SILVANO JOSÉ GOMES FLUMIGNAN

DANO-EVENTO E DANO-PREJUÍZO

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Titular Antônio Junqueira de Azevedo.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2009

SILVANO JOSÉ GOMES FLUMIGNAN

DANO-EVENTO E DANO-PREJUÍZO

1) Orientador: _____

Professor Titular Antônio Junqueira de Azevedo

2) _____

3) _____

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2009

*La carne d'i mortali è tanto blanda,
Che giú non basta buon cominciamento
dal nascer de la quercia al far la ghianda.*
(Dante Alighieri)

Dedico este trabalho aos meus pais, por terem me proporcionado uma família unida, baseada na amizade, ética e amor.

AGRADECIMENTO ESPECIAL

Ao Professor Antônio Junqueira de Azevedo, pela oportunidade, orientação e, principalmente, por ter despertado o interesse pelo estudo do Direito Civil desde o primeiro ano da graduação.

Aos meus alunos da FIC, por, diariamente, renovar a certeza de que a realização pessoal e profissional está na docência.

AGRADECIMENTO

À Mariana Goulart, pela ajuda inestimável na coleta de bibliografia e revisão do texto.

Ao amigo Luciano de Camargo Penteado, pelas observações esclarecedoras sobre pontos específicos do trabalho.

Ao amigo Rafael Diniz Pucci, pela ajuda nas traduções.

Ao amigo Rogaciano Bezerra Leite Neto, pelo apoio.

Aos meus irmãos, por suportar meu mau humor decorrente do esforço contínuo e desgastante nesses três anos de pesquisa.

À Maria Izaflor Pinheiro Torquato, pela compreensão.

Aos funcionários da Faculdade de Direito da USP, em especial à Lúcia Aparecida Alves de Menezes.

RESUMO

As mudanças sociais influenciaram no aumento da importância do dano. Atualmente o elemento exerce o papel central na responsabilidade civil. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não há responsabilidade sem dano.

A observância de que a noção jurídica de dano não coincide com a comum favoreceu a compreensão de que o dano, mesmo sendo um fenômeno unitário, tem dois aspectos relevantes. São os dois momentos de sua ocorrência: dano-evento e dano-prejuízo. Tanto um como outro são resultados da conduta, mas suas características são completamente diferentes.

O dano-evento consiste na lesão a um direito subjetivo ou a uma norma protetora de interesses. Devido a essa característica, verificada a sua presença a contrariedade ao direito estará presente mesmo nas hipóteses de responsabilidade objetiva.

O dano-prejuízo é a consequência. Poderá ser patrimonial e não patrimonial, individual e social.

Com esses conceitos claros, inúmeras questões são resolvidas, como a prescrição, o dano social, o verdadeiro conceito de dano moral, a competência na ação de reparação e a perda de oportunidade.

Quanto ao dano não patrimonial, verifica-se que é gênero, sendo o dano moral uma de suas espécies.

O dano social é uma nova categoria que visa abarcar uma lacuna na reparação civil.

Palavras-chave: responsabilidade, dano, dano-evento, dano-prejuízo, dano social

ABSTRACT

Social changes have influenced the increasing importance of the concept of mischief. Nowadays this element represents the central role in the civil liability. It can exist liability without fault, but there is no liability without mischief.

The observance that the legal notion of mischief does not coincide with the common notion has favored the comprehension that the mischief, even being an unit phenomenon, has two prominent aspects. The moments of its occurrence are two: mischief-event and mischief-damage. These moments are results of the conduct, but its characteristics are completely different.

The mischief-event consists in the aggression against a subjective right or against a protective norm of interests. Due to that characteristic, once detected its presence, the offence against law will be present even in the hypotheses of objective liability.

The mischief-damage is the consequence. It can be patrimonial and non-patrimonial, individual and social.

Having in mind those concepts, many problems can be resolved, as the prescription, the social mischief, the true concept of moral mischief, the competence in the action of repair and the loss of opportunity.

With regards to the non-patrimonial mischief, it can be verified that it is a genus, being the moral mischief one of its species.

The social mischief is a new category that aims to fulfill a gap in the civil reparation.

Keywords: responsibility, mischief, mischief-event, mischief-damage, social mischief

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO I - DANO: NOÇÃO E CONTEÚDO.	23
I.1 - O DANO E SEU PAPEL CENTRAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	23
I.2 - ACEPÇÕES DO TERMO DANO	33
<i>I.2.1 - Noção natural</i>	<i>33</i>
<i>I.2.2 - Noção jurídica</i>	<i>35</i>
<i>I.2.3 - Dano-evento e dano-prejuízo. Apresentação da questão</i>	<i>42</i>
<i>I.2.4 - Nexo de causalidade e nexos de correlação</i>	<i>52</i>
CAPÍTULO II - DANO EVENTO.....	57
II.1 - PRELIMINARMENTE.....	57
II.2 - O ILÍCITO DA CONDUTA, A ANTIJURIDICIDADE DO FATO JURÍDICO E A ANTIJURIDICIDADE DO DANO - EVENTO.....	57
<i>II.2.1 - Noções Genéricas.....</i>	<i>57</i>
<i>II.2.2 - A ilicitude e suas características.....</i>	<i>59</i>
<i>II.2.3 - A ilicitude da conduta, do dano-evento e do fato jurídico de reparação civil.....</i>	<i>62</i>
<i>II.2.4 - A ilicitude do dano-evento.....</i>	<i>68</i>
<i>II.2.5 - Dano-evento direto</i>	<i>76</i>
<i>II.2.6 - Direito subjetivo e dano-evento.....</i>	<i>76</i>
<i>II.2.7 - Interesse e dano-evento</i>	<i>86</i>
<i>II.2.8 - Dano como lesão a uma norma protetiva de interesse</i>	<i>87</i>
<i>II.2.9 - Interesse jurídico e interesse lato sensu.....</i>	<i>89</i>
<i>II.2.10 - A distinção entre interesse e bem jurídico.....</i>	<i>90</i>
<i>II.2.11 - O interesse legítimo e o direito subjetivo</i>	<i>91</i>

<i>II.2.12 - O interesse simples</i>	96
<i>II.2.13 - A possibilidade de reparação na ocorrência de lesão a interesse simples</i>	98
<i>II.2.14 - Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos</i>	103
<i>II.2.15 - O interesse na relação obrigacional</i>	110
<i>II.2.16 - O interesse típico e subjetivo na relação obrigacional</i>	113
<i>II.2.17 - Interesse de terceiro</i>	115
<i>II.2.18 - Natureza do interesse do devedor</i>	116
<i>II.2.19 - Interesse do credor, causa e motivo</i>	119
<i>II.2.20 - Crítica ao debate sobre o interesse e a relação obrigacional</i>	120
CAPÍTULO III - DANO-PREJUÍZO	123
III.1 - TEORIAS RELACIONADAS AO DANO-PREJUÍZO	123
<i>III.1.1 - Teoria da diferença</i>	126
<i>III.1.2 - Teoria objetiva</i>	132
<i>III.1.3 - Teoria da concepção subjetiva ou real-concreta</i>	134
<i>III.1.4 - Teoria da concepção subjetiva pós-moderna ou real-concreta pós moderna</i>	138
III.2 - DANO-PREJUÍZO EM RELAÇÃO ÀS CONSEQUÊNCIAS LESIVAS	144
<i>III.2.1 - Dano patrimonial</i>	145
<i>III.2.1.1 - Dano emergente (damnum emergens)</i>	147
<i>III.2.1.2 - Lucro cessante</i>	149
<i>III.2.1.3 - A perda de oportunidade (perda da chance)</i>	153
<i>III.2.2 - Dano não patrimonial</i>	158
<i>III.2.2.1 - Dano não patrimonial e dano moral (gênero e espécie)</i>	165
<i>III.2.2.2 - O conceito de dano moral</i>	169
<i>III.2.2.3 - A fixação do dano não patrimonial</i>	178
III.3 - DANO-PREJUÍZO EM RELAÇÃO A QUEM SOFRE A LESÃO	189
<i>III.3.1 - Dano individual</i>	189

<i>III.3.2 - Dano social</i>	191
<i>III.3.3 - Dano indireto (por ricochete ou reflexo)</i>	200
CONCLUSÕES	203
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	215

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é o instrumento mais eficaz à proteção de novos bens e interesses. Ela é o instituto jurídico que primeiro sofre o impacto das modificações do sistema social. É justamente a partir do fenômeno social que se afirma a importância crescente do dano para a responsabilidade civil¹.

Pensar na idéia de fato típico, em se tratando de responsabilidade civil, traz a tona três elementos básicos com as suas particularidades: a conduta ou atividade² (responsabilidade objetiva), o nexo de causalidade e o dano.

Sem qualquer dos elementos de forma completa não se pode falar em tipicidade e na possibilidade de indenização. Como se vê, o dano é um de seus elementos essenciais e de particular relevância.

O advento de danos de dimensões inusitadas e catastróficas, juntamente com a complexidade da sociedade pós-industrial, proporcionou o surgimento de inúmeras responsabilidades especiais³. E neste ponto, Carlo Castronovo observa o nascimento de responsabilidades sob o regime especial, por exemplo, nas atividades nucleares e de proteção ambiental⁴, mas todas com o dano como foco principal.

A reparação é atualmente o objetivo central, essencial, da responsabilidade civil. Com o declínio da importância da culpa, a reparação do dano, que até o final do século XIX tinha caráter acessório, ocupa agora papel central⁵. A culpa faz parte do elemento subjetivo da

* Na citação de juristas pátrios, far-se-á menção a seu prenome se assim forem mais conhecidos.

** Algumas obras terão a citação de mais de uma edição, pois foram consultadas em períodos diversos.

¹ CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1997, pp. 80-83.

² Segundo CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil. Das preferências e privilégios creditórios, art. 927 a 965*. 2ª ed.. vol. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 148. Atividade pode ser definida como “conduta reiterada, habitualmente exercida, organizada de forma profissional ou empresarial para realizar fins econômicos”.

³ ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile, la responsabilità civile*. v. 4. Milano: Giuffrè, 1999, pp. 601-602.

⁴ CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1997, pp. 523-526.

⁵ VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*. In GUESTIN, Jacques (Coord.). *Traité de Droit Civil*. v. I. 2. ed. Paris: LGDJ, 1995, p. 58-60 e *Le déclin de la responsabilité individuelle*. Paris: LGDJ, 1965. pp. 4-8.

conduta. A responsabilidade objetiva, em regra, prescinde desse elemento subjetivo. Todos os demais elementos do fato típico da responsabilidade civil devem estar presentes. Aí conclui-se, por óbvio, que o dano é necessário para a caracterização do tipo responsabilidade civil.

Não existe responsabilidade sem dano. A afirmação é pacífica na lei, doutrina e jurisprudência⁶. Já a responsabilidade sem culpa é possível. É justamente essa idéia apresentada no início do primeiro capítulo.

O art. 186 do Código Civil (CC) brasileiro, o art. 2.043 do CC italiano e o art. 1.382 do CC francês são exemplos do afirmado. O primeiro determina que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Tal dispositivo precisa do complemento previsto no art. 927, *caput*, que estabelece o dever de indenizar o ato ilícito se ele gerou dano⁷. Mais explícito é o segundo, que prevê que “qualquer fato doloso ou culposos, que ocasiona a outros um dano injusto, obriga aquele que cometeu o fato a ressarcir o dano⁸”. Da mesma forma, o terceiro prevê que “todo fato, qualquer que seja, do homem, que causar a outrem um dano, obriga aquele por culpa do qual ele adveio, a repará-lo”⁹.

A doutrina também é categórica em afirmar a necessidade do dano. José de Aguiar Dias sustenta que o autor deve prová-lo. Não precisa provar o *quantum*, pois este será objeto do momento da liquidação. Desta forma, não basta a existência de um fato capaz de produzi-lo, é imprescindível a sua ocorrência concreta¹⁰. Guido Alpa acrescenta que, ao contrário da culpa, o dano é requisito tanto da responsabilidade subjetiva como da objetiva¹¹.

⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *O Direito como Sistema Complexo e de 2ª Ordem; sua Autonomia, Ato nulo e Ato Ilícito, Diferença de Espírito entre Responsabilidade Civil e Penal, Necessidade de Prejuízo para Haver Direito de Indenização na Responsabilidade Civil*. In Antonio Junqueira de Azevedo, *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 32-33.

⁷ O Código Civil de 2002, neste ponto, é mais técnico que o de 1916, pois deixa claro que o ato ilícito é fonte de obrigação e demonstra claramente que o dever jurídico derivado de indenizar é conteúdo de uma nova obrigação, que independe, em tese, do dever originário violado.

⁸ Art. 2.043 do CC italiano. *Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che há comesso il fatto a risarcire il danno*.

⁹ Art. 1.382 do CC francês. *Tout fait quelconque de l' homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel el est arrivé, à le réparer*.

¹⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade civil*. v. I. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 93. A necessidade do dano, no direito brasileiro, ainda é sustentada por, entre outros, CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. art. 159; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 69; ANCONA LOPES, Teresa. *O Dano Estético*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999, pp. 19-20; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 27-28; STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Judicial*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1997, pp. 502-505.

¹¹ ALPA, Guido. *Responsabilità civile e danno*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 477. Como se vê, a doutrina estrangeira também considera o dano essencial à responsabilidade civil. Há vários outros exemplos:

A jurisprudência não é menos clara. Ele é pressuposto necessário e imprescindível para o dever de indenizar¹². Ela vai além ao afirmar que se faltar o dano não há nem mesmo matéria para a indenização¹³.

A noção jurídica de dano deve ser individualizada em estrita conexão com aquela do ressarcimento. Mas para isso, algumas distinções são imprescindíveis. A primeira delas é a distinção entre a noção natural e a noção jurídica, estudada no primeiro capítulo.

Com a noção jurídica, percebe-se o dano como fenômeno jurídico com duas facetas: o dano-evento e dano-prejuízo.

Ocorre grande confusão entre os dois conceitos¹⁴. São os dois momentos da ocorrência do dano. O primeiro é a lesão a algum bem, é um dano imediato. O segundo é a consequência dessa lesão, é um dano mediato¹⁵.

O dano-evento pode ser à pessoa, ao patrimônio, à figura social da pessoa ou a um terceiro, ou seja, trata-se de uma lesão ao direito ou ao interesse protegido¹⁶. O dano-prejuízo pode ser patrimonial ou não-patrimonial, tendo por base o indivíduo¹⁷, e social, tendo por base a sociedade como um todo¹⁸.

Nenhum dos momentos deve ser descartado, pois ambos são essenciais para uma completa compreensão. Um deles isoladamente não é capaz de ativar o mecanismo do ressarcimento. O simples prejuízo, sem a lesão ao direito, faz parte apenas dos fatos naturais sem consequências jurídicas. O lesado, para exigir o ressarcimento, precisa demonstrar que existe um

VINEY, Geneviève. *La responsabilité: effets*. In GUESTIN, Jacques (Coord.). *Traité de Droit Civil*. v. 3. 2. ed. Paris: LGDJ, 1988, p. 3; BAUDOUIN, Jean; DESLAURIERS, Patrice. *La responsabilité civile*. 5ª ed. Quebec: Yvon Blais, 1998, p. 153; ZANNONI, Eduardo. *El Daño en la Responsabilidad Civil*. 2ª ed.. Buenos Aires: Astrea, 1993, p.1; CASTRONOVO, Carlo, *La nuova responsabilità civile*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1997, p. 86; CALVÃO DA SILVA, João. *Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 677.

¹² RT 575/133.

¹³ RT 612/44.

¹⁴ SALVI, Cesare. *Danno*. In *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile*, v. 5. (s.a.), p. 63.

¹⁵ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Cadastros de Restrição ao Crédito. Conceito de dano moral*. In Antônio Junqueira de Azevedo. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 291.

¹⁶ SALVI, Cesare, *Danno*. In *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile*. v. 5. (s.a.), p. 64.

¹⁷ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *O Direito como Sistema Complexo e de 2ª Ordem; sua Autonomia, Ato nulo e Ato Ilícito, Diferença de Espírito entre Responsabilidade Civil e Penal, Necessidade de Prejuízo para Haver Direito de Indenização na Responsabilidade Civil*. In Antonio Junqueira de Azevedo, *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33.

¹⁸ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Por uma Nova Categoria de Dano na Responsabilidade Civil: o Dano Social*. In RTDC. v. 9. 2004, p. 216. Segundo o autor, os danos sociais são lesões à sociedade, no seu nível de vida ou no patrimônio moral.

interesse violado ou agravado, que a lesão afeta, em sua esfera própria, a satisfação ou gozo de bens jurídicos sobre os quais exerça faculdade de agir¹⁹. O mesmo ocorre com o prejuízo, que por si só não indica a necessidade de reparação²⁰; é apenas um pressuposto²¹.

O principal problema decorre do fato de a natureza do dano-evento não necessariamente corresponder a do dano-prejuízo. O dano-evento pode ser à pessoa e o dano-prejuízo ser patrimonial. Isso é claro em uma lesão à integridade física de um indivíduo que o leve a deixar de trabalhar²². Do mesmo modo, o dano-evento pode ser no patrimônio e o prejuízo ser não patrimonial (moral). Assim ocorre na destruição de um objeto com alto valor de afeição para o dono²³.

A diferença de natureza muitas vezes não é notada pela doutrina. Para isto, basta observar Manuel Antônio Domingues de Andrade, o qual afirma ser uma obrigação de natureza não patrimonial incoercível. Para o autor, o inadimplemento de uma prestação não suscetível de avaliação econômica não pode gerar danos materiais, somente danos morais. Estes não são mensuráveis em dinheiro. Logo, o credor não poderia exigir uma prestação pecuniária como equivalente à prestação pela própria impossibilidade de se avaliar esses danos. O “*dinheiro e os danos morais são entidades absolutamente heterogêneas, não podendo, pois, existir qualquer equivalência entre elas*”²⁴.

Como se vê, o autor não diferencia nem mesmo se o dano moral refere-se ao dano-evento ou ao dano-prejuízo. Daí a grande dificuldade em aceitar a sua reparação.

Michele Giorgianni já percebe a distinção. O autor expressamente afirma que o caráter econômico do ressarcimento do dano não significa que a prestação também precisa ser suscetível de avaliação econômica. Ele acrescenta que é perfeitamente possível haver danos

¹⁹ ZANNONI, Eduardo. *El Daño en la Responsabilidad Civil*. 2ª ed.. Buenos Aires: Astrea, 1993, pp.24-25.

²⁰ SALVI, Cesare, *Danno*. In *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile*, v. 5. (s.a.), p. 64.

²¹ TOURNEAU, Philippe le. *La responsabilité civile*. 2ª ed.. Paris: Dalloz, 1976. p.141.

²² MONATERI, Pier Giuseppe, *Danno alla persona*. In *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile*. v. 5. (s.a.), pp. 76-77.

²³ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *O Direito como Sistema Complexo e de 2ª Ordem; sua Autonomia, Ato nulo e Ato Ilícito, Diferença de Espírito entre Responsabilidade Civil e Penal, Necessidade de Prejuízo para Haver Direito de Indenização na Responsabilidade Civil*. In Antonio Junqueira de Azevedo, *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33.

²⁴ DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel Antônio. *Teoria Geral das Obrigações com a Colaboração de Rui de Alarcão*. 3ª ed.. Coimbra: Almedina, 1966. pp. 164-165. O autor está certo quanto à impossibilidade de um dano não patrimonial ter indenização pelo equivalente. Não percebe, contudo, que a indenização de um dano não patrimonial poderá ter caráter compensatório.

patrimoniais originados por prestações de cunho não econômico (por exemplo, danos derivados da ruptura da promessa de casamento, que a lei italiana declara ser em parte reparáveis – art. 81 do Código Civil italiano). Como também podem existir danos não patrimoniais que gerem prestações avaliáveis economicamente²⁵.

Analisa-se o conteúdo do dano-evento e do dano-prejuízo no segundo e terceiro capítulos. Quanto ao dano-evento, trabalha-se a diferenciação entre a ilicitude da conduta, a antijuridicidade do dano e do fato jurídico.

O dano-evento é o resultado da conduta ou atividade que afeta um direito de outrem ou um interesse juridicamente relevante. Sendo resultado da conduta e independente dela, não importa se ela será lícita ou ilícita. O resultado sempre será antijurídico, pois ferirá um direito subjetivo ou contrariará uma norma protetora de interesse.

Assim, é perfeitamente possível a presença de uma ação lícita que gere um dano passível de reparação. A construção de uma piscina é um ato lícito. Se não se observa o dever de cuidado será culposa e ilícita por esse fato, mas o dever de reparar o dano somente surgirá se o resultado danoso também for ilícito. No exemplo, se afetar a estrutura do imóvel vizinho. A violação do direito de propriedade alheia é o resultado da conduta e também é ilícito.

O dano-evento, resultado da conduta, sempre será antijurídico. O fato jurídico responsabilidade civil também o será. Isso ocorre porque a responsabilidade como fato é composta pela conduta, pelo nexo de causalidade e pelo dano. Tendo um dos elementos contrários ao direito, o todo também o será. Como o dano-evento sempre será antijurídico, a responsabilidade civil como fato jurídico sempre representará um ilícito.

Posteriormente, adentra-se na discussão sobre o que vem a ser o direito subjetivo. Para tanto, são listadas e apresentadas as principais teorias que o explicam. Todavia, a explicação demonstra que algumas situações passíveis de gerar dano-evento não são direito subjetivo, pelo menos na sua noção clássica.

Devido a isso, estuda-se o interesse juridicamente protegido, que pode ser tanto o interesse legítimo, como um interesse simples, desde que protegido direta ou indiretamente por

²⁵ GIORGIANNI, Michele. *L'obbligazione, La parte generale delle obbligazioni*. v. I. Catania: Vincenzo Muglia, 1945, pp. 33-34. Mas mesmo este autor, quando trata da patrimonialidade da prestação, afirma que a natureza patrimonial pode advir de outros meios como, por exemplo, uma cláusula penal, o que demonstra uma certa confusão entre a natureza do adimplemento ou não da prestação (dano-evento), o prejuízo causado e a natureza da indenização.

uma norma. O interesse na relação obrigacional merece uma particular atenção devido a sua peculiaridade.

No terceiro capítulo, o dano-prejuízo é observado com atenção para três teorias. A primeira, teoria da diferença, representa uma espécie de cálculo matemático sobre o patrimônio do sujeito, aqui entendido como entidade abstrata, considerando o dano o resultado advindo da subtração²⁶. A segunda, teoria objetiva do dano, estima o dano patrimonial como o valor objetivo ou de mercado do bem que sofreu a lesão²⁷. Finalmente, a terceira, teoria da concepção subjetiva ou real-concreta, apenas admite o dano a partir do interesse humano específico na reparação. Com essa idéia, não só os danos patrimoniais, sejam eles danos emergentes ou lucros cessantes, estariam abrangidos, mas também os danos não-patrimoniais²⁸.

