo para a exata determinação do equivalente econômico pecuniário da diminuição de um valor patrimonial intrínseco. Assim, tabelas ou índices, elaborados com referência à espécie e duração da diminuição anátomo-funcional do organismo humano, parâmetros legais, podem revelar-se instrumentos adequados, embora a sua aplicação seja resultado de uma prudente apreciação do juízo de primeiro grau.

Deve reconhecer-se que, para a liquidação do dano biológico o único critério válido é o equitativo. Com base nos artigos 2056 e 1226 do Código Civil, devem ser valoradas todas as circunstâncias específicas, objetivas e subjetivas do caso concreto (gravidade das lesões, duração do período de invalidez, eventuais seqüelas permanentes, idade, atividade desenvolvida, condições sociais e familiares, etc.) que apresentem relevância jurídica e patrimonial.

---

<sup>220</sup> Ibid., 74-75.

<sup>221</sup> Corte de Cassação, 11 de fevereiro de 1985, n. 1130. Guido Alpa, *Il danno biologico*, p. 196-201.

O método equitativo também mereceu a aprovação do Tribunal de Gênova<sup>222</sup>. Assentou-se que na liquidação do dano pode-se utilizar as tabelas de 1922, acrescentando-se um componente a título de liquidação equitativa do prejuízo à saúde e à integridade física.

## 5.6 DANO À SAÚDE E OUTRAS ESPÉCIES DE DANO

Observa com propriedade Alpa<sup>223</sup> que um dos métodos da construção do dano biológico consistiu em unificar a acumulação de espécies de dano de duvidoso fundamento, todos convergentes para a exigência de arredondar o *quantum* a liquidar. Refere-se o autor ao dano estético, ao dano à vida de relação, ao dano à serenidade familiar e assim por diante.

Ponzanelli e Comandè<sup>224</sup>, após destacarem a contribuição da doutrina na construção do novo e racional sistema ressarcitório para o dano à pessoa, partilham da opinião de Alpa. Nesse diapasão, salientam que o dano estético e o dano à vida de relação (denominam de figuras menores de dano à pessoa) restam absorvidos pelo dano à saúde, demonstrando desta maneira sua inconsistência teórica e revelando sua verdadeira natureza: ficções jurisprudenciais úteis no intuito de obviar incongruências do velho sistema, mas de fundamentos incertos.

Como então se situam o dano à vida de relação, o dano estético, o dano à vida sexual, etc., face à figura ora enfocada?

O dano à vida de relação perde a sua autonomia. Todavia, assume relevância no plano do cálculo do dano à saúde, sendo considerado pelo julgador para incrementar o valor inicial (triplo da pensão social ou majoração do valor a ponto).<sup>225</sup>

<sup>222</sup> Appello Genova, 22 fevereiro de 1984. Guido Alpa, *Il danno biologico*, p. 217.

<sup>223</sup> Ibid., p. 82.

<sup>224</sup> G. Ponzanelli e G. Comandè, *Il Contributo della Dottrina. La Valutazione del Danno alla Salute*, p. 45.

<sup>225</sup> Massimo Franzoni, op. cit., p. 291.

O dano estético, o qual se apresenta normalmente como componente do dano à vida de relação (se a lesão estética não influi sobre a invalidez laborativa específica, como é para modelos, atores, apresentadores), segue a sorte daquele, sendo abrangido pela noção de dano à saúde.<sup>226</sup>

Perdem igualmente a autonomia a figura da incapacidade laborativa genérica<sup>227</sup> e o dano à esfera sexual (lesão que comporta a perda ou a diminuição da atividade dos órgãos sexuais, ainda que só em uma de suas funções), integrados no dano à saúde.<sup>228</sup> Pronunciamento do Tribunal de Cassação<sup>229</sup> é elucidativo.

Afirma-se que o dano biológico, como dano à saúde em seu aspecto dinâmico é relevante pelas consequências causadas à vida da pessoa, ainda que não incida sobre a capacidade de produzir rendimento. Tem ele um alcance mais vasto que o dano à vida de relação, o dano estético, o dano à esfera sexual.

Infere-se destas constatações que a liquidação do dano à vida de relação não abarca necessariamente todo o possível dano à saúde com a consequência que, quando a parte tenha pedido além do ressarcimento do dano à vida de relação, também o dano biológico, o juiz deve assegurar em concreto a configurabilidade ou menos de um dano à saúde não coincidente com o prejuízo à vida de relação.

Conclui o aresto que a sentença deve ser cassada em parte, enviando-se o processo à Corte de Apelação, para liquidação do dano biológico, o referido dano à saúde, na sua integridade e bem distinto da indenização atinente à invalidez permanente, devendo estabelecer a coincidência do dano biológico com o dano à vida de relação e eventual dano estético. Ao dano à saúde reconhe-

---

<sup>226</sup> Ibid., p. 294.

<sup>227</sup> Ibid., p. 295.

<sup>228</sup> Ibid., p. 313-314.

<sup>229</sup> N. 3867, em 30.03.92 in "Le Sentenze della Corte di Cassazione", a cura de D. Poletti in *La Valutazione del Danno alla Salute*, op. cit. p. 422.

ce-se a função de absorver figuras de natureza composta e ambígua, tais como o dano à vida de relação, o dano estético, o dano à vida sexual, e uma série de prejuízos diversos.

### 5.7 DANO EXISTENCIAL

O mesmo intento unificador, observado na elaboração do dano à saúde, reaparece na idéia de dano existencial.<sup>230</sup>

Consoante anota Patrizia Ziviz,<sup>231</sup> entrevê-se uma mudança radical de perspectiva, a qual impele a um profundo reexame, não só do papel do juiz, como de todos os juristas em geral. Ontem, os operadores do direito ocupavam-se em folhear leis e repertórios. Hoje, perguntam-se, antes de mais nada, o que é o homem. A autora aponta uma nova espécie de dano, numa dimensão estruturalmente diversa do dano patrimonial e também do dano moral.

O tipo identificado é diverso dos anteriormente conhecidos. Centra-se na verificação das possibilidades distintas de ação da vítima. Parte-se da idéia que o dano repercute diretamente sobre a vítima, obrigando-a a pôr em prática, na vida cotidiana, comportamentos diversos dos que adotava em seu passado.

Novas hipóteses geram novas reflexões e dão nascimento a novas orientações, suscitando aceitação ou rejeição, diante da dificuldade de enquadramento nos padrões já existentes e consolidados.

Através de observações de situações reais, submetidas ao crivo dos tribunais, pode-se perceber e delinear os contornos da nova figura.

---

<sup>230</sup> Patrizia Ziviz, *Alla Scoperta del Dano Esistenziale*, in *La Responsabilità extracontrattuale*, série a cura de Paolo Cendon, Milano: Giuffrè, 1994, p. 41-69.

<sup>231</sup> *Ibid.*, p. 69.

Na Itália, no ano de 1974, uma mulher submeteu-se a uma cistoscopia. Executada negligentemente, acarretou-lhe extirpação do útero, resultando daí uma ação indenizatória promovida contra o cirurgião. Até esse ponto, nada de novo, se esta demanda não tivesse sido acompanhada por outra, autonomamente formulada pelo marido. Postulou, em seu próprio nome, a indenização pelos inconvenientes a ele causados, devidos à impossibilidade de manter, a partir do momento do fato, relações sexuais normais com a sua mulher. O pedido alicerça-se nos reflexos prejudiciais que o autor sustenta ter sofrido em um aspecto significativo da sua própria esfera existencial, refletidos no seu equilíbrio pessoal e diretamente ligados ao ilícito perpetrado pelo médico. Ao marido nada impediria, do ponto de vista biológico, de cultivar relações íntimas com outras mulheres. Trata-se, porém, de um indivíduo casado e que se considera constricto a desenvolver a própria vida amorosa, por força da obrigação de fidelidade exclusivamente com a sua esposa.

A ação foi acolhida pela Suprema Corte (1986) sob o fundamento de que qualquer fato doloso ou culposos de terceiro, o qual acarreta para uma pessoa casada a impossibilidade de relacionar-se sexualmente, é lesivo ao direito do outro consorte à manutenção daquelas relações sexuais. Reconhece-se que tais relações correspondem a um valor estreitamente inerente à pessoa, porquanto referente a um dos traços essenciais do dia-a-dia de cada indivíduo. As renúncias forçadas às alegrias e à plenitude do sexo, mesmo que não reconduzíveis à esfera patrimonial ou não-patrimonial, são passíveis de qualificação como dano injusto.

O Tribunal de Bréscia, chamado a pronunciar-se a respeito de dano sofrido pelos genitores de vítima de acidente de trânsito, acentuou a necessidade de uma indenização, objetivando compensar o contínuo sacrifício pessoal dos mesmos. Enfatizou-se a renúncia dos pais à sua liberdade pessoal, bem como à sua vida de relação, por todo o resto de suas existências, diante da assistência permanente requerida pela filha deficiente.

As decisões destacadas e pioneiras apresentam-se acentuadamente analíticas.

Assim, o Tribunal milanês, julgando pleito similar ao anteriormente exposto, assentou que o dano a ressarcir aos parentes não é suscetível de valoração econômica. Antes, deriva-se da impossibilidade de retomar-se uma vida normal familiar, em relação às condições sociais, econômicas e culturais do núcleo familiar. Menciona-se que o fato lesivo acarretará novas tarefas e obrigações para os familiares: será necessário acompanhar o filho lesado ao encontro periódico com o psicólogo ou o fisioterapeuta, ajudá-lo nas pequenas incumbências quotidianas, nos estudos. O familiar responsável se vê muitas vezes obrigado a mudar de trabalho, contratar uma doméstica e assim por diante.

A nova espécie é muitas vezes assimilada, através de interpretações forçadas, ao dano moral ou ao dano biológico. Guarda-se, com este procedimento, fidelidade a categorias hoje indiscutíveis e consagradas.

Também os efeitos pessoais derivados de agressão à salubridade ambiental provocaram pronunciamentos judiciais.

Reconheceu-se a necessidade de conceder compensação pecuniária a vítimas de ruídos, diante do seu estresse, aborrecimento e exasperação causados pelo barulho excessivo.

Note-se a persistência presente em numerosos arestos no sentido de rotular o prejuízo sob a categoria do dano moral.

Assim, o Tribunal de Milão mandou indenizar, sob a etiqueta do dano moral, os prejuízos sofridos pelos habitantes da zona atingida pelo desastre de Séveso. Os prejuízos correspondiam às limitações da liberdade de ação e de vida, dirigidos a impedir os contatos com as coisas contaminadas e a submissão aos controles sanitários substancialmente coativos.

Imperioso atentar a esta rica fenomenologia emergente perante os tribunais.

É cedo ainda para estabelecer com exatidão as perspectivas que se revelam para o intérprete. O panorama é visivelmente complexo, mas é possível distinguir o fio condutor.

O objetivo que se pretende atingir é o da indenizabilidade, sob etiquetas diversas, de aspectos prejudiciais envolvendo a própria existência da vítima, manifestações que se reportam todas ao agir da vítima, independente de sua renda.

Em várias hipóteses, quer se trate de família, de sexo, de direitos de personalidade, no centro do acontecimento acha-se um indivíduo. Atingido por um ilícito, encontra-se impedido de desenvolver uma ou mais das atividades através das quais concretizava sua dimensão existencial.

A casuística é variada e tende a ampliar-se.

No primeiro exemplo, a corte reconhece a indenização sobre a perda das alegrias afetivo-eróticas; em outra hipótese, vislumbra a compensação a qual faz jus o casal de genitores compelido a passar o resto de sua vida a assistir um filho impedido de desenvolver qualquer atividade autônoma; no terceiro exemplo, evidencia-se a impossibilidade para a vítima de atender às próprias ocupações quotidianas em um ambiente salubre e inquinado.

Não se está diante de um dano patrimonial. O enfoque abordado não envolve a dimensão estritamente econômica do lesado. De outro lado, não se trata da mera dor, sofrimento ou angústia (dano moral).

O tipo de dano, vislumbrado na casuística aqui referida, dirige-se a diferentes possibilidades do fazer, constatando-se para vítima a necessidade de renunciar a comportamentos praticados anteriormente ao fato lesivo.

