

O dano estético

WILSON MELO DA SILVA

Quando e por que forma são os danos estéticos indenizáveis? Que são, pròpriamente danos estéticos ou *ob deformitatem*, caso se prefira, para a qualificação dêles, a terminologia utilizada por GIORGI?¹

Gerariam, êles, os danos estéticos, para o lesado, prejuízos de natureza estritamente patrimonial ou, também, de natureza extrapatrimonial?

Como vem encarnada, a questão, pelo Legislador brasileiro?

I. Antes que adiante se vá, procuremos conceituar os chamados danos estéticos.

Os que versam a questão, via de regra, o têm feito mais com vistas ao Direito Penal em face de cujos cânones sempre procuraram equacionar a matéria.

E a conseqüência disso é que, no mais das vêzes, atribuem a tais danos certas e determinadas características que mais o aproximam do aleijão pròpriamente dito, que mesmo do dano estético em geral, para o qual nem sempre se fazem mister certos extremos de gravidade comumente apontados.

E talvez por isso é que, para alguns autores, os danos estéticos soem materializar-se, quase que, com exclusividade,

1. GIORGI, *Teoría de las Obligaciones*, trad. cast., ed. Reus, vol. V, 2ª ed., pág. 372, nº 243.

tão só nas deformações ridicularizantes, nos esgares simiescos, nas feridas nauseabundas ou de fortes colorações cicatriciais, nas ausências de membros, de orelhas, nariz, nos vazamentos de vista, etc. naquilo tudo enfim que, de um modo amplo, visível e permanentemente, pudesse traduzir irreparável e grave alteração na aparência física das vítimas.

Dano estético, porém, pelo menos para efeito de sanções civis, seria um pouco mais do que isso.

Não ficaria apenas nas lesões aparentes, traduzidoras de aleijões, nauseabundas ou repulsivas.

Compreenderia, ainda, até mesmo o simples “*sfregio*” dos italianos, vale dizer, também aquele dano que, localizado de preferência no rosto ou em qualquer parte outra, exposta, do corpo da vítima (GERIN, PONTRELLI),² “*non genera nei terzi sensazioni di ribrezzo o ripulsa*”, como, ao respeito, se expressou BONVICINI.³

Dano estético, na esfera do direito civil, não seria, então, assim, apenas o aleijão.

Abrangeria, ainda, as deformidades ou deformações outras, as marcas e os defeitos ainda que mínimos e que pudessem implicar, sob qualquer aspecto, um “afeiamento” da vítima ou que pudessem vir a se constituir para ela numa simples lesão “desgostante”, como diria LOPES VIEIRA⁴ ou em um permanente motivo de exposição ao ridículo ou de inferiorizantes complexos.

A necessidade de uma constante “aparência” da lesão, indispensável para a caracterização do dano estético, como o exigiria AFRÂNIO PEIXOTO,⁵ ou o nosso ALCÂNTARA MACHADO no seu anteprojeto do Código Penal, não se faria, aqui, essencial.

2. GERIN, *Il Danno Estético*, em *Archiv Penale*, 1947; PONTRELLI, in *Relazione al Congresso Internazionale di Torino*, 1951, *atti*.

3. EUGENIO BONVICINI, *Il Danno a Persona*, Milano, 1958, pág. 280.

4. LOPES VIEIRA, *Medicina Judiciária e Pericial*, pág. 115.

5. AFRÂNIO PEIXOTO, *Medicina Legal*, pág. 284.

Tal circunstância, no caso, seria meramente acidental, ensejando apenas motivo para a fixação de um maior ou menor “quantum” reparador, na indenização.

Gilvazes no rosto, embora acobertáveis pela barba do paciente ou pela *maquillage*, assim como as cicatrizes na face engelhada e dissimuláveis pela própria rugosidade da pele, como na espécie daquela famosa observação de DE CRECHIO, mencionada por AFRÂNIO PEIXOTO, tudo isso não poderia deixar de implicar num dano estético para o legislador civil, muito embora nenhuma ou pouca ressonância pudesse oferecer no campo do direito criminal.

O fato, pois, material, da permanente “aparência” do dano estético, como condição de sua existência, torna-se então, assim, como se vê, de relativa valia para o direito civil.

Bastaria para o direito privado fôsse êle, muita vez, suscetível apenas de se mostrar em algumas circunstâncias. Aliás, como nô-lo adverte HÉLIO GOMES e não sem razão, as freqüentes e já hoje banalíssimas desnudações nas praias ou por ocasião da prática de certos esportes, nas inspecções de saúde, nos concursos de beleza, em algumas atividades laboratórias, etc., são fatos que acabaram por tornar sem significação maior o tal requisito da forçada “aparência” da lesão para a configuração, pelo menos, do dano estético civil. Ao demais disso, é o mesmo HÉLIO GOMES quem ainda o afirma, “nas alcovas conjugais, não há legal nem habitualmente, regiões interditas à contemplação amorosa”.⁶

Para as mulheres, sobretudo, mais e mais relativa, ainda, se tornaria a circunstância. “Ama-se por causa de um olhar, por causa de uns ombros”, teria escrito MARCEL PROUST, consoante depoimento de JEAN CARRARD.

E o mesmíssimo JEAN CARRARD, não obstante tivesse suas vistas voltadas de maneira preferencial para o direito

6. HÉLIO GOMES, *Medicina Legal*, 2ª ed., vol. II, pág. 255.

suíço ao discorrer, longamente, a respeito do dano estético, caminhou um pouco mais à frente e fixou em dilatados extremos os limites da conceituação de tal dano, pretendendo possa vir a existir êle não apenas nas hipóteses das clássicas “deformações”, mas até mesmo naquelas outras das simples “transformações”.⁷

7. JEAN CARRARD, *O Dano Estético e sua Reparação*, artigo doutrinário inserto em *Rev. Forense*, vol. 83, pág. 401 e seguintes.

Escreveu, aí, êle, o seguinte: “Não é possível enumerar todos os atentados que podem ser feitos à estética dos homens e das mulheres. Seria preciso, para isso, escrever um dos capítulos da miséria humana; cicatrizes de tôdas as naturezas e de tôdas as origens no rosto, ou em outras partes do corpo, deformação de um órgão (por exemplo do nariz, da bôca, da orelha, da arcada superciliar); aparição de tumores, de crostas, de colorações, etc., na superfície da pele; perda dos cabelos, das sobrancelhas, dos cílios, dos dentes ou de um órgão qualquer. Estas ofensas serão tanto mais graves quando feitas a uma parte do corpo que fica normalmente desnuda. Mas será preciso encarar cada caso particular; o caso da dansarina profissional que dança quase nua, o caso da mulher mundana que usa roupas decotadas, o caso da jovem que frequenta as praias elegantes, o caso do manequim que apresenta as últimas novidades... O atentado à estética será tanto mais grave quanto mais bela fôr a vítima.

“O dano estético pode também, resultar de um atentado à voz ou à faculdade de se mover; a vítima que possuía uma voz quente e sedutora, não tem mais, em consequência das lesões, do que uma voz estridente; a vítima que se movia com graça, não pode mais fazer senão movimentos irregulares e sacudidos”.

E mais adiante, à página 407, acrescenta: “O prejuízo estético supõe uma deformação da pessoa lesada. Mas em vista dos termos muito amplos do art. 46 CO, pode-se admitir o direito à indenização, seja por ofensa ao futuro econômico, seja por dano moral, quando a vítima não é deformada, mas somente transformada. Tomemos exemplos: Um viajante do comércio, outrora possuidor de um nariz aquilino, é vítima de um acidente; seu nariz é mutilado, a despeito de tôdas as maravilhas da cirurgia estética, não é possível restabelecer seu nariz aquilino; tudo que o cirurgião pôde fazer é um nariz grego. Na opinião de muitas pessoas, o viajante do comércio tem melhor fisionomia com seu nariz grego; êle não está, pois, deformado. Todavia, não está contente: seus clientes que êle visitou depois de longos anos, não o reconheciam mais, e êle teve que lhes dar longas explicações para os convencer de que era sempre o mesmo homem; mas alguns não

Pela mesma forma, a questão da vultuosidade do dano estético, estabelecida, dentre outros, por um ALMEIDA JÚNIOR,⁸ como indispensável para a caracterização jurídica do mesmo, em se tratando da lei civil, não poder ser, de fato, tida ou havida por substancial, como por substancial não poderia, ainda, ser tida ou havida, e para os mesmos fins, a questão outra da preferencial localização da lesão em certas e determinadas regiões do corpo da vítima, notadamente em seu rosto, como seria do desejo, por exemplo, de um SOUZA LIMA,⁹ de um ALCÂNTARA MACHADO¹⁰ ou, mesmo, de um clássico LACASSAGNE.¹¹

Maior ou menor extensão da lesão e sua localização, nessa ou naquela parte do corpo humano, se chegam a ter, no crime, relêvo especial, no cível, nem sempre.

Nas lindes do direito privado tais fatos apenas influenciariam na consideração da maior ou menor amplitude dos efeitos danosos e, como consequência, da maior ou menor indenização.

querem se deixar persuadir e o tomam por um impostor. No café, onde era uma figura conhecida e popular, onde era saudado por todo o mundo, passa hoje despercebido. Este viajante do comércio sofre, em virtude da transformação de seu nariz, uma ofensa ao seu futuro econômico, e talvez um dano moral.

Um político afeta, com a ajuda de sua barba muito basta e descuidada, um ar boêmio que lhe dá notoriedade pública — e que muito agrada aos eleitores de seu partido. Adversários políticos o assaltam de emboscada e o pelam cuidadosamente. Saído de suas mãos, o político, que não tem mais um fio de barba, tem daí em diante uma aparência glabra e correta, quase eclesiástica; êle faz pensar em certos homens de negócios anglo-saxões. Muitos acham que êste político ficou melhor depois que não tem mais barba. Mas nos comícios populares não o reconhecem mais; não o saúdam mais na rua; êle não agrada mais como antes. Sua situação política está abalada. Este político terá sofrido talvez uma ofensa ao seu futuro econômico (se êle vive da política) e muito provavelmente um dano moral.”

8. ALMEIDA JÚNIOR, *Lições de Medicina Legal*, 4ª ed., pág. 205.

9. SOUZA LIMA, *Tratado de Medicina Legal*, 6ª ed., pág. 796.

10. ALCÂNTARA MACHADO, tese de doutoramento escrita em 1901.

11. LACASSAGNE, *Précis de Médecine Legal*, 2ª ed., Paris, pág. 443.

Não haveria assim, aqui, relação de proporcionalidade entre extensão ou gravidade da causa mesma, geradora do dano e de seus meios de reparação, mas simples adequação entre tais meios e os efeitos do mesmo dano.