A relevância prática desse entendimento ainda precisa ser demonstrada. Esse é um dos focos de todo o trabalho. São diversos os campos de aplicação da distinção.

Outro ponto é o dano social e sua relação com o art. 944, que limita a indenização à extensão do dano. Este tipo de dano opõe-se aos individuais²⁹. Deve ser observado no âmbito do dano-prejuízo. Resta, contudo, saber como se fará a indenização. A. Junqueira de Azevedo defende que a indenização deve ser entregue a própria vítima, parte do processo, pois foi ela quem faticamente trabalhou. A vítima agiria como um *munus* público, chamada no direito americano de *private attorney general*, tendo em vista os *punitive damages*. Por ter atuado, a vítima mereceria uma recompensa. O próprio autor, no entanto, percebe a dificuldade de aceitação do argumento, o que revela a necessidade de um estudo mais aprofundado³⁰.

Há ainda duas hipóteses para as quais a noção de dano-evento e a de dano-prejuízo mostra-se de extrema valia.

²⁶ NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, p. 63.

²⁷ CUPIS, Adriano de. *Il danno, teoria generale della responsabilità civile*. v. I. Milano: Giuffrè, 1966, p. 346-348. O autor apenas afirma que ela era uma teoria desenvolvida na evolução primitiva do direito, mas não a defende.

²⁸ RAVAZZONI, Alberto. *La riparazione del danno non patrimoniale*. Milano: Giuffrè, 1962, p. 49.

²⁹ Esse argumento já está presente em BRAGA, Armando. *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 28 e ss. “O dano assume hoje, em muitos casos e de forma crescente, uma configuração social, perdendo muito da sua natureza individual que classicamente lhe estava associada. Além do mais, os interesses colectivos ou supra-individuais conduzem a que sua lesão provoque danos colectivos ou difusos por uma generalidade de pessoas ou mesmo por toda uma comunidade”. O autor continua e exemplifica com o dano ambiental: “a própria consciência ecológica conduz a uma crescente atenção em face dos danos colectivos, mas também face aos danos individuais provocados pelas várias fontes de poluição”.

³⁰ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Por uma Nova Categoria de Dano na Responsabilidade Civil: o Dano Social*. In RTDC. v. 9. 2004, pp. 216-217.

A primeira delas relaciona-se à prescrição. O art. 206, do CC/2002, determina a prescrição em três anos da pretensão de reparação civil, mas não esclarece se o prazo deve ser contado da conduta ou do dano. É neste ponto que a idéia de dano futuro é de extrema relevância. Não é destacado nem mesmo, caso a opção de contagem de prazo seja a partir do dano, se a referência é o dano-evento ou o dano-prejuízo. Isso ocorre porque o art. 189, do Código Civil, estabelece como termo inicial para a prescrição a violação do direito. O grande problema na responsabilidade civil é que a “violação do direito” pode acontecer em diversos momentos. Pode haver violação do direito no elemento objetivo da conduta (ação ou omissão), no elemento subjetivo da conduta, no caso de responsabilidade subjetiva (dolo e culpa) e no dano, seja o dano-evento ou o dano-prejuízo. Deste modo, é essencial uma noção completa dos diversos momentos em que é possível haver a “violação do direito” para saber se a pretensão de reparação civil está prescrita ou não.

Na seara ambiental, a questão é ainda mais evidente. Um exemplo que bem ilustra a confusão ocorre no chamado dano radioativo. Os efeitos biológicos da radiação são diversos, abrangem tumores, leucemia, queda de cabelo, redução da expectativa de vida, indução a mutações genéticas, entre outros³¹. Eles ocorrerão muito tempo após o evento lesivo ou perdurarão por um tempo não determinado. Desta forma, não se sabe em que momento ocorrerá a prescrição do direito e até quando o responsável pelo dano manterá o dever de indenizar.

Tendo o fator tempo em vista, os danos ao meio ambiente podem ser classificados como acumulados ou crônicos. A característica principal deste tipo de dano é a não correspondência entre o momento em que ocorre a lesão e a produção de efeitos. Eles podem ser divididos em danos permanentes ou continuados de um lado ou danos progressivos de outro³². Os permanentes são aqueles atentados ao meio ambiente que resultam de um foco de contaminação cuja atividade, única ou periódica, perdura por um longo período de tempo, produzindo um dano cada vez maior. O depósito de mercúrio em um rio é um exemplo deste tipo de dano. Os progressivos são aquelas situações em que uma série de atos sucessivos provoca por si um progressivo prejuízo maior que a simples soma dos repetitivos agravos³³.

³¹ MARTINS DA SILVA, Américo Luís. *Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais*. v. I São Paulo: RT, 2004, pp. 183-184.

³² CATALÁ, Lucia Gomes. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Pamplona: Aranzadi, 1998, pp. 90-91.

³³ CATALÁ, Lucia Gomes. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Pamplona: Aranzadi, 1998, pp. 90-91.

Apresentado o problema, resta saber quando o prejuízo deve ser auferido. O sentido mais lógico leva a considerar somente o dano-prejuízo efetivo que pode ocorrer depois de muito tempo. Mas não há unanimidade. Salvatore Patti, tratando do dano futuro no âmbito ambiental, observa que somente a ciência é capaz de prever, com razoável grau de certeza, os efeitos danosos de determinado ato ou atividade. Acrescenta ainda que este tipo de dano constitui o objeto do ressarcimento. O autor observa que alguns danos (dano-prejuízo) que não foram previstos de plano poderão ocorrer algum tempo depois e deverão ser ressarcidos. O problema com a prescrição ocorre pela possibilidade do decurso do lapso temporal excluir a possibilidade de se intentar ação indenizatória³⁴.

São três as possíveis soluções para a questão. A primeira simplesmente aceita os efeitos do lapso temporal. A segunda, que tem como base a interpretação, no direito italiano, do art. 2.935 do CC, afirma que o prazo prescricional só passa a correr depois do dia em que o direito possa ser feito valer. A terceira admite a prescrição, mas fala em retroatividade dos efeitos, é uma posição mais difícil de ser sustentada.

A segunda hipótese é de direito processual. O art. 100, V, *a*, do Código Processual Civil (CPC), determina a competência do foro do lugar do ato ou fato para a ação de reparação do dano. Em uma análise superficial, a regra se refere à conduta quando diz ato ou fato. Contudo, pode-se argumentar que somente quando se diz ato relaciona-se à conduta. Referindo-se ao fato, poder-se-ia alegar que a idéia deve ser de fato jurídico que, no campo da responsabilidade civil, abrange tanto a conduta como o nexo de causalidade e o dano³⁵. Assim, se a conduta for realizada em um determinado local, mas o dano for produzido em outro, haverá uma opção para a propositura da demanda, que se resolverá pela prevenção³⁶.

Todavia, a maior aplicação da teoria do dano-evento e do dano-prejuízo ocorre para o dano moral. Justamente por isso, merece um tópico próprio, no terceiro capítulo.

Ela é relevante para o próprio conceito de dano moral. Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida expõe que ele é uma decorrência da violação a direito da personalidade, que

³⁴ PATTI, Salvatore. *La tutela civile dell' ambiente*. Padova: CEDAM, 1979. pp. 84-88.

³⁵ Aliás, cabe aqui salientar que a competência para a Ação Civil Pública é do local do dano, como é possível observar pelo art. 2º, caput, da Lei 7.347/85: "As ações previstas nesta lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa".

³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 526-528. Para o autor, o ato seria correspondente à noção de conduta e fato seria sinônimo de acontecimento com relevância para o direito. Como se vê, nossa proposta é diversa. Trata-se de ato como conduta e fato como fato jurídico, abrangendo a conduta, o nexo de causalidade e o dano.

embora possa ter reflexos patrimoniais é essencialmente não patrimonial³⁷. A autora define o dano moral tendo em conta apenas a violação ao direito. Carlos Roberto Gonçalves é ainda mais explícito ao afirmar que se trata de lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome, decorrentes dos art. 1º, III, e art. 5º, V e X, da Constituição Federal³⁸. Ele chega a afirmar que a consequência para a pessoa, própria do dano-prejuízo, não importa, o que é relevante é apenas a lesão ao bem jurídico. Entretanto, uma definição de dano moral partindo do dano-evento pode não ser a mais adequada.

Outra noção freqüentemente referida é a de dano moral como *pretium doloris*, que por razões óbvias não poderia ser aceita. Sua adoção levaria à exclusão do dano moral às pessoas jurídicas ou aos absolutamente incapazes³⁹.

Não reparam estes autores que a distinção entre dano moral e dano patrimonial não decorre da natureza do direito, bem ou interesse, mas da consequência e repercussão sobre o lesado⁴⁰.

Uma violação a um direito de personalidade pode também gerar danos patrimoniais. Pelo mesmo raciocínio, o dano ao patrimônio pode ter consequências patrimoniais ou não. É o que ocorre na seguinte situação: uma pessoa contrata outra para organizar uma celebração festiva de casamento; como cláusula integrante do contrato consta que os doces não poderão conter leite de origem animal, somente leite de soja, sem especificar que isso decorre de um procedimento alérgico que se desenvolve no filho do contratante por causa do consumo do produto de origem animal⁴¹; a criança ingere o produto irregular perante o contrato precisando ser atendida em um hospital, tendo de fazer inclusive tratamento psicológico, pois desenvolveu uma espécie de “bloqueio psíquico” para consumir aquele tipo de doce; o fornecedor deverá indenizar por dano não patrimonial, mesmo que o dano-evento tenha sido a violação ao contrato,

³⁷ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. *Responsabilidade Civil*. In *Novo Código Civil Brasileiro, O que Muda na Vida do Cidadão*. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2003. pp. 143-152.

³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil, parte especial, do direito das obrigações, responsabilidade subjetiva, responsabilidade objetiva, responsabilidade por fato de outrem, responsabilidade profissional, etc., preferências e privilégios creditórios (arts. 927 a 965)*. São Paulo: Saraiva, 2003. O mesmo ocorre na doutrina estrangeira como, v.g., na argentina com ZANNONI, Eduardo. *El Daño en la Responsabilidade Civil*. 2ª ed.. Buenos Aires: Astrea, 1993, pp. 234-235.

³⁹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Cadastros de Restrição ao Crédito. Conceito de dano moral*. In Antônio Junqueira de Azevedo. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 290.

⁴⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. Título VII, item 226.

⁴¹ Sem a previsibilidade não há que se falar em culpa.

que, em princípio, teria apenas valor econômico. Reparem que os prejuízos à saúde e à integridade física são conseqüências da violação do contrato.

Assim, o dano moral somente poderia ser definido por exclusão. Ele corresponde a um prejuízo. Pode ser causado por quaisquer dos cinco tipos de dano-evento: dano à pessoa, física ou bio-físico-química, lesão à figura social da pessoa, ao patrimônio em sentido estrito ou até mesmo à terceira pessoa⁴².

Portanto, quando se tem uma correta definição de dano patrimonial, chega-se à definição do moral. O dano não patrimonial (moral) é todo aquele prejuízo que não corresponde ao patrimonial.

A distinção entre dano-evento e dano-prejuízo também tem grande relevância para o denominado dano ambiental. A ação sobre o ambiente é capaz de gerar diferentes tipos de danos. Poderão ser ao indivíduo ou coletivos, ao patrimônio ou ainda ecológicos⁴³. Não estão claras também as conseqüências do dano ecológico puro, se ele será patrimonial ou não e como seria realizado o ressarcimento, principalmente quando do estudo do dano social⁴⁴. Afinal, não se sabe ao certo as conseqüências da extinção de uma espécie animal ou de um desmatamento excessivo⁴⁵.

Quanto ao dano ambiental moral (não patrimonial), uma precisa definição do termo é essencial para a sua aceitação ou não. Para os que consideram o dano moral como violação a direito da personalidade⁴⁶, parece ser inconcebível o dano moral ecológico. Por outro lado, a definição de dano não patrimonial por exclusão torna aceitável e plausível o fenômeno.

Isso ocorre, porque ao se considerar que o dano não patrimonial é decorrência da violação de direito da personalidade não se pode admitir a indenização, pois não há no meio ambiente nem mesmo personalidade. Caso o dano moral seja definido por exclusão, relacionando-o ao dano prejuízo, não há impedimento para sua existência.

⁴² JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Cadastros de Restrição ao Crédito. Conceito de dano moral*. In Antônio Junqueira de Azevedo. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 292.

⁴³ CRUZ, Branca Martins da. *Responsabilidade Civil pelo Dano Ecológico: Alguns Problemas*. In *Revista de Direito Ambiental*. v. V. São Paulo: RT, 1997, p. 7.

⁴⁴ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Por uma Nova Categoria de Dano na Responsabilidade Civil: o Dano Social*. In RTDC. v. 9. 2004, pp. 211-218.

⁴⁵ CRUZ, Branca Martins da. *Responsabilidade Civil pelo Dano Ecológico: Alguns Problemas*. In *Revista de Direito Ambiental*. v. V. São Paulo: RT, 1997, p. 7.

⁴⁶ TELES DA SILVA, Solange. *Responsabilidade Civil Ambiental*. pp. 449-450.

A questão é controversa e tem enormes conseqüências práticas. A lei, a doutrina e a jurisprudência exigem a presença do dano para a configuração da responsabilidade civil. Não explicam, contudo, se se trata de dano-evento, dano-prejuízo ou de ambos.

Essa breve análise dos problemas revela a importância do estudo acerca da distinção entre o dano-evento e o dano-prejuízo, pois, dependendo do posicionamento sobre o tema, as conseqüências são completamente opostas.

Analisando e comparando a doutrina, a jurisprudência e a legislação estrangeira com a pátria, será possível conhecer as diversas posições e formular um ponto de convergência entre elas.

A pesquisa, portanto, busca os seguintes objetivos:

1. Verificar a importância do dano para a configuração da responsabilidade civil.
2. Aprofundar o estudo relativo às controvérsias sobre o tema, principalmente a distinção entre dano-evento e dano-prejuízo.
3. Estudar o conteúdo do dano-evento e do dano-prejuízo.
4. Aplicar a distinção para o direito brasileiro, principalmente no que tange ao dano não-patrimonial.

A divisão em capítulos tem como escopo justamente esgotar os supramencionados objetivos. No primeiro capítulo, são apresentadas as premissas da dissertação. Conceitua-se o dano, a noção comum e jurídica.

No segundo capítulo, apresenta-se o conteúdo do dano-evento.

No terceiro, o dano-prejuízo.

Em toda a obra, utilizam-se as bases apresentadas para solucionar diversos problemas práticos.

Finalmente, conclui-se o trabalho com as soluções encontradas.

I - DANO: NOÇÃO E CONTEÚDO.

1. O Dano e seu Papel Central na Responsabilidade Civil

Qualquer manifestação da atividade humana traz consigo o problema da responsabilidade. Daí a grande dificuldade em fixar seu conceito¹.

Etimologicamente, o termo responsabilidade contém a raiz latina *spondeo*, termo solene pelo qual, nos contratos verbais, no direito romano, as partes assumiam uma obrigação. É justamente com esta idéia de responsabilidade como fonte de obrigação, sem a pretensão de estabelecer um conceito preciso do termo, que iniciaremos este estudo².

A importância da responsabilidade civil ao longo da história é incontestável, o que, no entanto, não se observa, na maioria das vezes, é que as mudanças econômicas, sociais e políticas exigem uma alteração no pensamento e nos instrumentos utilizados por esta responsabilidade civil³.

Sobre este ponto G. Ripert assevera que o “direito progride à medida que as leis impedem o dano ao próximo e garantem a cada um o que lhe é devido”⁴.

* Na citação de juristas pátrios, far-se-á menção a seu prenome se assim forem mais conhecidos.

** Algumas obras terão a citação de mais de uma edição, pois foram consultadas em períodos diversos.

¹ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade civil*. v. I. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 1.

² DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade civil*. v. I. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 2.

³ MORSELLO, Marco Fábio. *A responsabilidade civil e a socialização dos riscos. O sistema neozelandês e a experiência escandinava*, REPM, ano 7, n. 2, 2006, p. 13.

⁴ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil, doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 127.

Nessa progressão do direito relacionado à responsabilidade civil devemos lembrar as lições de Antônio Junqueira de Azevedo, que bem observa o fato de se tratar o direito de um sistema de segunda ordem. Assim, as mudanças no sistema de primeira ordem, o sistema social, fazem com que isso se reflita nos diversos campos do direito⁵.

No que tange à responsabilidade civil, quatro particulares acontecimentos fizeram com que o dano atingisse a extrema importância atual. São eles: a Revolução Industrial, o incremento das atividades perigosas, a socialização dos danos e o advento da responsabilidade objetiva⁶.

Com a revolução industrial, houve um aumento significativo da mecanização e uma evolução crescente dos mecanismos ligados aos processos produtivos. Esse fato gerou uma expansão significativa do número de danos⁷ produzidos e também um agravamento destes⁸.

⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *O Direito como Sistema Complexo e de 2ª Ordem; sua Autonomia, Ato nulo e Ato Ilícito, Diferença de Espírito entre Responsabilidade Civil e Penal, Necessidade de Prejuízo para Haver Direito de Indenização na Responsabilidade Civil*. In Antonio Junqueira de Azevedo, *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 26-27. “O direito é um sistema complexo; é sistema, porque é um conjunto de vários elementos que se movimentam mantendo relações de alguma constância, e é complexo, porque os elementos que compõem o sistema são: normas como as Constituições e as leis; instituições, como tribunais e assembleias legislativas; operadores do direito como advogados, juízes e promotores; doutrina; jurisprudência. Na existência dinâmica do sistema, tanto as normas atuam sobre os outros elementos como esses, pela aplicação atuam sobre aquelas. O mesmo ocorre com os demais elementos; a sempre retroalimentação (*feedback*); por exemplo: o estudante de ontem, juiz de hoje, aplica o que aprendeu – a doutrina influenciando a jurisprudência – a ele, então, por sua vez, com as decisões dadas, alimentará a doutrina – a jurisprudência influenciando a doutrina. Além de complexo, o sistema jurídico é de 2ª ordem, isto é, sua existência está em função do sistema maior, o social; apesar disso, tem ele identidade própria e, por força dessa identidade, é relativamente autônomo (tem autonomia operacional)...”.

⁶ Não é o objetivo desta dissertação traçar a evolução histórica das figuras e das temáticas tratadas, mas tão somente a ideia do dano na atualidade. Qualquer digressão histórica que se fará, apenas quando absolutamente necessária à compreensão dos temas expostos, não será uma análise complexa do fenômeno, mas somente do que se mostrar essencial para o que se quiser expor.

⁷ Sobre o aumento significativo dos danos: BRAGA, Armando. *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 21 e ss. “A tudo isto acresce a multiplicidade de riscos e perigos da vida contemporânea. É a vertigem da tecnologia e das novas tecnologias, dos megabites, da velocidade e da alta velocidade, do supersônico, do automóvel da alta cilindrada, dos desportos radicais, etc. O uso massificado e generalizado da tecnologia, se tem a inegável vantagem de democratizar o acesso ao conforto, ao conhecimento, à velocidade, apresenta, como principal desvantagem, a multiplicação dos riscos inerentes ao seu uso. Se a máquina acabou por ficar ao serviço do Homem, o seu uso (e abuso) fez surgir novos riscos. Afinal, o avanço tecnológico tem um preço e o progresso comporta novas incertezas. São os designados riscos do desenvolvimento. A par dos riscos e perigos conhecidos, surge a suspeita pelos perigos e riscos ainda desconhecidos. A generalização dos riscos conduz a uma verdadeira globalização da incerteza e da insegurança. Suspeição de tudo e de todos: do que comemos, da qualidade dos bens, dos serviços hospitalares, das transfusões sanguíneas, da medicina estética, dos efeitos secundários dos medicamentos, da qualidade e segurança das estradas e pontes que atravessamos, dos barcos e aviões em que embarcamos, dos atentados terroristas e ações violentas, etc.. Os riscos são cada vez mais variados e surgem como cogumelos, onde menos se espera, resultando num clima de suspeição...”.

⁸ JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1992, p. 10. Vide também MEDINA ALCOZ, Maria. *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*. Madrid: Dykinson, 2003. p. 39 e NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, p. 33-34.

O segundo fator decorre da transformação social no que se refere às pessoas que sofrem os danos. À medida que aumentam as atividades perigosas, os indivíduos deixam de aceitar o dano sofrido, ou seja, o dano como um ato de Deus (*act of God*)⁹. Desaparece a crença mágica da mão de Deus para a mão do homem (*act of man, fait de l'homme*). Com isso, busca-se um culpado para que se deixe a cargo o dano produzido¹⁰. Aumentam, portanto, as demandas referentes à reparação de danos e prejuízos¹¹.

O terceiro fator relevante diz respeito à socialização dos danos¹². O aumento dos seguros de responsabilidade civil é uma evidência do afirmado¹³. Ele induz os lesados a reclamarem a reparação de danos contra quem não os causou diretamente. Assim, há uma espécie de despersonalização do agente pela socialização dos riscos¹⁴. Esse terceiro fator, como bem afirma Marco Fábio Morsello é decorrente da “criação dos denominados *Welfare States*, que robusteceram os princípios de solidariedade social, é curial que a edição de mecanismos de socialização dos riscos emergiu como consequência lógica¹⁵”. A evolução foi tão grande que em alguns países, como assevera Geneviève Viney, o seguro passou a ter papel primordial na responsabilidade civil¹⁶. De acordo com A. Braga, a socialização dos riscos tem origem no segundo fator. Ela vem da multiplicação do perigo e riscos¹⁷.

Finalmente, o quarto fator é o advento da denominada responsabilidade objetiva¹⁸.

⁹ MEDINA ALCOZ, Maria. *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 39.

¹⁰ DOMINGO, Elena Vicente. *El daño*. In CAMPOS, L. F. Reglero (Coord.). *Tratado de responsabilidad civil*. 2. ed. Aranzadi: Navarra, 2003, p. 220-221.

¹¹ JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1992, p. 10.

¹² BRAGA, Armando. *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 25.

¹³ NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, p. 34.

¹⁴ DOMINGO, Elena Vicente. *El daño*. In CAMPOS, L. F. Reglero (Coord.). *Tratado de responsabilidad civil*, p. 221. Vide também NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, p. 34.