Assim, não mais pode sair de casa, no caso de violação de sua privacidade, sem ser importunada por curiosos que tenham ciência dos seus movimentos; não mais pode dormir um sono tranquilo na própria casa, atingida pela emissão de barulhos intoleráveis; deve renunciar a ambientes sociais diversos para dedicar-se integralmente à assistência de um parente que se tornou deficiente em razão do ilícito.<sup>232</sup>

A análise desta vertente requer o inventário das atividades realizadoras da pessoa, através das quais ela concretiza a própria dimensão existencial.

O percurso conduz ao dano existencial, categoria única, delineada em consideração à dimensão cotidiana envolvida no fato prejudicial.

Através da criação de um pólo simplificado, torna-se possível individuar mecanismos disciplinares homogêneos e se pode consolidá-lo com a definição de um estatuto válido para todos os prejuízos.

A fragmentação das espécies ressarcitórias traz em si o risco da ingovernabilidade dos mecanismos que presidem o sistema aquiliano. Pretende-se uma sistematização mais satisfatória.

Buscar-se-á clarificar quais são, em concreto, os vários aspectos típicos da compressão existencial, que brotam à volta de uma lesão em determinada situação subjetiva (saúde psíquica, honra, trabalho, salubridade ambiental e assim por diante).

Abre-se caminho a um trabalho dirigido a levantar os possíveis aspectos vitais (atividades quotidianas, relações afetivas ou sociais, atividades culturais e de divertimento) que figu-

---

<sup>232</sup> Relato de vítima do acidente de Goiânia a repórter da Folha de São Paulo enfatizando a rejeição social que sofre: "Recentemente fui a um bar e, quando me levantei para ir ao banheiro, um homem me reconheceu e disse para o amigo para sair da frente porque ia passar uma pessoa radiada." A vítima, de 39 anos, acrescentou que tem medo das doenças que pode desenvolver, adquiriu gastrite e úlcera, perdeu a casa e todos os seus bens, os quais estão enterrados no depósito radioativo, e sonha em voltar a comandar o restaurante que tinha antes do acidente. (Folha de São Paulo, edição de 29.10.97)

ram tuteladas pelo ordenamento. O fito é o de perquirir quais desses aspectos resultarão envolvidos, passo a passo, conforme venha se alterando a situação subjetiva atingida pelo ilícito.

A nova categoria tem seus méritos. Através do ressarcimento do dano existencial, delinea-se para a pessoa uma ampliação da tutela que lhe é concedida, avançando-se além dos limites já consagrados.

Contudo, tal extensão permite identificar limites bem definidos. A estrada escolhida é, de fato, aquela dirigida a ressarcir os comprometimentos existenciais que emergem correlatos a situações subjetivas já tuteladas pelo ordenamento (saúde, trabalho, direitos da personalidade, etc.).

Evita-se, assim, o recurso sistemático à criação de novos direitos, tais como o direito à tranqüilidade familiar, o direito a manter relações com o cônjuge, o direito a escolher entre o aborto e o risco à saúde, originado da maternidade, só para recordar alguns exemplos jurisprudenciais.

O tema não se acha completamente decifrado. Entretanto, Ziviz indica alguns pontos importantes.<sup>233</sup>

As perdas referentes à esfera peculiar do prejudicado deverão ser provadas. É plausível buscar critérios mais fixos, fugindo dessa maneira à mera valoração eqüitativa.

O magistrado é chamado a interrogar-se acerca dos múltiplos aspectos e possibilidades através das quais a pessoa pode exprimir-se, desconsiderando-se a sua simples capacidade de produzir rendimento. É convocado a refletir sobre a estrutura e os meandros da realidade social. Tudo isso para sondar os vários momentos individuais de caráter cultural, social, esportivo,

---

<sup>233</sup> Ibid., p. 65-66.

religioso e afetivo, suscetíveis de comprometimento pelo ilícito e para atribuir aos mesmos dimensões monetárias de conformidade com uma valoração objetiva, da parte da coletividade, no que tange àquelas específicas expressões do indivíduo.<sup>234</sup>

---

<sup>234</sup> Ibid., p. 69.

## CAPÍTULO VI

### UMA NOVA FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

#### 6.1 EM BUSCA DE SOLUÇÃO INDENIZATÓRIA PARA O DANO PESSOAL

Após percorrer a regulamentação legal atual e a projetada para o futuro, os pontos de vista da doutrina e os caminhos traçados pela jurisprudência, resta indagar se o modelo reparatório prescrito e praticado corresponde às necessidades hodiernas da pessoa lesada, isto é, se atende plenamente ao escopo de indenizá-la. Com o objetivo de refletir sobre tal questão, convém concentrar o foco da atenção sobre a vítima.

Quem é esta vítima? A que aspira? O que se pode entender como ampla indenização, recomposição do *statu quo ante*? O que se conhece acerca das suas necessidades?

Certamente, o indivíduo lesado não é o mesmo que a lei civil de 1916 teve em mira. Pertinente recapitular, tomando-se por base o Código Civil, artigos 1.538 e 1.539, que o texto contemplava de forma diversa os lesados do sexo masculino e feminino. Diferenciava, outrossim, a mulher solteira ou viúva (ainda capaz de casar) da mulher casada estabelecendo em prol das primeiras a indenização em forma de dote.<sup>235</sup>

Com relação à indenização por incapacidade laborativa, previu-a e lhe atribuiu consequências, considerando a incapacidade temporária e a permanente e, ainda, a inabilitação parcial ou total para o trabalho.

É certo que a jurisprudência, em seu mister interpretativo, foi adaptando o texto legal às novas necessidades e realidades. As despesas com o tratamento do prejudicado, atribuídas ao responsável pelo evento, foram se amoldando aos progressos da medicina, consoante ficou antes demonstrado nos acórdãos colhidos. Avanços ocorreram decerto.

Todavia, será que as soluções legais e jurisprudenciais encontradas e aplicadas acham-se em consonância com a realidade dos nossos dias? Deseja-se pensar e discutir esta questão que vai se desdobrar em outras indagações as quais serão aqui esboçadas.

Óbvio e evidente que o legislador civil não imaginou o contexto que se seguiria à sua obra, o fenômeno da multiplicação dos danos, das formas de produzi-los e, também, de outro lado, das espécies de reparação.

Do progresso das cirurgias estéticas e reparadoras às invenções de alta tecnologia, urge repensar as formas de indenização.

---

<sup>235</sup> Acórdão prolatado no Recurso Extraordinário nº 98.555, datado de 30.11.82 estabeleceu indenizações diversas quanto ao dano estético para vítimas de um mesmo acidente,: a uma mulher, de pouco mais de vinte anos, mandou-se indenizar o dano estético, negando-se, entretanto indenização à outra, justificando-se que os danos eram de pouca importância “e ainda se levarmos em conta ser casada, com mais de 50 anos de idade, não lhe dizendo assim tão de perto aos sentimentos íntimos como da outra.” (RTJ 106/416-418)

O homem cotidiano é um ser individualista que aspira a aproveitar ao máximo as suas potencialidades. Esta é uma premissa que não pode ser ignorada.

De que maneira a tecnologia pode ser utilizada de modo a propiciar a completa reparação do dano? Como se pode repensar o conceito de incapacidade laborativa, de maneira mais consentânea com a realidade social?

Tem-se atualmente uma regulamentação desatualizada, conduzindo a uma jurisprudência casuística e fragmentada.

De outro lado, existirá (ou existirão) alternativas que permitam escapar ao casuísmo na fixação dos valores?

Em capítulo anterior, aludiu-se ao dano existencial, vertente esta que bem exprime a ampliação da tutela exigida pela pessoa hoje, objeto das ponderações da doutrina e da jurisprudência diante das possibilidades e dos limites do sistema aquiliano.

O fato é que se trata de uma reflexão assentada na realidade. Não se cogita de contemplar quimeras, mas, como se enfatizou, de convocar o julgador a levar em conta aspectos concretos da existência humana.

As indagações vindas à tona, em sede doutrinária, a partir de situações reais, decididas judicialmente, não se constituem privilégio da Itália. Aparecem da mesma forma em nosso país, como se pode verificar em dois casos que serão a seguir analisados.

O primeiro deles consiste em ação indenizatória intentada por vítima de acidente de trânsito, em que o condutor de uma motocicleta foi colhido por automóvel, tendo sofrido graves lesões com seqüelas irreversíveis.<sup>236</sup>

O aresto enfrenta a modificação por que passou a existência do autor:

“Como bem sublinhado pela sentença, o acidente modificou a existência do autor e lhe trouxe consequências negativas sob o aspecto material e psicológico, tudo lhe sendo difícil em todos os setores da vida cotidiana, o que se traduz em múltiplas limitações:”

Refere-se a sua condição de trabalhador ativo, no Pólo Petroquímico, e que se jactava de se deslocar a pé ou de bicicleta pela planta de produção, vivendo agora “parasitando”, precisando de auxílio para ir ao banheiro ou tomar banho.

Coteja-se a vida da vítima, antes e depois do evento:

“A irresponsabilidade demonstrada pelo requerido, geradora deste drama humano, remeteu um homem sadio, pleno de vida e de expectativa às agruras de um perene habitante das salas de cirurgia e recuperação, à solidão da vida inativa, ensimesmado em seus pensamentos, isolado em suas cogitações, questionador da sorte e do destino, revoltado com seu instante e com sua existência.”

A indenização pelos danos físicos sofridos é concedida à guisa de dano moral, afirmando-se que este não pode ter apenas a feição de tentar recompor etapas de felicidade, mas também sancionar duramente os que, sem razão ou escrúpulo, acabam por deturpar a normalidade do mundo, criando estados de desespero e decepção.

O acórdão majora o valor que fora fixado na sentença para indenização do dano moral de setenta para trezentos salários mínimos. Além de sancionar o responsável pelo dano, volta

---

<sup>236</sup> Ap. Cível nº 195114087 6ª C.C. do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, j. em 19.10.95. Julgados nº 97. p. 317-323.

a considerar o sofrimento da vítima reputando-o correspondente à dor pela morte de um ser querido. Releva ainda o seu futuro, cujo prognóstico é pessimista:

“... a morte de um familiar se vai esvanecendo no tempo, recordada em episódios, desaparecendo, cedo ou tarde, mas assim não ocorre com o acidentado, que diariamente se pergunta, diante de suas lesões, a incerteza de seu futuro, a frustração de seus sonhos.”

Conclui-se que “talvez este estágio seja uma forma mais rude que o próprio decesso.”

No segundo caso<sup>237</sup>, uma mulher moveu ação indenizatória por danos pessoais alegando que, por falta de atendimento médico adequado, em especial de acompanhamento indicado no pós-operatório, viera a sofrer amputação do seu pé direito. Comprovada a culpa do clínico, foi este condenado ao ressarcimento de despesas médicas e ao pagamento de importância relativa ao dano moral (considerou-se o dano estético incorporado ao patrimonial: a condenação ao pagamento de tratamento médico e colocação da prótese é a condenação a título de dano estético, afirma-se). O Tribunal acrescentou à condenação pensão mensal devida a título de ressarcimento pela necessidade de maior esforço na realização de tarefas, inclusive no recesso do lar, causada pela falta do pé direito.

A análise empreendida a respeito da vida cotidiana da autora é decisiva para a solução alcançada pelo Tribunal:

“A apelada-apelante perdeu o pé direito, o que ocasionará maior esforço na realização de quaisquer tarefas no seu dia-a-dia, mesmo que não exerça atividade remunerada. A partir do momento em que acorda pela manhã até a volta ao leito à noite, certamente sem tirar os reflexos negativos nos seus deslocamentos, no atendimento de filhos, no realizar a faina doméstica, enfim, numa série interminável de atividades próprias do cotidiano.”

---

<sup>237</sup> Ap. Cível nº 597200633 5ª C.C. do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, j. em 01.10.98.RJTJRS nº 194. p. 329-335.

Como se evidencia, tanto num como no outro exemplo, os julgadores se sensibilizam diante das alterações de vida experimentadas pelas vítimas. O dano é então encarado sob uma ampla visão, buscando-se detectar as conseqüências na própria existência do indivíduo. Daí o caráter analítico das decisões, como que “enxergando” o cotidiano das pessoas, nas atividades e comportamentos rotineiros, profissionais, domésticos, sociais.

