

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	8
CAPÍTULO I – ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA TUTELA DA PERSONALIDADE HUMANA	12
1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA.....	12
1.1.1 Os direitos fundamentais da personalidade: intimidade, vida privada, honra e imagem.....	16
1.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	19
CAPÍTULO II – RESPONSABILIDADE CIVIL	23
2.1 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	23
2.3 TEORIAS OBJETIVAS E SUBJETIVAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	29
2.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL E AS ACEPÇÕES DE DANOS EXISTENTES	29
CAPÍTULO III – SUBSUNÇÃO DO DANO ESTÉTICO AO DANO MORAL	31
3.1 A NOÇÃO DE ESTÉTICA.....	31
3.3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE APLICAÇÃO	33
CONSIDERAÇÕES FINAIS	38
REFERÊNCIAS.....	40

INTRODUÇÃO

A presente monografia, que tem como tema “a subsunção do dano estético como dano moral”, objetiva analisar a possibilidade de cumulação do dano estético ao lado do dano moral, haja vista que se traduz mesma relação de subsunção decorrente de lesão aos direitos fundamentais da personalidade e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Por esta razão, como problema temos o reconhecimento do dano estético enquanto categoria autônoma de dano configura hipótese de enriquecimento ilícito se na mesma ação for imputado a concomitância do dano moral.

Como marco teórico da pesquisa, têm-se as considerações de Teresa Anacona Lopes, a qual preleciona:

Em resumo, o dano estético é sempre uma espécie de dano moral e, na maioria das vezes, concomitantemente, também dano material, mas, se dele somente advirem prejuízos de ordem econômica, fala-se em ofensa passageira à estética pessoal ou em dano estético transitório. [...] Portanto, não podemos conceber prejuízo estético que não seja também prejuízo moral, pois a pessoa, a partir do momento da lesão, está menos feliz do que era antes, ou como quer Minozzi, o dano vem perturbar “il nostro stato di felicità”.¹

O presente estudo possui relevância sob três aspectos distintos: jurídico, social e acadêmico.

Sob o ponto de vista jurídico, a importância da pesquisa é relevante a partir da necessidade de investigação do dano estético e sua relação com o dano moral, a fim de facilitar a aplicabilidade de tal instituto no ordenamento jurídico e não gerar enriquecimento ilícito decorrente de “bis in idem” de natureza civil.

Sob o ponto de vista social, mostra-se importante a pesquisa haja vista que o dano estético, em muitas das vezes, acaba por comprometer a imagem e a honra da pessoa lesada, bem como por impedir o seu convívio na sociedade, com conseqüente sentimento de rejeição e sofrimento. Elucidar condições de aplicabilidade deste instituto é de relevância para toda a sociedade.

¹ LOPES, Teresa Anacona, **O dano estético**: Responsabilidade Civil 3ª ed. revista, ampliada e atualizada com o Código Civil de 2002. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.55-64.

Por fim, sob o ponto de vista acadêmico, faz-se relevante por permitir à pesquisadora do presente estudo aquisição de conhecimentos específicos da matéria em questão.

Como metodologia o presente projeto utiliza-se da pesquisa teórico-dogmática, a partir de discussões e releituras doutrinárias, bem como, do manuseio de artigos, legislação pertinente ao tema e jurisprudência.

A pesquisa possui cunho transdisciplinar, haja vista a existência de investigações envolvendo diferentes searas jurídicas como o Direito Constitucional e o Direito Civil.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Visando a compreensão do presente estudo, serão abordados os conceitos mais relevantes ao estudo do dano estético enquanto espécie de dano moral.

Responsabilidade Civil, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves, “[...] origina-se do latim *respondere*, que encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir [...]”².

Observa-se a divisão da responsabilidade civil em duas grandes categorias, que são a responsabilidade civil contratual e a responsabilidade civil extracontratual. Depreende a respeito da responsabilidade civil contratual o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, “[...] Uma pessoa pode causar prejuízo a outrem por descumprir uma obrigação contratual [...]”³. Em contrapartida, a responsabilidade civil extracontratual é mencionada por Carlos Roberto Gonçalves como, “[...] quando a responsabilidade não deriva de contrato, diz-se que ela é extracontratual [...]”⁴.

Existe ainda uma outra classificação em relação à responsabilidade civil, que são divididas em subjetiva ou objetiva. Neste sentido, diserta Silvio Rodrigues:

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.

A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa [...]”⁵.

Pode-se extrair três pressupostos gerais da responsabilidade civil: a conduta humana, o nexo de causalidade e o dano.

Pablo Stolze Gagliano conceitua a conduta humana como:

²GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4, p. 41.

³GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4, p. 44.

⁴GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4, p. 44.

⁵RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: responsabilidade civil. 20. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). V. 4, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 11.

[...] fica fácil entender que a ação (ou omissão) humana voluntária é pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil. Trata-se, em outras palavras da conduta humana, positiva ou negativa (omissão) guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo⁶.

Já o nexo de causalidade é mencionado por Miguel Maria Lopes como:

Uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido, É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço[...] fica fácil entender que a ação (ou omissão) humana voluntária é pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil. Trata-se, em outras palavras da conduta humana, positiva ou negativa (omissão) guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo⁷.

O dano é tido como característica central da pesquisa e elemento fundamental da responsabilidade civil. Classifica-se em regra, em dano material e em dano moral. Preleciona Sílvio de Salvo Venosa dizendo que o “dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico [...]”⁸.

Em relação ao dano material, Carlos Roberto Gonçalves depreende “[...] Material é o dano que afeta somente o patrimônio do ofendido [...]”⁹. Já no que se refere à definição de dano moral, Carlos Roberto Gonçalves define que “[...] moral é o que só ofende o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio [...]”¹⁰.

A indenização por dano moral vem prevista na Constituição da República de 1988 em virtude de sua proteção aos direitos fundamentais (art. 5º CR/88).

Conforme o inciso V, do art. 5º, da CR/88 que traz em seu texto “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”¹¹. Dispõe também o inciso X, do referido diploma

⁶GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: v. III, Saraiva, 2011, p. 27.

⁷LOPES, Miguel Maria, **Curso de Direito Civil, Fontes Acontratuais das obrigações e Responsabilidade Civil**, 5. Ed, Rio de Janeiro: v. V, Freitas Bastos, 2001, p.218..

⁸VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 37.

⁹GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: v. 4, Saraiva, 2012, p. 359.

¹⁰GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: v. 4, Saraiva, 2012, p. 359.

¹¹BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. p. 292.

que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”¹².

Diante dos incisos acima expostos, podemos observar que o direito fundamental da personalidade tem quatro pilares, sendo eles, a imagem, a honra, a vida privada e a intimidade. Sobre os direitos da personalidade, mais precisamente sobre os direitos à intimidade e à vida privada Manuel Gonçalves Ferreira Filho citado por Alexandre Moraes, aduz que:

[...] intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto *vida privada* envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.¹³.

Sobre honra, Costa Júnior *apud* Kildare Gonçalves Carvalho, preleciona que tal direito refere-se ao “[...] sentimento ou a consciência da própria dignidade pessoal refletida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa [...]”¹⁴.

A imagem, para Orlando Gomes, “[...] é o conceito identificador de cada pessoa no meio social, tanto que se associa a ela uma representação em razão da forma de sua atuação na sociedade [...]”¹⁵.

A partir da definição do dano moral como ofensa aos direitos fundamentais da personalidade e ao princípio da dignidade da pessoa humana, discute-se ser o dano estético pautado em espécie ou modalidade de dano, cabendo ou não sua cumulação ao lado do dano material e do dano moral.

Conceitua a dignidade da pessoa humana o doutrinador Pablo Stolze Gagliano como:

Ademais, por se tratar de cláusula geral, de natureza principiológica, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemos em dizer que a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e a busca da felicidade. Mais do que garantir a simples sobrevivência, este princípio

¹²BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. p. 292.

¹³ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira de 1988, 1997. In: MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 54.

¹⁴COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só, 1995. In: CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 18. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p.664.

¹⁵ GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. rev. atual. e ampl. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 78.

assegura o direito de se viver plenamente, sem quaisquer intervenções espúrias, estatais ou particulares, na realização desta finalidade¹⁶.