Aliás exatamente nisso é onde, com relativa unidade de vistas, sempre se encontrou a diferenciação específica entre a pena (no crime) e a indenização (no cível).

Consoante DOMAT, BAUDRY ET BARDE, LABORDE-LACOSTE, PIÈRE BARBIER (veja-se seu trabalho intitulado *Influence des circonstances atténuant la gravité de la faute sur l'entendue du droit à la réparation en matière de responsabilité civile*, dado à luz na *Semaine Juridique*, 1947, 1.585), MAZEAUD ET MAZEAUD e demais autores por êstes últimos mencionados, o que importa, no cível, é apenas a extensão dos danos efetivamente causados e não a natureza ou volume da causa geradora de tais danos. A assertiva é ilustrada pelos irmãos MAZEAUD que invocam, a essa altura, um aresto da côrte de Bourges, em consonância com a qual, se uma ignorância "*peut servir d'atténuation dans l'appréciation de la peine, elle maintient entière la responsabilité civile*".¹²

Talvez ocorresse na espécie, como, de resto, em diversas passagens outras das nossas leis civil e penal, aquilo mesmo que se verifica relativamente ao conceito de "injúria", mais flexível, no cível, para a justificação do desquite e mais estático, no crime, para a materialização de um delito.

Além disso, se no nosso Cód. Penal (art. 129, § 2º, nº IV), apenas, expressivamente, se falou em "lesão deformante", com a supressão do qualificativo "aparente" do anteprojeto de ALCÂNTARA MACHADO, em nossa lei civil, pelo contrário, nos parágrafos primeiro e segundo do art. 1538 do Código, usou, o legislador, de uma linguagem outra, complexa, "aleijão e deformidade", a qual, talvez por isso mesmo, ensejasse um maior alargamento de conceito no tocante ao dano estético,

12. MAZEAUD ET MAZEAUD, *Traité Théorique et Pratique de La Responsabilité Civile*, 4ª ed., tom. 3º, pág. 481 e nota 2, de rodapé, ao número 2369.

que poderia, assim abranger, também outras modalidades, atenuadas, de danos.

Porque, no Cód. Penal, se cogite de penas (e as penas são sempre de estrita aplicação), nada obstará a que, pela sistemática da lei civil, onde se cura tão só de indenizações e de reparações, pudesse emprestar-se ao termo “deformidade”, em alguns casos, até mesmo a sinonímia de meras “transformações” na aparência física do lesado, na forma, aliás, do ensinamento, já referido, ministrado por JEAN CARRARD.

Tal maneira de entender encontraria, de resto, ampla guarida dentro da clássica norma jurídica do *neminem laedere*.

II. Que prejuízos adviriam, ordinariamente, para a vítima, dos chamados danos estéticos?

Entendem alguns que apenas prejuízos econômicos. E assim mesmo, nem sempre.

Nós, pelo contrário, entendemos que dos danos *ob deformitatem*, resultam para o lesado prejuízos morais e materiais.

Materiais, na maioria dos casos; morais, sempre.

De fato: Aquêles que, como consequência de lesões físicas deformantes, viesse a sofrer não apenas dores físicas, mas, também, o desprazer de se sentir apoucado na integridade ou na estética de seu próprio corpo, teria, sem dúvida experimentado sempre um dano naqueles “bens da alma”, a que se refere o Evangelista.¹³

E pela dor (dor física e moral), vale dizer, pelo dano moral, a uma reparação faria jus o lesado.

E ao falarmos aqui em dano moral, fazemos questão de esclarecer que estamos nos referindo ao puro dano moral, isto é, àquela sorte de dano que nenhum menoscabo ocasiona aos bens de fazenda da vítima, consoante, aliás, os ensinamentos daqueles tratadistas que acolhem a tese da reparabilidade dos danos extrapatrimoniais, como, dentre outros,

13. S. MATEUS, Cap. XVI, 26.

MINOZZI,¹⁴ DEMOGUE,¹⁵ BENUCCI,¹⁶ DURÁN TRUJILLO,¹⁷ BRUGI,¹⁸ etc. E isto porque, com relação aos danos morais indiretos, isto é, com relação a êsses danos morais com reflexos patrimoniais, assim como já tivemos oportunidade de o salientar, não chegam a constituir êles, em verdade, nenhum dano moral, mas apenas danos patrimoniais comuns, oriundos de causas morais.¹⁹

Ora, que o dano estético determine para a vítima, abstração feita da própria dôr física, uma dose maior ou menos de dano moral, cousa é que se não conteste.

Se se admite, ou não, a reparabilidade de tais danos, é questão disbordante. Mas que êles existam aí, e sempre, na lesão afeiante, deprimente ou apenas complexante, só poderia ser negado por aquêles que, como o adverteria J. X. CARVALHO DE MENDONÇA em outra situação, isto o fariam “apenas pelo prazer de negar”...²⁰

E tal dano (o moral) seria, no caso, repitamo-lo, mais ou menos intenso em face de circunstâncias várias de sexo, idade, condições sociais da vítima, etc. e tudo de tal modo que até mesmo, às vêzes, por grandes que fôssem, na hipótese, os danos patrimoniais, não exageraríamos se disséssemos que os danos morais daí resultantes atingissem, sem dúvida, a níveis infinitamente mais altos.

Imaginemos só (“o que até imaginado e pensado faz horror”, como o diria MONT’ALVERNE,²¹ que a vítima da lesão

14. MINOZZI, *Studio sul Danno Non Patrimoniale*, 3ª ed., pág. 41, *in fine*.

15. DEMOGUE, *Traité des Obligations*, Paris, vol. IV, nº 403.

16. BENUCCI, *La Responsabilità Civile*, Milano, 1955, nº 19, pág. 54.

17. RAFAEL DURÁN TRUJILLO, *Nociones de Responsabilidad Civil*, Ed. Temis, Bogotá, 1957, pág. 82.

18. BRUGI, *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, 4ª ed., Milano, págs. 570-571.

19. WILSON MELO DA SILVA, *O Dano Moral e sua Reparação*, Rev. Forense, Rio, 1955, pág. 17, nº 3.

20. J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado*.

21. FREI FRANCISCO DE MONT’ALVERNE, em *Panegírico de S. Pedro de Alcântara*, proferido a 19-10-1854, na Capela Imperial.

deformante ou nauseabunda, simiesca ou apenas afeiante, fôsse alguma das elegantes mulheres da coleção das “dez mais” das crônicas sociais, ou algumas dessas rainhas de beleza, ainda mesmo que se leve em conta a inflação delas...

E que dizemos da mulher cortejada, da mulher endeusada pelos dotes físicos, da mulher disputada, erigida em centro de atrações sociais, de alto coturno, tornada feia da noite para o dia pelo só motivo do acidente fatal e que visse irremediavelmente fanada a frescura da própria epiderme, experimentando a necessidade de aparelhos ortopédicos de correção de defeitos ou do uso constante do ôlho de vidro ou da dentadura artificial, por exemplo?

E a própria atriz cinematográfica, a modelo, a cantora de TV?. Que seria, para ela, mais de lastimar: o dano econômico, grande, que viesse o sofrer como consequência do dano estético, ou os puros danos morais pela perda beleza?

III. No direito civil suíço é expressa a lei no acordar ao lesado por dano estético uma específica reparação por simples danos morais (quando, dêle, apenas um dano moral deflúa), como, ainda, uma indenização dúplice (por danos morais e materiais), tôda vez que, do dano estético, como no comum dos casos acontece, possam se originar danos econômicos e não econômicos. Ê isto pelo menos o que nos ensinam o já citado GARRARD e, ainda: A. SCHNEIDER ET H. FICK,²² PRÉLAZ²³ e HUGUENIN.²⁴

No direito civil alemão, o dano estético engendra também, em tese, um direito dúplice de reparações: um de ordem moral, outro, patrimonial.

22. A. SCHNEIDER ET FICK, *Commentaire du Code Fédéral Des Obligations*, na adaptação francesa da obra por MAX-E. PORRET, e revisão parcial por A. FICK, 1915, 1º vol., comentários aos arts. 46 e 47 (págs. 120 e seguintes).

23. A. PRÉLAZ, *De la Réparation du tort moral*, Lausanne, 1893.

24. HUGUENIN, *Von der zivilrechtlichen Haftung aus der Verletzung immaterieller Rechtsgüter bei Toetungen und Koerperverletzungen*, Berna, 1909.

As disposições do art. 847, do B.G.B. não deixam, quanto a isso, a menor dúvida.

Lê-se, aí, com efeito, que: "*Im Falle der Verletzung des Koerpers oder der Gesundheit, kann der Verletzte auch wegen Schades, der nicht Vermoegenschaden ist, eine billige Entschaedigung in Geld verlangen*".

A parte lesada poderia, assim, na Alemanha, na hipótese de um dano à integridade física do corpo, reclamar também uma razoável quantia à guiza de reparação por danos morais, além, óbvio é, daquilo a que de direito lhe coubesse pelo ressarcimento dos danos patrimoniais.

É certo que lá, na Alemanha, o Legislador teve mais em conta, no dano estético, as prejudiciais conseqüências patrimoniais dêles resultantes, como o acentua ENNECCERUS.²⁵ Mas nem por isso deixou de expressamente atentar para aquilo que qualificaríamos como sendo o puro prejuízo extrapatrimonial dos lesados.

Quanto aos danos patrimoniais, exigíveis na hipótese de um dano estético, é matéria tranqüila aqui e em além mar.

Tôda vez que, da lesão resulte para a vítima a deformidade em sentido amplo ou mesmo o simples *sfregio* ocasionando-lhe, como conseqüência, danos de natureza econômica, o ressarcimento por isso lhe vem assegurado.

Certas pessoas: artistas, modêlos profissionais, cantores e, de um modo amplo, aquêles que, para o exercício das respectivas profissões, têm necessidade de aparecer sempre em público, para todos êsses o dano estético, ora mais ora menos intensamente, sempre determinaria danos de natureza econômica. O reflexo do dano estético no regular "rendimento" de seus negócios não seria de difícil constatação.

Mas não se diga que apenas para uma casta restrita de profissionais o dano estético pudesse acarretar prejuízos de natureza patrimonial.

25. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF, *Derecho de Obligaciones*, trad. cast. de GONZALES e ALGUER, vol. 2, tomo 2º pág. 684.