¹⁵ MORSELLO, Marco Fábio. *A responsabilidade civil e a socialização dos riscos. O sistema neozelandês e a experiência escandinava*, REPM, ano 7, n. 2, 2006, p. 15.

¹⁶ VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*. In GUESTIN, Jacques (Coord.). *Traité de Droit Civil*. v. I. 2. ed. Paris: LGDJ, 1995, p. 56-57.

¹⁷ BRAGA, Armando. *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 25. “Foi esta multiplicação do perigo e riscos que conduziu a um outro fenómeno: a socialização do risco e o fenómeno dos seguros. Os seguros podem ser facultativos ou obrigatórios, como sucede com o seguro de responsabilidade civil automóvel”.

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 22-23. O autor afirma que a responsabilidade objetiva é a regra no direito brasileiro. “O Código Civil de 2002 fez profunda modificação na disciplina da responsabilidade civil estabelecida no Código anterior, na medida em que incorporou ao seu texto todos os avanços anteriormente alcançados. E foi necessário, para que não entrasse em vigor completamente desatualizado. **Podemos afirmar que se o Código de 1916 era subjetivista, o Código atual prestigia a responsabilidade objetiva**” (grifo nosso). Tal posicionamento não pode prevalecer. Embora a responsabilidade objetiva tenha ganhado importância com o advento do Código de 2002, não se pode dizer que ela é

Na medida em que ela prescinde da existência de culpa, esta deixou de ocupar a centralidade da responsabilidade civil e um novo pressuposto mostrou-se de caráter imprescindível para qualquer tipo de responsabilidade. Este novo elemento assumiu a faceta primordial deste campo de estudo. Trata-se do dano¹⁹.

Foi justamente por essas mudanças que o dano ganhou um papel de extrema relevância para a responsabilidade civil. Maria Maita Naveira Zarra chegou a sugerir uma alteração na denominação de responsabilidade civil para “direito de danos”²⁰.

Não importam as funções que se queira atribuir à responsabilidade civil, seja ela reparatória, compensatória, retributiva ou até mesmo punitiva²¹, a indenização do dano desempenha o papel central do instituto desde o final do século XIX²². Atribuição que até então pertencia à culpa.

a regra para o direito brasileiro. Três são os argumentos que servem para a refutação do argumento de Sérgio Cavalieri Filho. O primeiro deles é que os casos de responsabilidade objetiva, em regra, são específicos. Isso quer dizer que as situações previstas nas normas não expressavam uma cláusula geral (vide arts. 932 e 933, do Código Civil de 2002), correspondem a hipóteses específicas. O segundo é que a cláusula geral da responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, é uma exceção. A boa técnica legislativa expõe que no *caput* dos artigos está prevista a regra geral. Os parágrafos únicos trazem a exceção. O art. 927 traz no *caput* a responsabilidade subjetiva. O parágrafo único trata de uma hipótese de responsabilidade objetiva. Logo, a responsabilidade subjetiva é a regra, pois está no *caput*. A objetiva, por sua vez, é exceção, porque está no parágrafo único. Finalmente, o terceiro argumento é que a hipótese prevista no parágrafo único traz uma situação limitada. Não se trata de qualquer atividade de risco. Mas somente daquelas criadas pelo empreendedor e mesmo assim costumava-se dizer que é atividade perigosa (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil, Parte Especial do Direito das Obrigações, Responsabilidade Subjetiva, Responsabilidade Objetiva, Responsabilidade por Fato de Outrem, Responsabilidade Profissional, etc.; Preferências e Privilégios Creditórios* (arts. 927 a 965). v. 11. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 315. Para o autor, o “Código Civil brasileiro adotou solução mais avançada e mais rigorosa que a do direito italiano, também acolhendo a teoria do exercício de atividade perigosa e o princípio da responsabilidade independentemente de culpa nos casos especificados em lei...”).

¹⁹ JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1992, p. 1. “Pour le sens commun la responsabilité civile évoque l’idée d’un dommage et de sa réparation ou encore l’indemnisation des victimes”.

²⁰ NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, p. 35.

²¹ Atualmente é discutível a possibilidade de indenização com caráter punitivo devido ao teor do art. 944, *caput*, do Código Civil. O dispositivo menciona que a indenização será na extensão do dano. De acordo com CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 30, o dano é o limite máximo para a indenização. A previsão do parágrafo único do dispositivo (se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização) serve apenas para limitar o valor da indenização, mas não para ampliar. Ademais, o autor observa ainda que caso haja dolo não há que se falar em redução da indenização. Poder-se-ia pensar, portanto, que uma indenização com teor punitivo estaria vedada pelo ordenamento. O grande problema é que a indenização punitiva é aplicada justamente no chamado dano moral que por definição não pode ser avaliado economicamente. Assim, para este tipo de dano não há como se fazer um parâmetro para a extensão do dano. Ele é estimado, mas não é obtido pelo equivalente.

²² VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*. In GUESTIN, Jacques (Coord.). *Traité de Droit Civil*. v. I. 2. ed. Paris: LGDJ, 1995, p. 58.

O fenômeno dos influxos (*inputs*) do sistema social, sistema de primeira ordem, exigiu que a responsabilidade civil desempenhasse a função de reparação, com a justa compensação à vítima e retribuição ao causador do dano-evento e do dano-prejuízo²³.

O papel central do dano para a responsabilidade civil pode ser percebido tanto pela doutrina quanto pela legislação e até mesmo pela jurisprudência. Seja o evento danoso ou a consequência deste, fato é que o dano é imprescindível para a responsabilidade civil.

A imprescindibilidade para a doutrina é evidenciada tanto pela finalidade da responsabilidade civil quanto pela análise de seus pressupostos.

Quanto à finalidade, na Itália, por exemplo, Guido Alpa e Mario Bessone defendem que a função principal da responsabilidade civil é a “sanção do fato danoso” e o “ressarcimento do dano provocado”²⁴.

Na Espanha, José Maria Pena López salienta que “a finalidade da responsabilidade civil extracontratual, entendida como instituição, é a de fixar a distribuição e a reparação de danos ocasionados na vida social...”²⁵.

A posição não é diferente em Portugal. Mario Júlio de Almeida Costa conclui que “existe responsabilidade civil quando uma pessoa deve reparar um dano sofrido por outra...”²⁶.

No Brasil não poderia ser diferente, Carlos Roberto Gonçalves, ao introduzir o tema da responsabilidade civil, já assevera que o próprio termo responsabilidade exprime a idéia de restauração do equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Um pouco depois, o autor acrescenta que o instituto da responsabilidade civil é “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”²⁷.

²³ TOURNEAU, Philippe le; CADIER, Loic. *Droit de la Responsabilité*. Paris: Dalloz, 1998, p. 1.

²⁴ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Atipicità dell' illecito, parte prima: I profili dottrinali*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1980. p. 2.

²⁵ PENA LÓPEZ, José María. *Prólogo*. In *El Resarcimiento del Daño en la Responsabilidad Civil Extracontratual*. Madrid: ER, 2006. p. 22.

²⁶ COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 449.

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil, parte especial, do direito das obrigações, responsabilidade subjetiva, responsabilidade objetiva, responsabilidade por fato de outrem, responsabilidade profissional, etc., preferências e privilégios creditórios (arts. 927 a 965)*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1 e 4.

Não é oposta a posição de José de Aguiar Dias. O autor afirma que “o interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil”²⁸.

Da mesma forma, Silvio Rodrigues sustenta que o dever de reparar o dano é o princípio informador de toda a responsabilidade civil sem o qual, aliás, a vida social seria inconcebível²⁹.

A idéia do dano como fundamento da responsabilidade civil, no entanto, não é unânime na doutrina. Alvino Lima, por exemplo, pelo menos no que tange à responsabilidade extracontratual, afirma ser a culpa o fundamento básico da responsabilidade aquiliana. O autor assevera inclusive que ainda hoje, em princípio, ela seria o fundamento para este tipo de responsabilidade civil³⁰.

Não observa, contudo, o autor que é justamente na responsabilidade extracontratual que surge a idéia de responsabilidade objetiva, que prescinde do conceito de culpa. Assim, não pode ser ela o fundamento da responsabilidade extracontratual.

Mesmo não sendo unânime, a grande maioria da doutrina moderna considera que o dano e a sua reparação sejam o fundamento da responsabilidade civil.

Se não há unanimidade no que tange ao fundamento, isso não se pode dizer do dano como pressuposto da responsabilidade civil. Quanto a esta afirmação, não há divergência.

Há vários pressupostos que se podem enumerar para a responsabilidade civil: na responsabilidade extracontratual subjetiva tem-se a ação ou omissão (elemento objetivo), a culpa em sentido lato (elemento subjetivo da conduta), o dano (resultado da conduta) e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano; na responsabilidade extracontratual objetiva tem-se o elemento objetivo da conduta, o dano e o nexo de causalidade; existência de um contrato, sua violação, dano e nexo de causalidade para a responsabilidade contratual. Como é possível observar, tanto na contratual como na extracontratual, o dano e o nexo de causalidade são essenciais para a caracterização da responsabilidade civil³¹.

²⁸ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. I. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 41.

²⁹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil, responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 13.

³⁰ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 43-44.

³¹ Na responsabilidade objetiva, não se mostra necessária culpa para a caracterização da responsabilidade civil.

Desta forma, apenas o dano e o nexo de causalidade estão presentes em todas as modalidades de responsabilidade. Tal fato gera a conclusão de que somente daí pode partir o fundamento para a responsabilidade civil. Como o nexo de causalidade é apenas um elemento de ligação, conclui-se que o dano é o fundamento para a responsabilidade.

A existência do dano, portanto, é fundamento e pressuposto fático para a própria configuração e caracterização da responsabilidade civil.

Sobre o tema disse Elena Vicente Domingo que o dano chega a ser mais que um simples pressuposto. Com o tempo, ele passou a ser a chave central de todo o sistema de responsabilidade civil³².

Carlos Roberto Gonçalves, por exemplo, confirma o afirmado analisando a responsabilidade extracontratual, ao dizer que são quatro seus elementos: “ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade, e o dano experimentado pela vítima”³³.

Na legislação brasileira e estrangeira, o dano também se mostra imprescindível para a responsabilidade civil.

A interpretação do art. 186 c/c com o art. 927 do Código Civil (CC) brasileiro resulta em considerar o dano como elemento constitutivo essencial do fato ilícito disciplinado na norma³⁴.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

³² DOMINGO, Elena Vicente. *El daño*. In CAMPOS, L. F. Reglero (Coord.). *Tratado de responsabilidad civil*. 2. ed. Aranzadi: Navarra, 2003, p. 220.

³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil, parte especial, do direito das obrigações, responsabilidade subjetiva, responsabilidade objetiva, responsabilidade por fato de outrem, responsabilidade profissional, etc., preferências e privilégios creditórios (arts. 927 a 965)*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 33.

³⁴ LAGOSTENA BASSI, Augusta; RUBINI, Lucio. *La liquidazione del danno, tomo primo: il danno in generale e il danno non patrimoniale*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 17.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

O dano e a série causal, que depende da conduta de um sujeito, são os elementos objetivos do fato ilícito previsto no art. 186³⁵. Somente a conduta de um sujeito, mesmo que contrária a alguma norma imperativa, não constitui o fato ilícito previsto no citado artigo. Faz-se mister que dessa conduta seja produzido um dano³⁶.

Dois elementos devem coexistir para a aplicação da norma: o subjetivo e o objetivo³⁷. Quanto às idéias de sujeito passivo do fato ilícito e ativo da prestação a ser ressarcida e a noção de que o último recebeu o dano pela conduta do primeiro, somente são adquiridas indiretamente pela leitura do art. 186. Dessa forma, até para a definição do sujeito ativo da prestação ressarcitória a noção de dano é essencial³⁸.

O art. 186 trata da responsabilidade extracontratual. Há ainda a responsabilidade contratual, prevista no art. 389.

O dano também é previsto expressamente neste novo dispositivo.

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

³⁵ O elemento objetivo e subjetivo do fato típico diferencia-se do elemento objetivo e subjetivo da conduta. O fato típico da responsabilidade civil é formado pela conduta, pelo dano e pelo nexo de causalidade. O dano e o nexo de causalidade são elementos objetivos do fato típico, porque não se referem à pessoa do agente. A conduta é elemento subjetivo do fato típico porque pressupõe um sujeito.

Ao se observar especificamente a conduta. Percebe-se que ela é formada por um elemento objetivo e um subjetivo. O elemento objetivo da conduta é a ação ou omissão. É algo que pode ser observado de plano. O subjetivo, por outro lado, busca o íntimo do agente com sua vontade. Mesmo que seja apenas a vontade de realizar o ato com a representação ou representabilidade do resultado. Na culpa em sentido estrito, por exemplo, a intenção de obter o resultado é irrelevante, mas mesmo assim há voluntariedade em agir ou omitir.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil, parte especial, do direito das obrigações, responsabilidade subjetiva, responsabilidade objetiva, responsabilidade por fato de outrem, responsabilidade profissional, etc., preferências e privilégios creditórios (arts. 927 a 965)*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 33-36.

³⁷ Cass. Civ. Sez. II, 12 giugno 1968, n. 1885, retirada de GENTILE, Guido; GUERRERI, Dante; LAGOSTENA BASSI, Augusta. *Responsabilità, guida giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè, 1966-1969. item 221, n. 34. No mesmo sentido, Cass. Civ. Sez. I, 4 marzo 1969, n. 676, na mesma obra, contudo no item 221, n. 31.

³⁸ LAGOSTENA BASSI, Augusta; RUBINI, Lucio. *La liquidazione del danno, tomo primo: il danno in generale e il danno non patrimoniale*. p. 18.

O dispositivo também considera o dano pressuposto essencial da responsabilidade contratual. Não basta a violação contratual (não cumprida a obrigação), é mister a presença das “perdas e danos”.

No ordenamento jurídico italiano, não é diferente. O art. 2.043 do CC italiano também considera o dano elemento essencial da responsabilidade civil³⁹. O mencionado dispositivo trabalha com a idéia de dano injusto, que será melhor analisada posteriormente.

Art. 2.043. Risarcimento per fatto illecito – Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che há commesso il fatto a risarcire il danno.

Mais uma vez trata-se de responsabilidade extracontratual. Para a sua verificação, não basta a ocorrência do fato doloso ou culposo, é preciso a presença do dano injusto.

No direito português, também está previsto o dano como pressuposto da responsabilidade civil por fato ilícito.

Art. 483. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação.

Novamente, caso não se verifique a presença do dano, serão irrelevantes a conduta dolosa ou culposa e a violação do direito ou disposição legal.

A jurisprudência brasileira, atenta aos ditames da doutrina e da legislação, pacificou o entendimento da presença do dano para a caracterização da responsabilidade civil:

³⁹ “Ressarcimento por fato ilícito - Qualquer fato doloso ou culposo que resulta a outro um dano injusto, obriga aquele que cometeu o fato a ressarcir o dano”.

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DANOS MATERIAIS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE PREJUÍZO PATRIMONIAL. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. I – Sem a devida comprovação do prejuízo material, que não foi identificado pelo tribunal estadual, não há como impor condenação. Ficando assentado no acórdão recorrido, por força da análise das circunstâncias fáticas da causa, que não houve prova de danos materiais, não poderá a matéria ser revista no âmbito do especial, ante o óbice do enunciado nº 7 da Súmula deste Tribunal” (STJ, Resp 609107/SE, Relator Ministro CASTRO FILHO, Órgão Julgador: T3 – TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento: 07/05/2007, Data da Publicação/Fonte DJ 01.08.2007, p. 455).

“ACIDENTE NO TRABALHO. Audição. Culpa.

Reconhecidos os pressupostos da responsabilidade civil da empresa, entre eles o da sua negligência e o dano sofrido pelo operário, que teve reduzida sua capacidade auditiva, impunha-se a procedência da ação de indenização. Art. 159 do C. Civil.

Recurso conhecido e provido”. (STJ, Resp 223420/RJ, Relator Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Órgão Julgador T4 – QUARTA TURMA, Data do Julgamento: 07/10/1999, Data da Publicação/Fonte DJ 22.11.1999, p. 162).

“PROCESSUAL CIVIL – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – INEXISTÊNCIA – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – NECESSIDADE DA COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO ECONÔMICO SOFRIDO PELOS INTERESSADOS.

1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC se o acórdão recorrido resolve satisfatoriamente a questão e adota fundamentação que lhe parece adequada, suficiente à solução da controvérsia.
2. A responsabilidade do Estado por ato omissivo, oriunda da falta do dever de vigilância, consubstanciada na morte por suicídio de pessoa recolhida em estabelecimento prisional, é subjetiva.
3. Não sendo o Estado segurador universal, para o fato ser gerador do direito à indenização, os filhos do falecido necessitariam fazer prova, ainda que mínima, de vínculo econômico.
4. Se o "de cujus" não exercia atividade remunerada, presume-se que não contribuía para a manutenção da família.
5. Recurso especial não provido”. (STJ, Resp 780500/PR, Relatora Ministra ELIANA CALMON, Órgão Julgador T2 – SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento: 04/09/2007, Data da Publicação/Fonte DJ 26.09.2007, p. 205).

Como se vê, sem a presença do dano, não há que se falar em responsabilidade civil. Esse fato revela que uma noção de dano é imprescindível para individualizar a entidade da prestação ressarcitória e para a caracterização da própria responsabilidade.

2. Acepções do Termo Dano

2.1. *Noção natural*

Antes de falar sobre a noção jurídica de dano, é preciso ter em mente que existe uma noção naturalística de dano que coincide com a do senso comum. Trata-se de uma modificação para pior de uma determinada situação preexistente do modo de ser do mundo externo pelo sujeito que a causa⁴⁰. Seria qualquer dano que um bem determinado sofreu⁴¹.

Para essa idéia, o dano, sendo qualquer consequência prejudicial, poderia ser causado pela própria pessoa que o sofre ou até por um fenômeno natural, independentemente de qualquer ação ou omissão humana. Não há limite também para o bem que possa sofrer essa lesão. Poderia ser até mesmo um que não satisfaça à necessidade humana nenhuma⁴².

Resumidamente, a noção de dano como fenômeno material seria “qualquer situação desfavorável que se refira ou não a seres humanos”⁴³, independentemente de sua causa.

De fato, o senso comum revela uma infinidade de situações em que o termo dano é empregado. É comum ver o emprego da palavra para uma coisa ou um objeto que sofreu uma destruição ou alguém que sofreu uma incolumidade física ou sofre de alguma doença. Todas essas situações podem ser originadas dos mais diversos fatores.

Se há uma inundação, por exemplo, ainda que seja um desastre natural, usa-se a expressão dano para englobar nessa situação um conjunto amplo e variado de situações nocivas. Sejam elas danos a coisas, a pessoas ou ao próprio meio ambiente.

Esta noção, por evidente, não corresponde e nem pode se identificar com a noção jurídica de dano.

⁴⁰ BONVICINI, Eugenio. *La responsabilità civile*. t. I. Milano: Giuffrè, 1971, p. 29. No mesmo sentido, A LAGOSTENA BASSI, Augusta; RUBINI, Lucio. *La liquidazione del danno, tomo primo: il danno in generale e il danno non patrimoniale*. p. 19.

⁴¹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado*, In Revista dos Tribunais. v. 667. São Paulo: RT, 1991, p. 8.

⁴² NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, p. 39.

⁴³ CUPIS, Adriano de. *Il danno, teoria generale della responsabilità civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966, p. 109.

2.2. Noção jurídica

A noção naturalística não coincide com a jurídica. A primeira diferença refere-se à necessidade de um sujeito que sofre o dano diverso daquele que o causou. Para a noção naturalística, não importa se o dano é causado a si ou a outrem, basta a modificação do mundo externo. A noção jurídica, contudo, não concebe o dano causado à própria pessoa. Assim, estão fora do tema responsabilidade civil e do ressarcimento os danos resultantes de uma conduta de um sujeito a si mesmo. Este é o sentido do art. 186 do CC⁴⁴, que expressamente fala em dano a *outrem*.

Sobre este tema, poderia ser levantada a questão referente ao concurso da conduta do sujeito que sofre o dano e de um terceiro que contribui para a ocorrência deste. Nessa hipótese haveria a participação do lesado e mesmo assim o dano estaria presente. Contudo, essa situação apenas confirma a necessidade de haver um causador do dano diferente daquele que sofre a ação.

É justamente pelo fato de haver um terceiro que há o dever de indenizar. A consequência da presença do lesado é apenas uma diminuição do valor a ser ressarcido quando houver concurso de culpa. É o que se depreende do art. 945 do CC brasileiro⁴⁵. Ele prevê que a indenização será fixada levando-se em conta a gravidade da culpa do causador do dano em confronto com a da vítima. Havendo apenas a culpa da vítima, não há que se falar em dano a ser ressarcido⁴⁶.

⁴⁴ A mesma idéia pode ser extraída do art. 2.043 do CC italiano.

⁴⁵ Art. 945 do CC/2002. “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

⁴⁶ O CC italiano também tem previsão acerca do tema. O art. 1.227 prevê que “*se il fatto colposo del creditore (danneggiato) ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e la entità delle conseguenze che ne sono derivate*”. - “se o fato culposos do credor (lesado) concorreu para causar o dano, o ressarcimento é diminuído segundo a gravidade da culpa e a entidade da consequência que lhe é derivada”. Acontece que, quanto à culpa exclusiva da vítima, há previsão expressa no mesmo artigo, situação que não ocorre no CC brasileiro, mas que se depreende de uma análise global dos artigos referentes à responsabilidade civil: “*Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza*” - “O ressarcimento não é devido para os danos que o credor poderia evitar usando a diligência ordinária” (tradução livre).

A diminuição proporcional da prestação devida ao lesado confirma e reforça a necessidade de o prejuízo ser causado por terceiro.

Outro argumento que pode ser levantado é a hipótese de o incapaz causar dano a si. Poderia ser afirmado que o responsável arcaria com o dano causado e o caso representaria o ressarcimento de um dano causado pelo próprio lesante.

Acontece que tal afirmação não pode prevalecer. A conduta abordada nessa hipótese não é a do incapaz, mas sim a do responsável (pais, tutor ou curador). Trata-se de uma conduta omissiva em relação ao elemento objetivo e culposa em relação ao subjetivo.

A responsabilidade dos pais, tutores e curadores somente é objetiva na hipótese de dano causado a terceiros. Essa é a situação prevista nos arts. 932 e 933⁴⁷. Não se menciona a responsabilidade de um em relação ao outro, por exemplo, a responsabilidade dos pais em relação aos filhos menores.