Dano estético, conforme o entendimento de Teresa Ancona Lopez, consiste em “[...] qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um “enfeamento” e lhe causa humilhações e desgostos, dando origem, portanto, a uma dor moral [...]”¹⁷.

A Súmula nº. 387 do Superior Tribunal de Justiça reconhece a cumulação de dano moral e estético pelo qual “é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”¹⁸. Entretanto, partindo do pressuposto de a autonomia do dano estético em relação aos demais danos, entende-se como mais plausível a impossibilidade de cumulação do dano estético ao lado do dano moral para não ocorrer em hipótese de enriquecimento ilícito. O Código Civil de 2002 em seu art. 884 conceitua o enriquecimento ilícito como: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”¹⁹.

Sílvio de Salvo Venosa também reconhece a sensibilidade moral do dano estético. Aduz que, “o dano estético, portanto, que afeta diretamente a personalidade, é modalidade de dano moral [...]”²⁰.

Tendo em vista os argumentos acima expostos é que se reitera o questionamento se o reconhecimento do dano enquanto categoria autônoma de dano configura hipótese de enriquecimento ilícito se na mesma ação for imputado a concomitância do dano moral.

¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: v. IV, Saraiva, 2011, p.65.

¹⁷ LOPES, Tereza Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil**. 3. ed. rev. ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 46.

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

¹⁹ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Novo Código Civil, em seu art. 884.

²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 51.

CAPÍTULO I – ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA TUTELA DA PERSONALIDADE HUMANA

1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA

Os direitos fundamentais consistem em direitos consagrados na Constituição de um Estado, reconhecidos ao ser humano, como inerentes à sua humanidade. De acordo com Luigi Ferrajoli, “[...] são “fundamentais” os direitos atribuídos por um ordenamento jurídico a todas as pessoas físicas enquanto tais, ou enquanto cidadãos, ou enquanto capazes de agir [...]”²¹.

Contudo, os direitos fundamentais podem ser entendidos como direitos especificados no instrumento constitucional e que se relacionam diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade da pessoa humana, tendo assim, um reconhecimento universal pela maioria dos Estados.

Os direitos fundamentais nada mais são que direitos humanos constitucionalizados, tendo ele como principal fonte normativa inspiradora os direitos naturais, que ambos são direitos do ser humanos e anteriores aos Estados, que existem apenas pelo fato de ser homem.

Os direitos fundamentais têm um caráter histórico e revolucionário, por isso ao longo do tempo ele vem sofrendo transformações, tanto no que diz respeito ao seu conteúdo, quanto à sua titularidade, eficácia e efetividade, tudo isto acontece em decorrência da grande evolução da sociedade.

Como sabemos os direitos fundamentais estão previstos no art. 5º da Constituição Federal, necessário se faz a diferenciação entre direitos e garantias fundamentais, Pedro Lenza faz essa classificação da seguinte forma:

[...] Os direitos são bens e vantagem prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados. Por fim, diferenciar as garantias fundamentais dos remédios constitucionais. Este último são espécie do gênero garantia. Isso porque, uma vez consagrado o direito, a sua garantia nem sempre estará nas regras definidas constitucionalmente como remédios constitucionais (ex.: habeas

²¹ FERRAJOLI, Luigi (Tradução de Alexandre Salim). **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.10.

corpus, habeas datas, etc). Em determinadas situações a garantia poderá esmar na própria norma que assegura o direito [...].²²

Marcelo Alkmim conceitua direitos fundamentais como:

[...] Pode-se dizer que os princípios fundamentais são as normas informadoras de todo o sistema jurídico e político, as diretrizes básicas do Ordenamento Constitucional brasileiro. São normas que contêm os mais importantes valores que informam a elaboração da Constituição. Os princípios são dotados de normatividade, ou seja, possuem efeito vinculante e constituem normas jurídicas efetivas [...]. Para o autor, “sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive e, em alguns casos, não sobrevive”. Esse conceito passou por transformações na medida da evolução do constitucionalismo, em razão da incorporação de novos direitos indispensáveis ao ser humano para uma vida em sociedade, como é o caso dos direitos sociais, os quais ganharam força constitucional lado a lado com os direitos individuais. Vale ressaltar que, em se tratando de direitos fundamentais, não deve o Estado se limitar a reconhecê-los formalmente, deve sempre trabalhar para torna-los efetivos, adotando medidas e políticas públicas que visem a concretizar e incorporar esses direitos à vida do cidadão e de todos os agentes sociais. Os direitos e garantias fundamentais expressos na quase totalidade das Constituições modernas representam, acima de tudo, o reconhecimento formal por parte dos estados dos direitos intangíveis do ser humano, bem como da impossibilidade de interferência ou de violação desses direitos pelo arbítrio das autoridades. Representam, nesse sentido, uma limitação à atuação do Estado [...].²³

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm sua aplicação de forma imediata. Ter aplicação imediata significa que as normas constitucionais são dotadas dos meios e elementos necessários à sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamento que elas regulam.

Os direitos humanos fundamentais em sua concepção moderna surgiram como produto da fusão de várias fontes, segundo as lições de Marcelo Alkmim:

[...] no que concerne aos direitos fundamentais naturais, ou seja, aqueles que são ínsitos ao próprio ser humano, como a vida e a liberdade, pode-se dizer que eles sempre existiram, sendo que a concepção dos direitos naturais pela doutrina francesa serviu de inspiração para as primeiras declarações de direitos fundamentais [...].²⁴

²² LENZA; Pedro, **Direito Constitucional Esquematizado/Pedro Lenza**, 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 958.

²³ PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmim. **Teoria da Constituição/Marcelo Vicente de Alkmim Pimenta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 148, 301.

²⁴ PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmim. **Teoria da Constituição/Marcelo Vicente de Alkmim Pimenta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 302.

O reconhecimento de tais direitos são coisas recentes e estão longe de se esgotarem suas possibilidades, uma vez que cada passo na evolução da humanidade importa na conquista de novos direitos.

Podemos justificar a existência dos direitos fundamentais sobre três pilares, são eles, a teoria jusnaturalista, a teoria positivista e a teoria moralista. Marcelo Alkmim disserta sobre a teoria jusnaturalista da seguinte maneira:

[...] a teoria jusnaturalista fundamenta os direitos humanos em um ordem superior universal, imutável e inderrogável. A partir dessa concepção, a existência dos direitos humanos fundamentais não se prende a nenhuma ação humana, a nenhuma ação legislativa, mas, antes, estaria baseada em um direito preexistente à vontade manifesta dos homens em suas leis e, por essa razão, não poderia desaparecer a partir da vontade humana. Nesse sentido, a positivação dos direitos fundamentais seria revestida de natureza meramente declaratórias, vez que tal grupo preexiste à sua positivação na ordem jurídica estatal [...].²⁵

A teoria positivista também é conhecida como juspositivista e se fundamenta na existência de direitos humanos na ordem normativa enquanto legitima a manifestação da soberania popular, sobre esta teoria destaca-se as palavras de Marcelo Alkmim:

[...] somente seriam direitos humanos fundamentais aqueles expressamente previstos no ordenamento jurídico positivado. Segundo essa teoria, somente a lei pode criar direito, e, portanto, os direitos fundamentais seriam constituídos a partir de uma vontade consciente do legislador, materialidade na norma jurídica [...].²⁶

Por último temos a teoria moralista a qual se fundamenta na experiência e consciência moral de um determinado povo.

Explanados a justificação dos direitos fundamentais, passamos para a sua o estudo de sua divisão, os direitos fundamentais são divididos em gerações, classificando-os em razão da ordem cronológica em que foram conquistados. É discutida atualmente a existência de até cinco gerações de direitos fundamentais.

²⁵ PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmim. **Teoria da Constituição/Marcelo Vicente de Alkmim Pimenta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 302.

²⁶ PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmim. **Teoria da Constituição/Marcelo Vicente de Alkmim Pimenta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 302.

A primeira geração de direitos fundamentais diz respeito aos direitos individuais, civis e políticos, que, como lecionado Paulo Bonavides são “[...] os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional [...]”²⁷.