## 6.2 UMA VISÃO PARA O FUTURO DO LESADO: A FUNÇÃO DE REINserÇÃO

Neste capítulo, o derradeiro do trabalho, se exporá as idéias conclusivas da presente tese. Acredita-se na possibilidade de contribuir para um tema assaz atual e importante como é o da indenização do dano pessoal. Esta relevância se mostra em vários níveis: jurídico, médico, econômico e social.

O expressivo número de obras e publicações a respeito comprova a assertiva. A indenização do dano pessoal assumiu a feição de uma grande problemática, cujas razões básicas serão a seguir resumidamente apontadas.

É um tema de grande complexidade, não só para o direito como para a medicina legal, como bem atestam as decisões colacionadas no decorrer deste trabalho, porquanto importa em atribuir valor econômico à pessoa, aos seus sentimentos e atributos. Além desta característica, assinala-se a sua freqüência. A sociedade hodierna vive submetida a inumeráveis riscos para a saúde da população, fundamentalmente oriundos da utilização de veículos e máquinas, em suma do arsenal tecnológico. Os danos provocam repercussões econômicas e sociais. Geram a obrigação de indenizar, quer para o agente causador do evento, quer para seguradoras, acres-

centando-se os ônus previdenciários e trabalhistas. Por fim, os indivíduos, nos dias de hoje, conhecem seus direitos, sabem que têm direito à reparação integral e justa, exigem que se concretize a indenização. Esta sinopse é suficiente para assinalar quão intrincada se apresenta a questão.

Por estes motivos, pelo reconhecimento dos amplos aspectos envolvidos, pretende-se refletir sobre a matéria e deduzir, ao final, algumas proposições. A idéia inspiradora é a de atender a vítima. Atender a vítima significa mais que ressarcir-la pecuniariamente. Ambiciona-se uma visão mais ampla e efetiva da indenização em benefício do lesado. Desta maneira, aduz-se que a preocupação com a vítima parte do pressuposto inarredável da sua condição de cidadã e do respeito à sua dignidade como pessoa. Entende-se ser fundamental levar em conta suas potencialidades e possibilitar-lhe condições para que a lesão sofrida não implique alijá-la, seja do trabalho, seja da vida social. É essencial instrumentalizá-la a fim de que ela possa usufruir de uma vida dentro do seu contexto específico, todavia, o mais próximo possível de um padrão de normalidade.

A formulação aspira a ser realística e passível de execução. Não se ignora a realidade socioeconômica brasileira. De nada adiante elevar valores indenizatórios, alargar o âmbito do ressarcimento e não vislumbrar possibilidade de implementação das soluções aventadas.

Por conseguinte, busca-se alternativa dentro do próprio sistema jurídico existente. Prosseguiu-se partindo de premissas já assentadas.

Catherine Thibierge,<sup>238</sup> ao referir a qualidade da criatividade que os alunos devem apresentar, frisa que, no direito, esta não consiste somente em imaginar novas soluções, *de lege ferenda*, mas também em ler diferentemente as regras e soluções já existentes. Guido Al-

---

<sup>238</sup> Enseigner le droit civil à l'aube du XXI siècle, RTD civ (2), p. 309.

pa,<sup>239</sup> muito lucidamente, assinala que observar os novos confins da responsabilidade significa também buscar a superação de sua fisionomia atual e tentar prever seu perfil futuro. O observador compreende que os limites são móveis por exigências externas, ditadas pela ciência e técnica, aspirações sociais e regras de mercado e, ainda por exigências internas, porquanto sua estrutura é complexa.

Acredita-se que se deva reorientar a responsabilidade civil, agregando-lhe um novo enfoque: o de reinserção social do lesado. O indivíduo atingido em sua integridade física enfrenta obstáculos com os quais convive em vários aspectos de sua existência cotidiana. Encontra dificuldade em obter emprego. Depara-se a todo momento com os óbices à sua locomoção. As cidades não estão preparadas e adaptadas para seus habitantes portadores de deficiência física e visual. Os locais de trabalho, quer públicos ou privados também não se acham, em sua grande maioria, prontos para admitir estas pessoas portadoras de necessidades especiais. Da mesma forma os meios de transportes, as escolas, etc., a lista é infundável. Em resumo: Ainda não se assimilou que os portadores de deficiência têm suas potencialidades. Que não são seres inúteis.

Então, adota-se o vocábulo *reinserção* com o significado de inserir novamente, tornar a incluir.<sup>240</sup>

Deseja-se refletir especificamente sobre de que maneira as conquistas tecnológicas poderão contribuir aos desafios que se apresentam à questão indenizatória, mas com um enfoque

---

<sup>239</sup> *Responsabilità civile e danno*, p. 11

<sup>240</sup> Conceitua-se a inclusão social "como o processo pelo qual a sociedade se adapta para poder incluir, em seus sistemas sociais comuns, pessoas com necessidades especiais, e, simultaneamente, estas se preparam para assumir seus papéis na sociedade. A inclusão social consitui, então, um processo bilateral no qual as pessoas, excluídas ou não, e a sociedade buscam, em parceria, equacionar problemas, decidir sobre soluções e efetivar a equiparação de oportunidades para todos." (Sasaki, 1997, citado por Selma Aragão e Angelo Vargas, *Da Sociedade Deficiente à Sociedade Inclusiva - Em busca do Aperfeiçoamento das Relações Humanas. O Direito do Deficiente*, op. cit. p. 35-36.

novo. Intenta-se iniciar um debate sobre tal questão, convocando os operadores do direito a pensar em novas fórmulas.

Objetiva-se aprofundar este tema, descobrindo alternativas ressarcitórias viáveis em prol da pessoa lesada, de forma que esta, com o auxílio da tecnologia e da informática, possa reduzir a perda da sua autonomia (funcional, laboral), com repercussões em sua qualidade de vida.

Tem-se a plena ciência de que não se está diante de uma opção isenta de dificuldades. A tarefa de repensar a responsabilidade civil é árdua.

### 6.3 RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITOS DOS DEFICIENTES

Admitido este novo direcionamento para a responsabilidade civil, o passo seguinte será o de ir colher subsídios além dos tradicionais domínios da matéria.

No rumo da proposta defendida nesta tese, entende-se que será necessário associar a responsabilidade civil com os direitos específicos das pessoas portadoras de deficiências.

A conexão a ser feita entre as questões pertinentes à indenização da vítima e ao tratamento jurídico próprio dos deficientes não só enriquecerá a matéria, como indicará alternativas de enfrentamento e encaminhamento da questão.

O que significa ser deficiente? Quem é deficiente? Consoante a Declaração de Direitos das Pessoas Deficientes<sup>241</sup>:

---

<sup>241</sup> Resolução aprovada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em 09.12.75, in *Direito do Deficiente*. p. 134.

“O termo ‘pessoas deficientes’ refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais.”

Por seu turno, o Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 considera deficiência

“toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado anormal para o ser humano” (art. 3º, inciso I).

O Decreto define as cinco categorias de deficiência (física, auditiva, visual, mental e múltipla) de conformidade com os parâmetros ali fixados. (art. 4º do Decreto nº 3.298)

Constituem os deficientes uma minoria. Estima-se que 10%(dez por cento) da população mundial seja portadora de deficiência. No Brasil, a cifra atinge cerca de dezesseis milhões de pessoas. Deste número, apenas aproximadamente três milhões desfrutam de algum atendimento.<sup>242</sup>

Através da história, é possível perceber que o portador de deficiência ora era exterminado, por representar empecilho à sobrevivência do grupo, ora era protegido e sustentado para buscar a simpatia dos deuses ou, ainda a título de gratidão pelos esforços dos mutilados de guerras.<sup>243</sup> Em Esparta, os neonatos com deformidades eram lançados do alto do Taigeto, abismo próximo daquela cidade.

Já os hindus consideravam os cegos pessoas dotadas de sensibilidade interior mais aguçada, justamente pela falta da visão, e estimulavam o ingresso dos deficientes visuais nas funções religiosas.

---

<sup>242</sup> José Jayme Santoro, A Discriminação e o Fracasso das Políticas Públicas, in *O Direito do Deficiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 10.

<sup>243</sup> Ricardo Tadeu Marques da Fonseca., *O Trabalho Protegido do Portador de Deficiência*, conferência, 1999, São Paulo, p. 1.

No presente século, a Segunda Guerra Mundial gerou um contingente de pessoas jovens que sobreviveram, face ao avanço da medicina, contudo, com mutilações.

A postura da sociedade alterou-se. Em um primeiro momento, o portador de uma deficiência obteve o respeito. Posteriormente, foi alvo do esquecimento.

Atualmente, assiste-se a manifestações que denotam uma nova forma de encarar a questão. Esta visão da sociedade tem-se refletido num tratamento jurídico diferenciado, protetivo às pessoas portadoras de deficiência. O posicionamento repercute, ademais, sob outros aspectos.

Reconhece-se a conveniência para o Estado de adotar medidas que possibilitem aos deficientes manter uma vida produtiva e integrada socialmente. Mais gravosos são os custos de sua manutenção em estado de dependência econômica, como inválidos, privados, ademais, de uma qualidade mínima de vida e da dignidade assegurada a todos os cidadãos.<sup>244</sup>

Aqui e ali, através de manifestações diversas, a sociedade vem demonstrando sensibilidade para com os problemas desse tipo de pessoa. As mudanças iniciam pela linguagem. Fala-se em pessoa portadora de necessidades especiais, em vez de pessoa portadora de deficiência.<sup>245</sup>

Através da *Internet*, encontram-se diversas *home page* de deficientes os quais exibem suas experiências e vivências. Também por meio da *Internet*, um aluno do curso de doutorado da Faculdade de Engenharia Mecânica da Unicamp (<http://www.dea.fee.unicamp.br/ecmaa/agenda.html>) divulgou questionário para usuários de cadeiras de rodas. Esclareceu que as informações obtidas terão finalidade de pesquisa, visando a ampliar o conhecimento das reais necessidades destes usuários e serão empregadas no

---

<sup>244</sup> Elida Séguin, *Justiça é diferente de Direito. A vitimização do portador de necessidades especiais*, in *O Direito do Deficiente*, op. cit. p. 21.

<sup>245</sup> *Ibid.* p. 15-16.

desenvolvimento de novos produtos e tecnologias, visando a aumentar o seu conforto e reintegração à sociedade.

A preocupação vislumbrada transparece na iniciativa do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ao disponibilizar um terminal sonoro de consulta à jurisprudência, ao acervo da biblioteca e ao andamento processual de primeira e segunda instâncias a deficientes visuais.

A tecnologia e a informática apresentam-se como poderosos aliados dos deficientes na efetivação de sua cidadania plena.

Em Zurique, exibiu-se robô projetado para ajudar paraplégicos a recuperar a mobilidade.<sup>246</sup>

No Rio Grande do Sul, universidade instalou equipamento especial para cegos no laboratório de informática.<sup>247</sup>

Noticia-se que o Comitê Paraolímpico Brasileiro deve assinar um contrato de patrocínio com o Banco do Brasil. Um dos projetos visa à massificação do desporto paraolímpico no Brasil, pois somente dez mil deficientes praticam esportes de maneira organizada. O Banco colocará à disposição dos deficientes toda a estrutura das unidades da Associação Atlética Banco do Brasil, a fim de que eles possam desenvolver alguma atividade esportiva disponível nesses clubes.<sup>248</sup>

Em suma, várias são as medidas, em diversos setores, que atestam uma mudança de mentalidade da sociedade, não obstante muito reste a fazer na concretização da cidadania da

---

<sup>246</sup> A máquina foi desenvolvida pelo Centro de Paraplégicos Suíços e pela Clínica Universitária Balguist, em Zurique (notícia publicada na Folha de São Paulo, edição de 17.10.99).