Como não é mencionada essa modalidade de responsabilidade, deve-se fazer uso da cláusula geral de responsabilidade civil, isto é, o art. 186 c/c 927, *caput*, hipótese de responsabilidade extracontratual subjetiva.

A responsabilidade subjetiva tem como elemento subjetivo da conduta o dolo e a culpa em sentido estrito, que se expressa no descumprimento do dever de guarda. O descumprimento desse dever é um ato omissivo do responsável⁴⁸. Não é a conduta do incapaz que gerará o dever de reparação como se poderia pensar ao primeiro momento⁴⁹.

⁴⁷

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

⁴⁸

O descumprimento no caso é um ato omissivo, porque o dever jurídico originário é positivo, isto é, o cuidado como forma lata ou a guarda de forma específica.

⁴⁹

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 25. “De regra, só responde pelo fato aquele que lhe dá causa, por conduta própria. É a responsabilidade direta, por fato próprio, cuja justificativa está no próprio princípio informador da teoria da reparação. A lei, todavia, algumas vezes faz emergir a responsabilidade do fato de outrem ou de terceiro, a quem o responsável está ligado, de algum modo, por um dever de guarda, vigilância e cuidado.

Assim, mais uma vez se observa que a pessoa que descumpre o dever originário não é a mesma que receberá a indenização.

A noção naturalística traz consigo um outro elemento, o prejuízo. Resta, contudo, saber se basta o prejuízo para haver a necessidade de ressarcimento.

Antes de tudo, a idéia de prejuízo neste momento empregada não coincide, em sua plenitude, com a que se chegará com a análise do dano-prejuízo. A idéia de prejuízo, para a visão naturalística, diz respeito a uma modificação para pior da situação do lesado. Essa noção depende claramente de um juízo de valor que diga respeito ao lesado e uma alteração do mundo externo⁵⁰.

Em um primeiro momento, esse prejuízo seria relacionado a um bem patrimonial. Caso o bem não tivesse nenhum valor patrimonial, não haveria dano a ser ressarcido, pois a pretensa indenização teria caráter puramente penal⁵¹.

São inúmeros os equívocos dessa aceção como se verá a seguir. De qualquer forma, desde logo é possível afirmar que ela não explica a restituição *in natura* de um bem não avaliável economicamente, que permitiria a responsabilidade civil de bens não patrimoniais desde os primórdios da teoria da responsabilidade civil⁵².

Outro aspecto interessante diz respeito à chamada vítima para que se faça o juízo de valor anteriormente mencionado. O lesado pode ser uma pessoa natural, jurídica ou até mesmo um ente coletivo; isso será mostrado a seguir⁵³. A noção jurídica de dano, dessa forma,

Nos termos do art. 932 do Código Civil, os pais respondem pelos atos dos filhos menores que estiverem sob o seu poder e em sua companhia; o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados; o patrão, por seus empregados, etc.

Pode, ainda, alguém ser responsabilizado por dano causado por animal ou coisa que estava sob sua guarda (fato da coisa), conforme previsto nos arts. 936, 937 e 938 do Código Civil. Quando melhor analisarmos esses casos, veremos que **a lei responsabiliza as pessoas neles indicadas porque tinham um dever de guarda, vigilância ou cuidado em relação a certas pessoas, animais ou coisas e se omitiram no cumprimento desse dever. Em última instância, estas pessoas não respondem por fato de outrem, mas pelo fato próprio da omissão**” (grifo nosso).

⁵⁰ LAGOSTENA BASSI, Augusta; RUBINI, Lucio. *La liquidazione del danno, tomo primo: il danno in generale e il danno non patrimoniale*. Milano: Giuffrè, 1974.p. 19.

⁵¹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado*, In Revista dos Tribunais. v. 667. São Paulo: RT, 1991, p. 8. A indenização no direito civil, em regra, mede-se pela extensão do dano. Para tanto, basta observar o caput do art. 944, do Código Civil. Assim, não haveria como se falar em um aspecto punitivo, pois seria um incremento em relação ao dano originário.

⁵² COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado*, In Revista dos Tribunais. v. 667. São Paulo: RT, 1991, p. 8.

⁵³ Nem sempre a pessoa que sofre a conduta será o lesado no sentido técnico do termo. A conduta pode recair sobre uma pessoa e o dano ser em outra. Um exemplo do afirmado é o fato de “X” vir a falecer em decorrência dos desdobramentos de um acidente automobilístico gerado por um condutor em excesso de velocidade.

parte de uma intrínseca relação entre o objeto da modificação externa, que teve sua situação alterada pelo fato causado por terceiro, e o lesado. Por conseguinte, a noção jurídica somente é alcançada por meio de uma relação entre um sujeito e o bem, seja ele material ou imaterial, desde que idôneo a satisfazer as suas necessidades⁵⁴.

Pelo exposto, percebe-se uma estrita relação entre a teoria do dano e a dos bens. Eugenio Bonvicini já a demonstrava. O autor parte da idéia de que é uma tendência humana a busca pelas satisfações de suas necessidades, sejam elas orgânicas ou espirituais. Os bens servem justamente para atingir este escopo. Para o autor, então, os bens são todas as coisas que possam satisfazer as necessidades humanas⁵⁵.

Como se pode perceber, os bens têm valor instrumental⁵⁶. Logo, qualquer objeto⁵⁷ que possa servir à satisfação das necessidades humanas pode ser considerado bem⁵⁸.

Grande parte das classificações jurídicas de bens diz respeito à visão referida. Os bens são classificados em materiais e imateriais, patrimoniais ou extrapatrimoniais, físicos ou morais, entre outros⁵⁹.

No próprio CC/2002, percebemos a idéia de destinação dos bens como determinante para sua classificação, como se observa em diversos dispositivos. Isso demonstra o caráter instrumental dos bens. Apenas a título exemplificativo, nota-se que o disposto nos artigos 81, 84, 88 e 93 demonstra que é a destinação dada aos bens que irá caracterizá-los como imóveis ou móveis⁶⁰.

Se o filho de “X”, que não teve qualquer relação e nem mesmo presença no ocorrido, precisar fazer tratamentos de ordem psíquica para superar a perda do pai. Ele perfeitamente poderá pleitear indenização por um dano próprio, mesmo não tendo sofrido diretamente a conduta. O pai sofreu um dano-evento em sua vida. É um dano decorrente diretamente da conduta e é contrário a um direito subjetivo. O filho sofreu um dano-evento gerado pela lesão a um interesse juridicamente relevante e não teve relação direta com a conduta.

⁵⁴ LAGOSTENA BASSI, Augusta; RUBINI, Lucio. *La liquidazione del danno, tomo primo: il danno in generale e il danno non patrimoniale*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 20.

⁵⁵ BONVICINI, Eugenio. *Il danno a persona*. Milano: Giuffrè, 1958. p. 67.

⁵⁶ CUPIS, Adriano de. *Il danno, teoria generale della responsabilità civile*. v. I. Milano: Giuffrè, 1966, p. 37.

⁵⁷ O termo aqui utilizado não está empregado em seu sentido técnico. Ele significa qualquer bem, material ou imaterial, capaz de satisfazer as necessidades humanas.

⁵⁸ A idéia de bens como algo apto à satisfação das necessidades humanas pode ser encontrada em CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del diritto*. 3. ed. Rome: Foro Italiano, 1951, p. 59 e seguintes. Vide também PUGLIATTI, Salvatore. *Bene (teoria generale)*. In ED (5)., p. 164 e GENTILE, Guido. *Danno alla persona*. In ED (11), p. 635.

⁵⁹ LAGOSTENA BASSI, Augusta; RUBINI, Lucio. *La liquidazione del danno, tomo primo: il danno in generale e il danno non patrimoniale*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 20.

⁶⁰ Art. 81. “Não perdem o caráter de imóveis:

O art. 81 prevê claramente que mesmo que esteja separada do solo uma determinada construção, caso seja destinada a fixar-se em outro local, durante o período de transporte, é considerada imóvel. Dispõe também que os materiais separados do solo, como pode ocorrer, por exemplo, em uma reforma, também não perdem o caráter de imóveis.

O art. 81, portanto, diverge do disposto no art. 79, que determina que são os bens imóveis o solo e “tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente”. As edificações e os materiais separados do solo não se enquadram nesta tipologia e mesmo assim são considerados imóveis pela sua destinação.

É justamente a destinação do bem que fará com que ele ainda seja considerado imóvel, uma vez que ele se destina a se incorporar ao solo.

Talvez se possa levantar o fato de o art. 84 prever que os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, não perdem o caráter de móveis. Mas não parece que o dispositivo contrarie a importância da destinação para a classificação dos bens ou até mesmo para a determinação de algo como bem, no sentido jurídico do termo. O que parece ocorrer é que a destinação não é de tal forma absoluta que seja capaz de alterar o caráter de móvel no mundo dos fatos para imóvel no mundo do direito⁶¹. Isso acontece justamente para evitar que se considere imóvel todos os materiais de construção que sejam comercializados. Caso assim não fosse considerado, qualquer transferência de propriedade de materiais de construção precisaria de registro público, atravancando por demasiado as relações econômicas relativas a estes bens.

O mesmo art. 84 afirma também que os materiais de construção provenientes da demolição de algum prédio readquirem o caráter de bem móvel. Esta última parte revela que a

I- As edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local;

II- Os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem”.

Art. 84. “Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam sua qualidade de móveis; readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio”.

Art. 88. “Os bens naturalmente divisíveis podem tornar-se indivisíveis por determinação da lei ou por vontade das partes”.

Art. 93. “São pertencentes os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro”.

⁶¹ A separação entre mundo dos fatos e mundo do direito está presente em Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 4 e seguintes. Mas não queremos aqui afirmar que haja uma divisão absoluta entre o campo jurídico e campo social. Aliás, esta idéia foi muito bem rebatida por AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *O Direito como Sistema Complexo e de 2ª Ordem; sua Autonomia, Ato nulo e Ato Ilícito, Diferença de Espírito entre Responsabilidade Civil e Penal, Necessidade de Prejuízo para Haver Direito de Indenização na Responsabilidade Civil*. In Antonio Junqueira de Azevedo, *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 26-27, mesmo que tenha sido feita de forma não direta.

destinação do bem determinará o seu caráter de móvel ou imóvel. É justamente o fato de não se destinar mais à construção que faz com que os materiais de construção sejam considerados bens móveis.

Da mesma forma, o art. 88 assevera que os bens naturalmente divisíveis tornam-se indivisíveis pela vontade das partes, ou seja, é a destinação indivisível ou divisível do bem que irá qualificá-lo como tal.

O art. 93 é ainda mais evidente, pois a destinação do bem é parte integrante de sua caracterização. Para a caracterização de um bem como pertença, não bastará que não constitua parte integrante da coisa, é mister que, de modo duradouro, destine-se ao uso, serviço ou aformoseamento do outro. É evidente, portanto, a destinação para que o bem seja considerado pertença.

A classificação dos bens e a própria caracterização de algo como bem advém das necessidades práticas e jurídicas que impõem uma disciplina diversa para algumas destinações concretas⁶².

Não resta dúvida, no entanto, de que todos os bens relevantes para o direito servem para satisfazer as necessidades do homem e é este o fator determinante de sua proteção jurídica.

Esta afirmação também é confirmada por Vittorio Colasso⁶³, o qual lembra o fato de a palavra dano poder ser usada, em sentido geral, para indicar qualquer prejuízo derivado de um fato qualquer. O sentido jurídico, no entanto, para o autor, teria um valor mais restrito e de certa forma preciso. Dano seria, portanto, a diminuição de um bem tutelado pela lei, cujo fato pode ser imputado a pessoa diversa do próprio titular daquele bem.

Pelo exposto, para que algo seja considerado dano em sentido jurídico é imprescindível que haja uma alteração gerada pelo comportamento de uma outra pessoa que produza uma alteração da relação sujeito-bem em sentido pejorativo⁶⁴.

O dano, em sentido jurídico, seria também diretamente ligado ao conceito de interesse juridicamente relevante. Isso é representado pela relação intercorrente entre dois entes,

⁶²

BONVICINI, Eugenio. *Il danno a persona*. Milano: Giuffrè, 1958, p. 67.

⁶³

COLASSO, Vittorio. *La responsabilità civile*. Rome: Assicurazioni Generali, 1972, p. 97.

sendo um deles o sujeito que tem uma necessidade legítima e o bem idôneo a satisfazê-la. Mas não basta que haja uma simples relação que atenda ao que fora dito. É mister que esse liame seja juridicamente protegido⁶⁵.

Resumidamente, a idéia doutrinária básica da noção jurídica de dano relaciona-se a uma violação causada por uma pessoa a um bem ou interesse jurídico de terceiro.

Contudo, outra acepção do termo dano também tem relevância para o direito. O dano pode ser encarado como consequência da lesão descrita acima que se refletirá no objeto da indenização. Neste ponto, ele seria tudo aquilo que pode ser reparado⁶⁶. Percebida a lesão ao interesse juridicamente protegido ou ao bem jurídico, o aplicador do direito passaria a uma segunda análise, se essa lesão gerou ou não consequências⁶⁷.

O que é relevante saber é que tanto a primeira idéia de dano (como lesão ao bem ou ao interesse juridicamente protegido) quanto a sua consequência são resultados da conduta ou da atividade de um terceiro.

A conduta relevante para a responsabilidade civil pode ter várias formas: dirigida e visada a causar o dano (na hipótese de presença do dolo para a responsabilidade aquiliana); pode ser prevista, porém não visada (na hipótese de culpa na responsabilidade aquiliana); pode ser o exercício de um ato sem culpa ou dolo, mas previsto legalmente (na hipótese de responsabilidade objetiva); pode ser um ato de descumprimento de uma cláusula contratual (na hipótese de responsabilidade contratual).

O dano é o resultado dessa conduta e se expressa de duas formas: lesiona um direito ou interesse juridicamente relevante e gera uma consequência que será objeto de reparação.

É neste ponto que a distinção entre o dano-evento e o dano-prejuízo mostra-se relevante. Ela precisará os dois momentos da análise do dano e guiará o interprete na compreensão e na aplicação de toda a responsabilidade civil.

⁶⁴ LAGOSTENA BASSI, Augusta; RUBINI, Lucio. *La liquidazione del danno, tomo primo: il danno in generale e il danno non patrimoniale*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 21.

⁶⁵ BONVICINI, Eugenio. *La responsabilità per i danni nel diritto delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1963. p. 5. O autor, nesse ponto, fala em dano-interesse.

⁶⁶ O termo reparação, aqui empregado, não está disposto em seu termo técnico.

⁶⁷ SALVI, Cesare. *Danno*. In *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile*, v. V. (s.a.), p. 63-64.

2.3. Dano-Evento e Dano-Prejuízo. Apresentação da Questão

O dano é o resultado da conduta para a responsabilidade civil e com ela não se confunde. Um ato ou uma atividade podem ser lícitos ou ilícitos. O dano é o resultado desse ato ou dessa atividade⁶⁸.

Um exemplo esclarece bem essa questão. Se um agente excede o limite de velocidade em seu automóvel, comete um ato ilícito. Porém, apenas será possível falar em responsabilidade civil se esse ato gerar algum dano⁶⁹.

O dano, portanto, é o resultado da ação, e a lesão ao direito ou ao interesse juridicamente protegido, não se confundindo com a licitude ou ilicitude da conduta⁷⁰.

Tendo como base a premissa e as afirmações do item anterior, conclui-se, primeiro, que a noção de dano está estritamente ligada à noção de ressarcimento⁷¹.

O dano é um fenômeno unitário pelo qual o ordenamento concede um remédio específico: o ressarcimento. Mesmo sendo unitário, nada impede que se levante um pretenso problema normativo. Trata-se do foco dado ao dano⁷².

⁶⁸ A conduta é composta pelo elemento objetivo e subjetivo. O objetivo é a exteriorização da conduta e se expressa em uma ação ou em uma omissão. O subjetivo é composto pelo dolo e pela culpa, expressa a voluntariedade da conduta. Na culpa, mesmo havendo a previsão do resultado, a conduta não é dirigida para tanto. No dolo, por outro lado, o escopo é a obtenção do resultado. De qualquer forma, o resultado (dano) pode ser atingido ou não, não basta que haja a conduta, mesmo que seja ela dirigida para a obtenção do dano, ele pode não ocorrer por efeitos internos ou externos a pessoa do agente.

⁶⁹ O problema do ato ilícito na responsabilidade se expressa de diversas formas. Como se verá, o fato jurídico sempre será ilícito, pois o dano-evento sempre será antijurídico. Mesmo assim, ainda poderá ser a conduta ilícita, seja pelo próprio conteúdo do elemento objetivo ou pelo elemento subjetivo. No exemplo em questão o ilícito se dá pela conduta culposa, porque um determinado ato normativo estabelece que a direção acima de determinado limite de velocidade é infração do dever de cuidado.

⁷⁰ Essa afirmação será de extrema relevância para a discussão do denominado dano injusto e nas críticas levantadas a esta conceituação.

Ora o foco está na lesão ao direito ou ao interesse juridicamente protegido, está na consequência prejudicial que se assume relevante. Não obstante isso, como fenômeno capaz de gerar o ressarcimento, o dano é unitário⁷³.

Com isso se sustenta que não é equivocado e muito menos contraditório afirmar que o dano tanto é a lesão ao direito subjetivo ou ao interesse protegido pela norma como a consequência relevante dessa lesão.

Na ótica da consequência, entende-se o dano como a alteração negativa de uma determinada situação da vítima, quer seja ela econômica, física ou psíquica⁷⁴. Já para a outra, seria o contraste do resultado da conduta com regras ou princípios de proteção de interesses lesados.

Uma noção completa do fenômeno do dano só é possível se forem levadas em conta essas duas vertentes. Nenhuma delas separadamente é suficiente para uma completa noção do termo.

É nesse contexto que se insere a noção de dano-evento e de dano-prejuízo. Dano-evento, portanto, é a lesão ao direito subjetivo ou ao interesse protegido por uma norma. Já o dano-prejuízo é a consequência dessa lesão. Para a caracterização do fenômeno jurídico do dano, pressuposto da responsabilidade civil, e do dever de ressarcir, ambos precisam estar presentes. Quanto a este ponto não há exceção.

A individualização do conteúdo do dano-evento e do dano-prejuízo ganhou força com a histórica decisão nº 184, de 14 de Julho de 1986, do Tribunal Constitucional Italiano (*Corte Costituzionale*). A decisão esboçou os primeiros fundamentos para a distinção entre os dois conceitos de dano, mas foi extremamente limitada por trazer apenas a diferença entre o dano

⁷¹ SALVI, Cesare. *Danno*. In *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile*, v. V. (s.a.), p. 63.

⁷² SALVI, Cesare. *Il danno extracontrattuale, modelli e funzioni*. Napoli: Jovane, 1985. p. 23 e seguintes.

⁷³ SALVI, Cesare. *Danno*. In *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile*, v. V. (s.a.), p. 63.

⁷⁴ BRAGA, Armando. *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 78.

O autor estabelece as diferenças entre o dano psíquico e o dano psicológico. Antes de adentrar na discussão, importa saber que “o dano psíquico é ontológica e estruturalmente distinto do dano psicológico, como diferentes são também as áreas a que eles respeitam. A psiquiatria e a psicologia são ciências distintas: sendo a psicologia a ciência que estuda a actividade psíquica, o comportamento e a personalidade do homem psicossomaticamente saudável e a psiquiatria, ao invés, a ciência que estuda a psicopatologia, devemos falar de “dano psíquico” e não de “dano psicológico”, para manter afastado qualquer tipo de dúvida de nível semântico”.

biológico do dano patrimonial e moral subjetivo. O primeiro ligado ao evento danoso e os demais, sendo a consequência dessa lesão⁷⁵.

A decisão observou que a distinção entre o dano biológico e o dano moral subjetivo está na própria estrutura do fato gerador. Com a criação jurisprudencial italiana do dano biológico, nasceu o debate sobre a legalidade ou não de tal distinção. As dúvidas sobre o tema levaram ao desenvolvimento de um *tertium genus* a respeito do dano⁷⁶. Concluiu-se que o dano biológico estaria sempre presente no caso de lesão, pois o dano à saúde, evento constitutivo de lesão, é ínsito à ocorrência do fato. Individualizou-se o núcleo da figura do dano biológico consistente na diminuição da integridade físico-psíquica do indivíduo, que não mais era visto apenas na sua dimensão econômica, produtora de riqueza⁷⁷.

Resumidamente, o julgamento concluiu que o dano biológico, como dano-evento, constitui lesão ao bem jurídico saúde, isto é, uma afetação à integridade físico-psíquica consistente em uma patologia. O dano moral e o dano patrimonial seriam consequências dessa lesão.

O grande problema do julgamento é o fato de aceitar tanto o dano-evento como o dano-prejuízo como passíveis de gerar a reparação independentemente da ocorrência do outro⁷⁸.

⁷⁵ In *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1986, pp. 52 e ss. Vide também BRAGA, Armando. *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 41.

⁷⁶ PETTI, Giovanni Battista. *Il Rissarcimento dei danni: biologico, genetico, esistenziale*. Vol. II. Torino: UTET, 2002, p. 1277.

⁷⁷ BRAGA, Armando. *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 43.

⁷⁸ BRAGA, Armando. *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 41. O autor é claro ao afirmar que “a decisão do Tribunal Constitucional italiano nº184, de 14 de julho de 1986, constituindo um verdadeiro marco histórico na reparação do dano corporal na Itália e na Europa, viria a distinguir os três componentes do dano pessoal, superando o anacrônico princípio da reparação limitada ao dano patrimonial. A trilogia considerada refere-se ao dano-evento (dano biológico), consistente no compromisso do “bem saúde”, constitucionalmente protegido, que se identifica com a diminuição psico-física provocada pelo facto ilícito, e que é dano primário e sempre autonomamente reparável; ao dano-consequência, que é secundário e eventual (dano patrimonial ressarcível quando ocorra); por fim, ao dano moral (também secundário e eventual), consistente, segundo a expressão do Tribunal Constitucional italiano, na mera “transitória perturbação subjectiva””.

O autor adiante, na página 44, enumera pelo menos uma grande vantagem da distinção entre o dano-evento e o dano-prejuízo: “a distinção entre dano-evento e dano-consequência tem a virtualidade de deslocar a discussão do dano corporal do mero âmbito das suas consequências para a decisiva esfera ontológica. Esta distinção, entre outras virtualidades, permite clarificar que o dano corporal (dano-evento existe independentemente das consequências de ordem patrimonial (dano-consequência). Assim, o dano corporal existe sempre que haja lesão da integridade físico-psíquica. E reconhecida a sua existência como dano-evento, sempre terá de ser reparado. Já as consequências patrimoniais do dano corporal revelam-se, no plano ontológico, sucessivas, ulteriores a este e meramente eventuais. A eventual existência e contornos das consequências patrimoniais não pode nem deve confundir-se com o dano corporal que está na sua gênese. Dito de outra forma, o dano corporal (dano evento) não depende da existência e prova de efeitos patrimoniais, estes é que se apresentam como consequência (ulterior) do primeiro. Assim, o dano corporal existe sempre que haja lesão da integridade físico-psíquica”.