Na vida quotidiana tais danos podem alcançar, não raro, as classes mais variadas de profissionais. E como prova da assertiva, basta lembrar o caso daquele caixeiro-viajante mencionado por GARRARD, o qual, com o nariz transformado, em virtude de cirurgia plástica após o acidente de que foi vítima, de nariz aquilino que era em um nariz grego, nem por isso pôde impedir que dêle se afastassem vários antigos clientes que passaram a tomá-lo, após o fato, por um simples impostor...

IV. As circunstâncias, o tempo, o meio, tudo poderá contribuir para, de um modo lato, ditar prejuízos de natureza econômica relativamente ao lesado por dano estético.

Muitos autores vêem no matrimônio, para a mulher, não apenas a satisfação de sentimentos de natureza psíquica ou de ordem sentimental. Para muitas delas enxergam êles, no casamento, uma forma usual de redenção econômica.

Ora, para a mulher fisicamente lesionada e que, em consequência disso, se visse na impossibilidade convolar núpcias, o fato poderia, ao demais de ser considerado como fonte de permanentes danos morais, constituir-se também num motivo de evidentes perdas econômicas.

Um tribunal italiano, recentemente, em 1954, segundo se vê em BONVICINI, acordou em que:

“Constituiscono lesione effettiva della sfera giuridica patrimoniale anche quelle conseguenze indirette del fatto illecito (nella specie: maggior difficoltà per una donna, cui da una lesione personale, sia derivato sfregio permanente, di trovare lavoro e contrarre matrimonio) che menomano comunque il patrimonio”.²⁶

A seu turno e a respeito da mesma matéria (dano patrimonial consequente de dano estético para a mulher que, por isso, não chega a contrair núpcias) também BENUCCI aponta novos julgados dos tribunais de Itália, esclarecendo, a essa altura que: *“così il danno estetico costituito da uno sfregio, risolvendosi in una concreta difficoltà per una donna*

26. BONVICINI, obra citada, pág. 173.

di contrarre matrimonio, non è evidentemente un danno morale, anche se produttivo di sofferenze psichiche, perchè il fatto si ripercuote in modo negativo sulla possibilità di una congrua sistemazione economica connessa ad un matrimonio adeguato".²⁷

E o tribunal de Roma, ainda segundo o mesmo citado Autor, em 1954, atermava um de seus julgados com a consideração de que "*il mancato matrimonio finisce per ripercuotersi nel patrimonio della donna che, non sposandosi, sia costretta a provvedere da sola alle esigenze della vita*".²⁸

V. Nos chamados danos à vida de relação da pessoa²⁹ o dano estético pode determinar também, de maneira indireta, grandes e graves prejuízos de natureza material.

Entendendo-se por dano à vida de relação aquêles danos extraprofissionais, ligados às atividades sociais do indivíduo, fácil é de compreender-se a repercussão de tais danos na vida econômica do lesado.

Nos campos de esporte, nas reuniões sociais, artísticas e mesmo religiosas, o cidadão tem oportunidade vasta de ampliar o círculo de suas relações o que, para um homem de negócios significa, no mais das vêzes, ampliação, também, de seus círculos de atividades, pela angariação de novos clientes e amigos.

Ora, se em virtude de um dano estético, uma impossibilidade sobrevenha que impeça a presença do lesionado em tais

27. BENUCCI, trab. citado, pág. 54, nº 19.

28. BENUCCI, obra e local citados.

29. GENTILE, em memorial apresentado à IV Convenção da Comissão Jurídica do A.C.I. (v. *Resp. civ. e prev.*, 1951) procurando melhor explicar o que se pudesse entender por dano à vida de relação, afirmava que a vida do homem considerada na sua plenitude não se extinguiu na esfera, estrita, do trabalho. A par de suas atividades laborais, e que, via de regra, se constituem no seu principal campo de ação, o homem, em sua casa ou fora dela, adita, exerce uma atividade social outra, mais ou menos intensa e que representa um modo outro, diverso, de ser de sua capacidade. Seria, assim uma atividade extraprofissional, embora de não menor relevância para o cidadão, sob certos aspectos.

agrupamentos ou que torne mais difícil ou onerosa sua locomoção até êles, óbvio é que uma diminuição indireta, efetiva, daí resultará para seu patrimônio. E não seria difícil imaginar-se para êle, a vítima e conseqüentes do dano estético, no caso, não apenas danos morais de monta, como, também, danos patrimoniais mais ou menos extensos.

ANGELONI aborda muito bem a questão dos prejuízos patrimoniais oriundos dos danos à vida de relação de uma pessoa³⁰ e PERETTI GRIVA ao ensejo, mas com evidente exagero, chegava a pretender que danos de natureza puramente econômica, soiam originar-se, para a vítima, nessas circunstâncias,³¹ caindo por outro lado, BOTERRO, no extremo oposto, ao insinuar que tão somente danos extrapatrimoniais resultassem para o indivíduo nos atentados à sua vida de relação.

O fato porém é que o dano estético, de um modo particular e através de suas manifestações várias (deformantes, desfigurantes, inferiorizantes, complexantes, etc.) pode, pelas restrições ou dificuldades que crie para o indivíduo na sua chamada vida de relação, determinar para êle danos morais e patrimoniais, apuráveis, êstes, pelos métodos comuns, inclusive do arbitramento.

Casos há, no entanto, marcantes, nos quais simplificada se torna, perante os tribunais, a tarefa da dedução dos danos patrimoniais que, para a vítima, via de regra, decorrem do dano estético.

Queremos nos referir ao artista, ao modêlo, e a todos aquêles outros para os quais a beleza física significa, de maneira inequívoca, fator de um maior sucesso profissional.

O artista cinematográfico, mórmente em se tratando de mulheres, modêlos das casas de modas, os artistas de TV, todos os integrantes dessa enorme casta de profissionais, tal seja o dano estético de que venham a ser portadores, poderão ter encerradas as próprias carreiras e, conseqüentemente, todos os rendosos proventos que, delas auferam.

30. ANGELONI, *Sui criteri valutativi del danno recato a persone che non svolgono attività retribuite*, em *Riv. Giur. circ.*, 1952, 257.

31. PERETTI GRIVA, trabalho inserto na *Riv. crit. resp. civ.*, 1940.

E dificuldades cada vez maiores encontraria, pela vida em fora, por exemplo, a moça balconista tornada feia em virtude de um dano que lhe tenha afetado a integridade física. As exceções à regra, no caso, apenas a confirmariam.

VI. Ponderáveis podem ser, pois, em face das circunstâncias, as conseqüências do dano estético sobre o patrimônio econômico dos lesados.

Situações de fato, de nenhuma relevância em umas hipóteses, podem avultar-se em outras, justificando o agravamento do prejuízo econômico da vítima.

Além disso, há de se considerar, na prática, a insofismável ajuda que a ciência possa prestar, senão na perfeita reparação dos danos estéticos na maioria dos casos, pelo menos na amenização de seus efeitos na quase totalidade deles.

E, por isso mesmo, a questão da reparação dos danos estéticos, em face da ciência, comportaria, sob tal aspecto, indagações muitas, não despiciendas de um certo objetivismo.

E a primeira delas consistiria no seguinte: E se os danos estéticos acabassem por se tornar reparáveis ou recomponíveis *in natura*, digamos assim, graças ao adiantado e incontestado progresso da cirurgia plástica em nossos dias?

Pois graças a ela, como o salientou HENoch D. AGUIAR, já não se "*há logrado transformar la nariz de um Cirano en la de una Venus?*"³²

E quando tal se verificasse, lugar haveria para falar-se em reparação por puros danos morais?

E naquelas hipóteses outras, verdadeiramente miraculosas, nas quais o bisturi tem logrado obter a restauração da prístina beleza?

È certo que, não obstante tôda engenhosidade e todos os recursos da técnica cirúrgico-plástica, nem todos os danos estéticos chegam a admitir uma reparação ideal.

32. HENoch D. AGUIAR, *Hechos e Actos Jurídicos*, vol. v, tomo 2, ed. de 1952, Buenos Aires, pág. 40.

Assim, por exemplo, o olho de vidro jamais restauraria a beleza e o brilho do olho primitivo, assim como, também, o mais perfeito dente postiço jamais conseguiria se sobrepôr em estética, ao dente verdadeiro, ensejando, por isso mesmo, direito à reparação, como, de resto, já se deixou acordado, nos tribunais portenhos, em um juízo famoso.³³

Em tais hipóteses, como agiria o aplicador da lei para a fixação do quantum reparador? Levaria em linha de conta a restauração, ainda que não satisfatória, no dano estético?

Ao demais disso é certo que ninguém fica obrigado a se submeter a qualquer operação, mesmo para a reparação do dano estético, segundo é de ensinamento corrente.³⁴

Sobre isto, aliás, há, pelo menos nos tribunais italianos, um relativo acerto de vista.

E não é apenas VON TUHR, como se apura de seu ensinamento transcrito abaixo, em nota de rodapé, quem assevera a impossibilidade jurídica de se obrigar alguém a uma intervenção cirúrgica para a correção de um dano físico.

Em BENUCCI lemos que, em certo colegiado de Itália, decidido foi que:

“Il rifiuto del danneggiato a sottoporsi ad una operazione chirurgica, eventualmente consigliata per attenuare le con-

33. “Constituye un daño susceptible de indemnización, la pérdida de los dientes: Cualquiera sea el éxito con los artificiales que la víctima se hizo colocar, su integridad física natural ha quedado definitivamente afectada”. (Just. de Paz, Cap. Federal, XII/2, 1937, tom. 60, pág. 1053, apud HENoch D. AGUIAR, *Hechos y Actos Jurídicos*, ed. de 1952, Buenos Aires, vol. V, tom. 2, pág. 45, nota 41, de rodapé).

34. VON TUHR, referindo-se aos ataques à integridade corporal, assim se expressa no seu *Tratado de las Obligaciones*, trad. castelhana da edit. Reus, 1ª ed., vol. 1º, página 80: “Por otra parte, los ataques a la integridad corporal tienen un caracter tan personalísimo, que no puede tomarse por criterio exclusivo el interés del obligado a indemnizar. Por eso la judicatura reduce a limites bastante cenidos el deber del lesionado a dejarse operar, entendiendo que sólo se le puede obligar a someterse a la operacion cuando esta no sea peligrosa ni muy dolorosa y cuando además haya la certeza de que ha de producir notable mejoría; es condicion, por ultimo, que el obligado a indemnizar el dinero necesario para la operacion.

seguenze delle lesioni riportate, non può essere preso in considerazione al fine di ridurre la misura dell'indennità quando il danno deriva da fatto illecito".³⁵

E a seu turno BONVICINI nos aponta outro julgado de outro tribunal da península, onde acordado foi isto:

"é irrelevante la possibilità di eliminazione o di attenuazione mediante trattamenti (como la plastica chirurgica, sostituzioni artificiali ed anche la crescita della basba) giacchè il lesò non può essere obbligato a soggiacere ai pericoli, ai dolori, alle spese e ai fastidi di siffatti trattamenti".³⁶

E como proceder-se, então, em face da resistêcia do lesado?