<sup>247</sup> Unisinos, em São Leopoldo (notícia publicada no Correio do Povo, edições de 03.05.99 e 09.05.99)

<sup>248</sup> Notícia publicada na Folha de São Paulo, edição de 21.11.99, cuja manchete é "Deficiente vira filão de investimento".

minoria ora enfocada.<sup>249</sup> Observa J. M. Wood<sup>250</sup> que a integração é gradativa, mas, ainda se encontram milhões de deficientes não integrados ao corpo social, os quais iniciarão o próximo milênio na esperança de obter espaços no seio da sociedade, na qual participam como segmentos esquecidos. Com certeza, dentre estes milhões esquecidos acham-se as vítimas, deficientes em razão de um dano sofrido. Impossível, portanto, ignorar estas novas e positivas tendências. Razoável é inserir-se e pesquisar soluções aproveitando os caminhos já percorridos e estabelecer conexões.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se com firmeza acerca desta matéria.<sup>251</sup> Tratava-se de Mandado de Segurança interposto por Deputada Estadual, portadora de deficiência física contra ato omissivo do Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, que recusara reforma da tribuna do plenário, pleiteada, a fim de permitir o acesso da parlamentar, em cadeira de rodas àquele local.

O voto do relator, ministro José Delgado, desenvolve análise minudente sobre o pedido, acentuando a necessidade de integração das pessoas portadoras de deficiências. Ao formular as conclusões, sob forma de enunciados, o pronunciamento enfatiza que a Constituição de 1988, assim como toda a legislação regulamentadora, é clara e contundente em fixar condições obrigatórias à integração das pessoas portadoras de deficiência, seja física, mental, sensorial auditiva e visual, na sociedade, a fim de tornar o espaço acessível a elas, eliminando barreiras físicas, naturais ou de comunicação, no equipamento e mobiliário urbano, nos edifícios e sua mobília,

---

<sup>249</sup> Em entrevista concedida ao Jornal "Zero Hora", em 14 de novembro de 1999, o Professor José Pastore, da Universidade de São Paulo, discorre sobre pesquisa que empreendeu, a qual mostra que apenas 11% dos deficientes brasileiros trabalham, índice três vezes inferior aos da Europa e dos Estados Unidos. Segundo o pesquisador, enquanto os Estados Unidos dispõem de um sistema voltado para estimular a entrada do deficiente no mercado de trabalho, no Brasil, o sistema é para inibir. Para Pastore, faltam sistemas de apoio e estímulo, não sendo suficiente a fixação de cotas, pois, neste caso, a empresa admite só por obrigação, o deficiente fica de lado, marginalizado, até mesmo porque os companheiros não querem trabalhar com ele. O caminho a ser trilhado, consoante o professor, é o da estimulação e educação.

<sup>250</sup> O deficiente social, artigo, in *O Direito do Deficiente*, op. cit. p.126.

<sup>251</sup> Recurso em Mandado de Segurança nº 9613/SP, Julgado em 01.07.99.

nos transportes públicos que impeçam ou dificultem a livre circulação, regras essas a serem observadas na construção de logradouros e os edifícios de uso público.<sup>252</sup>

Relevante reproduzir o enunciado sob nº 4:

“... desenho de projetos arquitetônicos acessíveis, o qual enfatiza a integração das PPDs, tendo evoluído para o desenho universal, este priorizando a inclusão daqueles no seio da sociedade, entende que esta é composta por várias minorias, que nela existam pessoas com necessidades diferentes e que é preciso criar objetos, edifícios, espaços urbanos ou transportes que levem em consideração todas as pessoas;”

Interessante observar que o aresto acentua a necessidade de serem observadas as diferenças das pessoas que integram a sociedade, mencionando que esta é a filosofia do desenho universal.

Assim, deve-se abandonar a idéia de desenhar e projetar obras para homens perfeitos, Adônis de beleza rara, quando a nossa sociedade é plural.

A Corte afirma que é imperioso agir:

“... há de se procurar, o mais rápido possível, romper essas barreiras que causam obstáculos às PPDs, direcionando os esforços pelo reconhecimento do direito e pela aplicação efetiva daquilo que foi conquistado constitucionalmente e pelas organizações públicas e privadas nas suas respectivas esferas... de modo a incluí-las para que possam ter uma vida como outra pessoa qualquer, resguardando-se-lhes todos os direitos de cidadão.”<sup>253</sup>

O recurso da impetrante foi provido à unanimidade, determinando-se à autoridade impetrada que possibilitasse meios de acesso à tribuna do plenário da Assembléia Legislativa, ou que designasse local equivalente ao parlatório da tribuna o qual permitisse acesso e permanência necessária da deputada para realizar suas atividades parlamentares, em igualdade de condições com seus pares.

---

<sup>252</sup> Enunciado nº 1, acórdão citado, p. 15.

Destacou-se este acórdão, reproduzindo alguns trechos, pelo seu caráter de manifestação oficial, unânime, por parte de um Tribunal Superior. Além de fixar linhas importantes, no que tange aos direitos dos deficientes, expressou firmemente a necessidade de agir (“romper barreiras”, assim está dito), experimentada aqui e acolá, talvez um tanto difusamente pela sociedade em geral.

Denota-se que o contexto sociojurídico está maduro para apreender o alcance da solução ora aventada.

#### 6.4 INTEGRAÇÃO DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA

Diversos dispositivos constitucionais esteiam a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência.

Este subcapítulo destaca também a legislação específica acerca da matéria.

A Carta Magna, no Título I, reservado aos princípios fundamentais, arrola dentre os fundamentos da República Federativa a *cidadania* (art. 1º, inciso II) e a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inciso III).

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa:

- a) construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I);
- b) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação (art.3º, inciso IV).

---

<sup>253</sup> Enunciado n° 9, acórdão citado, p. 16.

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, determina o art. 5º.

No capítulo II, art. 6º, a Carta Magna enumera dentre os direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a assistência aos desamparados. Veda qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (artigo 7º, inciso XXXI).

A Constituição proclama o *direito à saúde* (art. 196). Em meio aos objetivos da assistência social, inclui-se a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária (artigo 203, inciso IV).

No capítulo atinente à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, prevê-se que o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, dentre os quais acham-se *programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos* (artigo 227, § 1º, inciso III).

Finalmente, a Constituição Federal consigna que a lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência (art. 227, § 2º). Prescreve, ainda, que também se legislará acerca da “*adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de ga-*

rantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º”(art. 244).

No plano da legislação infraconstitucional, editou-se a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, hoje regulamentada pelo Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999.

A lei em pauta dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de deficiência – CORDE, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.

Relevante reproduzir o teor do § 2º do artigo 1º:

“As normas desta Lei visam garantir às pessoas portadoras de deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais disposições constitucionais e legais que lhes concernem, afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade.”

Determina-se tratamento prioritário e adequado, para viabilização de medidas nas áreas da educação, saúde, formação profissional e trabalho, na área de recursos humanos e na área de edificações.

Estabelece-se que a Administração Pública Federal conferirá aos assuntos relativos às pessoas portadoras de deficiência tratamento prioritário e apropriado, para que lhes seja efetivamente ensejado o pleno exercício de seus direitos individuais e sociais, bem como sua completa integração social.

A regulamentação atual acha-se a cargo do novel Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999.

Trata-se de extenso e detalhado diploma legal, integrado por onze capítulos, sessenta artigos, dispondo sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (definida no art. 1º como o “conjunto de orientações normativas que objetivam assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências”), consolidando as normas de proteção, além de dar outras providências.

A análise do Decreto permite destacar seus pontos mais relevantes. Ele conceitua a deficiência e suas várias categorias: física, auditiva, visual, mental e múltipla.

A filosofia da lei resulta clara da leitura dos princípios, diretrizes e objetivos ali explicitados. São princípios que pautam a Política Nacional antes assinalada, em consonância com o Programa Nacional de Direitos Humanos:

- a) desenvolvimento de ação conjunta do Estado e da sociedade civil, de modo a assegurar a plena integração da pessoa portadora de deficiência no contexto socioeconômico e cultural;
- b) estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e operacionais que assegurem às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos;
- c) respeito às pessoas portadoras de deficiência que devem receber igualdade de oportunidades na sociedade pelo reconhecimento dos direitos que lhes são assegurados, sem privilégios ou paternalismos.

As diretrizes fixadas preocupam-se com a inclusão social e inserção econômica da pessoa portadora de deficiência. São as seguintes:

- a) estabelecer mecanismos que acelerem e favoreçam a inclusão social da pessoa portadora de deficiência (reconhece, portanto, a exclusão social sofrida por estas pessoas);

- b) adotar estratégias de articulação com órgãos e entidades públicos e privados, bem assim com organismos internacionais e estrangeiros para a implantação desta Política;
- c) incluir a pessoa portadora de deficiência, respeitadas as suas peculiaridades, em todas as iniciativas governamentais relacionadas à educação, à saúde, ao trabalho, à edificação pública, à previdência social, à assistência social, ao transporte, à habitação, à cultura, ao esporte e ao lazer;
- d) viabilizar a participação da pessoa portadora de deficiência em todas as fases de implementação dessa Política, por intermédio de suas entidades representativas;
- e) ampliar as alternativas de inserção econômica da pessoa portadora de deficiência, proporcionando a ela qualificação profissional e incorporação no mercado de trabalho; e
- f) garantir o efetivo atendimento das necessidades da pessoa portadora de deficiência, sem o cunho assistencialista.

A lei é ambiciosa, suas metas são muitas e abrangentes. Salienta-se a insistência em repudiar o assistencialismo e o paternalismo.

Os objetivos norteadores da Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência foram fixados em número de cinco:

- a) o acesso, o ingresso e a permanência da pessoa portadora de deficiência em todos os serviços oferecidos à comunidade;
- b) integração das ações dos órgãos e das entidades públicos e privados nas áreas de saúde, educação, trabalho, transporte, assistência social, edificação pública, previdência social, habitação, cultura, desporto e lazer, visando à prevenção das deficiências, à eliminação de suas múltiplas causas e à inclusão social;

- c) desenvolvimento de programas setoriais destinados ao atendimento das necessidades especiais da pessoa portadora de deficiência;
- d) formação de recursos humanos para atendimento da pessoa portadora de deficiência;
- e) garantia da efetividade dos programas de prevenção, de atendimento especializado e de inclusão social.

Em meio à gama de medidas estabelecidas, salientam-se as normas atinentes à habilitação e reabilitação profissional.

O destinatário do decreto tem direito às prestações de habilitação e reabilitação profissional para capacitar-se a obter trabalho, conservá-lo e progredir profissionalmente.

A ênfase legislativa está pois em autonomizar o deficiente, capacitando-o para o trabalho. Assim, regulamentação define a habilitação e reabilitação como o “processo orientado a possibilitar que a pessoa portadora de deficiência, a partir da identificação de suas potencialidades laborativas, adquira o nível suficiente de desenvolvimento profissional para ingresso e reingresso no mercado de trabalho e participar da vida comunitária”.

Os serviços de habilitação e reabilitação deverão estar dotados dos recursos necessários para atender todo portador de deficiência, independentemente da origem de sua deficiência.

Através do Decreto nº 3.076, de 1º de junho de 1999, foi criado, no âmbito do Ministério da Justiça, o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência – CONADE.

Estes diplomas legais revelam o caminho percorrido na elaboração de uma política nacional para a integração das pessoas portadoras de deficiências.

Logo, o que se pode aduzir é que as leis já existem, tanto no plano constitucional, como infraconstitucional, restando a tarefa de conectá-las com a responsabilidade civil. Pensar a vítima como pessoa portadora de deficiência, buscando sempre a sua integração.

#### 6.5 PREMISSAS PARA A INDENIZAÇÃO

O que se pretende aqui sustentar é que, além das tarefas preconizadas nas ditas funções tradicionais, tais como o castigo do culpado, a indenização, deva ainda a responsabilidade civil ocupar-se sobremodo da vítima, preocupando-se com a sua existência após o dano.

Tal afirmação se faz diante da constatação de que as funções clássicas, geralmente atribuídas à responsabilidade civil, revelam-se insatisfatórias ao pleno atendimento do homem em concreto.

É uma visão nova, pois lança um olhar dirigido ao futuro do lesado, privilegiando sua reinserção/reabilitação. Obviamente a solução aqui advogada é endereçada às vítimas da responsabilidade civil que se tornaram pessoas portadoras de deficiência.

É fora de dúvida que o dano pessoal, na modalidade de dano corporal, acarreta consequências prejudiciais múltiplas. Indiscutível a indenização cabível com as despesas médicas atuais e futuras, lucros cessantes, incapacidade laborativa e com o dano moral.