Tal geração marca a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito e, nesse contexto, o respeito às liberdades individuais, seu reconhecimento surge com força e evidência nas primeiras constituições.

Paulo Bonavides conceitua a primeira geração como:

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico, enfim, são direitos de resistência ou de posição perante o Estado.” [...].²⁸

Temos o surgimento da segunda geração decorrente a Revolução Industrial Europeia, à partir do século XIX. O início do século XX é marcado pela Primeira Grande Guerra e pela fixação dos direitos sociais.

Os direitos sociais, culturais, econômicos, coletivos ou de coletividade, correspondem aos direitos de igualdade e tais direitos estão consagrados na Constituição Federal de 1934.

A terceira geração é marcada pela grande alteração da sociedade por profundas mudanças na comunidade internacional e diz respeito aos chamados direitos da solidariedade e da fraternidade, direitos de titularidade coletiva ou difusa, que são de várias pessoas, mas não pertencem a ninguém isoladamente, tais direitos são transindividuais que transcendem os interesses do indivíduo e passam a se preocupar com a proteção do gênero humano.

Já a quarta geração de direitos fundamentais correspondem ao direito à democracia, à informação, ao desenvolvimento, ao pluralismo e à paz e são decorrentes à globalização.

Como dito acima, afirmei que se defendem até cinco gerações, pois Paulo Bonavides reconhece o direito à paz como um direito de quinta geração, defendendo assim sua inserção em uma nova dimensão, justificando ainda que tal direito tem que ser inserido de maneira autônoma, pois afirma que a paz é um supremo direito

²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Consitucional**. 26. ed., arual. São Paulo. Malheiros, 2012, p. 581.

²⁸ LENZA; Pedro, **Direito Constitucional Esquematizado/Pedro Lenza**, 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 958.

da humanidade, fala-se também que os direitos de quinta geração são relacionados à realidade virtual, em razão do grande desenvolvimento da internet.

A terminologia gerações sugere uma equivocada ideia de que cada nova geração substitui a anterior, o que não é verdade. Tal fato pode ser comprovado através da análise da própria Constituição Federal de 1988, que engloba em seu corpo normativo direitos de todas as gerações, são encontradas principalmente em seu título II: “Dos direitos e garantias fundamentais”, que regulamenta direitos individuais, coletivos, sociais e políticos.

A concepção dos direitos fundamentais revela uma dupla dimensão, considerada como direitos subjetivos e objetivos. Na primeira perspectiva, as pretensões constitucionais afiguram-se como garantia concedida aos indivíduos e tutelam a liberdade, a autonomia e a segurança da pessoa humana frente ao Estado e aos demais membros do corpo social. Na segunda dimensão, tais direitos atuam como fundamento da ordem político-jurídica do Estado, que se propõem a emanar uma ordem dirigida ao ente público, no sentido de que a ele incumbe a obrigação permanente de concretização e realização de tais pretensões essenciais.

Destarte, os direitos fundamentais que no início objetivavam proteger o indivíduo do Estado, atualmente, também visam à proteção contra outros particulares e, por meio do conteúdo dessas pretensões, surge a possibilidade de o indivíduo receber alguma prestação do Estado.

Concluimos que os direitos fundamentais quando efetivamente garantidos, possibilitam o exercício da cidadania, ao qual confere à pessoa humana a capacidade de participar, de forma direta ou indireta, da vida civil e política do Estado.

1.1.1 Os direitos fundamentais da personalidade: intimidade, vida privada, honra e imagem

A internet sempre teve como objetivo expandir o nosso conhecimento, nos colocando em contato com o mundo, assim estreitando as relações sociais e sendo uma fonte de acesso à comunicação sendo de extrema facilidade o acesso às informações de qualquer natureza.

Não podemos negar, mas vivemos hoje num mundo onde as relações sociais pela internet são maiores que as pessoais. Estas relações virtuais vêm

trazendo grandes problemas no que diz respeito à privacidade das pessoas. Devido ao fato de as pessoas se exporem muito mais e acabando deixando brechas para “bisbilhotar” a vida alheia, o que afeta todas as pessoas, sem nenhuma distinção.

Devido a isso, alguns direitos, são violados, e nem sempre as pessoas tem conhecimento, ou tem noção dos malefícios que podem acarretar em suas vidas e na vida dos outros.

A moral é um bem irrestituível e ninguém têm o direito de infringi-la. A moral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram a vida humana como dimensão imaterial.

Os direitos fundamentais da personalidade consistem em direitos que nascem com o indivíduo, pertencentes a sua natureza. Já os direitos de personalidade, são considerados a base de todo o ordenamento e a razão de ser do direito civil contemporâneo.

Como definição de direitos da personalidade expõem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Conceituam-se os direitos da personalidade como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.

A ideia a nortear a disciplina dos direitos da personalidade é a de uma esfera extrapatrimonial do indivíduo, em que o sujeito tem reconhecidamente tutelada pela ordem jurídica uma série indeterminada de valores não redutíveis pecuniariamente” [...].²⁹

À luz do artigo 5º, inciso X, do texto constitucional, é direitos fundamentais da personalidade o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, inadmitindo-se sua violação.

A intimidade refere-se à esfera mais particular e mais reservada do indivíduo. Segundo Marcelo Vicente de Alkmim Pimenta, “[...] representa a qualidade do que é íntimo, ou seja, o que é próprio e estritamente pessoal de cada ser humano, compreendendo os princípios, os valores, os segredos e os desejos mais interiores da pessoa e que somente a ela dizem respeito [...]”.³⁰

A intimidade é o modo de ser do indivíduo o qual consiste na exclusão do conhecimento pelos outros de tudo o que se refere ao mesmo indivíduo, é um valor

²⁹ GAGLIANO; Pamplona Filho, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 9. ed., Volume 3. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 180.

³⁰ PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkimim, **Direito Constitucional em Perguntas e Respostas**. Belo Horizonte, Del Rey, 2009, p. 180.

espiritual e moral inerente às pessoas, que se manifestam singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, e que deve ser objeto de respeito, por parte de todos os membros da sociedade, o que implica na existência do dever de um indivíduo respeitar a intimidade e a vida privada de seu semelhante.

Diante da grande utilização da tecnologia, a vida privada acaba fragilizada, conforme lição de Killdare Gonçalves Carvalho:

[...] De fato, se podemos circular entre os diversos espaços, o fazemos, contudo, sob o olhar atento das câmaras que nos vigiam e nos pedem para sorrir, excitados com nossa parafernália celular, com função de coleira eletrônica, o que permite rastrear os mínimos detalhes da nossa vida, ao mesmo tempo que somos monitorados pelas diversas ondas eletrônicas que nos rodeiam por todos os lados e nos fazem prisioneiros a céu aberto. Dai a constituição declarar, no art. 5º, X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano moral decorrente de sua violação”. Portanto, o direito de estar só e o direito à própria imagem, às vezes tão impiedosamente exposta pelos meios de comunicação de massa, ganham eminência constitucional, protegendo-se o homem na sua intimidade e privacidade. O dano moral decorrente da violação desses direitos, além do dano material, será indenizado, encerrando assim a Constituição a polêmica até então existente no Direito brasileiro sobre a indenização do dano moral” [...].³¹

O direito à vida privada corresponde à pessoa levar a sua vida particular sem a intromissão e interferência de terceiros, como vizinhos, imprensa e o próprio Estado, tal direito é adquirido pelo homem ao nascer e são aspectos imediatos da exigência de integração do homem, é o direito de exigir de outrem o respeito da própria personalidade, e tem por objeto os modos de ser físicos e morais da pessoa.

O direito à honra consiste no sentimento da dignidade própria do indivíduo, bem como na sua boa fama e reputação perante a sociedade, refletindo no íntimo da pessoa e na consideração de terceiro, no juízo de valores dos outros.

Tal direito alcança tanto o valor moral íntimo do homem quanto à estima dos outros, a consideração social, o bom nome, a boa fama, enfim, o sentimento ou a consciência da própria dignidade pessoal.

Segundo Killdare Gonçalves Carvalho existem a honra subjetiva e a objetiva e ele as conceitua da seguinte maneira:

³¹ GAGLIANO; Panplona Filho, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 9. ed., Volume 3. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 180.