Mandar-se-ia, ou não, que fôsse, não obstante, indenizado pelos prejuízos morais e materiais decorrentes do dano estético, mormente quando pudesse se assegurar, de antemão, o êxito da operação plástica?

E ainda: reparação ideal, *in natura*, no caso do dano estético, já não poderia, *ad exemplum*, haver ocorrido para o lesado cujo apêndice nasal, deformado ou monstruoso, viesse a adquirir, após a intervenção, uma forma correta ou menos inestética?³⁷

E se assim fôsse, lugar haveria, aí, para a reparação outra, por prejuízos materiais (que não teriam talvez chegado a existir para a vítima) ou por prejuízos extrapatrimoniais ressarcidos, de maneira ideal, nos moldes da regra clássica da *compensatio lucrum cum damno*?

Para a dôr do lesado, para o *shock*, negativo, de sua *turbatio animi*, plena compensação, equivalência mesmo, não haveria, aí, na alegria que daí lhe fluísse em consequência

35. BENUCCI, ob. citada, pág. 49, *in fine* e 50.

36. BONVICINI, obra cit., pág. 174, rodapé.

37. Curioso é lembrar-se que, numa reafirmação da velha regra positivista do "nada de absoluto existe, sinão, e apenas, a relatividade de tudo", de que nem sempre a correção do aleijão ou, pelo menos, a transformação para melhor, em casos que tais, signifique, para o lesado, uma reparação. Haja vista o caso do caixeiro-viajante, já mencionado por CARRAD...

do *shock* benéfico do feliz resultado a que se houvesse chegado, para a reparação da dôr sofrida?

E que dizer-se, também, por exemplo, do prêto cuja têz, inexplicavelmente, em face de uma inadequada medicação, viesse a se tornar naturalmente branca, como ocorreu, não faz muito tempo, entre nós, segundo noticiário fartamente propalado pela imprensa?

Poderiam, ao sério, tais pessoas, reclamar, dentro do ordinário, qualquer reparação por danos materiais ou morais, sob color de uma alteração estética nos próprios corpos físicos?

As questões seriam, então, assim, em tal terreno, complexas demais para o assentamento quanto a elas, de uma regra unitária, apriorística, de solução. A solução delas, na prática, estaria forçosamente sujeita ao prudente arbítrio do Juiz que deveria de agir, em tais circunstâncias, sempre *ex aequo et bono*.

Para os que se recusassem à intervenção cirúrgica beneficiadora, *v.g.*, o montante do custo dela e dos aparelhos ortopédicos auxiliares, se computaria, ao final, dentre as diferentes parcelas que conduzissem ao quantum final da indenização devida ao lesado? Assim, também, no tocante ao dano moral, indenização não seria devida a quem, embora de maneira paradoxal, com êle viesse a se beneficiar, como no caso do negro tornado branco?

VII. Como, no direito pátrio, se tem equacionado a questão das indenizações referentes ao dano estético?

De maneira incoerente por vêzes e, por isso mesmo, suscetível de acerbas críticas.

O nosso Cód. Civil cura da espécie, de modo precípua nas disposições dos arts. 1538, parágrafos 1º e 2º, e 1539. Rezam tais incisos:

“Art. 1538. 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, fôr 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. 1539. 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 ao fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação, que êle sofreu.

E numa disposição final, abrangendo as omissões do capítulo, determinou a nossa lei civil, no art. 1553, que:

“Nos casos não previstos neste capítulo, se fixará por arbitramento a indenização”.

Como se vê, pois, no tocante ao dano estético, o Legislador brasileiro, fugiu à fórmula ampla, escudando-se no casuismo. Apontou hipóteses ao invés de se utilizar daquela generalidade de expressão a que se refere SOURDAT,³⁸ fecunda em deduções. Preferiu o critério vizinho da taxatividade.

E só por isso passível de crítica se tornou.

Com efeito: Os danos estéticos, múltiplos em suas manifestações, não se contêm nas estreitezas das lindes que lhe traçou o nosso estatuto civil.

A tendência, hodierna, de se fazer compreender como tal até mesmo o simples *sfregio* dos italianos, o simples arranhão deformante, a cicatriz, desde que sucetíveis de se tornarem, ainda que em circunstâncias restritas (nos banhos de praia, por exemplo, na exibição de roupas íntimas ou trajes de banhos para as modelos profissionais, etc.), passíveis de exposição, ficaria, pelo dito, ao largo da nossa lei civil.

38. SOURDAT, em *Traité Général de la Responsabilité*, 6ª ed., vol. I, pág. 2.

Tão só defeito mais ou menos grave, o aleijão ou a deformidade, cairiam dentro do âmbito de sua proteção. E por essa forma, o gilvaz acobertável pela barba ou pela cabeleira, a cicatriz disfarçável pela *maquillage*, poderiam não encontrar guarida, quanto à reparação, dentro do nosso Cód. Civil, pelo menos para aquêles que, mais amantes da forma que do fundo, da letra que do espírito, quisessem, na exegese da lei, utilizar-se dos meios restritos de hermenêutica.

Pretender-se-ia, no Direito brasileiro, estabelecer-se uma equiparação, quanto ao dano estético, entre a lei penal e a lei civil, pelo menos no sentido de se configurar como tal, aqui, apenas aquilo que lá, no Código Penal, fôsse tido como lesão de tal natureza?

Parece que não, vimo-lo. No entanto, nem por isso à regra se deu, no nosso estatuto civil, a amplitude que seria de desejar-se.

O Legislador mostrou-se como que titubeante, cauteloso, confuso, estranho e, sobretudo, ilógico.

Vejamos.

Quanto às disposições do art. 1538, ordenou êle, o Legislador brasileiro, que no caso de ferimento ou de outra ofensa à saúde, o ofensor, além das despesas de tratamento e dos lucros cessantes da vítima, até sua convalescença, ficasse obrigado a pagar, à mesma: 1º) mais a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente; e 2º) à duplicação da soma, se do ferimento vier a resultar para a vítima deformidade ou aleijão.

Durante muito tempo, vale dizer, no interregno entre a entrada em vigor do nosso Cód. Civil e a do novo Código Penal de 1940, dúvidas lavraram no seio dos juristas sôbre a aplicação de tais incisos.

Havia, de início, a grande interrogação: Como seria possível a aplicação do estatuto civil nesse particular se inexistia, até então, aquilo que lhe serviria de base para tanto, vale dizer, a pena pecuniária para os crimes de ofensas físicas?

Aliás, numa linguagem incisiva, escrevia, então, ao respeito, o nosso JOÃO LUIZ ALVES que: "Quanto às multas, será

necessário esperar pela reforma do Cód. Penal, pois que o atual não estabelece pena pecuniária para os crimes de ofensas físicas (arts. 303 a 306, do Cód. Penal)".³⁹

Assim pensava JOÃO LUIZ ALVES; assim julgava o Tribunal de Minas⁴⁰ e assim ainda continua a entender, hodiernamente, AGUIAR DIAS.⁴¹

CLÓVIS BEVILÁQUA, no entanto, pendia para uma conclusão inversa⁴² e, com êle, também, VAMPRÉ.⁴³

Era de parecer, CLÓVIS, que, na ausência, então, de pena pecuniária criminal para as lesões à pessoa, que o Legislador houvesse pretendido se referir não à uma pena inexistente, mas a uma pena civil. Tal pena se calcularia pelo que o ofensor tivesse deixado de auferir por seu trabalho e bens durante o tempo da privação de sua liberdade, condenado que tivesse sido ao grau médio da pena pelo Cód. Penal.

O fato, porém, é que, na maioria dos casos, foi dado o art. 1538 do Cód. Civil, no final de seu corpo principal, como inaplicável, situação que se prolongou até o aparecimento, em 1940, do novo Cód. Penal brasileiro.⁴⁴

Mas, parece, nem por isso se deu por satisfeito o nosso Legislador, quando, absurda e ilógicamente, supôs pudessem nossos exegetas obter algo do nada (*ex-nihilo, nihil*), que a tanto implicava a estranha determinação do pagamento, em

39. JOÃO LUIZ ALVES, *Código Civil*, escólio ao art. nº 1538, parte final.

40. Veja-se *Revista Forense*, vol. 40, pág. 558.

41. JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *Da Responsabilidade Civil*, Rio, 1944, 2º vol., pág. 334.

42. CLÓVIS BEVILÁQUA, *Código Civil*, comentários ao art. 1538.

43. VAMPRÉ, *Manual de Direito Civil Brasileiro*, vol. 3º, § 113.

44. Tem-se entendido que, após a vigência do novo Cód. Penal de 1940, razão já não mais existe para se acolher o ensinamento, referido, de J. LUIZ ALVES. E é que, diz-se, havendo o novo estatuto penal cominado pena de multa pecuniária para os crimes decorrentes de ofensas físicas *leves*, pelo menos quanto a estas, possibilidade de aplicação já haveria para o disposto no § 1º do art. 1538 do Cód. Civil. Isto, pelo menos, é o que foi acordado, por unanimidade, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, como se pode vêr na *Revista Forense*, vol. 128, pág. 544.

favor da vítima, na hipótese, da importância correspondente ao grau médio de uma multa penal... inexistente.

E a soma a cuja duplicação se refere o parágrafo único dêsse mesmo artigo 1538 para a hipótese do dano estético deformante ou aleijante? Diria respeito, essa duplicação, apenas à parcela referente à multa (inexistente) do final do corpo do art. 1538 ou, pelo contrário, abrangeria, ela, tôdas as parcelas da indenização mandada pagar à vítima pelo corpo do mesmo citado inciso?

Resultaram, da linguagem frouxa e fôfa do Cód. Civil aí, as dúvidas que também, quanto a isso, chegaram a lavrar entre os D.D., muito embora seja, agora, por bem dizer tranqüila a exegese dos que entendem que a duplicação referida nas disposições do parágrafo primeiro do art. 1538 diga respeito a tôdas as parcelas (por isso mesmo que aí se fala em *soma*) do corpo do mesmo artigo.