Sob o plano fático, ninguém objetará a dor sofrida, a perda de um projeto de vida, as restrições na vida social, as limitações das potencialidades do indivíduo lesado em sua integridade física (adverte-se que a enumeração aqui é exemplificativa).

A questão que se põe é a de como indenizar tais perdas. Predomina o intuito compensatório, enfatizando-se que a indenização deva ter o escopo de minorar as seqüelas irrepará-

veis, já que não é possível (ressalvando-se que não se pode prever as conquistas da ciência no futuro) restituir uma visão perdida, uma perna decepada, em suma, reaver partes do corpo perdidas.

Assevera-se que será mais profícuo tanto para o lesado, como para a sociedade em geral, fornecer àquele meios que lhe possibilitem viver da maneira mais próxima possível à situação anterior ao evento.

Não se cogita de sugerir alterações radicais na atual sistemática, no sentido de propugnar por novas soluções legislativas, mas, sim em indicar caminhos que conduzam a um aperfeiçoamento da responsabilidade civil, dentro do panorama legal já vigente.

Para tanto, retorna-se à indenização do dano pessoal, consoante a jurisprudência dominante atualmente. Os pontos básicos são três.

O primeiro deles é o dano material, abrangendo despesas com a recuperação e o tratamento do lesado. Se a lesão deixa seqüelas, se há incapacidade laborativa, manda-se pensionar o lesado.

O segundo é o dano moral fixado à base do salário mínimo, atuando aqui o livre convencimento e apreciação do julgador.

Finalmente, o dano estético, ora considerado separadamente, ora englobado no dano moral, também fixado em salários mínimos.

Outros danos, tais como o dano à vida de relação, o dano sexual, o dano existencial são absorvidos na segunda espécie.

Por conseguinte, têm-se duas ou três categorias.

Pode-se dizer que no Brasil, a problemática (latente) da multiplicação dos danos acha-se assim administrada.

As lições extraídas da experiência italiana ajudam a refletir a matéria. Com efeito, constata-se um alargamento da noção de dano moral, comportando esta categoria outros prejuízos que o homem concreto atual reclama. Assim, ao valorar-se o dano moral, inclui-se todos aqueles aspectos, na Itália encarados como dano à saúde ou dano biológico. Esta metodologia, gerada a partir da disciplina do Código Civil, levará às indagações que cercam o dano estético: é autônomo? Indeniza-se autonomamente? É espécie do dano moral?

Segundo a lei civil, a indenização do dano estético funcionaria como agravante, calculada como duplicação das despesas previstas no *caput* do art. 1538. Mas este critério não é assim aplicado.

Entende-se que o dano pessoal (corporal) seria melhor equacionado como dano à saúde, a exemplo do que fez a Itália, nele se inserindo os demais danos que a análise existencial do homem desvelou. Mas a evolução dos sistemas aqui e lá seguiu caminhos diversos. Naquele país, partiu de uma necessidade de desconsiderar o rendimento do lesado para fins indenizatórios, valorizando outros aspectos do homem, correspondeu, ademais, a uma exigência de unificação dos danos, procurando-se evitar a ingovernabilidade da matéria. Assim, chegou-se a um nível de profunda reflexão sobre o assunto, para admitir com muita propriedade que a saúde não tem uma importância de per si, mas enquanto veículo para conseguir utilidades e prazeres valoráveis economicamente. No Brasil, os aspectos que integram o dano à saúde consoante o modelo italiano têm sido reconhecidos e admitidos, mas abrigados sob o amplo manto do dano moral. Talvez isto explique os valores altos fixados.

O entendimento resulta facilmente perceptível quando se lê o voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar prolatado no Recurso Especial nº 65.393-RJ. Para ele, desimporta a nomenclatura aceita quanto ao dano extrapatrimonial e sua classificação em dano moral, dano à pessoa, dano psíquico, dano estético, dano sexual, dano biológico, dano fisiológico, dano à saúde, dano à vida de relação, etc., cada um constituindo, com autonomia, uma espécie de dano, ou todos reunidos sob uma ou outra dessas denominações. A guerra de etiquetas somente interessa para evidenciar a multiplicidade de aspectos que a realidade apresenta ao juiz, a fim de perceber como cada uma delas pode e deve ser adequadamente valorizada do ponto de vista jurídico. Infere o relator que no âmbito dos danos à pessoa, comumente incluídos no conceito de dano moral, estão a dor sofrida, a perda de um projeto de vida, a diminuição do âmbito das relações sociais, a limitação das potencialidades do indivíduo, a perda da alegria de viver. Estas perdas podem existir sem o dano estético, o que evidencia a necessidade de considerar esse dano com feição distinta do dano moral.

A questão da multiplicação dos danos é assim administrada atualmente. Dependendo de como a matéria evoluirá, talvez se torne preemente buscar novas formas de simplificação. Neste caso, pertinente reler os subsídios fornecidos pela doutrina e pela jurisprudência italianas, os quais, sem dúvida ajudarão a repensar a problemática. Tanto o texto constitucional, como o do Código Civil, tutelam a saúde. Trata-se de um caminho a ser levado em conta.

Por ora, em coerência com a lógica desta proposta, volta-se ao assunto indenização com o enfoque apregoadado: reinserção social da vítima.

Retomam-se os artigos 1.538 e 1.539 do Código Civil.

O primeiro deles manda que o ofensor indenize o ofendido das despesas do *tratamento* e dos lucros cessantes *até o fim da convalescença*.

O segundo prevê a hipótese da incapacidade laborativa, caso em que o ofensor, além de indenizar as despesas do *tratamento* e lucros cessantes *até o fim da convalescença*, pagará ao ofendido uma pensão correspondente à importância do trabalho, para o qual se inabilitou ou da depreciação sofrida.

Em ambos os dispositivos, emprega-se a palavra *convalescença*, cujo significado é: recuperação que se segue à doença. Mas não há que se falar em cura quando a lesão é irreversível. Em determinados casos, o ofendido readquire sua condição plena, a saúde perfeita que antes desfrutava. Em outros, tal não ocorre. As seqüelas se consolidam, e o ofendido se torna uma pessoa portadora de deficiência. A lei civil traz a visão da sua época, em que tais diferenças não se formulavam. Época na qual não se falava em direitos de minorias e de deficientes.

A percepção mudou. Os conhecimentos que se dispõem sobre a matéria e o contexto social e legal impõem a releitura o texto. A repensar sua teleologia.

O art. 1.539 preocupou-se com o homem produtor de rendimentos, com o homem que trabalha. Mas homem, sabe-se (hoje com muita ênfase), não se resume ao seu labor. Torna-se indispensável repensar estes preceitos, especialmente o art. 1.539, superar os seus limites, à luz do contexto constitucional.

Na fixação da indenização se inserirá parcela com o objetivo de propiciar a reinserção social do lesado. Urge considerar suas potencialidades futuras, fornecendo-lhe os meios adequados às suas necessidades especiais.

Deve-se abandonar a idéia de incapacidade laborativa e trabalhar com a perspectiva de autonomia plena ou limitada.

A pessoa portadora de deficiência deverá ser assistida e reabilitada para que volte a desenvolver suas atividades profissionais ou, devidamente reabilitada, venha a desempenhar outras atividades. A tecnologia pode prestar-lhes um importante auxílio na recuperação da autonomia. O Decreto nº 3.298 prevê dentre os instrumentos da Política Nacional para a Integração o fomento da tecnologia de bioengenharia, voltada para a pessoa portadora de deficiência, bem como a facilitação da importação de equipamentos.

É claro que a inserção laboral é um aspecto extremamente importante da existência do indivíduo. Mas não é o único que deva ser considerado. A idéia, repete-se, é mais ampla: é de inclusão social.

Não se pode mais admitir que o infortúnio, o evento cujas consequências são irreparáveis decreta a morte social do indivíduo.

Portanto, a idéia consiste em fixar-se indenização contemplando estas necessidades. É mais proveitosa tanto para o indivíduo como para a sociedade.

A vítima deverá postular apontando as suas carências e o que lhe deve ser fornecido: computador e programa especial para portadores de deficiência visual, por exemplo. Em outras situações, cursos, treinamentos, próteses avançadas. São apenas exemplos.

Diante da complexidade e da rica fenomenologia apresentadas pelas situações fáticas, percebe-se de logo que um papel extremamente importante caberá à perícia médico-legal.

Ao experto caberá apurar o alcance, a extensão e repercussão das lesões sofridas, o nível de ofensa à autonomia funcional e laborativa genérica e específica do interessado. Obviamente que, no sistema vigente, o julgador não fica adstrito à perícia, cabendo-lhe formar o seu convencimento e sentenciar. Todavia, certamente esta lhe será de suma relevância.

No laudo pericial, virão apontados os meios de reabilitação do lesado, devendo-se aludir ao instrumental tecnológico, inclusive os amplos recursos hoje existentes e disponíveis no campo da informática que poderão auxiliar o prejudicado. Referir-se-á, outrossim, a educação necessária.

Nem sempre será possível vislumbrar a reinserção da vítima. Em casos extremos, denotando uma ausência total de autonomia, cumpre prescrever o instrumental capaz de minorar o seu sofrimento ou mesmo facilitar o atendimento prestado por terceiros.

Trata-se de matéria fática a ser averiguada, tudo conduzindo à exigência de recorrer-se à perícia.

A proposição é, por tal razão, aqui colocada em termos gerais, os quais só a prática jurídica conseguirá detalhar.

Deve-se ter presente que todas as pessoas aspiram a viver normalmente, realizar seus planos e projetos. Com a vítima não é diferente. Cumpre à ordem jurídica e aos operadores do direito fazer a sua parte. Pessoas portadoras de necessidades especiais têm seus potenciais, e sua parcela de contribuição pode ser dada à sociedade. Não têm que mendigar e depender de assistencialismo e caridade.

Poder-se-ia objetar que a indenização não se deve constituir em causa de enriquecimento para o indenizado e conseqüente empobrecimento para o autor do dano. Tal não ocorre. O respeito ao princípio da justa indenização será preservado.

Nesse sentido é de toda utilidade a divulgação dos conteúdos indenizatórios, prescritos pelos tribunais, buscando-se, desta maneira, uma certa padronização, com a adoção de quan-

tias aproximadas, pelo menos regionalmente, com o que se evitará a loteria forense. O mesmo se diga com relação ao fornecimento de equipamentos para a reintegração social da vítima.

Propugna-se pela aproximação dos valores e conteúdos ressarcitórios (no caso da parcela destinada à reinserção social), a ser alcançada gradualmente pelos tribunais e peritos, com a cooperação dos demais operadores do direito, de maneira que situações assemelhadas alcancem resultados compatíveis.

Sabe-se que a tecnologia é cara. Caberá ao magistrado equitativamente adequar valores e obrigações, nunca esquecendo o objetivo primordial de atender a vítima.

Não seria possível finalizar este trabalho sem levar em conta os casos em que o ofensor não disponha de condições materiais para indenizar sua vítima.

É uma hipótese relevante a ser encarada. Admitir a inexistência de uma solução para estes casos retiraria deste trabalho parte de sua significação.

Afirmou-se antes, com toda ênfase, que a sociedade atual é uma sociedade de risco. Asseverou-se que o avanço tecnológico multiplicou as possibilidades de dano.

A sociedade usufrui de uma série de comodidades propiciadas pela tecnologia de ponta. É possível retornar ao passado? É viável abandonar o avião, os novos procedimentos médicos, a biotecnologia, a radioatividade? Parece que não há condições de abrir mão dos avanços obtidos. Em última análise, eles constituem patrimônio da humanidade.

Quem usufrui dos benefícios deverá arcar com os riscos.

Em percuciente estudo acerca da aceitabilidade dos riscos, Mary Douglas<sup>254</sup> ressalta a ocorrência de questões morais. A aceitabilidade do risco relaciona-se com a liberdade e a justiça, a recepção de qualquer política sobre o risco depende de idéias públicas estandardizadas acerca da justiça.<sup>255</sup>

Uma afirmação de Douglas causa preocupação: os pobres correm mais riscos.<sup>256</sup> Esta constatação acha-se apoiada em estatísticas laborais e sanitárias dos Estados Unidos. Os efeitos são cumulativos. A exposição excessiva ao chumbo, por exemplo, constitui especialmente um perigo para crianças pequenas, de famílias pobres, devido, em grande parte, à pintura de casas utilizada antes dos anos quarenta e às emissões de automóveis. Acrescente-se que para o agravamento do perigo contribuem a carência de ferro e a desnutrição.