[...] A honra subjetiva e a honra objetiva, a primeira tendo por núcleo o sentimento de auto-estima do indivíduo, o sentimento que possui acerca de si mesmo, e a honra objetiva significando o conceito social que o indivíduo possui [...]³²

Por ultimo temos o direito à imagem, traduz-se no aspecto físico do indivíduo e na exteriorização de sua personalidade no contexto social.

Para Kildare Gonçalves Carvalho existem a imagem-retrato e a imagem atributo, conceituando-as da seguinte maneira:

[...] O direito à imagem envolve duas vertentes: a imagem-retrato e a imagem-atributo. No primeiro sentido significa o direito relativo à reprodução gráfica (retrato, desenho, fotografia, filmagem, dentre outros) da figura humana, podendo envolver até mesmo partes do corpo da pessoa, como voz, a boca, o nariz, as pernas, etc. No segundo sentido, é entendida como a imagem dentro de um determinado contexto, é dizer, o conjunto de atributos cultivados pelo indivíduo e reconhecidos pelo meio social [...].³³

Todos esses direitos fundamentais acima expostos objetivam a proteção e garantia da dignidade da pessoa humana, principio este constitucional e tendo como essência os valores morais e fundamento do nosso Estado Democrático de Direito.

1.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 os direitos fundamentais passaram a ser tratados como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana, assim entendida como princípio constitucional e fundamento do Estado Democrático de Direito, essência de todo o ordenamento jurídico, nos termos do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

O Estado Democrático de Direito exige a garantia dos direitos fundamentais e, para tanto, deve estar centrado na dignidade da pessoa humana. Nessa perspectiva, a dignidade da pessoa humana deve figurar como valor jurídico supremo, pois é a base das pretensões essenciais e o fundamento de uma constituição operante.

³² CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 18. ed, ver. Atual. E ampl. Belo Horizonte, Del Rey, 2011, p. 652.

³³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 18. ed, ver. Atual. E ampl. Belo Horizonte, Del Rey, 2011, p. 652, 653.

É certo que o desrespeito à vida, à integridade física e moral do ser humano, às condições mínimas a uma existência digna, ao reconhecimento e aplicação dos direitos fundamentais, somente contribuirão para a desmoralização da dignidade da pessoa humana. Com isto, os juristas não devem invocar a dignidade da pessoa humana de modo inflacionário, tendo como entendimento que a dignidade é algo perdido e vazio, pois tal pensamento só servirá para menosprezar a real importância do instituto, porque isso acarreta a sua desvalorização. Os operadores do direito devem conhecer o conteúdo e o alcance da dignidade da pessoa humana e os seus pontos de contato com os direitos fundamentais.

Os objetivos também poderão contribuir na interpretação, de um caso concreto, o princípio da dignidade da pessoa humana, dada a conexão entre os institutos, principalmente a premissa de que os direitos fundamentais são concretizações da dignidade da pessoa humana.

Percebe-se que, a cada dia, o estudo aprofundado, a compreensão, o desenvolvimento e a aplicação da dignidade da pessoa humana tornam-se mais essenciais para toda a sociedade.

É de suma importância que a dignidade da pessoa humana não seja tratada pelos operadores do direito com arbitrariedade, com interpretações e aplicações infundadas, pois isso contribuirá para a sua banalização e perda do seu real significado, além de gerar um cenário de insegurança jurídica, o que é totalmente contrário ao seu propósito.

Preconiza a respeito da dignidade da pessoa humana Alexandre de Moraes:

[...] A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que trás consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.³⁴

Notamos que a dignidade da pessoa humana é um valor moral, que foi absolvida pela política, tornando-se assim um direito fundamental dos Estados Democráticos.

³⁴GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**: responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: v. III, Saraiva, 2011, p. 27.

A dignidade da pessoa humana significa não só um reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, mais também. O termo dignidade designa o respeito que merece qualquer pessoa.

Kildare Gonçalves de Carvalho conceitua dignidade da pessoa humana como:

[...] A dignidade da pessoa humana significa ser ela, diferentemente das coisas, um ser que deve ser tratado e considerado como um fim em si mesmo, e não para a obtenção de algum resultado. A dignidade da pessoa humana decorre do fato de que, por ser racional, a pessoa é capaz de viver em condições de autonomia e de guiar-se pelas leis que ela própria edita: todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas, já que é marcado, pela sua própria natureza, como fim em si mesmo, não sendo algo que pode servir de meio, o que limita, conseqüentemente, o seu livre arbítrio, consoante o pensamento kantiano [...]³⁵.

Tal princípio abrange não só os direitos individuais, mas também os de natureza econômica, social e cultural, pois no estado em que vivemos a liberdade não é apenas negativa, entendida como ausência de constrangimento, mas liberdade positiva, que consiste na remoção de impedimentos que possam embaraçar a plena realização da personalidade humana.

A dignidade tem como qualidade intrínseca da pessoa humana, ela é irrenunciável e inalienável e constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado. A dignidade representa o valor absoluto de cada ser humano, ela centra-se na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa, o que lhe permite conformar-se a si mesmo e a sua vida, de acordo com o seu próprio projeto espiritual, contudo, não se deve deixar de considerar que a dignidade possui também uma dimensão cultural e histórica, e resulta do trabalho de diversas gerações, que lhe determina o conteúdo num contexto concreto da consulta estatal e do comportamento pessoal de cada ser humano.

No âmbito da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana é o fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e que com base nesta é que deve aqueles ser interpretados.

Como objetivo, o princípio da dignidade da pessoa humana tem a garantia de condições dignas de existência ao indivíduo, independentemente de sua condição ou classe social que pertença.

³⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 18. ed, ver. Atual. E ampl. Belo Horizonte, Del Rey, 2011, p. 582.

Contudo, a dignidade é um valor que informa toda a ordem jurídica, se assegurados os direitos inerentes à pessoa humana. Os direitos fundamentais constituem, por isso mesmo, explicitações da dignidade da pessoa, já que em cada direito fundamental há um conteúdo e uma projeção da dignidade da pessoa.

Para viabilizar a dignidade da pessoa humana, cabe o dever de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais. Em virtude do dever de respeito, o estado não pode violar os direitos, tendo em vista o dever de proteção.

CAPÍTULO II – RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A palavra responsabilidade tem sua origem latina *spondeo*, pela qual se vincula ao devedor nos contratos verbais do direito romano. Existem várias acepções acerca da responsabilidade civil, algumas se fundamentam na doutrina do livre-arbítrio, outras em motivações psicológicas, destacando sempre a noção de responsabilidade como aspecto da realidade social.

Toda a atividade que gera prejuízo traz em seu bojo, como fato social o problema da responsabilidade, e ela se destinam a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Podemos observar como fonte geradora da responsabilidade civil o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio que é violado pelo dano causado.

Sobre a responsabilidade civil leciona Carlos Roberto Gonçalves da seguinte maneira:

[...] O instituto da responsabilidade civil é a parte integrante do direito obrigacional, pois a principal consequência da prática de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano, obrigação esta de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos. Costuma-se conceituar a “obrigação” como “o direito do credor contra o devedor, tendo por objeto determinada prestação”. A característica principal da obrigação consiste no direito conferido ao credor de exigir o adimplemento da prestação. É o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações [...] ³⁶

Pode afirmar que a responsabilidade é um fenômeno social, pois quando alguém pratica um ato ou incorre em uma omissão a qual resulta o dano, o agente tem que suportar as consequências de sua atitude, está é uma regra elementar de equilíbrio social.

A respeito do dever jurídico originário e sucessivo Carlos Roberto Gonçalves preconiza o seguinte conteúdo:

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro**, v. 4: responsabilidade civil/Carlos Roberto Gonçalves. 7. ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p.22.

[...] Todo aquele que violar direito e causar dano a outrem comete ato ilícito (CC, art. 186). Complementa este artigo o disposto no art. 927, que diz: “*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”. A responsabilidade civil tem, pois, como um de seus pressupostos, a violação do dever jurídico e o dano. Há um *dever jurídico originário*, cuja violação gera um *dever jurídico sucessivo* ou secundário, que é o de indenizar o prejuízo. Responsabilidade civil é, assim, um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Destarte, toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil [...]³⁷

A responsabilidade civil decorre de uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, que pode ser lícito ou ilícito, o ato jurídico é espécie de fato jurídico. O fato jurídico é todo acontecimento da vida que o ordenamento jurídico considera relevante no campo do direito, já os que não repercutem são apenas “fatos”.