Com efeito: Por umas vêzes se entendeu que a duplicação da soma, na forma do disposto no parágrafo primeiro do art. 1538, dissesse respeito apenas, e exclusivamente, ao valor da multa penal aí mencionada⁴⁵ quando, por outras muitas, o inverso é o que foi consagrado, isto é, de que a duplicação abrangesse tôdas as parcelas mencionadas no corpo do art. 1538, que não tão só à *parcela* relativa à multa pecuniária.

H. DA SILVA LIMA, dentre outros autores, ao que, de momento, nos ocorre, tem defendido, com ardor e proficiência, esta segunda solução, assim como se pode vêr do acórdão, unânime, de que foi relator, do Tribunal de São Paulo e inserto na *Revista dos Tribunais*, vol. 21.⁴⁶

Aliás, nem de outro modo poderia ser. Se o art. 1538, em seu corpo, para a composição dos danos do lesado, expressamente se refere a parcelas várias e distintas (despesas do tratamento, lucros cessantes e mais a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente) e se, no

45. Vide *Revista dos Tribunais*, vols. 222/187; 194/909; 177/161.

46. Consultem-se ainda os vols. 194/910; 143/605; 146/125 de *Revista dos Tribunais* e vol. 98, pág. 387 de *Revista Forense*.

parágrafo 1º, subsequente, fala em duplicação da *soma*, parece intuitivo que se quis referir ao total, pois que só pela agregação de tôdas as parcelas num mesmo total se poderia chegar a uma *soma*.

Quod lex voluit, dixit.

Se a lei se referiu à soma e não a uma determinada parcela integrante dessa soma, a duplicação só pode dizer respeito ao total, vale dizer a todos os elementos dos quais resultou o conjunto ou soma.

Quanto à indenização por dano moral que, evidentemente, se contém nos dispositivos ora examinados, merece, ainda, nosso Legislador, alguns reparos.

Por que a limitação da reparação do dano moral, no caso do corpo do artigo, apenas ao total do grau médio da pena criminal, pecuniária, correspondente?

Sabido é que, para os que aceitam a tese da reparabilidade do dano moral, que, dada a ausência daquilo a que GABBA denominava a *unitá di misura*, frente à heterogeneidade dos valores representados, de um lado, pela dôr e, do outro, pelo dinheiro, a estimativa do quantum indiretamente reparador dêsses mesmos danos extrapatrimoniais, ficaria sujeita sempre a uma série de injunções, dosado tudo pelo prudente arbítrio do Juiz.

Na reparação dos danos morais, o papel do dinheiro é subsidiário. Por meio dêle, o que se mira aí é tão sòmente a consecução e tudo aquilo que possa propiciar ao lesado situações outras, de euforia, neutralizadores do sofrimento experimentado (*patema d'animi*).

Seriam as sensações agradáveis se opondo às sensações de pesar.

As derivações de natureza diversa, propiciadas, por tal meio, ao lesado, contribuiriam, por certo, para a minoração de suas angústias.

Ora, se assim é, nada de mais absurdo que a fixação, *a priori*, para a reparação de determinada espécie de dano moral, de uma quantia fixa. Sôbre não atender, tal *quantum*, pelo mais ou pelo menos, às finalidades que se lhe atribuisse, apresentaria um aspecto ineludível de pena ou de estimação,

absurda, em taxa fixa, do preço da dôr, como se fôra possível estabelecer-se uma direta compensação entre dôr e dinheiro.

O que se disse da multa, poder-se-ia dizer, também, da soma duplicada do parágrafo 2º do mesmo art. 1538 do Cód. Civil.

Para o dano moral, reconhecido no art. 1538 e em seu parágrafo primeiro de nosso Cód. Civil, faz-se necessário que os danos infligidos à vítima o tenham sido em conjunto com danos patrimoniais.

Do contrário inexistiria base legal para a aquilatação do *quantum* reparador dos danos extrapatrimoniais.

Dir-se-ia que, neste particular, a fonte onde se abeberou o Legislador brasileiro pode ser encontrada no ensinamento de HALE⁴⁷ para quem, no direito anglo-saxônico, os danos morais se reparariam tão somente naqueles estritos casos em que a existência dêles tivesse como pressuposto a existência, também, de danos patrimoniais concretos.

Data venia, se assim foi, optou pelo pior.

Com efeito: Já não se falando na anomalia daquela parcela relacionada com a multa penal, então inexistente, à época da entrada em vigor de nosso Código Civil, na lei criminal do Brasil, como haveria de se arranjar o Juiz entre nós na hipótese em que, embora reconhecendo a existência do dano moral conseqüente do dano estético, não lograsse obter elementos bastantes, no processo, para uma justificada condenação também por danos patrimoniais?

Fazer, como o fêz, nosso legislador, depender a reparação dos danos morais, como *conditio sine qua non*, da existência, anterior, de danos patrimoniais, sôbre ser destituído de bom senso, atingiria, também, as raias do iníquo.

Haveria, aí, ilogismo flagrante, porquanto aí se chegou a admitir, pelo menos em tese, a possibilidade de existência dos danos morais e da reparabilidade dêles.

47. HALE, *Damages*, 1896, págs. 23 e 30.

No entanto, nosso legislador, nas disposições que ora comentamos, não ficou apenas por aí. Não se limitou a tais lacunas nem a tais ilogismos. E nem, parece, por satisfeito se deu, quando supôs pudessem nossos exegetas, obter algo do nada (*ex-nihilo, nihil*), dobrando o valor de u'a multa penal... inexistente.

Pouco se lhe deu, a êle, legislador que acabasse pilhado no feio delito de uma disposição inútil e utópica, quando, por uma presunção de direito, sempre devesse de ser tido por sábio e de nada poder escrever que não tivesse um sentido definitivo ou preciso.

Foi mais longe e assim como sucedeu nas disposições do parágrafo primeiro do art. 1538 do Cód. Civil, de novo incidiu em mais ilogismos ao tratar, no parágrafo segundo dêsse mesmo artigo, dos danos estéticos atinentes tão só à mulher solteira ou viúva ainda com perspectivas de casamento...

VIII. Ao estabelecer, aí, nosso legislador, a reparação pelo dote, não o fêz, fôrça é reconhecer-se apenas em nome dos danos morais. Realmente: a mulher casadoira, aleijada ou deformada em consequência de lesão recebida, teria no dote que o ofensor lhe fôsse obrigado a proporcionar, não uma reparação por um exclusivo dano moral, mas, ainda, por danos materiais de difícil prova.

Naturalmente, tôda mulher, via de regra, se destina ao casamento, à formação de uma família, à procriação de filhos. À parte o lado moral, seu bem estar material, praticamente, se resume no seu lar, na assistência que o marido lhe presta de maneira ordinária.

Seu futuro, sua subsistência, seus *alimentos* (tomada a palavra no seu mais alto sentido jurídico), comumente ela os encontra no matrimônio.

Esta é a regra geral, que não chega a ser infirmada pelas exceções.

Ora, a mulher deformada por aleijão ou defeito físico, dificilmente conseguiria pretendentes. Esta a realidade. E, como consequência, não compartilharia, como as demais

mulheres, em tôda plenitude, das possibilidades de uma existência material futura, assegurada e garantida pela constituição de um próprio lar.

Estas considerações de ordem prática talvez expliquem em grande parte a razão de ser dessa reparação, pelo dote, determinada no parágrafo segundo, art. 1538 do nosso Cód. Civil.

O dote, aí, poder-se-ia dizer, na sua maior parte, talvez viesse a equivaler, de maneira mais ou menos exata, à *Busse* germânica, mas com a conceituação que, dela, faz o nosso CARPENTER, isto é, a de se erigir numa reparação conseqüente de uma "presunção legal" de dano patrimonial "em casos determinados de lesões de direito que constituem a personalidade" e nos quais a mesma fôsse concedida "quer quando seja de todo impossível fazer prova do dano patrimonial, quer quando, feita a prova, pareça ao juiz, no seu bom arbítrio, ser insuficiente o algarismo".⁴⁸

Mas com isso não pretenderíamos, no entanto, asseverar, como já de início o salientamos, houvesse sido estranha ao legislador pátrio, nessa passagem, tôda e qualquer idéia relativa ao dano moral ao determinar, como aí o fêz, em proveito da mulher casadoira, aleijada ou deformada por um dano estético, o pagamento do dote que expressamente menciona.

Pelo contrário: Embora reconhecendo que nosso legislador, aí, tenha levado em grande conta, nesse dote, de maneira insofismavelmente patente, os prejuízos de natureza econômica, nem por isso poderíamos afirmar houvesse também êle, aí, fechado os olhos aos chamados danos extrapatrimoniais que, nas circunstâncias, sempre costumam ocorrer.

Em tal dote, bem é de vêr-se, algo se engloba que diz respeito aos puros danos morais.

A mulher solteira ou a viúva ainda casadoira, quando vítima de lesões deformantes, não experimentariam apenas danos de natureza exclusivamente econômica. E se bem certo é que para a mulher considerada artista, por exemplo, cantora,

48. CARPENTER, trab. cit., em *Revista de Direito*, vol. 22, pág. 39.

manequim ou modêlo, para a mulher, em suma, que, nos próprios dotes da beleza física, encontra, no mais das vezes (mais até que nos do próprio talento), os motivos do sucesso de sua vida profissional, o dano estético acarretasse, sem sombra de dúvida, consideráveis prejuízos de natureza econômica, não menos certo é, também, que para tôdas elas em geral, casadoiras ou não, jovens ou não jovens, viúvas ou não, ricas ou pobres, dadas, ou não, a qualquer profissão, o dano estético sempre seria fonte, também, de danos morais, de maior ou menor relevância.

A vaidade feminina é fato que se não pode contestar. E, por isso mesmo, não se exageraria se se afirmasse que, para a generalidade das mulheres, os próprios prejuízos de natureza econômica de nada ou de quase nada seriam ao lado dos prejuízos extrapatrimoniais que viessem a sofrer em consequência de um dano estético.

É sem limites a dôr da mulher que se afeia.

Ela jamais se conforma com a triste evidência de uma belêza abruptamente fanada em virtude de um dano estético para o qual não haja, nem ao menos, a esperança de uma recomposição cirúrgica.

E que dizer-se, então, daqueles danos estéticos outros, após os quais ela se venha a sentir não apenas irremediavelmente feia mas, também, fisicamente repulsiva?