Inexistindo fórmulas mágicas para contornar a questão, a própria sociedade deverá responder nestes casos, através do Estado. É a própria coletividade a responsável mediata. É igualmente a principal interessada no destino dos seus integrantes. Cumpre procurar uma fórmula operacional que concretize este seu dever.

Nesse sentido, propõe-se a criação de um programa de apoio específico às vítimas, com o objetivo de beneficiar lesados cujo responsável não tenha condições materiais de cumprir o determinado na decisão judicial, ou seja, naqueles casos em que não se revela possível executar a sentença.

Os recursos destinados ao financiamento do programa adviriam de fundo, criado por lei, especialmente para esse fim, formado com recursos oriundos das loterias federais. Segundo

---

<sup>254</sup> Mary Douglas, *La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales*. Barcelona: Paidós, 1985, 173 p.

<sup>255</sup> *Ibid.*, p. 25-42.

<sup>256</sup> *Ibid.*, p.27.

dados recentes,<sup>257</sup> a arrecadação das loterias federais é partilhada consoante os percentuais abaixo:

Prêmios: 44%;

Fundo Nacional de Cultura: 1%;

Instituto Nacional de Seguridade Social: 22,4%;

Programa de Crédito Educativo do Governo Federal: 9,6%;

Fundo Penitenciário Nacional: 3%;

Despesas de custeio e manutenção: 20%.

Embora a medida vá repercutir no percentual atinente à distribuição dos prêmios, reduzindo-o, traz a vantagem de não onerar o cidadão, pois não implica criação de novos tributos ou qualquer outro tipo de gravame sobre o contribuinte. Atribui à sociedade, difusamente, um encargo que não pode ser suportado pelo responsável, tendo em mente a prioritária reinserção/reabilitação do lesado.

---

<sup>257</sup> Obtidos junto à Internet, site [www.itapoanloterias.com.br](http://www.itapoanloterias.com.br), e jornal Folha de São Paulo, edição de 05.10.99.

## CONCLUSÃO

As referências encontradas revelam que o homem sempre se preocupou com a sua integridade física. Trata-se de uma questão que o acompanha desde os primórdios, consoante atestam os documentos históricos aqui mencionados.

A perda da incolumidade corporal foi enfrentada pelas sociedades primitivas para punir o ofensor, ressarcir o ofendido, ou, ainda, excluir o indivíduo deformado.

Estas três reações – punir, ressarcir e excluir, manifestadas no passado da humanidade, nas civilizações antigas, ainda hoje remanescem. Dos Códigos antigos (Ur Namur, Hamurabi) às legislações mais próximas, como as Ordenações, o homem reprimiu lesão corporal. Atendeu algumas vezes à prevenção, como se pode deduzir do texto das Ordenações, as quais previam medidas objetivando o desarmamento da população.

Mas este tema antigo, a integridade corporal, hoje, apresenta peculiaridades. O valor que o homem atribui a seu corpo adquiriu uma feição nova. Vive-se na pós-modernidade um momento de consagração do corpo, da beleza física e da juventude.

---

Esta mentalidade se dá sob o patrocínio insistente da mídia, responsável pela divulgação dos corpos perfeitos, dos milagres da cirurgia estética, dos regimes de emagrecimento. Alia-se a tudo isto uma preocupação com a saúde e com a manutenção da juventude ou, pelo menos, com o adiamento do processo de envelhecimento.

A visão influi não só na auto-estima e no bem-estar individuais e ainda nos aspectos afetivos da vida de relação. É o próprio acesso ao mercado de trabalho que se demonstra influenciado. Pesquisas aqui referidas evidenciaram o impacto positivo da aparência do trabalhador em seus rendimentos. O atributo beleza afeta a seleção para ocupação de postos de trabalho e a renda pessoal.

De outro lado, o homem coetâneo é um ser que investe em si. Nesse sentido foi trazida ao trabalho a idéia de cultura de si, presente no mundo grego. Entendeu-se que esta expressão enfeixa o investimento em si, esta ocupação consigo, um certo narcisismo do indivíduo. Todavia, conquanto a visão original apreendesse a dedicação a si próprio de forma global, não se limitando ao corpo, mas também à alma, a um aperfeiçoamento de um e de outro, a visão pós-moderna é bem mais abrangente. Ela capta um homem mais exigente, de múltiplas necessidades existenciais e dinâmicas, crescentes.

Pois bem, este ser aqui descrito é a vítima em potencial, que poderá ser atingido por evento lesivo e ver ameaçada ou destruída a sua integridade física. As probabilidades são altas, pois ele próprio multiplicou sua capacidade de gerar os danos. Outrora era a espada, a flecha, a besta ou o próprio punho. Hoje é a metralhadora, o avião, o automóvel, a energia nuclear, os medicamentos, os produtos químicos, o sangue contaminado, etc, etc. Agreguem-se à extensa lista os experimentos da medicina e as imensas possibilidades que se entre-

mostram no campo da biotecnologia. São conquistas da ciência e da tecnologia que integram a vida sob diversos aspectos e campos e das quais o homem não poderá mais prescindir. Receia-se a perda do controle.

Não há volta. Não há como retroceder no passado e abrir mão dos benefícios conquistados. O risco é uma perspectiva com a qual o homem tem que conviver. Deve então conscientizar-se, pois só assim poderá geri-lo.

A vítima antes delineada se apresenta ao direito e exige respostas novas, para as quais o sistema jurídico não se acha preparado.

Esta vítima é uma pessoa. Este o ponto de partida para ingresso no terreno estritamente jurídico. Todo o ser humano é uma pessoa. Mas o Código Civil positivou e consagrou uma categoria jurídica abstrata, desconsiderando o homem concreto. A pessoa é um ser que pratica atos jurídicos de conteúdo patrimonial. Entretanto, sabe-se que grande parte da população brasileira jamais os praticará. A compreensão da noção de pessoa, assumida pela codificação, resulta clara quando situada no contexto do próprio Direito Civil, cujo modelo inspirador foi o do cidadão dotado de patrimônio, o burguês livre do controle ou impedimento.

A lei civil básica foi submetida a um intenso processo adaptativo, o que ressalta do exame da evolução dos seus institutos básicos, o contrato, a propriedade, a família e a responsabilidade civil. Acha-se sob o influxo de cinco tendências, as quais viabilizam uma intensa reflexão crítica do conteúdo civilístico: a constitucionalização, a personalização, a desagregação, a decodificação e a fragmentação.

As duas primeiras tendências guardam uma relação de suma relevância com o tema aqui desenvolvido. Ambas contribuem para a conclusão alcançada. A constitucionalização

responde à necessidade de atender-se o homem concreto, fazendo prevalecer os valores gravados no texto constitucional.

A personalização é responsável pela renovação do direito. Assim é que o direito dos seres humanos ganhou uma amplitude sem precedentes no século XX. Trata-se de uma reação do indivíduo que se sentiu ameaçado e impotente diante de duas grandes guerras e do avanço da tecnologia e da medicina. Novas possibilidades científicas vêm sacudir valores e posições consolidadas secularmente. Pesquisas na área da biotecnologia fazem emergir indagações no campo da ética médica.

O sentimento de fragilidade alicerçou uma resistência voltada para a tutela de novos direitos. Emerge a proliferação de direitos, objeto da análise de Bobbio. Todos estes fenômenos vão repercutir no campo de um vetusto direito civil, contribuindo para um fortalecimento da personalização. O resultado, apesar de tudo, é favorável ao homem, pois há uma convergência no sentido de admitir-se que o respeito à dignidade do ser humano deverá sempre prevalecer.

A responsabilidade civil é afetada por todas estas tendências. Aliás, forçoso reconhecer que se trata do ramo civilístico que mais se beneficiou com a tendência da personalização.

Busca-se a proteção reforçada da pessoa humana. Persegue-se esta meta com várias medidas. Superam-se os limites da culpa que freqüentemente inviabilizavam a reparação. Em contrapartida, dá-se a ascensão do dano. Reconhece-se que a mais importante função da responsabilidade civil é a de indenizar a vítima.

Novas alternativas são aventadas, tais como o seguro e a indenização fundada na solidariedade. Em meio a variadas fórmulas, emerge a solução neo-zelandesa a qual se considera um caminho para ser atingido no futuro. O modelo é ambicioso, fundado nos princípios da responsabilidade comunitária e na igualdade do cidadão lesado. Acredita-se que este modelo é

o que mais se aproxima do ideal de justiça que deve presidir a reparação, pois volta-se integralmente para a vítima. Cobre todos os danos, desvinculando o direito do prejudicado da individuação do responsável, eliminando, desta forma, as ações indenizatórias, garantindo, assim, os direitos das vítimas. Não exclui o indivíduo e não inviabiliza a reparação.

A fotografia do paradigma atual com relação à indenização do dano pessoal foi abordada no capítulo IV. Incluiu a abordagem dos aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais, restrito este aos acórdãos oriundos do Superior Tribunal de Justiça. Daí resultou o perfil básico e atualizado da dogmática indenizatória.

O texto legal, discutido e estudado pela doutrina, é aplicado pelos tribunais, colhendo-se pontos de convergência e divergência.

No que tange ao dano material, não emergiram grandes discrepâncias. A pensão por motivo de incapacidade laborativa é concedida, bem como o pagamento das despesas médicas e de lucros cessantes. O dano atual e o dano futuro são imputáveis e liquidáveis, importando a relação de causalidade.

Distingue-se a indenização previdenciária da indenização fundada no direito comum, sendo possível cumulá-las.

O cerne da discussão concentra-se na questão dano moral *versus* dano estético. As orientações encontradas podem resumir-se no seguinte:

- a) o dano estético se subsume no dano moral (ou é modalidade do dano moral);
- b) o dano estético não é um *tertium genus*. Se do dano estético advém prejuízo material, será reparado a este título, sem exclusão do dano moral. Admite-se cumulação

quando o dano estético, embora de regra subsumindo-se no dano moral, comporte indenização material;

c) o dano estético pode englobar o dano moral;

d) o dano moral e o dano estético são distintos, sendo possível a cumulação de indenizações quando estas, derivadas do mesmo fato são inconfundíveis em suas causas e passíveis de apuração em separado. Esta a orientação mais recente, presente nas derradeiras decisões.

O Projeto do Código Civil apresenta um aspecto novo ao abrigar a indenização de outro prejuízo (além das despesas de tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença) que o ofendido possa ter sofrido, remetendo à apreciação do julgador o enquadramento de outros danos afora os mencionados explicitamente.

O Código de Defesa do Consumidor representou um avanço significativo na proteção da pessoa, aqui encarada como consumidora.

O estudo das alternativas à indenização do dano pessoal requer sejam repensadas algumas das noções sobre as quais se baseia o direito vigente. É fundamental reavaliar o conceito que se tem de incapacidade laborativa à luz dos recursos médicos e tecnológicos disponíveis. Hoje o trabalhador tende a depender de maneira crescente da tecnologia e cada vez menos da força física. Entende-se que a revisão desta matéria deverá iniciar-se pelo vocábulo, adotando-se a palavra autonomia no lugar de incapacidade.

A inclusão da experiência italiana, que culminou com a formulação do dano biológico, constituiu-se em valioso subsídio. O estudo aprofundado da matéria, levado a cabo pelos juristas daquele país, forneceu importantes instrumentos de reflexão a esta tese. O interesse pela matéria dano pessoal persiste igualmente sob a ótica do incipiente dano existencial cujas

indagações, nascidas da observação de situações concretas, também são encontradas na jurisprudência brasileira.

Para finalizar, retorna-se ao intento desta tese: investigar o dano pessoal e sua indenização, nos estritos limites do dano corporal. Até esta parte do texto, traçou-se um resumo das etapas percorridas. O interesse precípua do trabalho foi voltado para as hipóteses em que o lesado sofre danos irreversíveis.