Os fatos jurídicos ainda podem ser classificados de duas maneiras, fatos jurídicos naturais e fatos jurídicos humanos, os fatos jurídicos naturais são decorrentes da natureza, tais fatos ainda possuem outra classificação, sendo ordinários quando do nascimento, morte, maioridade, entre outros e extraordinários quando decorrentes de terremotos, raios, tempestades, entre outros exemplos que também se encaixem na categoria de caso fortuito ou força maior.

Os fatos jurídicos humanos decorrem da atividade humana, como os fatos jurídicos naturais, os humanos também possuem outra divisão, que são os atos ilícitos e os lícitos, pelos lícitos podemos entender que são os atos humanos a qual a lei defere os efeitos almejados pelo agente, ou seja, são praticados em conformidade com o ordenamento jurídico. O ato ilícito é o praticado em desacordo com o ordenamento jurídico, assim infringindo o dever legal de não violar o direito alheio do outro, podendo assim ser classificado como fonte de obrigação, obrigação esta de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado. A infração pode ser decorrente de uma ação ou omissão, sejam elas culposas ou dolosas a quais resultem o dano. O Código Civil de 2002 também conceitua o ato ilícito em seu art. 186 da seguinte maneira: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.³⁸

³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro**, v. 4: responsabilidade civil/Carlos Roberto Gonçalves. 7. ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p.24.

³⁸ Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti (obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia). **Vade Mecum**. 16. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p.169.

O artigo mencionado acima pressupõe a existência de culpa, e que abrange o dolo, a imprevidência do agente o qual da origem ao resultado, pode se dar de três formas, imprudência, negligência ou imperícia. O termo negligência é usado no art. 186 e dele se pode abranger a existência da imperícia, pois possui o sentido de omissão ao cumprimento de um dever.

Pela conduta imprudente podemos entender como o sujeito que age sem cautelas necessárias. A negligência é a falta de atenção, a ausência de reflexão necessária, uma espécie de preguiça psíquica, em virtude da qual deixa o agente de prever o resultado que podia e devia ser previsto. Por ultimo, temos a imperícia que consiste sobre tudo na inaptidão técnica, na ausência de conhecimentos para a prática de um ato, ou omissão de providência que se fazia necessária.

Temos também previsto no art. 186 do Código Civil de 2002, a existência de outro elemento, a imputabilidade e a responsabilidade, Carlos Roberto Gonçalves leciona:

[...]Pressupõe o artigo 186 do Código Civil o elemento imputabilidade, ou seja, a existência, no agente, da livre determinação de vontade. Para que alguém pratique um ato ilícito e seja obrigado a reparar o dano causa, é necessário que tenha capacidade de discernimento, Em outras palavras, aquele que não pode querer e entender não incorre em culpa, e *ipso facto*, não pratica ato ilícito [...]³⁹.

Se alguém intencionalmente causa dano ao patrimônio do outro, a convivência em sociedade pressupõe a obrigação de reparar aquele dano causado, tal interação é conhecida como externalidade, por externalidade entendemos que é qualquer ação ou omissão a qual interfira na situação criada. Existem duas formas de externalidades, a externalidade negativa e a positiva, a negativa ocorre quando a ação de uma pessoa prejudica outra, já a positiva quando se beneficia.

O dever de indenizar é obrigatório e indiscriminado, Silvio Rodrigues disserta de uma forma clara com exemplos do cotidiano da seguinte forma:

[...] De fato, o anseio de obrigar o agente causador do dano a repará-lo se inspira nos mais estritos princípios de justiça, principalmente quando o prejuízo for causado intencionalmente. Nesse caso, além de amparar-se a vítima, pune-se o delinquente. Contudo, a questão se apresenta diversa se o dano resultou de mera culpa do agente, e, principalmente, de culpa levíssima. De acordo com o princípio tradicional, desde que haja culpa, ainda que levíssima, deve o agente indenizar integralmente a vítima. Tal indenização deve ser integral e completa, por

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro**, v. 4: responsabilidade civil/Carlos Roberto Gonçalves. 7. ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p.24.

maior que seja o prejuízo. Assim a pessoa que por ligeira distração atropela um chefe de numerosa família pode ser condenado a reparar o dano causado, consistente em uma indenização que incluirá, entre outras, a obrigação de fornecer pensão alimentícia a todos aqueles a quem o defunto sustentava. A indenização pode ser imensa, a despeito do grau insignificante da culpa. De modo que, para se remediar a situação de um, corre-se o risco de arruinar o outro. Para se obter a indenização integral da vítima, é possível que se venha a arruinar o agente causador do dano. A muitos pode parecer injusta tal solução, em virtude de sua extrema severidade [...]⁴⁰

O ilícito civil que gera a responsabilidade civil, ele é de interesse privado. O ato do agente ter infligido uma norma de ordem pública causa o dever de reparar o dano, com isto a reação da sociedade é representada pela indenização exigida pela vítima. Com isto, se este se resignar a sofrer o prejuízo e se mantiver inerte, nenhuma consequência advirá para o agente causador do dano.

Necessário também mencionar acerca da responsabilidade civil dos incapazes que geram danos, pois quando alguém é lesado gera o dever de indenizar tanto moralmente quanto materialmente, interessante é saber como se aplica aos incapazes esse dever.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, primeiramente temos que a responsabilidade de indenizar será dos responsáveis pelo incapaz, porém o responsável só será responsabilizado se o incapaz não dispuser de meios suficientes para reparar o dano, contudo a indenização não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependam.

Não se admite a exclusão da responsabilidade dos responsáveis pelo incapaz sob a alegação de que não foram negligentes, pois o artigo 933 do Código Civil traz que os representantes serão responsáveis independentemente da existência da culpa.

Temos também outras situações, uma delas é em relação ao menor quando emancipado voluntariamente, com a emancipação se alcança todos os efeitos naturais do ato, menos o de isenção da responsabilidade dos responsáveis pelos atos ilícitos praticados pelo causador do dano. Em contrapartida, quando ocorre a emancipação decorrente de casamento ou outras causas prevista no artigo 5º parágrafo único, do Código Civil, a responsabilidade não permanece com os responsáveis, recaindo sobre o emancipado o dever de indenizar.

⁴⁰ RODRIGUES, Silvio, **Direito Civil**, v.4. Responsabilidade civil/ Silvio Rodrigues. 20. ed. Ver. E atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo. Saraiva, 2003, p. 04.

Silvio Rodrigues reconhece a existência de punição para o agente independentemente da reclamação da vítima, a saber:

[...] É possível, entretanto, que o ato ilícito, pela sua gravidade e suas consequências, repercuta tanto na ordem civil como na penal. De um lado porque ele infringe norma de direito público, constituindo crime ou contravenção; de outro, porque acarreta prejuízo a terceiro [...].⁴¹

Esse reconhecimento mencionado acima, deriva da existência de duas espécies de responsabilidades, sendo elas a responsabilidade civil e a responsabilidade penal.

Carlos Roberto Gonçalves *apud* Aguiar Dias acerca do fundamento das responsabilidades civil e penal:

[...] é quase o mesmo fundamento da responsabilidade civil e responsabilidade penal. As condições em que surgem são diferentes, porque uma é mais exigente do que a outra, quanto ao próprio aperfeiçoamento dos requisitos que devem coincidir para se efetivar [...].⁴²

Quando se infringe uma norma de direito público estamos diante da responsabilidade penal, sendo da sociedade o interesse do lesado. Já em relação à responsabilidade civil o interesse do lesado é exclusivamente privado, cabendo ao lesado o direito de pleitear ou não a reparação.