Seria sem conta, para ela, a mulher, artista ou não artista, modêlo, manequim, cantora, ou não, ao lado dos prejuízos materiais experimentados, tôda aquela infinita angústia, tôda aquela dôr infinita que para ela se originasse, também, de um dano estético sem cura e que para ela se constituísse, para todos os restantes dias de sua vida, no incalculável martírio de uma beleza fanada, de cicatrizes hediondas, de defeitos repulsivos, de esgares simiescos, de empuxos caricaturescos de músculos da face, de falhas, ainda que artificialmente recomponíveis, da magnífica dentição natural de antanho (possivelmente comparada por algum cronista social a alguma fileira de pérolas raras), do vazamento da vista, do encurtamento de qualquer membro ou do andar claudicante,

de tudo isso que, via de regra, costuma sobejar, num somatório de desespêros e de dôres, do comum dos crimes e dos acidentes.

Dano moral, pois, inegavelmente, haveria sempre, na hipótese, para qualquer espécie de mulher, casadoira ou não, jovem ou viúva. A questão, na espécie, seria apenas de apuração da maior ou menor intensidade de tal classe de danos, já que êles, os danos morais, sempre, ordinariamente, existiriam.

No entanto, por exdrúxulo que pareça, nossa lei civil, pelos danos morais oriundos do dano estético, na hipótese de mulher que não exerça nenhuma profissão, apenas aquinhoou a mulher jovem e a viúva ainda com capacidade para a convocação de novas núpcias.

Mas por quê?

Qual a razão de ser de tão aberrante unilateralismo?

E por que apenas a mulher que não trabalha poderia fazer jus à reparação pelos puros danos morais?

Acaso apenas para a mulher solteira ou para a viúva casadoira a perda de beleza poderia representar algo de valioso?

E por que só as mulheres, nestas circunstâncias e ainda capazes de se casar, como na nossa lei se vê, poderiam aspirar, na hipótese do dano estético, ao recebimento do "dote" de que a mesma lei cogita?

Mas, perguntaria, não sem patentear enorme estranheza, VICENTE AZEVEDO: "que espécie de capacidade é esta?" "Física? Legal? A critério de quem?"

E êle próprio acabaria por concluir, face ao ilogismo de nossa lei civil, em que melhor se "atenderia ao princípio da reparação, suprimindo-se do Código as palavras sem significação e sem aplicação prática".

"Com a supressão", aditaria, "apenas se perderia o *mot d'esprit* do legislador".⁴⁹

E ao demais disso, se mulheres existem que, via de regra, jovens ainda, vêm a convolar núpcias, muitas outras há, no

49. VICENTE AZEVEDO, *Crime, Dano, Reparação*, págs. 278 e 279.

entanto, que apenas as logram contrair em idades maduras, sinão mesmo propectas.

E tanto é isso verdade que até mesmo a nossa lei civil, numa providência de evidentes intúitos acauteladores, apresou-se em tornar obrigatório o regime da separação de bens para aquêles que, maiores de sessenta anos ou para aquelas que, acima dos cinqüenta, teimassem em se consorciar.

E quantas mulheres há, também, que reconhecidamente belas ou sedutoras, vêm estiolar na solidão dos leitos de solteiras, os próprios dotes físicos, num envelhecimento paulatino e triste, ao passo que outras muitas, de macerados encantos ou de nenhuns atrativos físicos, quotidianamente se casam, para o desespero ou para o "mexerico" das menos afortunadas na consecução de um noivo?

Tais fatos, pois, motivadores de tantas estranhezas e que tantas interrogações sugerem, apenas põem de manifesto a necessidade de radicais reformas de nossa lei civil, mórmente no que tanja à reparabilidade dos danos morais que, muito embora não tenha deixado de acolher, fê-lo, contudo, de modo desajeitado e ronceiro, sujeitando-a, ainda, a hipóteses limitativas e escassas.

Cautelosamente, temeroso de maiores críticas, alérgico, possivelmente, à só insinuação de provável acolhedor de idéias reacionárias ou que, a tal, tressandassem, nosso legislador civil não se abriu, desde logo, inteiramente, à idéia generosa da reparabilidade plena dos danos morais, mesmo na hipótese do dano estético.

Acolheu-a quase que subrepticiamente, não dando ensejo a que o fato pudesse despertar maiores suspeitas no seio dos juristas conservadores e romancistas ferrenhos, para os quais, ainda aqui, difícil não seria encontrar no direito romano, a norma que, literalmente considerada em si, levaria, sem dúvida, à irreparabilidade dos puros danos estéticos.

De fato: lér-se-ia no DIGESTO, GAIUS, fr. 7, *in fine*, *De his, q. effud, vel dejecerint*, IX, 3: *Cicatricum autem aut deformitatis nulla fit aestimatio: quia liberum corpus nullam recipit aestimationem*...

Fazia-se mister, ainda, *ad cautelam*, para que viesse a ter ingresso, no Código, a idéia, estivesse ela arrimada a justificativas impressionistas e históricas, mais aparentes embora que mesmo reais.

E então, sob o disfarce, sentimental, da condição de solteira de mulher lesada, ou de sua qualidade de viúva casadoira, o legislador brasileiro apenas a elas procurou atribuir o direito a essa reparabilidade por danos morais defluentes de danos estéticos.

E no proclamar a regra, um empenho especial teve êle ainda em que viesse mascarada por trás de evidentes danos materiais. E mais: procurou fazê-la caminhar, também, sob a égide protetora, incapaz de gerar suspeitas, de vetustos ensinamentos de não menos vetustos D.D., como, v.g., do centenário STYRK das *Opera omnia*, com apôio no qual o nosso não menos clássico e não menos centenário CORRÊA TELES poderia escrever, como de fato o fêz, que: “a deformidade do ferido entra em contemplação (na reparação do dano), especialmente se fôr donzela, que perca casamento”.⁵⁰

Por outra maneira, aliás, não se poderia bem explicar todos os ilogismos e contra-sensos que, no acolhimento legal do princípio, foram sancionados por nosso Cód. Civil.

IX. Referentemente à lei de Acidentes do Trabalho, entre nós se observa, no que diga respeito ao dano estético, uma fase de transição.

Anteriormente à lei 2.873, de 1956, a questão tornava-se, por assim dizer, absolutamente irrelevante.

O dano estético não era levado na devida conta, seja para a agravação do *quantum* reparador que era, *à forfait* e *in genere*, determinado nas tábuas, seja para justificar, a par da indenização tarifada, uma indenização paralela.

Aprioristicamente catalogados os diferentes danos e os respectivos importes reparadores, as variações para mais ou para menos, apenas se observavam em virtude de circuns-

50. CORRÊA TELES, *Doutrina das Ações*, Rio, 1841, pág. 220, notas, *in fine*.

tâncias também fixas e pré-estabelecidas: natureza do trabalho, idade, localização da lesão, maior ou menor extensão da lesão.

Mecanizou-se, ao extremo, a maneira pela qual se indenizasse a vítima.

Com o advento da lei 2.873, citada, parece que se teve em vista o dano estético, pelo menos de maneira destacada.

E assim é que, apenas nas restritíssimas hipóteses da cegueira total, perda ou paralização de membros superiores ou inferiores, o dano estético foi levado em linha de conta.

E é que, em tais circunstâncias, o acidentado, além da indenização comum, tarifada, fará jus a uma indenização suplementar de mais 20% sôbre o total apurado.

Mas por aí se parou. E de tal forma que, *de lege lata*, tem de se admitir que, pelo nosso direito, a não ser nossos restritíssimos casos, não se há de falar em indenização por dano estético na hipótese do acidente do trabalho.

As opiniões em contrário valem apenas como adminículos ou como subsídios doutrinários *de lege ferenda* para uma posterior reforma da lei.

No entanto se pela via direta não se pode chegar, na maioria dos casos, a uma indenização, também por danos estéticos, nos chamados acidentes do trabalho, pela via oblíqua pode-se, às vêzes, chegar até lá.

Mas como?

Distingo, diríamos nós, à maneira dos escolásticos.

O lesado, na reparação do dano sofrido, optou pela Lei, especial, de Acidentes ou, pelo contrário, antes preferiu se enveredar pela via do direito comum?

A questão comporta aclaramentos.

Entendem, no Brasil, os D.D., face ao disposto no art. 31 do decreto-lei nº 7.036, de 1944, artigo êste de redação bastante semelhante à do inciso 12 da Lei, anterior, de Acidentes do Trabalho, que a vítima, muito embora não podendo aspirar a um *bis in idem* indenizatório, teria, contudo, a faculdade de optar, sem maiores percalços quanto à prova, ou pela indenização tabelada, e, por tanto, com maiores e mais cômodas

perspectivas de triunfo, ou pela indenização da lei comum, vale dizer, do Cód. Civil.⁵¹

Verdade é, que, nesta última hipótese, teria, a vítima, sua situação processual agravada, uma vez que a êle, operário, diferentemente do que aconteceria na Lei especial onde se acolheu a teoria da culpa objetiva, na sua variante do risco criado, caberia o ônus da demonstração da culpa, subjetiva, por parte do empregador.

Pretendeu-se, inicialmente, que tal faculdade de eleição apenas tivesse lugar nas estritas hipóteses nas quais o empregador houvesse contribuído com dolo seu para o evento danoso.

Posteriormente, no entanto (e êste parece, já agora, ser o ponto de vista assentado na Jurisprudência de nossos tribunais), veio a se assimilar o dolo à culpa, do que resultou, para o lesado, a ampliação de favoráveis perspectivas na hipótese de sua opção pela via ordinária da indenização.

Coube a HAHNEMANN GUIMARÃES melhor explicar a razão de ser dessa assimilação do dolo à culpa, para tal fim.

Escreveu:

“Para que o operário não sofra lesão injusta do seu direito, é necessário conciliar-se o art. 31 do decreto número 7.036, de 10 de novembro de 1944, com as disposições do direito comum. Pelo direito comum o patrão está obrigado a uma reparação integral do dano desde que se verifique sua responsabilidade por culpa contratual ou extracontratual (não vem ao caso discutir isto); a reparação será integral, a reparação fundada na responsabilidade subjetiva. Sendo assim, e para evitar contradição do sistema legal, a expressão “dolo”, de que usa o art. 31, sòmente pode ser entendida no sentido

51. Não obstante tudo, tribunais e juizes há que têm permitido ao acidentado uma solução intermediária e singularmente híbrida. Assim, o trabalhador que houvesse pleiteado a reparação do dano laboratório pela Lei de Acidentes, poderia, também, pleitear depois, reparações pelo mesmo acidente em face da lei comum. Vitorioso aqui, apenas se lhe mandaria deduzir do *quantum* reparador a importância do que já houvesse anteriormente recebido no processo referente à lei especial.

de culpa, de responsabilidade subjetiva, lendo-se a disposição do seguinte modo:

“O pagamento da indenização estabelecida pela presente lei exonera o empregador de qualquer outra indenização de direito comum, relativa ao mesmo acidente, a menos que êste resulte de culpa sua ou de seus prepostos.