Pode-se perguntar o porquê dessa aparente ambigüidade. A explicação vem do próprio vocábulo. Nas línguas latinas em geral, atribui-se aos termos lesão e dano, às vezes até ao prejuízo, um duplo significado, que corresponde ao dano-evento e dano-prejuízo⁷⁹. Esta ambigüidade é lembrada por Philippe le Tourneau-Loic Cadiet para os termos *dommage* (originada do vocábulo latino *damnum*) e *préjudice*⁸⁰.

Com base nesta dúvida, Antonio Junqueira de Azevedo expõe que seria ideal a referência precisa de dois momentos na caracterização do dano: o dano-evento (primeiro momento) e o dano-prejuízo (segundo momento)⁸¹.

A afirmação de dois momentos para o completo entendimento do fenômeno denominado dano não necessariamente significa que entre o dano-evento e o dano-prejuízo ocorrerá um lapso. É perfeitamente possível que a ocorrência de um e outro seja simultânea.

Fazendo uso novamente do exemplo do condutor de veículo em excesso de velocidade, tem-se que: se ele simplesmente avançar o sinal e abalroar um outro veículo, o dano-evento (lesão ao direito real de propriedade, com origem no disposto no art. 1.228, caput, do CC/2002⁸²) ocorrerá ao mesmo tempo que o dano-prejuízo (prejuízo causado ao carro atingido). Mesmo assim, de maneira abstrata, é possível identificar um e outro.

Dessa forma, “é preciso distinguir... o dano-evento e o dano-prejuízo; o primeiro é a lesão a algum bem; o segundo, a conseqüência dessa lesão... O dano-evento é, pois, o dano imediato, enquanto que o dano-prejuízo é o dano mediato”⁸³.

A natureza do dano-evento não corresponde à do dano-prejuízo. A. Junqueira de Azevedo bem demonstra essa hipótese ao sustentar que:

⁷⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *O Direito como Sistema Complexo e de 2ª Ordem; sua Autonomia, Ato nulo e Ato Ilícito, Diferença de Espírito entre Responsabilidade Civil e Penal, Necessidade de Prejuízo para Haver Direito de Indenização na Responsabilidade Civil*. In Antonio Junqueira de Azevedo, *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33.

⁸⁰ TOURNEAU, Philippe le; CADIER, Loic. *Droit de la Responsabilité*. Paris: Dalloz, 1998, p. 193.

⁸¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *O Direito como Sistema Complexo e de 2ª Ordem; sua Autonomia, Ato nulo e Ato Ilícito, Diferença de Espírito entre Responsabilidade Civil e Penal, Necessidade de Prejuízo para Haver Direito de Indenização na Responsabilidade Civil*. In Antonio Junqueira de Azevedo, *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33.

⁸² Art. 1.228. “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

⁸³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Cadastros de Restrição ao Crédito: Dano Moral*. In *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 36, 2000, p. 46-47.

“pode haver lesão à integridade física de uma pessoa e as principais consequências não serem de ordem pessoal, e sim patrimonial - por exemplo, se a vítima perdeu total ou parcialmente sua capacidade laborativa; ou, inversamente, a lesão pode ser numa coisa que está no patrimônio de alguém e a consequência ser principalmente um prejuízo não-patrimonial (dano moral), - por exemplo, se o dono tinha, pela coisa, valor de afeição... Portanto, o dano-evento, ou lesão, pode ser no corpo ou no patrimônio e, quer numa hipótese quer noutra, o dano-prejuízo ser patrimonial ou não-patrimonial: um dano ao corpo pode ter consequências patrimoniais ou não-patrimoniais e um dano ao patrimônio também pode ter consequências patrimoniais ou não-patrimoniais”⁸⁴.

O dano-evento também pode ter um significado abstrato e de certa forma ambíguo. Ele pode ser direto e indireto. O dano-evento direto é aquele que atinge especificamente o direito subjetivo ou a norma que protege um interesse. O dano-evento indireto, por sua vez, atinge o objeto de proteção da norma ou a base de proteção do direito subjetivo⁸⁵.

O dano-evento indireto, portanto, pode representar uma lesão à pessoa, ao patrimônio, à figura social da pessoa e ao terceiro⁸⁶.

O dano à pessoa atinge o que esta é. Nesse conceito engloba-se não somente o corpo ou a integridade física do ser humano, mas também sua integridade “bio-físico-química”, também chamada de psíquica⁸⁷.

O dano ao patrimônio engloba o que a pessoa tem.

Isso, contudo, não é suficiente para esgotar as hipóteses de dano-evento indireto. A pessoa pode ser atingida na sua figura-social, isto é, na sua imagem perante a sociedade⁸⁸.

⁸⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Cadastros de Restrição ao Crédito: Dano Moral*. In *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 36, 2000, p. 46-47.

⁸⁵ Essa proposta de classificação em dano-evento direto e indireto é inovadora e ainda não foi abordada na doutrina.

⁸⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Cadastros de Restrição ao Crédito: Dano Moral*. In *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 36, 2000, p. 47.

⁸⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Cadastros de Restrição ao Crédito: Dano Moral*. In *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 36, 2000, p. 47.

⁸⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Cadastros de Restrição ao Crédito: Dano Moral*. In *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 36, 2000, p. 47. Sobre o tema vide também PETTI, Giovanni Battisti. *Il Risarcimento dei Danni: Biologico, Genetico, Esistenziale*. t. I. Torino: UTET, 2002, pp. 199-205, e DIAS, João

Finalmente, o dano pode ser a um terceiro, hipótese também denominada dano por “ricochete”⁸⁹. O termo é oriundo do direito francês de *par ricochet*, ou seja, danos à ricochete⁹⁰. Eles são danos indiretos ou reflexos. Por exemplo: um pai é atingido por determinado dano e isso reflete em seu filho⁹¹.

A jurisprudência brasileira tem aceitado essa idéia tal qual a doutrina: “O interesse e a legitimidade para a ação de reparação de danos não estão restritos aos privilégios de parentesco ou relações de família, tendo-os todo aquele que, direta ou indiretamente, venha a sofrer prejuízo”⁹².

Essas espécies de dano-evento podem afetar uma pessoa individualizada ou até mesmo a coletividade. Não há restrição neste ponto.

O dano-prejuízo pode ser patrimonial ou não-patrimonial, mas sempre é uma consequência. Ele também pode afetar uma pessoa individualmente determinada ou a coletividade, passível ou não de individualização⁹³.

A primeira idéia de dano patrimonial diz respeito à denominada teoria da diferença. Ela representa uma espécie de cálculo matemático sobre o patrimônio do sujeito, aqui entendido como entidade abstrata, considerando o dano como o resultado advindo da subtração⁹⁴.

Álvaro. *Dano Corporal – Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 387-392.

BRAGA, Armando. *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 53, denomina essa modalidade de dano de dano de afirmação pessoal ou dano à vida de relação. “O dano de afirmação pessoal, também designado de por dano à vida de relação ou prejuízo da vida lúdica (préjudice d’agrément), constitui o dano que a vítima sofre como consequência da lesão da própria integridade psicofísica, consistindo na diminuição das possibilidades de esta desenvolver normalmente a sua personalidade no ambiente social e na sua vida privada e familiar. Ou seja, é o dano que afecta, suprimindo totalmente (como acontece com a vítima em estado de coma) ou reduzindo a capacidade do homem de interagir em relação aos outros.”

Acontece que esta hipótese está mais ligada a noção de dano-prejuízo que à questão do dano-evento.

⁸⁹ O dano indireto pode ocorrer tanto no dano-evento quanto no dano-prejuízo como se verá no terceiro capítulo.

⁹⁰ PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. t. II. Paris: LGDJ, 1900, p. 278.

⁹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.

42 e ss.

⁹² RT 591/238.

⁹³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *O Direito como Sistema Complexo e de 2ª Ordem; sua Autonomia, Ato nulo e Ato Ilícito, Diferença de Espírito entre Responsabilidade Civil e Penal, Necessidade de Prejuízo para Haver Direito de Indenização na Responsabilidade Civil*. In Antonio Junqueira de Azevedo, *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33.

⁹⁴ NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, p. 63.

Uma segunda teoria relevante sobre o dano patrimonial é a chamada teoria objetiva do dano. Ela estima o dano patrimonial como o valor objetivo ou de mercado do bem que sofreu a lesão⁹⁵.

Finalmente, a terceira teoria, também conhecida como concepção subjetiva ou real-concreta, apenas admite o dano a partir do interesse humano específico na reparação. Com essa idéia, não só os danos patrimoniais, sejam eles danos emergentes ou lucros cessantes, estariam abrangidos, mas também os danos não-patrimoniais⁹⁶.

Assim, as teorias que podem ser encaradas como expressão “pura” dos danos patrimoniais são a da diferença e a objetiva. Com a teoria subjetiva ou real-concreta, haveria um misto de dano patrimonial e dano não-patrimonial.

Uma outra abordagem possível é a referente ao dano-patrimonial como aquele suscetível de avaliação econômica. O procedimento de avaliação seria dado por quaisquer das teorias citadas. Já o dano não-patrimonial seria um dano por exclusão⁹⁷.

Cabe salientar que Armando Braga afirma poder ser grande parte dos danos não patrimoniais aglutinados em cinco categorias fundamentais. Essas categorias estariam compreendidas no chamado dano corporal:

“Da análise de decisões dos tribunais italianos, e de outros países, podemos concluir que o conceito de dano corporal é susceptível de aglutinar um conjunto de cinco figuras fundamentais que podemos considerar subespécies ou subcategorias daquele:

1 – O dano de afirmação pessoal ou dano à vida de relação;

2 – O dano estético;

⁹⁵ CUPIS, Adriano de. *Il danno, teoria generale della responsabilità civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966, p. 346-348. O autor apenas afirma que ela era uma teoria desenvolvida na evolução primitiva do direito, mas não a defende.

⁹⁶ RAVAZZONI, Alberto. *La riparazione del danno non patrimoniale*. Milano: Giuffrè, 1962. p. 49.

⁹⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Cadastros de Restrição ao Crédito: Dano Moral*. In *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 36, 2000, p. 47. “...quando se fala em dano moral é ao dano mediato que se tem em vista. Portanto, o dano-evento, ou lesão, pode ser no corpo ou no patrimônio e, quer numa hipótese quer noutra, o dano-prejuízo ser patrimonial ou não-patrimonial: um dano ao corpo pode ter conseqüências patrimoniais ou não-patrimoniais e um dano ao patrimônio também pode ter conseqüências patrimoniais ou não-patrimoniais. O dano moral vem a ser, por exclusão, o dano não-patrimonial, mas é sempre mediato (dano-prejuízo)”.

3 – O dano psíquico;

4 – O dano sexual;

5 – O dano da incapacidade laboral”.

Não é pacífico o desdobramento do dano corporal em diversas categorias autônomas. Antônio Junqueira de Azevedo, por exemplo, fala simplesmente em dano não patrimonial⁹⁸.

É justamente sobre este ponto que o tema dano-evento e dano-prejuízo assume sua maior relevância. Algumas decisões judiciais⁹⁹ e uma parte significativa da doutrina têm definido e considerado o dano moral a partir do dano-evento. Para os defensores dessa corrente, o dano-moral seria a violação de algum direito da personalidade¹⁰⁰.

É claro que uma refutação a um entendimento bastante recorrente precisa de uma fundamentação mais consistente e aprofundada. De qualquer forma, com dois exemplos já é possível observar que esta última afirmação não merece acolhida.

Se, por exemplo, uma pessoa contratar outra para organizar uma celebração festiva de casamento e como cláusula integrante do contrato constar que os doces não poderão conter leite de origem animal, somente leite de soja, sem especificar que isso decorre de um procedimento alérgico que se desenvolve no filho do contratante por causa do consumo do produto de origem animal¹⁰¹, e a criança ingerir o produto irregular perante o contrato precisando ser atendida em um hospital, tendo de fazer inclusive tratamento psicológico, pois desenvolveu uma espécie de “bloqueio psíquico” para consumir aquele tipo de doce, o fornecedor deverá indenizar por dano não-patrimonial, mesmo que o dano-evento tenha sido a violação ao contrato, que, em princípio, teria apenas valor econômico. Reparem que os prejuízos à saúde e à integridade física são consequências da violação do contrato.

⁹⁸ BRAGA, Armando. *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 52-53.

⁹⁹ Por exemplo, a afirmação de que “A manutenção do nome do devedor no cadastro de inadimplentes, após a quitação da dívida, gera direito à indenização por danos morais” (STJ, 3.ª T, AgRg no Ag nº 811216/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 15.03.2007, DJ 09.04.2007, p. 247).

¹⁰⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁰¹ Sem a previsibilidade não há que se falar em culpa.

Se, entretanto, um autor deixa expresso que no dia de sua morte não poderá ser publicado um livro que acabara de escrever, e um dos herdeiros contraria esta disposição, divulgando a obra, caso o autor ganhe notoriedade com o fato não terão os demais herdeiros direito a qualquer compensação decorrente da violação deste direito da personalidade, pois não houve consequência não-patrimonial.

Como bem afirma mais uma vez Antônio Junqueira de Azevedo, o dano-prejuízo não-patrimonial precisa estar presente. Não basta a violação ao direito ou à norma¹⁰². O que se pode fazer é presumir que com a violação do direito da personalidade o dano-prejuízo ocorrerá, mas nunca que ele é dispensável¹⁰³.

Outro aspecto importantíssimo diz respeito ao dano social. Ele atinge toda a sociedade e sua indenização também é possível. Neste ponto, salienta-se que “Um ato, se doloso ou gravemente culposos, ou se negativamente exemplar, não é lesivo somente ao patrimônio material ou moral da vítima, mas sim, atinge a toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população. Causa dano social”¹⁰⁴. Justamente por causá-lo, deve ser reparado¹⁰⁵.

Há ainda mais duas hipóteses que a noção de dano-evento e a de dano-prejuízo mostrar-se-á de extrema valia.

A primeira delas relaciona-se à prescrição. O art. 206, do CC/2002, determina que se prescreva em três anos a pretensão de reparação civil. Contudo, não está claro se o prazo deverá ser contado da conduta ou do dano. É neste ponto que a idéia de dano futuro será de extrema relevância. Nem sempre ele ocorrerá no mesmo momento que a conduta. Um derramamento de determinada substância radioativa, por exemplo, poderá acontecer em um determinado momento e o dano ser posterior.

¹⁰² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Cadastros de Restrição ao Crédito: Dano Moral*. In *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 36, 2000, p. 47-48.

¹⁰³ Isto, aliás, já tem sido utilizado por parcela significativa da jurisprudência: “A inscrição indevida do nome do autor em cadastro negativo de crédito, a par de dispensar a prova objetiva do dano moral, que se presume, é geradora de responsabilidade civil para a instituição bancária” (STJ, 4.^a T, Resp n. 964055/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. em 28/08/2007, DJ 26.11.2007, p. 213).

¹⁰⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma Nova Categoria de Dano: o Dano Social*. In *O Código Civil e sua interdisciplinariedade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 370-377. Para o autor, o tema assume particular relevância na análise do art. 944 que ao afirmar que a indenização mede-se pela extensão do dano, o caráter punitivo, cuja aplicação volta-se para o passado ou o desestímulo, voltado para o futuro, não poderiam mais ser aplicados no direito brasileiro, mesmo para o dano moral, pois o critério “extensão do dano” não mais permitiria um alargamento da indenização.

¹⁰⁵ O tema merece uma análise mais aprofundada.

Já o desenvolvimento de um câncer originado do derramamento dessas substâncias poderá ocorrer depois de vários anos da conduta. Caso se considere que o prazo de prescrição deva correr da conduta, este já terá terminado quando da ocorrência do dano. Podem ainda os momentos do dano-evento e do dano-prejuízo serem diversos, mas aí teremos a dúvida em se saber quando o prazo de prescrição começará a correr.

A dúvida surge pelo fato de o art. 189 determinar que a pretensão decorre da violação do direito e é extinta pela prescrição¹⁰⁶. A violação do direito pode ocorrer em vários momentos no fato jurídico da responsabilidade civil. Pode ocorrer no elemento objetivo da conduta se, por exemplo, tratar-se de uma ação ou omissão ilícita pelo seu próprio conteúdo. Pode ocorrer pelo elemento subjetivo da conduta, no caso específico da responsabilidade extracontratual subjetiva, seja na hipótese de dolo pela representação do resultado ilícito, consciência da ilicitude e determinação da conduta na obtenção do resultado ilícito, seja na hipótese de culpa em sentido estrito, com a voluntariedade da conduta que descumpre um dever genérico de cuidado¹⁰⁷. De qualquer forma, o dano sempre será ilícito, pois pelo menos o dano-evento será contrário ao direito. Todavia, o que se deve salientar é que a violação do direito a que se faz alusão a pretensão de reparação civil não parece ser a mencionada acima. Trata-se da violação do direito subjetivo à reparação civil, que somente surge com a ocorrência de todos os pressupostos da responsabilidade civil (conduta, nexo de causalidade e dano) inclusive com as duas espécies de dano (dano-evento e dano-prejuízo). É somente com a completa ocorrência do fato jurídico responsabilidade civil que se poderá exigir a reparação. Caso o responsável não cumpra o dever de reparação, surge a pretensão de reparação civil que se extingue pela pretensão¹⁰⁸.

A segunda delas é uma questão de direito processual. O art. 100, V, *a*, do Código Processual Civil (CPC), determina que é competente o foro do ato ou fato para a ação de reparação do dano. À primeira vista, a regra se refere à conduta quando se diz ato ou fato. Contudo, poder-se-ia argumentar que somente quando direcionada ao ato diga respeito à conduta, pois esta se exterioriza em uma ação ou omissão. Ao se referir ao fato, não necessariamente quer se atribuir à expressão o significado de acontecimento, mas poder-se-á argumentar que ela implica idéia de fato jurídico e, no campo da responsabilidade civil, ele

¹⁰⁶ Art. 189. “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

¹⁰⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 31-35.

abrange tanto a conduta como o nexo de causalidade e o dano. Assim, se a conduta for realizada em um determinado local, mas o dano for produzido em outro, haverá uma opção para a propositura da demanda, que se resolverá pela prevenção¹⁰⁹.

Aliás, na Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), o local do dano é o critério utilizado para a fixação de competência e isso evita a problemática apresentada acima. Cabe ressaltar também, que, percebendo a possibilidade de ocorrência do dano em várias localidades, a prevenção foi adotada para sanar eventual dúvida a respeito¹¹⁰.

De qualquer forma, para se chegar a esta conclusão e a uma análise da aplicação da teoria do dano-evento e do dano-prejuízo para o direito brasileiro, uma pesquisa mais aprofundada sobre o conteúdo dessas duas facetas do fenômeno dano é imprescindível e também é preciso saber a relação entre os dois momentos. Isso ocorre com o nexo de correlação.

2.4. Nexo de causalidade e nexo de correlação.

O nexo de causalidade é o liame que une a conduta ao resultado danoso. “Causa de um fato é o que contribuiu para provocá-lo, ou para agravar seus efeitos”. Como regra geral, somente existe a obrigação de reparar danos relacionados a fatos de responsabilidade da pessoa obrigada a indenizar, mesmo que não resultantes de sua atuação¹¹¹.

¹⁰⁸ O tema merece uma melhor avaliação. Mesmo porque não é pacífico na doutrina o termo inicial do prazo.

¹⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 526-528. Para o autor, o ato seria correspondente à noção de conduta e fato seria sinônimo de acontecimento com relevância para o direito. Como se vê, nossa proposta é diversa. Trata-se de ato como conduta e fato como fato jurídico, abrangendo a conduta, o nexo de causalidade e o dano.

¹¹⁰ Art. 2º “As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Parágrafo único. A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)”.

¹¹¹ NORONHA, Fernando. *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*. In RTDC. v. XIV. Rio de Janeiro: Padma, 2003, p. 53.

Nem sempre a contribuição de um fato para o dano é de fácil percepção. Pode acontecer que vários fatos sejam relevantes para a ocorrência de um dano ou de vários. É o problema das concausas, que podem ser antecedentes, concomitantes ou supervenientes¹¹².

É por isso que surgem as teorias da causalidade. Elas buscam saber entre os diversos fatores que poderiam ter influenciado a ocorrência do resultado, quais são realmente relevantes.

“Os fatores determinantes serão causas, os demais serão meras condições. Condições, assim, são todos os fatores que estão na origem de um dano, são todos os elementos sem os quais ele não teria sido produzido [...] causas do dano são apenas aquelas condições consideradas como sendo efetivamente determinantes desse resultado”¹¹³.

Existem três teorias básicas que tentam explicar a causalidade e seus problemas: a teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non* ou equivalência dos antecedentes), a teoria da causalidade adequada e a teoria do dano direto e imediato (ou causalidade necessária).

Não é objetivo dessa dissertação o esgotamento do tema do nexo de causalidade, pois seria impossível. Cada uma das teorias e suas implicações merecem monografia própria. Apenas se quer dar parâmetros para a discussão do nexo de correlação.

Assim, apenas para dar uma idéia geral e extremamente superficial sobre o tema, tem-se que a teoria da equivalência dos antecedentes preconiza que “são causas de um dano todas as condições sem as quais este não teria sido produzido”¹¹⁴. Portanto, para a teoria, seria indiferente falar-se em causas e condições do dano. Além desse primeiro problema, há ainda o regresso ao infinito. Como toda condição é considerada causa, ela levaria “longe demais a obrigação de indenizar”. Não explica também como solucionar o problema das concausas.

Com a observação de que nem todas as condições são consideradas causas, os juristas começaram a delimitar as causas relevantes. Para tanto, algumas legislações tentam fixar as limitações para os juízes. É o que tentou fazer o legislador brasileiro no art. 403¹¹⁵. O

¹¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 45-47.

¹¹³ NORONHA, Fernando. *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*. In RTDC. v. XIV. Rio de Janeiro: Padma, 2003, p. 55.

¹¹⁴ NORONHA, Fernando. *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*. In RTDC. v. XIV. Rio de Janeiro: Padma, 2003, p. 56.