Que há não diferença entre as responsabilidades isso é inegável, Carlos Roberto Gonçalves as diferenciam de uma forma muito clara, a saber:

[...] distinguem-se, ainda, a responsabilidade civil a responsabilidade penal. Está é pessoa, intransferível. Responde o réu com a privação de sua liberdade. Por isso, deve estar cercado de todas as garantias contra o estado. A este incumbe reprimir o crime e arcar sempre com o ônus da prova. Na esfera civil, porém, é diferente. A regra *actori incumbit probatio*, aplicada à generalidade dos casos, sofre hoje muitas exceções, não sendo tão rigorosa como no processo penal. Na responsabilidade civil não é o réu mas a vítima que, em muitos casos, tem de enfrentar entidades poderosas, como as empresas multinacionais e o próprio Estado. Por isso, mecanismos de ordem legal e jurisprudencial têm sido desenvolvidos para cerca-lá de todas as garantias e possibilitar-lhe a obtenção do ressarcimento do dano [...].⁴³

⁴¹ RODRIGUES, Silvio, **Direito Civil**, v.4. Responsabilidade civil/ Silvio Rodrigues. 20. ed. Ver. E atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo. Saraiva, 2003, p. 04.

⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro**, v. 4: responsabilidade civil/Carlos Roberto Gonçalves. 7. ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p.42.

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro**, v. 4: responsabilidade civil/Carlos Roberto Gonçalves. 7. ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p.43.

Como elementos estruturais da responsabilidade civil têm-se a conduta humana, o nexo de causalidade e o dano. Leciona Sérgio Cavalieri Filho, “[...] entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. [...]”⁴⁴.

A conduta humana pode ser realizada de duas formas, de maneira culposa ou dolosa, o que vai definir qual a forma de aplicação será a intenção do agente no momento da realização do dano. Chega-se ao resultado doloso quando o agente quer o resultado, e já na forma culposa, ela pode ser em face à imprudência, negligência ou imperícia.

Como imprudência podemos definir que é o ato de proceder sem cautela, tal conduta é realizada de forma positiva.

Já a negligência, segundo Carlos Roberto Gonçalves, “[...]é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento[...].”⁴⁵

Por último temos a imperícia que é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato.

O nexo de causalidade consiste na relação de causa e efeito entre a conduta humana e o resultado.

Contudo, o nexo de causalidade pode ser rompido quando há a alegação de legítima defesa, estado de necessidade, culpa da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior e a cláusula de não indenizar, quando há a presença de alguma destas excludentes, a responsabilidade do dever de ressarcir pode ser atenuada ou até mesmo extinta, pois atenua ou extingue a relação de causalidade.

Como dano podemos entender que é a consequência jurídica da violação de um bem juridicamente tutelado.

⁴⁴CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed., ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.25.

⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro**, v. 4: responsabilidade civil/Carlos Roberto Gonçalves. 7. ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p.317.

2.3 TEORIAS OBJETIVAS E SUBJETIVAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil pode ser classificada em subjetiva ou objetiva. A teoria subjetiva é a regra no nosso ordenamento jurídico, o agente só será responsabilizado civilmente se demonstrada a sua conduta dolosa ou culposa quando da produção do dano.

Como tal teoria é a regra no nosso ordenamento jurídico, encontramos-na no art. 186 do Código Civil, o qual estabelece que “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito⁴⁶”

A responsabilidade civil objetiva é quando a responsabilidade do agente é determinada sem a análise da culpa e do dolo, se satisfazendo apenas com a presença do dano e do nexo de causalidade.

2.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL E AS ACEPÇÕES DE DANOS EXISTENTES

Como acepções dos danos existentes, temos os tradicionais danos materiais e morais, porém atualmente discute-se a existência de outros danos como o dano moral coletivo, danos sociais, dano direto e indireto, dano por perda de uma chance e dano estético.

O dano material pode ser entendido como aquele que causa prejuízo direito ao patrimônio das pessoas físicas ou jurídicas.

Já o dano moral afeta os direitos fundamentais da personalidade e que de alguma maneira acaba violando a dignidade da pessoa humana.

O dano moral coletivo consiste na violação de direitos de toda uma coletividade, sendo regido pelo art. 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor o qual afirma “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”⁴⁷

Os danos sociais são os que violam direitos difusos, direitos de toda uma sociedade, podendo ter caráter patrimonial ou extrapatrimonial.

⁴⁶ Livia Céspedes e Juliana Nicoletti (obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia). **Vade Mecum**. 16. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p.172.

⁴⁷ Livia Céspedes e Juliana Nicoletti (obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia). **Vade Mecum**. 16. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p.800.

O dano direto ou indireto, também é conhecido como dano em ricochete, é aquele que atinge indiretamente um terceiro, ou seja, é um dano que alcança diretamente a vítima e repercute em outras pessoas pela via reflexa.

O dano pela perda de uma chance é aquele que, priva alguém de obter uma vantagem ou impede a pessoa de evitar prejuízo.

Por ultimo, temos o dano estético, o qual é objetivo de estudo da presente pesquisa, consistindo em lesão à aparência e à honra do indivíduo.

CAPÍTULO III – SUBSUNÇÃO DO DANO ESTÉTICO AO DANO MORAL

3.1 A NOÇÃO DE ESTÉTICA

Importante dizer que dano estético possui diversas terminologias, como, por exemplo, dano corporal, dano físico, dano deformidade, dano fisiológico, dano à saúde, dano biológico, não importando qual terminologia será utilizada para a proteção da integridade física da vítima.

A palavra estética vem do Grego, e podemos traduzir ela como a ciência da beleza, tal consideração que vem mudando no decorrer do tempo o sentido do que é belo.

A definição de belo sempre foi um desafiador para os filósofos. Pois a conceituação do belo sempre se deu de acordo com as tendências ou com as verdades de cada um deles.

Tereza Anaconda Lopes define o dano estético “como qualquer modificação duradora ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um “enfeamento” e lhe causa humilhações e desgostos, dando origem, portanto, a uma dor moral”⁴⁸.

Tereza Anaconda Lopes também define estética com a seguinte lição:

Estética vem do grego *aisthesis* que significa sensação. Tradicionalmente é o ramo da ciência que tem por objeto o estudo da beleza e suas manifestações na arte e na natureza. Na concepção clássica, que vem de Aristóteles, é a estética uma ciência prática ou normativa que dá regras ao fazer humano sob o aspecto do belo. Portanto, é a ciência que tem como objeto material a atividade humana (fazer) e como objeto formal (aspecto sob o qual é encarado esse fazer), o belo.⁴⁹

Temos uma grande dificuldade em definir o que é belo, pois o que alguns lugares são reconhecidos como bonito, em outros lugares esse reconhecimento pode ser desprezado, pois a referencia deles se encontram na sociedade a qual pertencem nos costumes dos povos.

⁴⁸ LOPES, Teresa Anaconda, **O dano estético**: Responsabilidade Civil 3ª ed. revista, ampliada e atualizada com o Código Civil de 2002. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.46.

⁴⁹ LOPES, Teresa Anaconda, **O dano estético**: Responsabilidade Civil 3ª ed. revista, ampliada e atualizada com o Código Civil de 2002. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.45.

Passamos a falar agora sobre o conceito do dano estético, e recorreremos à lição de Maria Helena Diniz, a qual preconiza:

O dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeiamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa. P. ex.: mutilações (ausência de membros - orelhas, nariz, braços ou pernas etc.); cicatrizes, mesmo acobertáveis pela barba ou cabeleira ou pela maquilagem; perda de cabelos, das sobrancelhas, dos cílios, dos dentes, da voz, dos olhos (RJTJSP, 39:75); feridas nauseabundas ou repulsivas etc., em consequência do evento lesivo.⁵⁰

Podemos entender que o dano estético é toda ofensa, ainda que mínima, à integridade física da vítima, que ocorre quando há uma lesão interna no corpo humano, como, por exemplo, quando a vítima perde um rim, ou quando há ocorrência de lesão externa no corpo humano, como, por exemplo, quando a vítima sofre uma cicatriz, afetando, com isso, a higidez da saúde, a harmonia e incolumidade das formas do corpo, o que acarreta a alteração do corpo da forma original, anterior à ocorrência da lesão.