Se o patrão fôr de qualquer modo responsável por culpa, mesmo por culpa levíssima, a reparação do dano deve ser integral e não tarifada. A reparação tarifada é para a responsabilidade objetiva, fundada apenas no risco. Se a responsabilidade é subjetiva, o patrão tem que pagar integralmente o dano que causou.” (V. *Rev. Forense*, vol. 153, págs. 186-187).

Tal maneira de entender e de conciliar as disposições da lei de acidentes com aquelas outras do direito comum, planificando, para êsse efeito, o conceito do dolo, de modo a fazer compreender nêle até mesmo a culpa leve, verdade é que se diga, tem tido seus opositores: NÉLSON HUNGRIA, por exemplo, MÁRIO GUIMARÃES, LUIZ GALOTTI, BARROS BARRETO, como se pode vêr do acórdão do Supremo, acima referido e do qual se fêz a transcrição do ensinamento de HAHNEMANN GUIMARÃES.

No entanto, para concluir da maneira pela qual o fêz, o douto HAHNEMANN GUIMARÃES usou de uma exegese recomendável na hipótese, fugindo à técnica do excessivo apêgo à letra da lei.

Com efeito: Nunca se perca de vista que nem sempre se torna aconselhável na interpretação do direito, o rigorismo da lógica aristotélica do “dois e dois são quatro”, assim como já nô-lo advertiu RECASENS SICHES em uma de suas mais recentes obras.⁵²

Summum jus, summa injuria...

52. RECASENS SICHES, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Fondo de Cul. Económica, notadamente cap. III, pág. 128 e seguintes.

Teleològicamente considerado o disposto na lei de acidentes do trabalho e, sobretudo, o fim social dessa lei⁵³ nestes momentos mesmos em que idéias solidaristas parecem presidir às construções do direito privado, razão assistiria a HAHNEMANN GUIMARÃES.

Se tal lei é de proteção ao economicamente mais fraco, ao trabalhador, por que acolher-se, ao pé da letra, uma de suas disposições normativas, ainda quando, absurdamente, ela venha a se revelar contraditória?

Scire leges...

Assim, pois, cabendo, inicialmente, ao lesado, a escolha da via judicial pela qual pretenda alcançar a indenização a que possa ter direito e isso com as garantias e percalços que, de uma ou de outra, poderiam para êle defluir no desenrolar do pleito, a questão da indenização pelo dano estético cambiaria também de conformidade com a escolha feita.

Se opta êle pela lei de acidentes, então, parece-nos, não haveria de falar-se em indenização à parte pelo só dano estético. No cálculo da indenização se computariam, óbvio é, todos os danos, tarifados, para o determinado tipo de lesão, abstração feita do dano estético a ela porventura correlato, dano estético já possivelmente computado, na maior ou menor estimativa, no *quantum* reparador.

Legem habemus.

E assim, como críticas apenas às insuficientes tarifações da Lei de Acidentes ou às estreitezas de suas disposições, poderiam, entre nós, ser catalogados os pareceres dos que pretendam, ao lado da indenização específica, *mais* uma parcela pelo dano estético, como, de resto, aliás, chegou a ser acordado num decisório, unânime, da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.⁵⁴

A idéia é generosa, mas vale, segundo nosso entender, como princípio de colaboração doutrinária sòmente, já que,

53. Vide, ao respeito, VANDER EYCKEN, *Méthode Positive de l'Interprétation Juridique*, 1907, nº 59, pág. 109 e seguintes.

54. V. *Revista Forense*, vol. 148/227.

de jure constituto, apenas com uma perigosa distensibilidade das normas específicas se poderia, em tese, admitir tal suplemento indenizatório à lei de Acidentes do Trabalho.

Também pensamos que a indenização à *forfait* das tabelas da Lei de Acidentes, no que tange ao dano estético, chega a ser injusta. Materializa por demais os fatos, reduzindo tudo a cifras estreitas. No afã de introduzir uma segurança, grande por demais, nas relações entre patrões e empregados, sacrifica o ideal de Justiça que não se satisfaz, em muitos casos, apenas com a indenização tarifada mandada pagar por lei, ao lesado, *in genere*, sem nenhuma consideração de ordem subjetiva.

E assim é que a operária, nova e jovem, que se visse privada, em consequência de acidente laboratório, de um olho ou de uma perna, receberia a mesma indenização que qualquer trabalhador outro (sem distinção de sexo ou idade), nas mesmas circunstâncias.

Apenas inapreciáveis vantagens relativas à maior ou menor idade da vítima, poderiam ter lugar na melhoria do cálculo do *quantum* reparador.

Ora, evidentemente que as indenizações devidas à operária moça e casadoira pelo dano estético, consequente do acidente do trabalho e que viesse enfeiá-lo de maneira permanente e irreparável, não poderiam, por equidade, ser equiparadas às do elemento masculino, ainda que na mesma situação.

Nas conclusões a que chegou, de uma feita, a respeito do assunto — conclusões vasadas em termo de generalidade excessiva, entendeu NÉLSON HUNGRIA que uma lesão física, da qual resultem traços deformantes, fere de maneira mais profunda a mulher que o homem, o moço que o velho.⁵⁵

55. Em seus comentários às disposições do art. 129 do Código Penal, NÉLSON HUNGRIA assim se expressava, muito embora tendo em vista, nas suas considerações, apenas as agravantes relativas ao crime de ofensas à integridade corporal ou à saúde: "Ninguém pode duvidar que devam ser diversamente apreciadas uma cicatriz no rosto de uma bela mulher e outra na caratona de um Quasimodo; uma funda marca num torneado pescoço feminino e outra no perigalho de um septuagenário;

É certo que a nova redação mandada observar pela lei nº 2.873, de 18 de setembro de 1956, referentemente ao § 3º do art. 17 do decreto-lei nº 7.036, de 10-11-1944 (reforma da Lei de Acidentes do Trabalho), “nos casos de cegueira total, perda ou paralização de membros superiores ou inferiores e alienação mental” deverá perceber, o acidentado, além da indenização comum, mais a quantia suplementar equivalente a 20% do total apurado, mas isto convenhamos, é muito pouco ou, praticamente, nada.

Mesmo que se entenda que, com a tal redação nova do § 3º da Lei de Acidentes, o Legislador brasileiro, curou, entre nós, da parte atinente ao dano estético nos acidentes do trabalho, mesmo assim, longe, muito longe mesmo estaríamos do que seria de desejar-se.

Realmente: Além do baixíssimo *quantum* percentual mandado pagar, à guiza de reparação pelo dano estético da vítima, fôrça é convir em que o dano estético nos acidentes resultantes do trabalho não se podem cifrar às angustiantes estreitezas dos casos enumerados. E nem se poderia afirmar, também, fôssem as hipóteses legais apontadas apenas aquelas nas quais a gravidade do dano estético mais se patenteasse, e num máximo de intensidade.

E mesmo aí, lugar havia para as críticas dos que soem reivindicar para os jovens e para as mulheres, notadamente as moças e casadoiras, uma situação diversa, sob o ângulo do *quantum* indenizador, daquela dos velhos e das pessoas do sexo masculino.

um sinuoso gilvaz no braço roliço de uma jovem e outro no braço cabeludo de um cavouqueiro. É evidente que se não pode meter em pé de igualdade a estética de um homem e a de uma mulher. Recorda IRURETA GOYENA o seguinte provérbio espanhol, que é exagerado, mas não de todo falso: *el hombre y el oso, cuanto más feo más hermoso*. A mesma cicatriz, que é, no rosto de uma mulher, uma desagradável quebra de harmonia ou uma deformidade flagrante, pode, se no rosto de um homem, até valorizá-lo, imprimindo-lhe um cunho de masculinidade, ou de ar marcial...” (V. *Comentários ao Cód. Penal*, Edit. Forense, vol. v, págs. 300-301, 1ª ed., de 1952).

Com efeito: Dadas as circunstâncias personalíssimas de cada trabalhador, sem sombra de dúvida que o acidente do qual resultasse uma deformidade para a vítima, a manter-se o mesmo nível legal da reparação específica para a mesma categoria de trabalhadores, atentaria contra os superiores preceitos da Justiça.

A deformidade, o aleijão, o gilvaz, o *sfregio* produzem conseqüências diversas e variáveis em atenção à idade, sexo, etc.

X. Seja como fôr, tanto no campo de aplicação da lei civil, como no de aplicação dos preceitos da lei especial de Acidentes do Trabalho, o dano estético não tem merecido de nosso Legislador uma atenção maior no que diga respeito à devida reparação.

E nem se contra-objete com dificuldades de ordem prática.

Se é certo e muito certo mesmo como o salientam os D.D., citado, dentre outros, PERETTI GRIVA, que o critério indenizatório não pode se abstrair das circunstâncias do sexo da vítima, idade, condição social, estado econômico, núbil, etc.,⁵⁶ não se pode perder de vista, também, como nô-lo vem lembrado por GIOIA,⁵⁷ que a beleza física entre os homens de todos os tempos, civilizados ou não, tem ascendido a graus enormes de valorização.⁵⁸

56. PERETTI GRIVA, *Le Responsabilità civili nella circolazione*, 4ª ed., U.T.E.T., Torino, Itália, nº 138, págs. 936-937.

57. MELCHIORRE GIOIA, *Dell'ingiuria del danni, del soddisfarcimento e relativo basi di stima*, ed. de 1860, Ruggia-Lugano, Itália.

58. Ao respeito registramos, aqui, a opinião de GENTILE, expressa por essa maneira, na sua *Responsabilità civ. e prev.*, edição de 1951, *in verbis*: "Dai selvaggi abitanti dell'Isola Formosa che si facevano imprimire, sulla pelle figure diverse con dolorosissime operazioni per gustare il sommo piacere di una superba pelle sparsa di vistoso ricamo, ai ferrei busti dei popoli più incivili, muniti di lastre d'acciaio; dalla protesta delle donne ro mane che convennero tra di loro di non dormire più coi loro mariti finchè il Senato non avesse abrogato la legge Oppia contro il lusso degli ornamenti femminilli, alle acconciature varie dei popoli inciviliti ed alle nudità femminili esposte all'azione del più rigido verno; dalle grandi barbe dei più famosi cavalieri, all'orgoglio del

Desta forma, pois, o dano estético deve sempre ser levado na devida conta para a integração da indenização, quando disso fôr o caso.