A proposta apresentada pretende ser aplicada. Com os recursos fornecidos pela interpretação constitucional dos dispositivos do Código Civil, será possível operacionalizá-la. Trata-se de buscar as possibilidades que o próprio sistema indenizatório contém. Explorar o seu potencial.

Com o auxílio dos recursos tecnológicos, médicos e educacionais a indenização será dirigida precipuamente para a reinserção social do lesado.

A implementação exigirá a sensibilidade e a equidade dos julgadores, porquanto se deverá compatibilizar o que já se reconhece pacificamente em termos indenizatórios com a parcela endereçada à reinserção/reabilitação do lesado. O Código Civil determina a indenização do ofendido das despesas do tratamento até o fim da convalescença. Não há convalescença no caso de lesão irreversível. Há consolidação da seqüela, e o prejudicado se torna pessoa portadora de deficiência. Urge reler o dispositivo e interpretá-lo em obediência ao texto constitucional e de maneira a atender a vítima na pós-modernidade, cujas exigências são diversas daquela pessoa contemplada na versão originária da lei civil.

A parcela reabilitatória influirá na fixação do dano moral e do dano estético. Antevê-se que os valores deverão baixar, para adequar-se ao novo item. Como já se assinalou em linhas anteriores, o dano moral vem cumprindo uma função aglutinadora no sistema indenizatório

atual. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, enfatizando que desimporta a nomenclatura aceita quanto ao dano extrapatrimonial e sua classificação em dano moral, dano psíquico, dano sexual, dano biológico, etc. A guerra de etiquetas somente interessa para evidenciar a multiplicidade de aspectos que a realidade apresenta ao juiz. A governabilidade do sistema tem sido mantida desta forma, com destaque autônomo apenas para o dano estético.

A adoção do paradigma preconizado afetará também o pensionamento da vítima, concedido com fulcro no art. 1.539 do Código Civil. Se o reabilitado volta a trabalhar, não fará jus à pensão durante o período em que trabalhou. Aliás, consoante se leu anteriormente, este é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Esta é a solução que se entrevê: a suspensão da pensão se a vítima volta a trabalhar, ou, ainda, a adequação da pensão com relação ao rendimento que obtiver do seu trabalho.

Nos casos em que não for possível concretizar a indenização com o intuito de reinserção, quando o responsável não dispuser dos meios necessários e a execução se inviabilizar, a alternativa que se vislumbra é a da criação de um fundo público que possa fornecer, subsidiariamente, os recursos necessários em prol da reinserção/reabilitação do prejudicado. Somente nesta hipótese se fará necessária uma lei para viabilizar igual indenização para todos. Caberá ao responsável provar sua impossibilidade de arcar com a indenização.

Pretende-se que as idéias aqui expostas possam contribuir a uma ampla renovação no campo da responsabilidade civil. É provável que no futuro a ciência consiga reconstituir com perfeição um membro amputado ou a visão perdida. Impossível vaticinar com precisão a respeito. Por ora, sustenta-se que a função mais importante da responsabilidade civil, hoje, é a de promover a reinserção e a reabilitação do lesado. Avulta este objetivo quando se leva em

conta o contexto da sociedade de risco. A alternativa preconizada é uma forma de gerir o risco.

A proposta aqui consignada pode ser implementada de logo. Contudo, é forçoso admitir que os desafios postos ao sistema da responsabilidade civil pela sociedade de risco não se encerram neste ponto. Se um indivíduo se autolesiona, deverá ficar abandonado à própria sorte? O suicida que não concretizou o ato pretendido e sobreviveu lesionado deverá permanecer alijado da sociedade? Mas não cabe aqui levantar problemas novos e que serão melhor abordados em outra tese. Acredita-se que o próprio sistema deverá ser repensado, buscando-se alternativas que alcancem o que a Nova Zelândia já concretizou: a indenização de todo o cidadão lesado. O princípio inspirador será o seguinte: todos os lesados serão indenizados, priorizando-se os mecanismos de reinserção/reabilitação, até mesmo para aqueles cujo dano corporal resultou de ato culposo próprio. É óbvio que esse raciocínio faz sentido apenas nos estritos limites do dano corporal. O respeito à dignidade humana sobrepujará todas as questões que se colocam entre a vítima e o seu pleno atendimento.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALPA, Guido. *Responsabilità Civile e Danno*. Bologna: Il Mulino, 1991. 543 p.  
\_\_\_\_\_. *Il Danno Biologico*. 2.ed. Padova: Cedam, 1993. 450 p.  
\_\_\_\_\_. *La responsabilité civile en Italie: Problèmes et Perspectives*. R.I.D.C. n. 4, p. 1097-1133, 1986.  
\_\_\_\_\_. *L'assurance de responsabilité civile du professionnel en droit italien*. R.I.D.C. n.1, p. 117-127, 1993.
- ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoria general de la responsabilidad civil*. 8. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, 737 p.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano II*. 2. ed. rev Rio de Janeiro: Forense, 1972: 512 p.  
\_\_\_\_\_. *A contribuição do antigo direito português no Código Civil Brasileiro e Português*. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 29-42.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 627 p.
- AMORIM, José Roberto Neves. Direito sobre a história da própria vida. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.749, p.124-133, 1998.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- ARNAUD, ANDRÉ-JEAN. *Entre modernité et mondialisation*. Paris: L.G.D.J., 1998, 185 p.
- ASSIS, Araken. Indenização do dano moral. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.236, p. 5-14, 1997.  
\_\_\_\_\_. Liquidação do dano. *Direito e Justiça*. *Revista da Faculdade de Direito da PUCRS*, Porto Alegre, v. 19, p. 15-30, 1998.
- ATIAS, Christian. *Les personnes. Les incapacités*. Paris: Presses Universitaires de France, 1985. 265 p.  
\_\_\_\_\_. *Enseigner le droit*. R.T.D.C., Paris, n. 2, p. 286-289, 1998.
- BARGAGNA, M. e BUSNELLI, F.D. et alli. *La valutazione del danno alla salute*. Padova: Cedam, 1995. 598 p.
- BASTOS, Aurélio Wander. *Sociedade por quotas de responsabilidade limitada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995. 179 p.  
\_\_\_\_\_. *Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1991. 173 p.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *As modernas formas de interpretação constitucional*. Jus navigandi - <http://www.jus.com.br/>, p. 1-16, 1999.
- BEIGNIER, Bernard. *Vie privée et vie public*. Archives de Philosophie du Droit, Paris, t. 41, p.163-180, 1997.
- BERLINGUER, Giovanni e GARRAFA, Volnei. *O mercado humano - Estudo bioético da compra e venda de partes do corpo*. Trad. de Isabel Regina Augusto. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1996. 212 p.
- BERNARD, Alain. *Estimer l'inestimable*. R.T.D.civ, Paris, n. 2, p. 271-305, 1995.
- BERNSTEIN, Peter L. *Desafio aos Deuses: a fascinante história do risco*. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1997. 389 p.
- BEVILAQUA, Clovis. *Comentários ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976. 1114 p.

- \_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores-Serviço de Documentação, 1966. 371 p.
- Bíblia Sagrada*. 74. ed. Tradução dos originais mediante a versão dos Monges de Maredsous (Bélgica) pelo Centro Bíblico Católico. São Paulo: Ave-Maria Ltda., 1993. 1.632 p.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 254 p.
- \_\_\_\_\_. O acidente de Goiânia e a responsabilidade civil nuclear. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 625, p. 251-256, 1987.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p.
- \_\_\_\_\_, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 2. ed. Trad. de João Ferreira, Carmem G. Varriale e outros. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1986. Estado contemporâneo, verbete de Gustavo Gozzi, p. 401.
- BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Considerações sobre a filiação extramatrimonial em Direito de Família francês e brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, n. 27, p. 61-80, 1992/1993.
- BUERES, Alberto J. El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética a la sique, a la vida de relación e a la persona en general. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, n.1 p. 237-268, 1995.
- \_\_\_\_\_ e FERREYRA, Roberto A Vásquez. El daño a la persona en la jurisprudencia. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, n.1, p. 293-305, 1995.
- CAETANO, Marcello. *As sesmarias no Direito Luso-Brasileiro*. Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 9-23.
- CARLIN, Volnei Ivo. A reparação civil nascida da dor moral. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 569, p. 9-12, 1983.
- CARRARD, Jean. O dano estético e sua reparação. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 40, p. 401-411, 1983.
- CARVALHO, Marcia C. S. A de. Ação Civil Pública com pedido de ordem liminar. Edifício Palace II. Indenização integral dos danos materiais e morais sofridos. Restituição das quantias pagas. Desconsideração da personalidade jurídica. Indisponibilidade do patrimônio dos réus. (Sentença). *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 29, p. 139-148, 1999.
- CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, v. 21, p. 125-159.
- CASILLO, João. *Dano à Pessoa e sua indenização*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, 517 p.
- \_\_\_\_\_. Dano moral. Indenização. Critério para fixação. Parecer. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 634. p. 235-236, 1988.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1998. 1030 p.
- COTTA, Sergio. *Perché la violenza? Una interpretazione filosofica*. Lâquila: Japadre, 1978. 155 p.
- CROQUEZ, Gilbert. *Guide Pratique des Estimations de Préjudices Corporels*. 5. ed. Paris: L'Argus, 1981. 127 p.
- CUETO, Claudio Hernández. *Valoración médica del daño corporal*. Barcelona: Masson S.A, 1996. 390 p.
- CUNHA, Alcides A. Munhoz. Evolução das ações coletivas no Brasil, *Revista da Procuradoria-Geral da República*, São Paulo, n. 8. p. 246-258, 1996.
- DARAY, Hernán. *Daño psicológico*. Buenos Aires: Astrea, 1995. 230 p.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. Trad. de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.
- DECROP, Geneviève. *Les risques majeurs naturels et technologiques, objet de politique publique? Les cahiers de la sécurité intérieure*, Paris, n. 6, p. 17-29, 1991.
- DE CUPIS, Adriano. *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1946. 403 p.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.v.2, 606p.
- DIAS, Sérgio Novais. A responsabilidade civil nas atividades perigosas. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 67, p. 28-50, 1994.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984.v.7, 442 p.
- DOUGLAS, Mary. *La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales*. Trad. de Victor Abelardo Martínez. Barcelona: Paidós, 1996. 173 p.
- DWECK, Ruth Helena. *A beleza como variável econômica - reflexo nos mercados de trabalho e de bens e serviços*. Rio de Janeiro: IPEA, 1999. 37 p.
- FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo/ Luiz Edson Fachin (coord.): Carmen Lucia Silveira Ramos...[et. al.]*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 329 p.
- \_\_\_\_\_. *A reforma no direito brasileiro: novas notas sobre um velho debate no Direito Civil*. Paraná Judiciário, Curitiba, v. 52, p. 13-18, 1988.
- \_\_\_\_\_. Limites e possibilidades da nova Teoria Geral do Direito Civil. *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, n. 27, p. 49-60, 1992/1993.