3.2 SUBSUNÇÃO DO DANO ESTÉTICO AO DANO MORAL: ASPECTOS CONTROVERTIDOS

Passamos agora ao estudo da subsunção do dano estético ao dano moral, podemos afirmar que o dano estético consiste em uma lesão à beleza física, assim o indivíduo passa a não ter mais a aparência que tinha anteriormente. Tal dano afeta não só o lado estético da pessoa, mais também acaba afetando seu psicológico, passando a ficar deprimido, com todas essas características citadas acima o homem acaba achando que perdeu seu potencial, que por uma deformidade permanente ou duradoura ele não é mais aquele homem de antes.

Muitas das vezes as pessoas que sofrem esse tipo de lesão ficam com receio de saírem de casa, não querem que ninguém as vejam, ficam com vergonha dos seus próprios companheiros, perdem a confiança em si mesma. Assim causando uma enorme dor da alma da vítima, esse tipo de dano causam à vítima

⁵⁰ Diniz, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 7. p. 61-63

um enorme desgosto o que afeta o foro íntimo da pessoa, ou seja, sua moral e a integridade psicológica.

Contudo os meros dissabores ou lesões passageiras não se enquadram ao devido dano estético, sendo eles indenizados de outro modo, analisando assim o caso concreto. Pois a lesão estética que é objeto do presente estudo elas transformam a aparência do ser humano, transformando assim sua imagem ao ponto de se sentir constrangida perto das pessoas a que mais amam, reduzindo assim seu sentimento de dignidade.

Atualmente vivemos em uma sociedade muito crítica, sociedade está que leva muito em consideração sua estética, uma sociedade de muito julgamento e pouco companheirismo. Muito desse receio de se expor a sociedade é advindo do juízo de valor das pessoas, pois acaba refletindo na imagem e honra das vítimas, o que já mais poderia ocorrer, pois essas afrontas ferem os direitos fundamentais da personalidade consagrados pela nossa Constituição da República em seu art. 5º.

3.3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE APLICAÇÃO

O dano estético, passível de reparação, é aquele consequente de conduta ilícita ou lícita excessiva e fora dos parâmetros permitidos, que cause sentimento degradante à vítima, digna de dó pelo enfeio. Esta dor traz reflexos psicológicos na pessoa e causa-lhe abalos intangíveis em razão da redução de sua beleza estética. O dano estético cobre a ofensa ao natural, na imagem pessoal, o aleijão que acompanha a vítima.

A imagem da pessoa é o seu cartão de visita. E em alguns casos, é o seu instrumento de trabalho. A lesão a esta beleza natural pode lhe atingir tanto moral como economicamente. E é justamente esta lesão à beleza física que caracteriza o que juridicamente se popularizou como dano estético. A estética, em si mesma, não representa outra coisa que não o móvel ou o motivo causador do sofrimento e da tristeza da vítima. Portanto, não é situação autônoma.

Contudo, a deformidade tem de ser duradoura para ter relevância jurídica. Se for passageira, ainda que relativamente longa, há no máximo interesse em perdas e danos. Para se quantificar e qualificar a lesão, deve-se considerar a extensão da ofensa, sua localização, a possibilidade de sua remoção completa ou parcial, o sexo

da vítima, idade, profissão, estado civil e possibilidade de retorno normal ao convívio social, dado o aspecto repugnante e vexatório do ferimento entre outros, anotando-se que não é causa excludente da responsabilidade civil o fato de ser possível dissimular a lesão pelo uso de próteses, uma vez que, por mais perfeita e avançada que seja, evidente que o artificial está longe de poder simular o natural no que toca à aparência e aos movimentos.

Prevalece, a propósito, que, no dano estético, há que se indenizar, tanto as despesas que o lesado tenha para a respectiva recuperação, como os danos estéticos derivados do fato da violação (reparação moral, porque o reflexo se sente na esfera afetiva e valorativa da personalidade da pessoa atingida).

A reparação civil em decorrência aos direitos fundamentais da personalidade, e ao princípio da dignidade da pessoa humana vem disciplinado no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988.

Haverá o dever de reparar o dano moral quando houver lesões aos direitos intrínsecos do indivíduo, ou seja, quando for atingida, a honra, paz, liberdade, tranquilidade, reputação do homem.

Já o dano estético ele é decorrente de um sofrimento ocasionado pelas desfigurações sofridas, assim como a mudança da imagem da vítima no contexto social, tornando-a feia e deformada perante a sociedade.

Podemos observar que o dano estético e o dano moral exsurtem da mesma circunstância, por terem o mesmo resultado, ou seja, resultam das lesões aos direitos fundamentais da personalidade e ao princípio da dignidade da pessoa humana, por esta razão tornando-se inviável a cumulação das verbas indenizatórias.

Contudo, deve-se levar em consideração o valor da reparação, pois deve ser pautado pela razoabilidade, levando em conta o grau da culpa.

Carlos Roberto Gonçalves destaca que:

[...] Para que se caracterize a deformidade, é preciso que haja o dano estético. O que se indeniza, nesse caso, é a tristeza, o vexame, a humilhação, ou seja, o dano moral decorrente da deformidade física> não se trata, pois, de uma terceira espécie de dano, ao lado do dano material e do dano moral, mas apenas de um aspecto deste.

Há situações em que o dano estético acarreta dano patrimonial à vítima, incapacitando-a para o exercício de sua profissão (caso da atriz cinematográfica ou de TV, da modelo, da contara que, em virtude de um acidente automobilístico, fica deformada), como ainda dano moral (tristeza e humilhação). Admite-se, nessa hipótese a cumulação do dano patrimonial

com o estético, este como aspecto do dano moral. O que não se deve admitir, porém é a cumulação do dano estético com o moral[...]”⁵¹.

Dispõe o art. 949 cc “No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.”⁵²

Como vemos o artigo supra, deixou a cargo dos tribunais a definição do conteúdo do dano estético. Podemos observar a divisão deste artigo em duas partes, a primeira a qual se trata da indenização do dano material, já a segunda prevê a indenização também por dano moral e até mesmo a cumulação do dano estético com o moral. Porquanto além das verbas já citadas poderá ser pedida a indenização por algum outro prejuízo sofrido.

Tendo em vista que o artigo mencionado acima deixa a solução na mão do juiz em virtude de sua mínima referência a critérios e conceitos, Tereza Anaconda Lopes Sugeriu um artigo de lei da seguinte forma:

[...] No caso de lesão à integridade física ou qualquer outra ofensa a saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas de tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além da verba que couber pela dor moral que possa ter sofrido. Está última indenização não ficará prejudicada por outra que possa haver pela perda ou redução da capacidade laborativa, mesmo que tenha tido por causa o mesmo evento danoso. Parágrafo único. Poderá também haver cumulação das verbas indenizatórias pelo dano estético e pelo moral, se for o caso e a critério do juiz[...]”⁵³.

Diante da obscuridade do artigo que trata o dano estético, e tendo em vista ele deixar a decisão e ponderação na mão dos julgadores e diante aos inúmeros recursos interpostos acerca do mesmo assunto o Supremo Tribunal de Justiça em sua súmula 387 defendeu a possibilidade de cumulação do dano estético com o dano moral.

Apesar desta redação observamos que muitos doutrinadores são contrários a essa posição e o qual também é o motivo da pesquisa do trabalho, pois como já havia dito acima, entendo que o dano estético é uma categoria do dano moral, pois

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: v. 4, Saraiva, 2013, p. 449.

⁵² Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti (obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia). **Vade Mecum**. 16. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p.212.

⁵³ LOPES, Teresa Anaconda, **O dano estético**: Responsabilidade Civil 3ª ed. revista, ampliada e atualizada com o Código Civil de 2002. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 195.

caso contrário fosse, geraria um *bis in idem* civil o que geraria o enriquecimento ilícito.

Contudo, sem prejuízo das interpretações divergentes, importante ressaltar que o dano estético advém de proteção à saúde, que ora se propõe a mostrar no presente trabalho.

Importante salientar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em 1948 nas Nações Unidas, enumera os direitos que todos os seres humanos possuem, determinando, em seu artigo III, que “todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.”⁵⁴

Percebe-se, ato contínuo, que o direito à saúde possui clara conotação de direito à integridade física, surgindo o dever de indenizar por dano estético toda vez que esse bem juridicamente tutelado for lesado.