Do dano estético, como se afirmou, prejuízos extrapatrimoniais e econômicos advirão ordinariamente para o lesado.

Um reflexo patrimonial haverá, no mais das vêzes, em todo dano estético. E tal reflexo será tanto maior ou menor consoante as circunstâncias de idade, sexo, condição social, localização, aparência, etc. E a par dessas conseqüências de ordem material, conseqüências outras, extra-econômicas, defluirão sempre para as vítimas nos danos estéticos.

Esse enlaçamento estreito entre os danos morais e econômicos observável nos danos estéticos, tem gerado dificuldades de ordem doutrinária para alguns autores.

E por isso mesmo e com vistas a isso foi que a questão vem diversamente tratada, notadamente pelos juristas italianos.

E por isso mesmo é que, enquanto uns, como, *v.g.*, PERETTI GRIVA em sua citada obra, procuram estudá-los (os danos estéticos) sob o exclusivo ponto de vista de suas conseqüências apenas patrimoniais ou econômicas, outros, como GENTILE, buscam, antes, colocar o problema, de preferência, na esfera dos puros danos morais, "*Il danno estetico*, escreveu êle, *deve trovare la sua sede naturale nell'ambito di risarcibilità del danno non patrimoniale.*"⁵⁹

GIORGI para quem "*la bellezza fisica no es sempre un don inútil de la Naturaleza, sino que muy a menudo tiene, en ciertas condiciones individuales de edad, de sexo o de profesión, un precio real y constituye una fuente de ventajas*

mustacchio del secolo XVII; dal ridicolo delle deformazioni corporre che escludevano da certe cariche presso i popoli antichi, alla gravità delle pene per lesioni che lasciano cicatrici sulla faccia; è sempre in tutti i tempi una costante preoccupazione dell' elemento estetico nella persona fisica dell'uomo che purtroppo non riesce a trovare ancora l'esatta via per la sua reintegrazione."

59. GENTILE, *Resp. civ. e prev.*, 1951, 326.

o de lucros",⁶⁰ entende que dos danos estéticos decorrem prejuízos de natureza material e, também, ainda mesmo quando economicamente reparáveis, prejuízos extrapatrimoniais. Do mesmo sentir é DE CUPIS que, além de prejuízos morais decorrentes, do dano estético, para a mulher, nêles enxerga uma ordem dúplice de prejuízos econômicos: diminuição das possibilidades de emprêgo e de enlace matrimonial.⁶¹

Em França, MAZEAUD e MAZEAUD, tranqüilamente admitem a reparação dos chamados danos estéticos, não apenas na esfera dos direitos patrimoniais como, ainda, na dos direitos morais do lesado, salientando até a possibilidade legal, ali, da indenização do puro dano estético, sem repercussão patrimonial para a vítima, no campo do direito relacionado com os acidentes do trabalho.⁶²

Aliás nem de outra maneira se compreenderia que assim não fôsse. Os dotes da beleza física, da integridade corporal, são dotes inestimáveis. Como salientou o já citado A. italiano, tais dotes, em todos os tempos e entre todos os homens, incultos ou civilizados, sempre foram alvos de especiais cuidados.

A aparência física às vêzes é tudo. E PERETTI GRIVA isto o põe de manifesto quando em sua citada obra (*Le Responsabilità civili nella circolazione*) a pág. 932, escreve: "*E veramente, chiunque sia, provvisto di un certo senso psicologico nel percepire le reazioni umane, valutandole nelle loro ragioni determinanti, sa bene quanta importanza abbia la "presenza" per una quantità di determinazioni, talora fondamentali e decisive, da parte di chi cerca di conoscere, a vista, il temperamento e le qualità morali e intellettuali di una persona prima sconosciuta*".

O artista (seja de que sexo fôr) que tenha a infelicidade de se tornar portador de deformação física visível, terá, cer-

60. GIORGIO GIORGI, *Teoria de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, trad. castelhana de DATO IRADIER, Madrid, ed. 1929, 5º vol., págs. 372 e 373.

61. ADRIANO DE CUPIS, *Il Danno*, Milano, 1946, pág. 36, nota 35, de rodapé.

62. MAZEAUD et MAZEAUD, *Traité The et Pat. de la Responsabilité Civile*, 4ª ed., vol. 1º, nº 295, págs. 319-320.

tamente, sofrido, a par de prejuízo extrapatrimonial, reflexos patrimoniais negativos em sua carreira.

A mulher modelo deformada, portadora de gilvazes ou a simples balconista que, nas casas de pasto ou nas confeitarias, tenha de manter sempre longas as mangas do vestido com o objetivo da dissimulação da cicatriz do ante-braço, assim como já se decidiu num dos tribunais italianos⁶³ farão sempre jus a indenizações judiciais.

O montante das indenizações em tais casos, quando se trata apenas do lado econômico do dano, poderá cifrar-se no custo do tratamento e dos gastos da cirurgia plástica capaz do restabelecimento da prístina situação (*damnum emergens*) além do *lucrum cessans*, como poderia, também, ter a duração de uma existência e se materializar numa pensão vitalícia, como seria do parecer de GENTILE.⁶⁴

E tudo está a indicar que a matéria necessitaria da melhor sistematização que se imporia, *de jure condendo*, para uma futura reforma da nossa lei civil nessa parte.

Em verdade o nosso Cód. Civil, já velho de muitos anos no tocante a muito daquilo que se erigiu, nêle, de início, como suas bases doutrinárias, está clamando por radicais e urgentes reformas. E no que tange à responsabilidade civil, onde ainda se estandarteia o princípio, quase que absoluto, da culpa, como fundamento da obrigação de indenizar, muito há que se fazer para a atualização dêsse Código.

Princípios amplos, fecundos em deduções, genéricos e não apenas o casuismo ou meias tintas, precisam se sobrepôr àquilo que se nos afigura, no Código, como simples concessões a idéias generosas e atuais.

“O Direito é, antes de tudo, uma ciência nascida da vida e feita para disciplinar a própria vida”, como nô-lo recorda ALVINO LIMA, acostado a ensinamento de MAX RUMPF.⁶⁵

63. *Apud* SIMONETTI-LODONE, *Giurisprudenza tor.*, 1936, 758.

64. GENTILE, *ob. cit.*, pág. 235.

65. ALVINO LIMA, *Culpa e Risco*, Rev. dos Tribunais, edição de 1960, pág. 17.

Jus ex facto oritur. E a lei, para que se erija num instrumento vivo, palpitante, deve de se adaptar aos fatos, como o diria DUGUIT. E o nosso Código Civil que já nasceu por bem dizer decrépito em 1918 e com longas barbas brancas no setor da responsabilidade civil, para que se ponha ao nível do vertiginoso progresso dos nossos dias, para que remoece e se torne efetivamente capaz de disciplinar a própria vida dos momentos que correm, reclama substanciais reformas. O direito privado se publicisa; socializa-se o direito; objetiva-se o princípio da responsabilidade e, por isso mesmo, não se compreende a maneira tímida e cautelosa, criticável, a meias tintas, pela qual a questão da reparabilidade do dano estético logrou ingresso em nosso estatuto civil.

A beleza física, valorizada em todos os tempos, é, mais do que nunca, nos tempos modernos, fator de lucro. Profissões várias se multiplicam para as quais elemento de sucesso e de triunfo é a beleza plástica. Os anúncios de jornais, de cotío, oferecem colocações a moças de "boa aparência" e, como correlato, pululam os salões de beleza e se aperfeiçoam, dia a dia, a cirurgia plástica e sua técnica.

Via de regra, vencem os mais aptos e os mais belos.

E se isto é uma realidade, a lei não poderia deixar de atentar para isso.

Nada de disposições tímidas, talhadas ao molde das situações da passada "*belle époque*", dos tempos das mangas compridas e das saias longas, acobertadoras de imperfeições.

Neste momento de intensa esportividade, de profissões que exigem desnudações, nem de longe sonhadas pelos autores do Cód. Civil de 1917, a questão do dano estético atinge proporções outras.

Não é mais apenas o aleijão deformante, chocante, de localização em partes sempre visíveis do corpo, o esgar simiesco, a giba, a ferida nauseabunda, etc., o que deva se constituir em dano estético justificador de tímidas reparações.

A *maquillage* e os recursos outros de que se possa lançar mão nem sempre acobertam os gilvazes e as cicatrizes.

E desta maneira, pois, e atendendo ao que é, de maneira outra, diversa da do Legislador de antanho, tem de ser considerada, nos momentos atuais, a questão do dano estético.

As vítimas de tais danos, pelos danos morais e patrimoniais que, como consequência dêles, experimentam, devem de ser justamente indenizadas. A indenização simplesmente compensatória não colima com os ideais de Justiça. O ressarcimento, no seu sentido técnico, tal como o exposto por PACCHIONI,⁶⁶ balizado pelo ideal, tanto quanto possível, da *restitutio in pristinum* ou da equivalência entre dano e reparação, é o que deveria de presidir aos preceitos legais que regulassem a matéria. Não apenas a moça jovem e ainda capaz de se casar faria jús à reparação em tal caso. Se é certo que os fatores idade, sexo, condição social, nubilidadade, etc. pudessem influir no caso, sê-lo-iam apenas no tocante ao maior ou menor *quantum* da indenização, mas nunca para excluir essa mesma indenização, já que dano e dano moral e patrimonial, de ordinário, sempre defluem, para a vítima, do dano estético, seja ela homem ou mulher, jovem ou pessoa de idade propecta, em idade núbil, ou não.

De desejar-se seria, ainda, que a reforma preconizada e atualizadora se estendesse, também, à Lei de Acidentes do Trabalho onde o acréscimo de 20% mandado pagar, em restritas hipóteses de dano estético, nessa lei especial, concomitantemente com as indenizações tarifadas, significou tão só curtíssima passada à frente.

E só por essa maneira, corajosamente enfrentando o problema com a superação de anacronismos e deficiências berrantes, de molde a fazer ajustar-se a legislação pátria às realidades da vida social presente, se poderiam evitar as torturantes angústias que, no trato da matéria, costumam assaltar, cada dia, a todos nós, mormente a Juizes e Tribunais.

66. PACCHIONI, *Diritto Civile Italiano*, 2ª parte, 4º vol. edit. de 1940, Pádua, pág. 332.