¹¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 50 e GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil, Parte Especial do Direito das Obrigações*,

dispositivo prescreve que somente devem ser indenizados os prejuízos que sejam “efeito direito e imediato” do inadimplemento da obrigação¹¹⁶. Todavia, até hoje não se conseguiu explicar, em termos satisfatórios, juridicamente razoáveis, quais serão esses danos que devem ser considerados “efeito direito e imediato”.

É preciso estabelecer, portanto, um critério de relevância entre uma e outra condição. É o que tenta a causalidade necessária. Ela afirma que não devem ser incluídos na indenização os danos distantes, somente os necessários. Assim, costuma-se afirmar que seria causa a condição necessária porque sem ele não haveria o dano, mas ela deveria ser também suficiente para a ocorrência do dano¹¹⁷.

O grande problema da teoria é a excessiva limitação que parece despropositada de se exigir a suficiência da condição para a ocorrência do resultado.

“Perante as dificuldades que suscitam formulações como a que alude ao efeito direito e imediato (art. 403) e a teoria da causa necessária, não admira que a jurisprudência, quando procura encontrar nelas algum apoio, muitas vezes acabe decidindo simplesmente de acordo com o bom senso e com a invocação apenas da expressão literal contida no art. 403: quando acha que um dano deve ser reparado, dirá que ele é “dano direto e imediato”; quando entende que não é merecedor de reparação, considerá-lo-á “dano indireto”¹¹⁸.

É devido a isso que muitos preferem a teoria da causalidade adequada¹¹⁹. “A teoria da causalidade adequada parte da observação daquilo que comumente acontece na vida (*id quod plerumque accidit* e afirma que uma condição deve ser considerada causa de um dano, quando segundo o curso normal das coisas poderia produzi-lo. Essa condição seria a causa

Responsabilidade Subjetiva, Responsabilidade Objetiva, Responsabilidade por Fato de Outrem, Responsabilidade Profissional, etc.; Preferências e Privilégios Creditórios (arts. 927 a 965). v. 11. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 272, sustentam que essa foi a teoria adotada pelo legislador brasileiro. O fundamento é o próprio art. 403. Todavia a questão não é pacífica. NORONHA, Fernando. *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*. In RTDC. v. XIV. Rio de Janeiro: Padma, 2003, pp 55-56, é um exemplo de não adepto. Ele prefere a causalidade adequada.

¹¹⁶ A fonte do dispositivo é o art. 1.151, do Código Civil francês (“*ce qui est une suite immédiate et directe de l’inexécution de la convention*”).

¹¹⁷ NORONHA, Fernando. *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*. In RTDC. v. XIV. Rio de Janeiro: Padma, 2003, p. 63.

¹¹⁸ NORONHA, Fernando. *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*. In RTDC. v. XIV. Rio de Janeiro: Padma, 2003, p. 64.

¹¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 48 e ss. O autor observa que ela é a teoria que mais adeptos tem no direito brasileiro. Talvez por ser a que mais se destaca para os que individualizam ou qualificam as condições.

Também é adepto da teoria DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. vv. I - II. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 127e ss. (além de disposições esparsas na obra).

adequada do dano (e daí o nome da teoria); as demais condições seriam circunstâncias não causais”¹²⁰.

Para determinar se o dano pode ser considerado consequência do fato, faz-se uma *prognose* retrospectiva. Tem que se verificar a previsibilidade do dano. Se for imprevisível, a causalidade estaria excluída. É o que Francisco Manuel Pereira Coelho faz ao argumentar com os efeitos concretos e abstratos. Primeiro, observa-se os efeitos abstratamente lógicos prováveis da realização de um fato. Caso concretamente sejam verificados, haverá o dever de indenizar¹²¹.

A sua formulação pode ser positiva ou negativa. A positiva dispõe que “o fato será causa adequada do dano, sempre que constitua uma consequência normal ou típica daquele, ou seja, quando verificado o fato, se possa prever o dano como uma consequência natural ou como efeito provável dessa verificação”. A negativa afirma que “causa adequada é a que, segundo as regras de experiência, não é indiferente ao surgir do dano. Em vez de se caracterizar a adequação, diz-se o que é causa inadequada: nesta formulação, a causalidade só fica excluída quando se trate de consequências indiferentes ao fato, estranhas ou extraordinárias”¹²².

De qualquer forma, o caso concreto pode apresentar situações que não se enquadram perfeitamente a nenhuma teoria e o estudo casuístico se mostrará imprescindível.

Essa breve e superficial exposição, contudo, é imprescindível para se evitar qualquer confusão entre o nexo de causalidade e o nexo de correlação. O nexo de causalidade é uma relação entre o fato e o resultado. O nexo de correlação é o liame entre o dano-evento e o dano-prejuízo.

Tanto o dano-evento como o dano-prejuízo são resultados da conduta. Não há uma relação de causa e efeito entre ambos. Os dois são resultados da conduta. São efeitos da realização de um fato. Mas com uma peculiaridade, sem imprescindíveis para o dever de indenizar. Sem a lesão ao direito não há ofensa à ordem jurídica. Sem a consequência prejudicial faltará a matéria da indenização.

¹²⁰ NORONHA, Fernando. *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*. In RTDC. v. XIV. Rio de Janeiro: Padma, 2003, p. 65.

¹²¹ COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 177.

¹²² NORONHA, Fernando. *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*. In RTDC. v. XIV. Rio de Janeiro: Padma, 2003, pp. 66-67.

A relação entre ambos será de correlação. Eles são correlatos porque ligados a um mesmo fato, a uma mesma conduta, mesmo não sendo causa e efeito do outro.

Não basta, porém, a simples origem comum. É preciso que as consequências lesivas sejam relacionadas mediatemente com a violação ao direito ou à norma jurídica. Se as consequências forem absolutamente independentes não há que se falar em correlação.

II - DANO-EVENTO

1 - Preliminarmente

Como já fora exposto anteriormente, o dano-evento é uma das facetas do fenômeno jurídico denominado dano. Contudo, para o seu completo entendimento, faz-se necessária uma análise do conteúdo.

Neste segundo capítulo far-se-á apenas o estudo do dano-evento direto. Antes, porém, faz-se mister a diferença já brevemente mencionada entre o ilícito da conduta e a antijuridicidade do dano.

2. O ilícito da conduta, a antijuridicidade do fato jurídico e a antijuridicidade do dano-evento

2.1. Noções Genéricas

A ilicitude importa a contrariedade ao direito¹. Isso ocorre, porque é consubstanciada na não-realização dos fins da ordem jurídica, implicando violação de suas normas.

A ilicitude pode ocorrer por diversos fatores, que são listados por Marcos Bernardes de Mello².

O primeiro deles relaciona-se ao princípio da incolumidade das esferas jurídicas individuais³. Ele traduz-se no brocardo latino *neminem laedere*⁴, cujo significado expressa a idéia de que ao agir a pessoa não pode prejudicar um terceiro, causando-lhe um dano⁵. De qualquer forma, não é porque há o dever jurídico negativo absoluto de não causar danos a outrem que uma determinada pessoa não possa agir contrariamente a esse dever ou que determinado acontecimento, mesmo que involuntário, desrespeite o princípio da incolumidade. Se uma determinada pessoa abalroa e atinge a esfera jurídica de outra, comete um ilícito.

O segundo diz respeito às relações jurídicas de direitos relativos como são as de crédito e as obrigacionais. O ilícito estará no descumprimento ou adimplemento ruim da obrigação (violação positiva do contrato)⁶ ou na impossibilidade da prestação gerada por culpa de um dos contratantes.

¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico, Plano da Existência*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 195.

² MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico, Plano da Existência*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 195-196.

³ Esfera jurídica individual, em um sentido amplo, pode ser conceituada como o conjunto de direitos subjetivos e deveres jurídicos em sentido estrito, avaliáveis economicamente ou não, relacionados a pessoa determinada.

⁴ A tradução literal do termo pode ser “a ninguém prejudicar”.

⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico, Plano da Existência*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, 195. “A ninguém é dado interferir, legitimamente na esfera alheia, sem o consentimento de seu titular ou autorização do ordenamento jurídico, donde haver um dever genérico, absoluto, no sentido de que cabe a todos, de não causar danos aos outros”. No mesmo sentido, podem ser observados os dizeres de CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 1 e ss. “O principal objetivo da ordem jurídica... é proteger o lícito e reprimir o ilícito... Para atingir esse desiderato, a ordem jurídica estabelece deveres que, conforme a natureza do direito a que correspondem, podem ser positivos, de dar ou fazer, como negativos de não fazer ou tolerar alguma coisa. Fala-se, até, em um dever geral de não prejudicar a ninguém, expresso pelo direito romano através da máxima *neminem laedere*.”

Alguns desses deveres atingem a todos indistintamente, como no caso dos direitos absolutos; outros, nos direitos relativos, atingem a pessoa ou pessoas determinadas”.

⁶ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *O Cumprimento e o Não Cumprimento das Obrigações*. In Estudos de Direito Civil. Coimbra: Almedina, 1994, pp. 130-133. O autor observa que o devedor descumpra o contrato com o “pelo puro e simples incumprimento” ou “impossibilitando a prestação”. Mas há uma terceira possibilidade não expressa diretamente pela lei civil. Trata-se da violação positiva do contrato, que nada mais é do que um cumprimento defeituoso.

O terceiro corresponde à violação de direitos absolutos de natureza pessoal como o são os direitos da personalidade (arts. 12 e ss., do Código Civil brasileiro) ou os direitos reais (arts. 1.225 e ss., do Código Civil brasileiro)⁷.

O quarto corresponde à violação de interesses juridicamente relevantes. Eles são interesses protegidos que não correspondem ao conceito clássico de direito subjetivo. Tal ilicitude é uma infração à lei que protege interesses alheios. Ela não confere aos respectivos titulares um direito subjetivo e pode se referir a interesses coletivos que geram interesses particulares subjacentes⁸. Um exemplo do afirmado é o fato de interesses difusos poderem gerar pretensões indenizatórias individuais⁹.

O quinto é retratado pelo abuso de direito previsto no art. 187 do Código Civil brasileiro¹⁰. Ele ocorre, por exemplo, no castigo imoderado de um pai para com seu filho¹¹.

Finalmente, o sexto tipo trata da violação da contrariedade do direito gerada pela norma jurídica cogente. Marcos Bernardes de Mello lembra o caso do contrato firmado com objeto ilícito como hipótese dessa modalidade de ilícito¹².

2.2. A Ilicitude e suas Características

⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico, Plano da Existência*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 196.

⁸ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 536.

⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico, Plano da Existência*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 196.

¹⁰ Art. 187. “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

¹¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico, Plano da Existência*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 196. Para explicar o sentido do abuso de direito, VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 545, ressalta que “há abuso de direito, segundo a concepção objetiva aceita no art. 334”, sempre que o titular o exerce com manifesto excesso dos limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes, ou pelo fim econômico ou social desse direito”. O autor continua e observa que não se faz mister a consciência de se excederem os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico. Basta que objetivamente o agente exceda a esses limites.

Marcos Bernardes de Mello observa que o fato jurídico, seja ele lícito ou ilícito, é formado por elementos nucleares e elementos completantes¹³. Sem os primeiros não há que se falar em fato, pelo menos no sentido jurídico do termo.

No campo dos fatos ilícitos, há basicamente dois elementos essenciais: a contrariedade ao direito e a imputabilidade da conduta ao agente. O primeiro deles é objetivo e expressa uma contrariedade a ordem jurídica. O segundo, por sua vez, é subjetivo e expressa a capacidade de a pessoa praticar o ato previsto e de determinar a sua conduta nesse sentido¹⁴.

A contrariedade ao direito isoladamente não é capaz de caracterizar a ilicitude do fato jurídico. Isso ocorre porque pode haver normas, leis ou condutas impostas pela sociedade que são consideradas lícitas mesmo que causem danos a outras pessoas.

Desta forma, a contrariedade ao direito entra no mundo jurídico sem o revestimento da ilicitude¹⁵. É o que ocorre, por exemplo, na hipótese de legítima defesa prevista no art. 188, do Código Civil brasileiro¹⁶.

A contrariedade ao direito pode afetar a qualquer espécie normativa e se referir a qualquer ramo do direito. Isso ocorre por não existir diferença ontológica no ilícito civil e penal, por exemplo, pelo menos no que se refere ao elemento objetivo do fato ilícito (a contrariedade ao direito). A discrepância entre um e outro ocorre na imputabilidade e nos elementos completantes¹⁷.

¹² MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico, Plano da Existência*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 196.

¹³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico, Plano da Existência*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 196.

¹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico, Plano da Existência*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 197.

¹⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico, Plano da Existência*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 197. Neste ponto, o autor salienta que “não há ilicitude se o ato é permitido pelo Direito, mesmo quando cause prejuízo, ainda quando gere a obrigação de indenizar”. Neste aspecto, parece que o autor não tem razão. Se o dano é indenizável, é porque houve a ocorrência do dano-evento. O dano-evento sempre é ilícito e gera a ilicitude da responsabilidade civil. Mesmo nas condutas lícitas, se há a ocorrência de um dano indenizável, não há que se falar em permissão do direito. Há a permissão para a prática da conduta, mas não há para a geração do dano.

¹⁶ Art. 188. “Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo”.

¹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico, Plano da Existência*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 197. “não há diferença ontológica entre ilícito civil, penal, administrativo ou de qualquer outra espécie, em razão da contrariedade a direito. (A distinção possível entre eles leva em conta o elemento subjetivo, a

Pode se referir a direitos absolutos ou relativos, a direitos subjetivos ou até mesmo a interesses que não se refiram a direitos subjetivos como o são os interesses difusos.

Não importa também se há infração direta à lei ou apenas indireta na hipótese de fraude a lei. Em todas elas, o ilícito estará caracterizado¹⁸.

Todavia, como já afirmado, não basta a contrariedade ao direito. Faz-se mister o elemento subjetivo do fato ilícito. Ele se referirá à imputabilidade da conduta.

Esse é mais um fator que demonstra a não correspondência entre a ilicitude a contrariedade ao direito¹⁹.

A imputabilidade, quando se está em foco a ilicitude, refere-se à capacidade delitual do agente. Assim, quando se tem como foco a ilicitude da conduta, se um menor causar dano a terceiro, seus pais poderão ser responsabilizados. Isso se dará porque sua responsabilidade independe da licitude da conduta.

O que se deve ressaltar, no entanto, é que o menor não cometeu uma conduta ilícita, pois a licitude da conduta exige a presença de dois elementos: um objetivo e um subjetivo. Ao menor, a própria lei predefine a não presença do subjetivo, isto é, a imputabilidade.

Cabe, no entanto, salientar que no que se refere à ilicitude do dano, não se pode considerar o elemento subjetivo. O resultado da conduta, seja ele o dano-evento seja o dano-prejuízo, é essencialmente objetivo e para a sua ilicitude basta a contrariedade ao direito. O dano-evento sempre será anti-normativo.

imputabilidade, cujos critérios de fixação variam de uma espécie a outra, e os elementos completantes, conforme se verá adiante)".

¹⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico, Plano da Existência*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 198.

¹⁹ A contrariedade ao direito é mais ampla que a ilicitude. Isso ocorre não só pelo fato de haver uma pré-exclusão da ilicitude tal qual a previsão do art. 188, do Código Civil brasileiro. Ela pode advir também pelo fato de não se poder imputar a conduta ao agente, isto é, a imputabilidade é mais um exemplo da não correspondência extensiva entre a ilicitude e a contrariedade ao direito.

2.3. A ilicitude da conduta, do dano-evento e do fato jurídico de reparação civil.

A ilicitude da conduta não se confunde com a antijuridicidade do dano-evento e muito menos com a do fato jurídico basilar da responsabilidade civil²⁰.

Conforme já se afirmou, uma conduta pode ser ilícita sem gerar a responsabilidade civil do agente por não produzir qualquer dano-evento. Se um motorista dirige em velocidade acima do permitido, comete um ato ilícito, mas se não provocar nenhum dano-evento não há que se falar em obrigação de reparar dano. A análise do fenômeno do dano terminará aí.

A ilicitude da conduta pode advir de diversos fatores. O primeiro e mais conhecido deles é a violação de direitos de outras pessoas. Esta é a previsão do art. 186 do CC/2002 (“aquele que por ação ou omissão, [...] violar direito [...] comete ato ilícito”). Assim, para uma interpretação literal do artigo a lesão dos interesses alheios só obriga à reparação do dano quando se reveste da forma violação ou ofensa do direito de outrem²¹. De maneira superficial já se pode afirmar que os direitos subjetivos aqui mencionados abrangem os direitos pessoais, os direitos reais e os direitos da personalidade²².

²⁰ O termo antijurídico não é dos mais apropriados, pois pode passar uma falsa idéia. O ato ilícito, como já foi observado, contém como característica objetiva, a contrariedade ao direito. Ao se falar em antijurídico, o prefixo revela uma idéia de negação, como se o antijurídico fosse algo não jurídico. Daí a conveniência em se utilizar o termo ilícito. Não é porque algo tem como característica a contrariedade objetiva ao direito que não seja relevante. Tanto o fato lícito quanto o ilícito são jurídicos. Essa é a grande inconveniência do termo antijurídico, se falar que um fato jurídico é antijurídico. De qualquer forma, nesse trabalho, empregar-se-á a ilicitude como sinônima de antijuridicidade.

²¹ Esta previsão é bastante semelhante à do art. 2361º do CC português de 1867, que dizia: “todo aquele, que viola ou ofende os direitos de outrem, constitui na obrigação de indenizar o lesado...”. sobre o tema, aliás, VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 530 afirma que “a lesão dos interesses alheios só obrigava à reparação do dano quando revestisse a forma de violação ou ofensa do direito de outrem, não bastando por conseguinte a prática de um fato lesivo de interesses alheios, nem sequer a violação de qualquer norma jurídica que só indirecta ou reflexamente os tutelasse...”.

²² Cabe aqui ressaltar que VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 531, menciona que os direitos subjetivos seriam os direitos de crédito, os direitos sobre as coisas, os direitos de personalidade [sic], os direitos familiares e a propriedade intelectual, que abrange os direitos de autor e direitos conexos e propriedade industrial. Na formulação acima, os direitos pessoais abrangem os direitos de crédito, os direitos familiares e os direitos de autor. Os de personalidade foram dispostos em uma categoria diversa dada a sua peculiaridade. Ainda sobre os direitos da personalidade cabe ressaltar alguns apontamentos no âmbito do direito privado acerca da dificuldade de enquadramento na categoria direito subjetivo,

É claro que essa definição do art. 186 é insuficiente²³. A violação de interesses protegidos pela lei também pode gerar a ilicitude da conduta²⁴. São infrações das leis que não conferem aos respectivos titulares um direito subjetivo. Protegem tanto os interesses particulares que não são direitos subjetivos, como os interesses sobre direitos de terceiros ou normas que visam à proteção de interesses coletivos²⁵.

O dano-evento é o resultado da conduta ou atividade que afeta um direito de outrem ou um interesse juridicamente relevante. Sem a presença dele não há que se falar em obrigação de indenizar.

A antijuridicidade do dano-evento ocorre pelas mesmas causas da ilicitude da conduta, ou seja, como resultado da conduta há a lesão a um direito subjetivo ou a lesão a uma norma que protege um interesse. No entanto, esta última variante da antijuridicidade necessita de alguns requisitos para caracterização²⁶.

O primeiro deles é a de que a lesão ao interesse corresponda à violação de uma norma legal²⁷. Se, por exemplo, uma pessoa atropelar um famoso corredor que participaria de uma demonstração em um clube no dia seguinte ao ocorrido e esta entidade tiver vendido ingressos para tanto, somente será possível indenização para o corredor, mas não para o clube²⁸.

como é exposto por SCADUTO, Giachino; RUBINO, Domenico. *Illecito (Atto), Diritto moderno, Nuovo Digesto Italiano*. v. VI, Torino: UTET, 1938, p. 657 e ss.

²³ A insuficiência e a deficiência do art. 186 do CC/2002 ocorre por dar a falsa impressão de que somente quem cometeria a conduta do art. 186 realizaria um ato ilícito, sendo que já se observou que diversos são os ilícitos possíveis no ordenamento. Outro fator é a não previsão expressa para o ilícito de reparação civil relacionado à violação de norma protetiva de interesse juridicamente relevante.

A mesma deficiência não ocorre no Código Civil português que no art. 483 prevê que “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”.

²⁴ Pode-se discutir se a violação é da norma jurídica ou do interesse. Na verdade, ao se ofender o interesse, a norma, por consequência, será atingida. De qualquer forma, João de Matos Antunes Varela fala em violação da norma. (*Das obrigações em geral*. v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 536).

²⁵ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 237 e 610 e ss.

²⁶ Os requisitos do dano-evento originado da violação da norma protetiva de interesses são expostos por João de Matos Antunes Varela (*Das obrigações em geral*. v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 539-542). Contudo, o autor parte da idéia de ilícito da conduta, o que parece ser um equívoco. A conduta não deixará de ser ilícita se houver a transgressão de uma norma que não atenda aos requisitos que serão expostos. Ela continuará sendo ilícita. Agora, se o resultado dessa conduta gerar uma lesão à norma e não atender aos requisitos que serão analisados não haverá obrigação de indenizar.

²⁷ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 539.

²⁸ É claro que esta é uma análise superficial do exemplo e serve apenas para ilustrar o alegado.

O segundo requisito exige que a tutela dos interesses figure entre os fins da norma violada e, se for um interesse particular, que não seja mero reflexo de interesse coletivo que a lei busca salvaguardar²⁹.

O terceiro e último requisito refere-se ao enquadramento no núcleo de interesses que a lei visa tutelar. No âmbito dos interesses particulares, é mister que o dano-evento tenha ocorrido no círculo dos interesses privados³⁰.

O fato jurídico ou o que se chama de incidência do fenômeno responsabilidade civil sempre será antijurídico. Isso se dá porque sua antijuridicidade decorre da presença do dano-evento e, em algumas hipóteses, também pela presença do ato ou atividade ilícita.

Na responsabilidade civil, a obrigação de indenizar pode decorrer das responsabilidades subjetiva, objetiva e contratual.

Na responsabilidade subjetiva, o ato será ilícito, mas isso não bastará para a responsabilidade civil. O resultado deste ato também precisa ser antijurídico e o será quando lesionar o direito ou algum interesse protegido de outrem.

Neste momento, cabe entender o teor do termo ilicitude da conduta. Para tanto, uma compreensão da culpa é essencial. Antes de tudo, cabe salientar que a culpa integra a conduta³¹. A culpa *lato sensu* é o elemento subjetivo da conduta, enquanto o comportamento humano exteriorizado em uma ação ou omissão é um dado objetivo. A culpa é estritamente subjetiva, observa-se o agente na situação específica.