- \_\_\_\_\_. A cidade nuclear e o direito periférico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 723, p. 107-110, 1996.
- FERREIRA, Waldemar. *História do Direito Brasileiro*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1962. 312 p.
- FINETTI, Giovanni e TENAGLIA, Giancarlo. E se explodir? A segurança nuclear, da fantasia à realidade in *Energia Nuclear e Sociedade*/ Antonio D. Machado (Coord.). Trad. de Sandra Crivano e Rubério Prado Britto. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980. p. 161-167.
- FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O trabalho protegido do portador de deficiência*. Conferência, São Paulo, 1999.
- FOUCALT, Michel. *História da sexualidade, 3: o cuidado de si*. Trad. de Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1985. 246 p.
- FRAIGNEAU, Bernard. *L'argent et la gestion des incertitudes*. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, t. 42, p. 127-136, 1997.
- FRANZONI, Massimo. *Il danno alla persona*. Milano: Giuffrè, 1995. 765 p.
- GARAPON, Antoine. La responsabilisation. *Revue Droit et Cultures*, Paris, n. 31, p. 119-131, 1996.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. de A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. 813 p.
- GIORGI, Raffaele de. O risco na sociedade contemporânea. In *Direito, democracia e risco vínculos com o futuro*. Trad. de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 185-200.
- \_\_\_\_\_. Centro de estudos do risco. In *Direito, democracia e risco vínculos com o futuro*. Trad. de Lucia Silva e Silva, Sandra Regina Martini Vial e Luiz Antônio Machado Vial. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 215-249.
- GOMES, Luiz Flávio. A vitimologia e o modelo consensual de Justiça Criminal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 742, p. 423-430, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Modelos de atuação judicial: rumo à constitucionalização do juiz do terceiro milênio*. Doutrinal James Tubenchlak (Coord.). Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1996, p. 65-95.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. O estatuto da propriedade perante o novo ordenamento constitucional brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 309, p. 25-309.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. 635 p.
- \_\_\_\_\_. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 9, 33 p., 1977.
- \_\_\_\_\_. *Direito Econômico e outros ensaios*. Distribuidora de Livros Salvador Ltda., 1975. 135 p.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 662 p.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Responsabilité morale et responsabilité juridique selon Kant*. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, p. 113-129, 1977.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública e a defesa de interesses individuais homogêneos. (Parecer). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 5, p. 206-229, 1993.
- GUTIERREZ, Graciela N. Messina de Estrella. *La responsabilidad civil en la era tecnologica*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997. 350 p.
- HELLNER, Jan. *Développement et rôle de la responsabilité civile délictuelle dans le pays scandinaves*. R.I.D.C., Paris, p. 779-805, 1967.
- HERNANDES, Rodolfo Valença. O dote como reparação autônoma do dano moral. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 655, p. 237-242, 1990.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. El daño fundado en la dimension del hombre en su concreta realidad. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, n. 1, p. 9-40, 1995.
- JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. Trad. de Cláudia Lima Marques, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 759, p. 24-40, 1999.
- JULGADOS. Porto Alegre, n. 97, 1996.
- KANT, Immanuel. *La metafísica dei costumi*. Trad. de Giovanni Vidari. 2. ed. Bari: Laterza, 1973, 406 p.
- KARILA DE VAN, Juliana. Le droit de nuire. *RTD civ*, Paris, n. 3, p. 533-558, 1995.
- KEETON, Robert E. L'assurance automobile permettant l'indemnisation des victimes indépendamment de la faute dans le Massachusetts. *R.I.D.C. n. 1*, p. 115-119, 1971.
- KISS, Alexandre. *Droit et risque*. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, t. 36, p. 49-53, 1991.
- LALO, Anne. De la Loi à l'action. Bilan d'une campagne d'information du public sur les risques technologiques majeurs. Paris, *Les cahiers de la sécurité intérieure n.6*, p. 31-57, 1991.
- LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Trad. e notas de Miguel Izquierdo Y Macias-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 872 p.
- LABROUSSE-RIOU, Catherine. Responsabilité, droit des personnes et sciences de la vie. *Revue Droit et Cultures*, Paris, n. 31, p. 69-95, 1996.
- LAMBERT-Faivre, Yvonne. L'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du Sida: hier, aujourd'hui et demain. *R.T.D. civ.*, Paris, n. 1, p. 1-17, 1993.
- \_\_\_\_\_. L'étique de la responsabilité. *R.T.D. civ*, Paris, n. 1, p. 1-22, 1998.

- \_\_\_\_\_. L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation. *R.T.D. civ.*, Paris, n. 1, p. 1-19, 1987.
- LECHAT, Michel F. L'épidémiologie des desastres. Paris, *Les cahiers de la sécurité intérieure* n. 6, p. 162, 1991.
- LENOIR, Noëlle e MATHIEU, Bertrand. *Les normes internationales de la bioéthique*. Paris: Presses universitaires de France, 1998. 127 p.
- LE SAUX, Alain e outros. De la gestion prévisionnelle à la gestion opérationnelle des crises. Paris, *Les cahiers de la sécurité intérieure* n. 6, p. 99-115, 1991.
- LE TORNEAU, Philippe. La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin). *R.T.D. civ.*, Paris, n. 3, p. 505-518, 1988.
- LEX – JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS. São Paulo: Círculo, v. 101, 102 e 106, 1998.
- LOBO, Ana Lúcia da Silva Cardoso Arrochela. Ação civil pública-vício-segurança-Produto/Serviço-Vazamento de gás. (Trabalho Forense). *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 21, p. 195-225.
- LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil Jus Navigandi* - <http://www.jus.com.br/>, p. 1-12, 1999.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. La lesion física a la persona. El cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante. *Revista de Derecho Privado Y Comunitario*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, n. 1, p. 101-141., 1995.
- LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Trad. Silvia Pappe, Brunhilde Eerker, Luis Felipe Segura, Javier Torres Nafarrate (coordenador da tradução). Guadalajara: Universidad Iberoamericana/ Universidad de Guadalajara, 1992. 285 p.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Jus navigandi - <http://www.jus.com.br/>, p. 1-9, 1999.
- MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez. *O dano estético*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. 123 p.
- \_\_\_\_\_. *O dano estético*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 254 p.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos e coletivos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.747, p. 67-84, 1998.
- MARENSEI, Voltaire Giavarina. *O seguro no direito brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese Ltda., 1994. 466 p.
- MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 194 p.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1988. 668 p.
- MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo; meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 360 p.
- MONIER, Jean-Claude. Personne humaine et responsabilité civile. *Revue Droit et Cultures* n. 31, p. 51-67, 1996.
- NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 761, p. 31-44, 1999.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1997. 539 p.
- OLIVEIRA, José Carlos Oliveira. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora de Direito Ltda., 1998. 784 p.
- ORDENAÇÕES AFONSINAS, livro V. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.
- ORDENAÇÕES MANUELINAS, LIVRO V. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984. 348p.
- ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*. 3. ed. Trad. de Herrera Filho. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1971. 264 p.
- PALMER, Vernon. Trois principes de la responsabilité sans faute. *R.I.D.C.*, Paris, n. 4, p. 825-838, 1987.
- PASSOS, J. J. Calmon de. A atividade securitária e sua fronteira com os interesses transindividuais - responsabilidade da Susep e competência da Justiça Federal (Parecer). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 763, p. 95-102, 1999.
- PATRY, Robert. Responsabilité civile et assurances. *R.I.D.C.*, Paris, n. 2, p. 371-381, 1997.
- PENNEAU, Jean. La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance. *R.I.D.C.*, Paris, n. 2, p. 526-544, 1990.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. 377 p.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 1. 463 p.
- PESSINI, LÉO e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. (orgs.) *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996. 241 p.
- PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. Livro V das Ordenações do Reino - Código Filipino. Bauru: Jalovi, 1980, p. 17-142.

- PITANGUY, Ivo. *Direito à beleza: revelações de um mestre da cirurgia plástica*. Rio de Janeiro: Record, 1984. 176 p.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. Parte especial, t. 53, 463p.
- RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. Algumas reflexões acerca da Constituição como lei fundamental do direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 29, p. 147-172, 1996.
- RECCHIA, Giorgio. Mezzi stradiudiziali per la risoluzione di controversie economiche sui danni ambientali e l'esperienza statunitense. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 2, p.559-569, 1996.
- REVET, Thierry. L'argent et la personne. *Archives de Philosophie du droit*, Paris, t. 42, p. 43-54, 1998.
- REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Porto Alegre, n. 194, 1999.
- REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. Brasília, v. 106, 1983.
- RIO, Maite Criado del. Valoracion medico legal del daño a la persona por responsabilidad civil. <http://ircecali.com/htdocs/htm/artes04.htm>, p. 1-28., 1999.
- ROBERT, Cinthia (org.). *O direito do deficiente*. Danielle Marcial, Cinthia Robert, Elida Séguin (Coords.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. 150 p.
- ROCHA, Leonel Severo. Ensino do Direito e Cultura Política. *Seqüência*, Florianópolis, n. 19, p. 78-94, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 1998. 164 p.
- ROCHA, Sílvio Luiz Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. 149 p.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 4, 284 p.
- SALAS, Denis. Du déclin de la faute à la tentation du bouc émissaire. *Revue Droit et Cultures*, Paris, n. 31, p. 7-18, 1996.
- SCHNAID, David. *A interpretação jurídica constitucional (e legal)*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 733, p. 24-52, 1996.
- SEPÚLVEDA, Mariano Guimarães, BERTÃO, Shirley Fenzi et alli. Ação coletiva indenizatória. Desconsideração da personalidade jurídica. Pedido de tutela liminar. Distribuição de medicamentos falsificados, Indenização (Trabalho forense). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, p. 198-208, 1999.
- SERIAUX, Alain. La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir. *R.T.D. civ*, Paris, n. 4, p. 801-813, 1994.
- SESSAREGO, Carlos Fernández. Protección a la persona humana. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 56, p. 87-142, 1992.
- \_\_\_\_\_. Hacia una nueva sistematización del daño a la persona. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 75, p. 5-16, 1996.
- SILVA, Almiro do Couto e. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo* n. 202, p. 19-41, 1995.
- SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. 314 p.
- SILVA, Wilson Melo. O dano estético. *Revista Forense, io de Janeiro*, n. 194, p. 23-29, 1961.
- SILVA FILHO, Artur Marques. A responsabilidade civil e o dano estético. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 689, p. 38-49, 1993.
- SMETS, Henri. Indemnisation des victimes de catastrophes industrielles. Paris, *Les cahiers de la sécurité intérieure* n. 6, p. 165-176, 1991.
- STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 989 p.
- STRECK, Lenio Luiz. A necessária constitucionalização do Direito: o óbvio a ser desvelado. *Revista do SAJU*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 202-218, 1998.
- TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. *Paraná Judiciário*, Curitiba, v. 52, p. 153-166, 1998.
- \_\_\_\_\_. A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 306, p. 73-78.
- TEPEDINO, Maria Celina B.M. A caminho de um Direito Civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 65, p. 21-32, 1993.
- THIBIERGE, Catherine. Enseigner le droit civil à l'aube du XXI siècle. *R.T.D.C.*, Paris, n. 2, p. 306-313, 1998.
- TRUCHET, Didier. L'argent et la liberté. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, t. 42, p. 55-60, 1998.
- TUNC, André. Les problèmes contemporains de la responsabilité civile délictuelle. *R.I.D.C.*, Paris, n. 4, p. 757-777, 1967.
- \_\_\_\_\_. Le droit en miettes. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, n. 22, p.31-35, 1977.
- \_\_\_\_\_. Où va la responsabilité civile aux États-Unis? *R.I.D.C.*, Paris, n. 3, p. 711-725, 1989.

- \_\_\_\_\_. L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation après quatre ans d'application de la loi Badinter. *R.I.D.C.*, Paris, n. 4, p. 993-1004, 1989.
- \_\_\_\_\_. Quatorze ans après: Le système d'indemnisation néo-zelandais. *R.I.D.C.*, Paris, n. 1, p. 139-144, 1989.
- \_\_\_\_\_. Le spectre de la responsabilité civile. *R.I.D.C.*, Paris, n. 4, p. 1163-1168, 1986.
- \_\_\_\_\_. *La responsabilité civile*. 2. ed. Paris: Economica, 1990. 200 p.
- VINEY, Geneviève. De la responsabilité personnelle à la répartition des risques. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, n. 22, p. 5-22, 1977.
- VINEY, Geneviève. *Traité de Droit Civil les obligations la responsabilité: effets*. Paris: L.G.D.J., 1988. 592 p.
- \_\_\_\_\_. *Traité de Droit Civil Introduction à la responsabilité*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1995. 471 p.
- ZATTI, Paolo. Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n. 1, p. 43-57, 1995.
- ZIVIZ, Patrizia. Alla scoperta del danno esistenziale. In *La responsabilità extracontrattuale, a cura di Paolo Cendon*. Milano: Giuffrè, 1994, p.41-69.
- \_\_\_\_\_. Il danno non patrimoniale. In *La responsabilità extracontrattuale, a cura di Paolo Cendon*. Milano: Giuffrè, 1994, p. 441-478.
- WALD, Arnold. *Obrigações e contratos*. 12. ed. ver ampl. e atual. de acordo com a Constituição de 1988 e o Código do Consumidor e com a colaboração do Prof. Semy Glanz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 525 p.