A integral reparação do bem juridicamente tutelado ampara a reparação plena e inquestionável do dano estético cumulado ao dano moral.

A questão da autonomia e cumulação do dano estético não é unânime na doutrina, razão pela qual serão abordados doutrinadores com o pensamento na linha do presente estudo.

Para Néri Tadeu Camara Souza, “o dano estético é espécie do dano moral, que é o gênero. Constitui-se o estético em modalidade do dano moral que lesa um dos direitos da personalidade: a aparência física.”⁵⁵

O ilustre Antônio Jeová Santos descreve que

“O dano estético não é ressarcível por si mesmo, pois se enquadra na lesão moral e patrimonial. Esta questão tem importância prática porque alguém pode sofrer um menoscabo em sua integridade corporal que altere sua normalidade física e, de tal lesão, sobressair um prejuízo econômico e outro de caráter nitidamente moral. A indenização abarcará duplamente o dano, fazendo jus a pessoa lesionada a ser indenizada por ambos os prejuízos, desde que a lesão estética tenha repercussão nas órbitas material e espiritual da vítima.” E continua, descrevendo que “Os danos que desencadeiam a deformação estética, podem produzir dano patrimonial, se impedirem que a vítima deixe de obter seus ganhos normais, que teria, se o dano não tivesse acontecido e, também, carrega um dano moral pelos

⁵⁴ Declaração Universal dos Direitos Humanos, disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>, acessado em 01/11/2014.

⁵⁵ SOUZA, Neri Tadeu, apud, Oliva, Bruno Karaoglan, **Dano Estético**, disponível em, http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=%20revista_%20artigos_leitura&artigo_id=6920, acessado em 23/10/2014.

sofrimentos e angústias. Sendo assim, o dano estético não se coloca como terceiro gênero, entre o moral e o patrimonial.”⁵⁶

Há o entendimento que aduz ser *bis in idem* a reparação do dano estético cumulada com o dano moral.

Neste sentido, Antonio Jeová Santos narra que:

“admitir cumulação de dano moral e dano estético, mesmo derivado do mesmo fato, é outorgar bis in idem, pois não existe um terceiro gênero de indenização. Ou alguém sofre dano moral (aí incluído o estético), ou sofre lesão patrimonial, ou ambos, como já afirmado neste trabalho. O que não é de ser admitido é que alguém seja indenizado três vezes, pelo mesmo e idêntico fato. Se a lesão estética repercute no espírito, mortificando-o, não se vá concluir que a vítima sofreu três lesões autônomas, passíveis de gerar três indenizações.”⁵⁷

⁵⁶ SANTOS, Antônio Jeová, apud, Oliva, Bruno Karaoglan, **Dano Estético**, disponível em, http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=%20revista_%20artigos_leitura&artigo_id=6920, acessado em 23/10/2014

⁵⁷ SANTOS, Antônio Jeová, apud, Oliva, Bruno Karaoglan, **Dano Estético**, disponível em, http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=%20revista_%20artigos_leitura&artigo_id=6920, acessado em 23/10/2014

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais nada mais são que direitos humanos constitucionalizados, tendo ele como principal fonte normativa inspiradora os direitos naturais, que ambos são direitos do ser humanos e anteriores aos Estados, que existem apenas pelo fato de ser homem.

Os direitos fundamentais têm um caráter histórico e revolucionário, por isso ao longo do tempo ele vem sofrendo transformações, tanto no que diz respeito ao seu conteúdo, quanto à sua titularidade, eficácia e efetividade, tudo isto acontece em decorrência da grande evolução da sociedade.

Não podemos negar, mas vivemos hoje num mundo onde as relações sociais pela internet são maiores que as pessoais. Estas relações virtuais vêm trazendo grandes problemas no que diz respeito à privacidade das pessoas. Devido ao fato de as pessoas se exporem muito mais e acabando deixando brechas para “bisbilhotar” a vida alheia, o que afeta todas as pessoas, sem nenhuma distinção.

Devido a isso, alguns direitos, são violados, e nem sempre as pessoas tem conhecimento, ou tem noção dos malefícios que podem acarretar em suas vidas e na vida dos outros.

A moral é um bem irrestituível e ninguém têm o direito de infringi-la. A moral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram a vida humana como dimensão imaterial.

Os direitos fundamentais da personalidade consistem em direitos que nascem com o individuo, pertencentes a sua natureza. Já os direitos de personalidade, são considerados a base de todo o ordenamento e a razão de ser do direito civil contemporâneo.

O Estado Democrático de Direito exige a garantia dos direitos fundamentais e, para tanto, deve estar centrado na dignidade da pessoa humana. Nessa perspectiva, a dignidade da pessoa humana deve figurar como valor jurídico supremo, pois é a base das pretensões essenciais e o fundamento de uma constituição operante.

É certo que o desrespeito à vida, à integridade física e moral do ser humano, às condições mínimas a uma existência digna, ao reconhecimento e aplicação dos direitos fundamentais, somente contribuirão para a desmoralização da dignidade da pessoa humana. Com isto, os juristas não devem invocar a dignidade da pessoa

humana de modo inflacionário, tendo como entendimento que a dignidade é algo perdido e vazio, pois tal pensamento só servirá para menosprezar a real importância do instituto, porque isso acarreta a sua desvalorização. Os operadores do direito devem conhecer o conteúdo e o alcance da dignidade da pessoa humana e os seus pontos de contato com os direitos fundamentais.

Haverá o dever de reparar o dano moral quando houver lesões aos direitos intrínsecos do indivíduo, ou seja, quando for atingida, a honra, paz, liberdade, tranquilidade, reputação do homem.

Já o dano estético ele é decorrente de um sofrimento ocasionado pelas desfigurações sofridas, assim como a mudança da imagem da vítima no contexto social, tornando-a feia e deformada perante a sociedade.

Podemos observar que o dano estético e o dano moral exsurtem da mesma circunstância, por terem o mesmo resultado, ou seja, resultam das lesões aos direitos fundamentais da personalidade e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A Súmula nº. 387 do Superior Tribunal de Justiça reconhece a cumulação de dano moral e estético pelo qual “é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”⁵⁸. Entretanto, partindo do pressuposto de a autonomia do dano estético em relação aos demais danos, entende-se como mais plausível a impossibilidade de cumulação do dano estético ao lado do dano moral para não ocorrer em hipótese de enriquecimento ilícito.

Não se deve admitir a cumulação do dano estético com o dano moral para evitar-se a caracterização do *bis in idem* civil, com indenizações de mesma natureza a um só fato, é o que se buscou evidenciar diante os argumentos expostos, razão a qual restou confirmada a pesquisa aqui sustentada.

⁵⁸BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Consitucional**. 26. ed., arual. São Paulo. Malheiros, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 18. ed, ver. Atual. E ampl. Belo Horizonte, Del Rey, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só, 1995. In: CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 18. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>, acessado em 01/11/2014

Diniz, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 7.

FERRAJOLI, Luigi (Tradução de Alexandre Salim). **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira de 1988, 1997. In: MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: v. III, Saraiva, 2011.

GAGLIANO; Panplona Filho, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 9. ed., Volume 3. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. rev. atual. e ampl. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4.

Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Novo Código Civil.

LENZA; Pedro, **Direito Constitucional Esquematizado/Pedro Lenza**, 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti (obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia). **Vade Mecum**. 16. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, Miguel Maria, Curso de Direito Civil, Fontes Acontratuais das obrigações e Responsabilidade Civil, 5. Ed, Rio de Janeiro: v. V, Freitas Bastos, 2001.

LOPES, Teresa Anaconda, **O dano estético: Responsabilidade Civil** 3ª ed. revista, ampliada e atualizada com o Código Civil de 2002. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmim. **Teoria da Constituição/Marcelo Vicente de Alkmim Pimenta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 20. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). V. 4, São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Antônio Jeová, apud, Oliva, Bruno Karaoglan, **Dano Estético**, disponível em, http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=%20revista_%20artigos_1eitura&artigo_id=6920, acessado em 23/10/2014

SOUZA, Neri Tadeu, apud, Oliva, Bruno Karaoglan, **Dano Estético**, disponível em, http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=%20revista_%20artigos_leitura&artigo_id=6920, acessado em 23/10/2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.