Na própria idéia de culpa está implícita a presença da vontade. Sérgio Cavalieri Filho sobre o tema expõe:

²⁹ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Lisboa, tese, 1968, nº 88.

³⁰ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 539.

³¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 47. “Alguns autores, ao tratarem do primeiro pressuposto da responsabilidade civil extracontratual subjetiva, falam apenas da culpa. Parece-me, todavia, mais correto falar em conduta culposa, e isto porque a culpa, isolada e abstratamente considerada, só tem relevância conceitual. A culpa adquire relevância jurídica quando integra a conduta humana. É a conduta humana culposa, vale dizer, com as características de culpa que causa dano a outrem, ensejando o dever de repará-lo”.

“a vontade é o elemento subjetivo da conduta, sua carga de energia psíquica que impele o agente; é o impulso causal do comportamento humano. Esta, todavia, tem graus, pode atuar com maior ou menor intensidade. O ser humano pode querer mais ou menos, pode ter maior ou menor determinação no seu querer, mas sempre haverá um mínimo de vontade em sua conduta”³².

Assim, o agir pode ser intencional ou tencional, ambos em uma espécie de gradação voluntária. Desse modo, a conduta voluntária significa apenas que ela é dominável pela vontade, não necessariamente dominada ou controlada, isto é, embora o agir seja voluntário, o resultado pode não ser querido³³.

A importância dessas afirmações dá-se pela desmistificação de algumas noções clássicas. Muitos já afirmaram que a culpa era composta de dois elementos: um objetivo e outro subjetivo³⁴. O objetivo corresponderia ao dano-evento, pois seria a lesão a um direito de terceiro³⁵. O subjetivo seria o fato de prever ou ter a potencialidade de fazer tal aferição da lesão ou direito de outrem³⁶.

Outros, porém, viam a culpa como um ato violador do direito de outrem praticado com negligência e imprudência³⁷.

Há inclusive quem negue a diferenciação de culpa e ato ilícito ao afirmar que seria uma tautologia a tentativa de estabelecer uma dicotomia entre as duas expressões³⁸.

³² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 53.

³³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 53.

³⁴ Vide, por exemplo: DEMOGUE, René. *Traité des obligations en general*. t. III. Paris: Rousseau, 1923, p. 225 e seguintes, 242 e seguintes; HARVEN, Pierre de. *Mouvements généraux du droit civil belge contemporain, étude critique*, Bruxelles: Bruylant, 1928. p. 204; BIELSA, Rafael. *La culpa en los accidentes del trabajo, su estudio y critica en la ley argentina*. 2. ed. Buenos Aires: Lajovane, 1926, p. 25 e ss.; SCHIMIDT, Jean Charles. *Faute civile e faute pénale*. Paris: Recueil Sirey, 1928. p. 49 e seguintes; ESPÍNOLA, Eduardo. *Systema de direito civil brasileiro*. v. I. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1925, p. 594; entre outros.

³⁵ A correspondência aqui precisa ser feita com ressalvas, pois, para esta visão tradicional, o conceito de culpa, pelo seu elemento objetivo, abrangeria apenas a lesão ao direito.

³⁶ A noção de culpa aqui empregada é a de culpa em sentido estrito.

³⁷ DELIYANNIS, Jean. *La notion d'acte illicite, considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle*. Paris: LGDJ, 1952. p. 4 e ss.

³⁸ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; TUNC, Andre *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*. v. I. 2. ed. Paris: Sirey, 1934, p. 389.

Para Alvino Lima, a culpa é um dos elementos do ato ilícito. O autor afirma que este é um fenômeno complexo. A culpa seria um elemento distinto do fato lesivo ao direito de terceiro, mas teria o condão de passar para a órbita da responsabilidade civil a violação do direito de outrem, causadora de um dano³⁹.

Ocorre que essas concepções não merecem guarida. Realmente o ato ilícito é complexo. A complexidade advém da já mencionada noção de conduta. Para a responsabilidade civil, a conduta que se exterioriza em uma ação ou omissão é um dado objetivo e deve ser analisado dissociado da carga volitiva. Já o elemento subjetivo, ou seja, a vontade de praticar o ato corresponde a um dos pressupostos da idéia de culpa.

A culpa *lato sensu* abrange dois conceitos: o de culpa *stricto sensu* e o de dolo.

O dolo é a “vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado ilícito”⁴⁰. Ele tem como pressupostos a representação, o resultado e a consciência de sua ilicitude.

A culpa em sentido estrito, por sua vez, é o descumprimento voluntário do dever de cuidado imposto pelo direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível⁴¹. Do conceito é possível extrair alguns pressupostos: a voluntariedade do agir sem a intenção do resultado, a previsão ou previsibilidade e a falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção.

Ao se analisar criticamente os conceitos expostos, é possível perceber que, embora no dolo o resultado seja representável, ele não condiz com a conduta. Assim, uma coisa é afirmar que a pessoa, por exemplo, dirigiu em alta velocidade para atropelar um terceiro. Outra é confundir esse agir com o resultado danoso, ou seja, a lesão efetiva ao direito daquela pessoa e o dano-prejuízo causado.

Da mesma forma ocorre com culpa em sentido estrito. Se uma pessoa conduz um automóvel voluntariamente com velocidade acima do permitido, atingindo um pedestre, e o resultado, mesmo não querido, ocorrer e tiver sido previsível, o condutor deve indenizar. Mas a

³⁹ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 53-54.

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 55.

⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 59. O autor fala em conduta voluntária, o que parece uma tautologia, pois parece que a idéia de conduta que ele

precisão das noções precisa ser completa. A violação do dever está no conduzir em excesso de velocidade. O resultado lesão ao direito e dano-prejuízo é totalmente diverso da conduta.

Confundir o descumprimento de um dever com a violação de um direito subjetivo parece ser um equívoco. Como se verá, a todo direito subjetivo há um dever correspondente, mas confundir o dever com o direito é um erro. Além disso, há deveres que não correspondem a direito subjetivo, são impostos pelo direito objetivo. Basta observar a regra que determina um limite de velocidade para uma certa via. Ela não tem correspondência em um direito subjetivo. Seu descumprimento pode acarretar a presença da culpa. Já a análise do dano-evento é posterior. O foco estará no direito de terceiro ou no interesse protegido por uma norma jurídica.

Na responsabilidade objetiva, o ato ou fato poderá ser inclusive lícito, mas o resultado, ou seja, o dano-evento sempre será antijurídico. Nela, a conduta apresenta apenas o elemento objetivo, que é a ação ou omissão. Dispensa-se o subjetivo. Contudo, o dano-evento deverá sempre estar presente. Sem o dano-evento não há que se falar em responsabilidade civil. Agora, afirmar que a conduta possa ser lícita não significa dizer que a responsabilidade objetiva como um fato jurídico também o seja. Ela será sempre ilícita, pois pelo menos o dano-evento como elemento integrante do fenômeno dano, pressuposto da responsabilidade objetiva, sempre deverá estar presente. Logo, para essa hipótese, será o dano-evento que gerará a antijuridicidade do fato jurídico.

Na responsabilidade contratual, o ato poderá ter origem em um cumprimento ou em descumprimento do contrato, mas o dano-evento sempre será antijurídico. Na violação positiva do contrato, a conduta será de acordo com este no que diz respeito ao seu cumprimento, e mesmo assim a conduta poderá ensejar a responsabilidade civil. De qualquer forma, mesmo na violação positiva do contrato, o fato jurídico será ilícito por causa do dano-evento.

A violação do contrato pode ocorrer de três formas, e duas delas são diretas e mais conhecidas: pelo puro e simples descumprimento da prestação; pela impossibilidade culposa da

quer empregar neste momento é aquela mencionada do elemento objetivo e a voluntariedade faz parte do elemento subjetivo da conduta.

prestação; pela violação positiva do contrato⁴². As duas primeiras são as consagradas e comumente referidas, já a terceira merece um estudo mais detalhado⁴³.

A violação positiva do contrato é a hipótese do cumprimento defeituoso e pode ocorrer pelo mau cumprimento da prestação principal, pelo não-cumprimento dos deveres acessórios e pelo não-cumprimento de prestações secundárias⁴⁴. Isso acontece por que o cumprimento do principal teoricamente geraria o regular adimplemento da obrigação. Com a violação positiva do contrato, há o cumprimento, mas este é defeituoso. Quando há o cumprimento do principal e o não-cumprimento de algum dever ou prestação acessória, não há que se falar também em descumprimento total, há a violação positiva do contrato⁴⁵.

Como se viu, não importa à qual hipótese de responsabilidade civil se refira; ao considerá-la fato jurídico, será sempre antijurídica, pois o dano-evento assim o é. Isso ocorre mesmo que a conduta seja lícita.

2.4. A ilicitude do dano-evento

O dano-evento sempre será contrário ao direito. Para a sua caracterização, como já foi observado, basta o elemento objetivo do ilícito, ou seja, a contrariedade ao direito.

Isso ocorre porque a voluntariedade está na conduta. O dano é sempre o resultado. Ele pode até ser querido, mas a voluntariedade não faz parte do seu conceito.

⁴² CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Violação positiva do contrato*. In Antônio Manuel da Rocha Menezes Cordeiro, *Estudos de Direito Civil*. v. I. Coimbra: Almedina, 1994, p. 130-131.

⁴³ O tema da violação positiva do contrato mereceria uma monografia e é extremamente amplo. Aqui apenas será fornecida as linhas mestras para o entendimento da questão tendo como foco a compreensão do dano-evento.

⁴⁴ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Violação positiva do contrato*. In Antônio Manuel da Rocha Menezes Cordeiro, *Estudos de Direito Civil*. v. I. Coimbra: Almedina, 1994, p. 134.

Daí se afirmar que para o dano-evento, para a caracterização do ilícito, basta a contrariedade ao direito.

O dano-evento será então uma espécie de “filtro” que selecionará quais danos merecem ser ressarcidos⁴⁶. Isso ocorrerá em diversos ordenamentos.

O nosso Código fala apenas na violação ao direito (art. 186. Aquele que por ação ou omissão, negligência ou imprudência, **violar direito** e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito).

Resta a dúvida se seria possível falar apenas na violação ao direito subjetivo (interpretação literal do dispositivo) ou se outras formas de ilícito estariam abrangidas pelo ordenamento brasileiro no tocante à responsabilidade civil extracontratual.

Para tanto, uma breve verificação comparativa parece ser relevante.

O art. 1.382, do Código Civil francês, prevê que responde pelo dano aquele que age com *faute*⁴⁷. Faz-se necessária a noção de *faute* para a completa inteção do dispositivo, pois ela é o único pressuposto da imputação delitual para o direito francês⁴⁸. Todavia, por se tratar de um conceito ambíguo, Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro observa que ele abrange “no seu funcionamento, a ilicitude, a culpa e o nexo causal”⁴⁹. Esse entendimento, aliás, é recorrente na doutrina. Rita Amaral Cabral, por exemplo, observa que o conceito de *faute* abrange o elemento objetivo (*illicite*) e o elemento subjetivo (*imputabilité*) como resultado da interpretação dos arts. 1.382 e 1.383 do *Code Civil*⁵⁰.

⁴⁵ Não será esgotado o tema com a análise da violação positiva do contrato nas fases contratual e pós-contratual.

⁴⁶ VASCONCELOS, Maria João Sarmiento Pestana de. *Algumas Questões sobre a Ressarcibilidade Delitual de Danos Patrimoniais Puros no Ordenamento Jurídico Português*. In *Novas Tendências da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 153.

⁴⁷ Art. 1.382. “*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*”. (“Todo ato, qualquer que seja, de um homem que causar a outrem um dano, obriga aquele, se por culpa ele veio a acontecer, a repará-lo”).

⁴⁸ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*. Lex: Lisboa, 1997, p. 428.

⁴⁹ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*. Lex: Lisboa, 1997, p. 430.

⁵⁰ CABRAL, Rita Amaral. *A tutela Delitual do Direito de Crédito*. In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001, p. 1041 (nota 48). Cabe aqui a observação de que para a autora a ilicitude abrange apenas a parte objetiva, isto é, contrariedade ao direito. Todavia, de acordo com o conceito utilizado por Marcos Bernardes de Mello (*Teoria do Fato Jurídico, Plano da Existência*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 197 e ss.) a contrariedade ao direito é apenas um dos elementos do ilícito, pois a imputabilidade também faz parte de sua existência.

O Código Civil português, no art. 483, difere substancialmente do Código francês, no art. 1.382. O art. 483 é expresso ao distinguir a necessidade da culpa e da violação ilícita do direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios.

De acordo com Adriano Paes da Silva Vaz Serra, a opção do legislador português já era clara mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil português de 1966. Tendo em vista apenas o anteprojeto, o autor já identificou a opção clara do legislador em não adotar uma grande cláusula geral, semelhante ao art. 1.382 do Código francês. O fundamento era evitar o “inconveniente de deixar, em certa medida dependente do arbítrio judicial a qualificação de alguns factos como ilícitos geradores de responsabilidade, sujeitando, assim, os particulares à surpresa de uma responsabilidade com que não contavam nem tinham de contar”⁵¹.

Foi justamente o receio de se delegar à jurisprudência o encargo de se limitar os ilícitos passíveis de gerar a reparação civil que fizeram com que o legislador rejeitasse a adoção de uma cláusula geral ampla. O escopo era garantir a segurança jurídica e a previsibilidade das soluções⁵². O legislador assumiu, portanto, a tarefa de identificar e restringir as chamadas “situações básicas de responsabilidade”⁵³.

Como se verá, o legislador português de 1966 foi mais preciso que o da época do chamado Código de Seabra, na esteira no Código Civil alemão⁵⁴. Ele especificou a independência da culpa em relação à ilicitude e enumerou as duas formas principais pela qual ela se configura⁵⁵.

⁵¹ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Requisitos da Responsabilidade Civil*. BMJ, nº 92 (1960), pp. 67-68.

⁵² VASCONCELOS, Maria João Sarmento Pestana de. *Algumas Questões sobre a Ressarcibilidade Delitual de Danos Patrimoniais Puros no Ordenamento Jurídico Português*. In *Novas Tendências da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 158.

⁵³ O termo “situações básicas de responsabilidade” foi utilizado por FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Contrato de Deveres de Protecção*. Almedina: Coimbra, 1995, pp. 136-137 (nota 273). Na obra, o autor defende que a limitação dos danos indenizáveis se dá por meio do legislador e se traduz pela violação do direito de outrem ou na violação de uma disposição de protecção. O autor peca, no entanto, a não considerar que uma violação ao interesse passível de gerar indenização não seria um ilícito, apenas uma violação a uma disposição de protecção. Todavia, diversas são as formas de ilícito e não somente a violação de um direito subjetivo demonstra a sua ocorrência.

⁵⁴ O Código Civil português, atualmente em vigor, é datado de 25 de novembro de 1966. Ele entrou em vigor em 01 de junho de 1967. É também conhecido como “Código de Varela” em homenagem ao jurista João De Matos Antunes Varela que presidiu a equipe de professores responsáveis pela elaboração do anteprojeto e redação final. O Código Civil português anterior, datado de 1867, foi elaborado pelo Visconde de Seabra. Daí a denominação: “Código de Seabra”.

⁵⁵ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Requisitos da Responsabilidade Civil*. In BMJ nº 92 (1960), pp. 37 e ss.

De fato, o Código de Seabra falava apenas em violação ao direito no art. 2.361⁵⁶. A ilicitude ocorreria apenas na violação de um direito subjetivo de outra pessoa. O atual faz uma bipartição: a primeira parte do art. 483, nº 1, afirma a violação de um direito de outrem; a segunda parte do art. 483, nº 1, por sua vez, defende a ilicitude como violação de um dispositivo legal destinado a proteção de interesses alheios.

Uma interpretação literal do art. 2.361, do Código de Seabra, poderia levar ao inconveniente de somente se poder obrigar à reparação do dano quando houver o revestimento de violação do direito. Assim, não bastava, na época, a prática de um fato lesivo a interesses alheios, nem mesmo a violação de qualquer norma jurídica que somente indiretamente ou de maneira reflexa os tutelassem⁵⁷. Sobre o tema, aliás, bem lembra Fernando Pessoa Jorge que a maior parte da doutrina quando do início da vigência do Código somente aceitava a responsabilidade civil com a violação de direitos subjetivos. O fundamento era que a proteção genérica de uma categoria de pessoas, por exemplo, não atribuía à individualidade qualquer proteção específica. Desta forma, a situação desfavorável gerada pela violação da norma não tinha o condão de gerar uma “injustiça” suficiente para se atribuir ao lesando o dever de reparar os prejuízos causados⁵⁸.

Todavia, mesmo sobre a vigência do Código de Seabra iniciou-se uma insurgência quanto à limitação da reparação civil apenas para as hipóteses de violação à direitos subjetivos. Neste ponto, João de Matos Antunes Varela lembra o teor do art. 28, do Decreto nº 3217, que versava sobre a responsabilidade dos médicos: “o médico que como tal causar, dolosa ou culposamente, um dano injusto a outrem, constitui-se na obrigação de o reparar”. É claro que o termo “dano injusto”, feito claramente ao modelo italiano, não é dos mais precisos. O autor chega a falar que seria o mesmo que deixar o dispositivo em branco, mas deixa evidente o pensamento da época de se ampliar as hipóteses legais de ilicitude⁵⁹.

⁵⁶ “Todo aquele que, viola ou ofende os direitos de outrem, constitui-se na obrigação de indemnizar o lesado (...)”.

⁵⁷ VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. v. I. 10ª ed. Almedina: Coimbra, 2003, p. 530.

⁵⁸ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Almedina: Coimbra, 1999, p. 294.

⁵⁹ VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. v. I. 10ª ed. Almedina: Coimbra, 2003, pp. 531-532.

A opção legislativa portuguesa de 1966 não é semelhante à francesa e italiana⁶⁰, que optaram por estabelecer uma cláusula aberta para o conceito, mas também não se aproxima do extremo alemão que no §823, I, do BGB⁶¹, enumeram os bens jurídicos tutelados⁶².

Há duas correntes sobre as semelhanças e diferenças entre o Código Civil português de 1966 e o alemão.

Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada é um dos representantes da primeira corrente. O autor não salienta grandes diferenças entre o dispositivo português e o alemão. Apenas ressalta que enquanto o Código português prefere tratar de forma genérica do tema ao se referir apenas a direito e violação de norma protetiva de interesse, o alemão elenca abertamente os direitos protegidos⁶³.

A segunda corrente tem como adepta Rita Amaral Cabral que defende ser a referida diferença essencial. Para a autora, o direito português se filia “inequivocamente à classe dos ordenamentos que recusam o princípio da enumeração dos bens tutelados”. Ela vai além e elogia a opção feita pelo art. 483, pois não apresenta o inconveniente de se optar pela enumeração que poderia não abranger todos os casos de violações merecedoras de tutela⁶⁴ e evidencia qual foi a técnica utilizada pelo legislador. Ele teria feito previsão genérica para evitar os inconvenientes da enumeração, mas ao mesmo tempo evitou utilizar um conceito vago⁶⁵. Teria garantido a adaptabilidade do ordenamento sem sacrificar a segurança jurídica⁶⁶.

⁶⁰ A análise do direito italiano será feita a seguir.

⁶¹ Far-se-á a análise do direito alemão nos parágrafos seguintes.

⁶² VASCONCELOS, Maria João Sarmento Pestana de. *Algumas Questões sobre a Ressarcibilidade Delitual de Danos Patrimoniais Puros no Ordenamento Jurídico Português*. In *Novas Tendências da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 160.

⁶³ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Contrato de Deveres de Protecção*. Almedina: Coimbra, 1995, p. 135 (nota 269).

⁶⁴ De qualquer forma, somente pelo fato de se optar por uma enumeração não significa que ela trará o inconveniente de não abranger todas as hipóteses merecedoras de tutela. É perfeitamente possível que ela seja meramente exemplificativa. Os exemplos na legislação brasileira são muitos, mas, desde logo, pode-se lembrar do art. 25, da Lei 8.666/93, que ao tratar da inexigibilidade de licitação enumera três hipóteses meramente exemplificativas que não esgotam as possibilidades de contratação direta por parte do Administrador público quando a competição for inviável.

⁶⁵ CABRAL, Rita Amaral. *A tutela Delitual do Direito de Crédito*. In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001, pp. 1040-1041.

⁶⁶ VASCONCELOS, Maria João Sarmento Pestana de. *Algumas Questões sobre a Ressarcibilidade Delitual de Danos Patrimoniais Puros no Ordenamento Jurídico Português*. In *Novas Tendências da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 161. A autora interpreta Rita Amaral Cabral, porém, filia-se à primeira corrente de Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada: “Pensamos que a razão está com Carneiro da Frada. Na verdade, não nos parece que o facto de o nosso legislador, diferentemente do legislador alemão, ter feito uma referência genérica à “... violação do direito de outrem...”, prescindindo, assim, de uma

Resta ainda a análise mais pormenorizada da solução alemã, mesmo porque já foi feita uma análise comparativa em relação ao direito português⁶⁷.

A norma central no ordenamento alemão no tocante à responsabilidade civil é o §823, do BGB, que expressamente dispõe que o dever de indenizar recai sobre “aquele que dolosa ou negligentemente, violar ilicitamente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou outro direito de outrem, ...”. O §823, II, acrescenta que a mesma obrigação de indenizar recai sobre aquele que atentar contra uma lei visando a proteção de outrem (...). Finalmente, o §3º protege os danos causados com ofensa aos bons costumes⁶⁸.

Como é possível observar, em relação ao Código francês, o BGB atua com uma dupla cautela⁶⁹. Primeiro, há uma autonomia da ilicitude em relação à culpa⁷⁰. Segundo, são especificadas as condutas ilícitas por meio de três cláusulas que concretizam as condutas ilícitas. Com isso, evitar-se-ia uma extensão ilimitada da responsabilidade e o poder extremo ao juiz⁷¹.

O Código italiano trata da hipótese no art. 2043 ao estabelecer que “qualquer fato doloso ou culposos, que causa a outrem um dano injusto, obriga aquele que cometeu o fato a reparar o dano”.

enumeração dos bens jurídicos protegidos, semelhante à consagrada no § 823/I do BGB, represente uma diferença essencial...”.

No mesmo sentido CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*. Lex: Lisboa, 1997, pp. 468 e ss. Com a ressalva de que a generalidade do Código português dar-se-ia pela utilização da palavra “direito” sem qualquer restrição, que significaria uma proposital ampliação em relação ao §823, do BGB. O autor afirma que o modelo português se filia ao germânico, tendo como contraposição o francês que não distinguia a culpa do ilícito. Isso, contudo, somente ocorreria para a responsabilidade extracontratual. No que se refere à contratual, o modelo francês seria o parâmetro, pois o termo culpa equivaleria à *faute*, do art. 1382, do Code.

Como é possível perceber, para Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro há uma visão bipartida da responsabilidade (contratual e extracontratual). Essa é uma mudança de posicionamento do mesmo autor, pois a abordagem unitária era a padrão em sua obra *Direito das Obrigações*. v. II. AAFDL: Lisboa, 2001, pp. 273 e ss.

⁶⁷ Embora não seja o método mais adequado, o estudo da solução alemã será feito a partir de autores portugueses, italianos e franceses, pelo não domínio da língua tedesca por parte do pesquisador.

⁶⁸ As traduções do Código alemão foram retiradas do artigo de VASCONCELOS, Maria João Sarmento Pestana de. *Algumas Questões sobre a Ressarcibilidade Delitual de Danos Patrimoniais Puros no Ordenamento Jurídico Português*. In *Novas Tendências da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 154-155.

⁶⁹ VASCONCELOS, Maria João Sarmento Pestana de. *Algumas Questões sobre a Ressarcibilidade Delitual de Danos Patrimoniais Puros no Ordenamento Jurídico Português*. In *Novas Tendências da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 155. Vide também: CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*. Lex: Lisboa, 1997, p. 436.

⁷⁰ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*. Lex: Lisboa, 1997, p. 416. A distinção entre a ilicitude e a culpa, comum nos sistemas romanos sob a influência germânica, não existia no direito romano clássico, pois o conceito de injúria tinha como espécie a culpa.

⁷¹ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Requisitos da Responsabilidade Civil*. BMJ, nº 92 (1960), p. 44.

Comumente entende-se que a norma representa uma cláusula geral, atribuindo ao juiz o papel de valoração e seleção dos interesses merecedores de tutela⁷². Seria uma espécie de tipicidade atribuída à jurisprudência com a utilização do “dano injusto” como uma cláusula geral⁷³. Tal idéia, contudo, não representa consenso na doutrina civilística⁷⁴. Carlo Castronovo, por exemplo, defende que o art. 2043 trata de uma etapa na evolução na atribuição típica do ilícito, recusando assim a noção de cláusula geral⁷⁵.

A grande inovação do direito italiano é também a que gera a maior polêmica. No art. 2043, há o expresse deslocamento da ilicitude da conduta para o dano⁷⁶. A maioria da doutrina critica o dispositivo, não percebendo a sua extrema utilidade.

João de Matos Antunes Varela, por exemplo, percebe a opção do legislador em atribuir ilicitude ao dano, mas a considera inconveniente⁷⁷. Ela se daria por haver um deslocamento da ilicitude do fato para o dano. O autor observa que a conduta é o fato em si mesmo considerado e o dano é o efeito dessa conduta. Para tanto, exemplifica com o exemplo da calúnia ou injúria, uma coisa é se afirmar que uma pessoa cometeu um crime ou ofender a sua honra. Outra totalmente diferente são os efeitos que essa afirmação gera e produz⁷⁸.

Não percebem o autor e os críticos do Código italiano que o dispositivo deixa claro os dois ilícitos possíveis na responsabilidade civil que geram o fato jurídico “ilícito” causador de dano. A ilicitude da conduta é independente da ilicitude do dano e têm até pressupostos diversos. A conduta exige a violação do direito, como elemento objetivo, e a imputabilidade, como elemento subjetivo; ao se falar no ilícito do dano, que sempre ocorrerá,

⁷² VISINTINI, Giovanna. *La tecnica della responsabilità civile nel quadro di civil law*. In *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*. Anno XI. 1995. Parte II, pp. 51 e ss e 55-56.

⁷³ VISINTINI, Giovanna. *Trattato Breve della Responsabilità Civile*. 2ª ed. Padova: CEDAM, 1999, pp. 371 e ss.

⁷⁴ VASCONCELOS, Maria João Sarmento Pestana de. *Algumas Questões sobre a Ressarcibilidade Delitual de Danos Patrimoniais Puros no Ordenamento Jurídico Português*. In *Novas Tendências da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 157, nota 32.

⁷⁵ CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1997, p. 119.

⁷⁶ VASCONCELOS, Maria João Sarmento Pestana de. *Algumas Questões sobre a Ressarcibilidade Delitual de Danos Patrimoniais Puros no Ordenamento Jurídico Português*. In *Novas Tendências da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 156, nota 30.

⁷⁷ VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. v. I. 10ª ed. Almedina: Coimbra, 2003, p. 532.

⁷⁸ VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. v. I. 10ª ed. Almedina: Coimbra, 2003, p. 532. “Uma coisa é, com efeito, a calúnia ou a injúria (a afirmação de um facto que fere a honra ou afecta o bom nome de uma pessoa) e outra o dano que a calúnia ou injúria causou (o despedimento do empregado; a perda da clientela; o rompimento do noivado; etc). E a ilicitude reporta-se ao facto do agente, à sua actuação, não ao efeito (danoso) que dele promana, embora a ilicitude do facto possa provir (e provenha até as mais das vezes) do resultado (lesão ou ameaça de lesão de certos valores tutelados pelo direito) que ele produz”.

exige-se apenas a violação ao direito, representado pela ofensa a um direito subjetivo ou a um interesse juridicamente relevante.

É justamente a determinação clara do ilícito do dano que torna possível o surgimento da teoria do dano-evento e do dano-prejuízo. Giovanna Visintini, por exemplo, fala que o dano pode ser uma violação ao interesse (dano-evento) ou o prejuízo ressarcível (dano-prejuízo).

O dano injusto expressa uma polêmica também por poder representar a violação de um interesse para alguns e para outros apenas lesão a um direito subjetivo⁷⁹. De qualquer forma, o relevante é a observância da ocorrência do ilícito do dano.

Resumidamente, notam-se diversas técnicas legislativas utilizadas pelos legisladores francês, português, alemão e italiano. O legislador francês dispôs apenas sobre uma idéia geral, a *faute*, que funde os conceitos de ilícito e culpa. O alemão separou o ilícito da culpa com uma enumeração específica dos bens jurídicos tutelados. O português limitou o conceito de culpa, mas de forma aberta sem a enumeração dos bens. Já o italiano, embora tenha se utilizado de um termo amplo, trouxe a idéia expressa da ilicitude do dano⁸⁰.

O direito brasileiro adotou uma postura semelhante ao direito português no art. 186 ao prescrever que “aquele que por ação ou omissão (...) violar direito” e causar dano a outrem comete ato ilícito.

Todavia, o legislador foi extremamente contido ao prever apenas a violação de direito como pressuposto do ilícito. Era uma visão presente ainda no Código de Seabra, no art. 2.361. Todavia, mesmo quando da sua vigência já se percebeu que não se poderia limitar a indenização às hipóteses de lesão a direitos subjetivos.

Como se verá, existem hipóteses em que há apenas violação de interesse sem que haja violação a direito subjetivo e a pretensão ressarcitória é possível.

⁷⁹

VASCONCELOS, Maria João Sarmiento Pestana de. *Algumas Questões sobre a Ressarcibilidade Delitual de Danos Patrimoniais Puros no Ordenamento Jurídico Português*. In *Novas Tendências da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 156, nota 31. “Assim, por exemplo, enquanto que alguns autores entendem que “dano injusto” é o resultado da violação de um interesse alheio tutelado pelo direito, ainda que não sob a forma de um direito subjectivo, outros defendem que o “dano injusto” pressupõe a lesão de um interesse subjectivo”.

⁸⁰

A separação entre as técnicas legislativas utilizadas não é pacífica. Nesse trabalho preferiu-se separar as diferentes abordagens da matéria. Mas há quem separe em apenas dois grupos: o alemão e português de um lado e o francês e italiano do outro. Vide, por exemplo: VASCONCELOS, Maria João Sarmiento Pestana de.

Não houve também expressa previsão para o ilícito do dano, tal qual o direito italiano. De qualquer forma, sendo o dano-evento um dos aspectos do dano, não há como negar a sua presença para o direito brasileiro.

2.5. Dano-evento direto

O dano-evento direto é a lesão a um direito subjetivo ou a uma norma jurídica que protege um determinado interesse.

2.6. Direito subjetivo e dano-evento

Como já afirmamos, o dano-evento pode ser encarado como lesão ao direito subjetivo. É preciso, contudo, saber o que se quer dizer com essa afirmação. Para tanto, a concepção de direito subjetivo adotada precisa ser estabelecida.

Antes de tudo, porém, cabe ressaltar a questão de se o direito subjetivo é um dado em si ou se encontra seu fundamento no direito objetivo.

Algumas Questões sobre a Ressarcibilidade Delitual de Danos Patrimoniais Puros no Ordenamento Jurídico Português. In *Novas Tendências da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 157.

A doutrina clássica costuma observar que o direito subjetivo encontra seu fundamento no objetivo. Para tanto, basta observar Gofredo Telles Júnior para quem “o termo Direito Subjetivo designa uma permissão. Designa uma permissão para o uso de faculdades humanas⁸¹. Mas é uma permissão específica, estritamente qualificada (...). É, também, o nome “coletivo” do conjunto de tais permissões.

Os direitos subjetivos se definem: permissões dadas por meio de normas jurídicas.

São autorizações, fundadas no Direito Objetivo para o uso das faculdades humanas”⁸².

O fundamento do direito subjetivo para outra parcela da doutrina está na idéia de liberdade, essencial para se afirmar que o direito subjetivo é uma realidade em si.

A primeira noção de direito subjetivo sistematicamente considerado pode ser atribuída à teoria individualista.

A doutrina individualista tem como origem remota o século XVI e teve seu auge no século XVIII, com Locke, Rousseau e as declarações de direitos da época revolucionária, particularmente a da França, de 1789⁸³ e, posteriormente, o Código de Napoleão⁸⁴.

⁸¹ A distinção entre faculdade e direito subjetivo é evidente. Como bem observa MONATERI, Pier Giuseppe. *Diritto sogettivo*. In *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile, Diritto Civile, Diritto Processuale Civile, Diritto di Famiglia e Minorile, Diritto Internazionale Privato, Diritto Privato Comparato, Diritto Comunitario, Diritto Agrario Diritto Canonico, Teoria Generale del Diritto*, v. VI. Torino: UTET, s.d., p. 421, as faculdades não se confundem com os direitos subjetivos e para tanto basta o exemplo clássico do direito de propriedade, que é um direito subjetivo. Ele não se confunde com as faculdades de usar, fruir e dispor, que são parte do seu conteúdo. Isso está claro no seguinte trecho do autor: “*Ciò rimane vero anche se si nota talvolta che il termine “diritto” viene usato per designare le facoltà, come nelle locuzioni “diritto del proprietario di godere della cosa, di alienarla, ecc (...) Il diritto di proprietà continua a sussistere anche se il proprietario ha ceduto ad altri la facoltà di godere della cosa*”. No trecho citado, o autor observa que muitas vezes o termo direito subjetivo é utilizado como faculdade, mas não deve ser confundido com ele. Isso fica claro ao se observar que o direito de propriedade permanece mesmo quando não há a faculdade de dispor da coisa.

⁸² TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 255. O autor trabalha com a noção de permissões jurídicas. Ele afirma que os direitos subjetivos não seriam simplesmente faculdades, pois estas independeriam do Direito, seriam dadas pela natureza (uma espécie de direito natural). Não seria também “poder da vontade”, porque a permissão jurídica pode existir sem que a *facultas agendi* exista, como ocorre com incapazes, por exemplo, crianças e pessoas portadoras de deficiência. Também não seria um interesse juridicamente protegido, pois este pressupõe utilidade e vantagem. Não se trataria também de direito, mas objeto de direito, porque representam bens, ou seja, algo de que as pessoas se utilizam. Para o autor, seriam permissões dadas por meio de qualquer espécie de norma jurídica, como leis, contratos, testamentos, entre outros. O ato ilícito sobre tal visão seria toda ação ou omissão que, violando norma jurídica, impede ou perturba o uso de um direito subjetivo. Comentando o autor, TESHEINER, José Maria Rosa. *Ação e direito subjetivo*. In *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, v. 31, Ribeirão Preto, 2002, p. 11-23, afirma que para Goffredo Telles Júnior constitui direito subjetivo “todo ato permitido, por norma legal ou negocial, excetuadas as meras liberalidades”. Também seriam direitos subjetivos os atos devidos, que integram a categoria dos direitos-função. Finalmente José Maria Rosa Tesheiner afirma que se trata “de um conceito amplo de direito subjetivo, tal como se vê na legislação, em

Para essa teoria, o homem teria direitos pelo fato de ser membro da espécie humana. Os direitos seriam anteriores à sociedade. O ordenamento jurídico apenas asseguraria seu exercício. O fundamento de tal doutrina é o ser humano individual, livre e autônomo. Ela parte da noção do pacto social, em que o homem após celebrar o pacto, conservaria sua autonomia e os poderes a ela inerentes, o que resultaria na previsão de direitos subjetivos. O direito objetivo seria derivado. O substrato de tudo seria a noção de autonomia da pessoa humana e o direito objetivo teria como função precípua a assecuração de direitos subjetivos. Desta forma, a limitação dos direitos subjetivos só teria sentido se fosse um meio de garantia e proteção da autonomia geral. Como há a premissa de igualdade de todos, as restrições também deveriam ser iguais. Outra noção importante de tal teoria é que o direito objetivo seria o mesmo em todos os tempos e países, pois seria fundado em direitos naturais. Para os adeptos da teoria, existiria um direito ideal, absoluto e natural, que as sociedades se aproximariam cada vez mais. A busca do direito ideal seria sempre ascendente, pois mesmo tendo momentos de parada ou recuo tal escopo sempre seria almejado⁸⁵.

A doutrina individualista é indefensável. O homem jamais existiu só. Ele é um ser em sociedade⁸⁶. Como ser isolado não faz sentido falar em direitos subjetivos, porque estes pressupõem relação com o outro⁸⁷. Tal doutrina pode ser considerada como um fato social que inspirou o Código de Napoleão e permitiu pela primeira vez se falar em limitação dos poderes do

expressões como o "direito de ir e vir". A tal direito corresponde a obrigação de todos, de não impedir a prática do ato permitido ou ordenado pelo sistema jurídico".

⁸³

A idéia básica está expressa nos arts. 1º, 2º e 3º da Declaração de Direitos.

Art. 1º. Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos.

Art. 2º. O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem.

Art. 3º. O exercício dos direitos naturais de cada um não têm limites senão os necessários para que os demais membros da sociedade gozem desses mesmos direitos.

⁸⁴

TESHEINER, José Maria Rosa. *Ação e direito subjetivo*. In *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, v. 31, Ribeirão Preto, 2002, p. 11-23.

⁸⁵

TESHEINER, José Maria Rosa. *Ação e direito subjetivo*. In *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, v. 31, Ribeirão Preto, 2002, p. 11-23.

⁸⁶

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *O Direito como Sistema Complexo e de 2ª Ordem; sua Autonomia, Ato nulo e Ato Ilícito, Diferença de Espírito entre Responsabilidade Civil e Penal, Necessidade de Prejuízo para Haver Direito de Indenização na Responsabilidade Civil*. In Antonio Junqueira de Azevedo, *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 26-27. "O direito é um sistema complexo(...). Além de complexo, o sistema jurídico é de 2ª ordem, isto é, sua existência está em função do sistema maior, o social; apesar disso, tem ele identidade própria e, por força dessa identidade, é relativamente autônomo (tem autonomia operacional)...". É justamente por ser o direito um sistema derivado do social, que não dá para se conceber uma posição que considere o homem como algo extremamente individual, isolado da sociedade.

⁸⁷

TESHEINER, José Maria Rosa. *Ação e direito subjetivo*. In *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, v. 31, Ribeirão Preto, 2002, p. 11-23.

Estado. Mesmo não sendo defensável, cabe salientar que muitas de suas afirmações ainda permanecem presentes⁸⁸.

Ela é a origem, por exemplo, da chamada teoria da vontade, que fez surgir a chamada dogmática do direito subjetivo. Ela iniciou-se com Friedrich Karl von Savigny, para quem o direito subjetivo seria o poder de vontade como expressão da liberdade humana. A idéia exposta, contudo, não é meramente casual nem ao menos isolada como bem observa Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro para quem todo o direito civil está baseado na vontade humana⁸⁹.

Para Friedrich Karl von Savigny, o direito é um poder do indivíduo. No entorno desse poder está a vontade humana. Para ele, a essa vontade, poder do indivíduo, dá-se o nome de direito, no sentido subjetivo. Para cada relação entre as pessoas dá-se o nome de direito subjetivo. Tal relação seria regulada por uma regra jurídica que permite ao indivíduo agir independentemente de qualquer vontade alheia⁹⁰.

Dessa forma, a fórmula seria um próprio *arché*⁹¹ (sentido aristotélico) ou *Logos* (sentido estóico) do direito civil. Isso porque explicaria o “modo de ser da totalidade das coisas num determinado setor da vida”⁹².

Partindo dessa premissa e de que a idéia de livre-arbítrio é imanente a de liberdade, a vontade seria, pelo menos em tese, um fundamento para o direito subjetivo. A teoria da vontade prevê justamente isso. O direito subjetivo seria a vontade⁹³ livre e juridicamente protegida.

⁸⁸ DUGUIT, Pierre Marie Nicola Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 3. ed. t. I. Paris: Boccard, 1927, pp. 202-204.

⁸⁹ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Obligationenrecht*. Tradução italiana de Giovanni Pacchioni. *Le obbligazioni*. v. I. Torino: Utet, 1912. p. 149.

⁹⁰ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen römischen rechts*. Tradução espanhola de Jacinto Mesía e Manuel Poley. *Sistema del Derecho romano actual*. 2. ed. t. I. Madrid: Góngora, s/d., p. 64.

⁹¹ MICHELON, Cláudio. *Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado*. In *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. v. 21. Porto Alegre: Sulina, 2002. p. 101-112.

⁹² COSTA, Judith Martins. *Notas sobre o princípio da função social dos contratos*. Disponível em: <<http://www.realeadvogados.com.br/pdf/judith.pdf>>.

⁹³ Vontade com a identificação do poder e domínio sobre ela. WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Tradução de Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. *Diritto delle Pandette*. v. I. Torino: Utet, 1925, §§ 37 e ss.

Complementando a exposição de Friedrich Karl Savigny, Bernard Windscheid expõe que o direito é uma faculdade no seu aspecto subjetivo com dois sentidos básicos⁹⁴.

O primeiro seria um direito a um dado comportamento, ato ou omissão de outrem. Assim, ocorrido certo fato, o ordenamento jurídico determinaria certo comportamento. O preceito seria de livre disposição do favorecido.

O segundo sentido indica que a vontade do titular é cabal para o nascimento, extinção ou modificação dos direitos, como ocorre, por exemplo, na alienação do bem pelo proprietário e na cessão de crédito. A vontade neste ponto é decisiva para a existência dos preceitos na ordem jurídica.

Tendo como foco essas duas idéias, o autor conceitua direito subjetivo como o poder de vontade concedido pela ordem jurídica. Cabe ressaltar que para a teoria não é porque o ordenamento jurídico assegura meios coativos para o exercício do direito que eles integram o próprio conceito de direito subjetivo. Mesmo que eles sejam desprovidos de meios coativos seriam direitos subjetivos imperfeitos⁹⁵.

A teoria da vontade não explica algumas situações. Isso, aliás, já foi analisado por Clóvis Beviláqua ao observar que o próprio Bernard Windscheid reconheceu as críticas de Jhering e Thon, embora não tivesse abandonado a teoria. Thon destrói a teoria ao observar que a vontade imperante no direito subjetivo é da ordem jurídica e não do titular⁹⁶.

De fato, como em seu próprio conceito está a idéia de vontade livre, pressupõe-se que ela não seja viciada e que o agente seja capaz. Contudo, ela não explica, por exemplo, o fato de um enfermo mental ou de uma criança terem direito subjetivo, mesmo sendo irrelevante a sua vontade.

Como contraponto a esta teoria, apareceu outra: a da garantia. O fundamento é justamente a garantia judiciária das relações jurídicas. “O direito subjetivo nada mais é do que

⁹⁴ WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Tradução de Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. *Diritto delle Pandette*. v. I. Torino: Utet, 1925, §§ 37 e ss.

⁹⁵ TESHEINER, José Maria Rosa. *Ação e direito subjetivo*. In *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, v. 31, Ribeirão Preto, 2002, p. 11-23.

⁹⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Subjetivo*. In *Archivo Judiciário* (10), abr-jun-1929, pp. 155-164. “Se há uma vontade da ordem jurídica, nessa é que se acha a essência do direito subjectivo, em verdade este não existe; tudo se reduz ao direito objectivo, à norma, ou, o que importa no mesmo, á absorpção do individuo na collectividade, que é quem cria a norma”.

essa garantia conferida pelo direito objetivo, a qual se invoca quando a liberdade é violada”⁹⁷. Ela realmente soluciona a questão exposta anteriormente dos incapazes detentores de direito subjetivo ao permitir que a sua liberdade seja protegida pelo direito. Todavia, ela contraria a noção autônoma de direito subjetivo. A proteção viria da obrigação⁹⁸, e não da faculdade.

Com Rudolf von Ihering, surgiu a teoria do interesse. O direito subjetivo seria o interesse juridicamente protegido⁹⁹. A teoria realmente resolve a questão dos incapazes, pois estes têm interesses protegidos mesmo sem a capacidade de fato, ou melhor, sem a vontade relevante, e faz isso sem retirar o caráter autônomo do direito subjetivo.

Para o autor, dois elementos constituem a base do direito subjetivo. O primeiro seria substancial, residiria no escopo prático do direito, gerando a utilidade, as vantagens e os lucros que justamente visam assegurar. O segundo seria formal, também tendo como parâmetro a finalidade. Seria unicamente o meio, a própria proteção do direito ou ação judicial. Desta forma, a segurança jurídica do gozo seria a base jurídica do direito¹⁰⁰.

No entanto, ela não explica algumas situações como, por exemplo, a dos interesses transindividuais, que, embora protegidos, não atribuem, no caso de interesses difusos, direito subjetivo facilmente identificado. Essa assertiva, embora passível de críticas, pode ser encontrada em Guido Zanobini. Este autor afirma que o direito subjetivo é "um interesse reconhecido pela ordem jurídica como próprio e exclusivo do seu titular, e, como tal, por ela protegido de forma direta e imediata".

Os interesses difusos realmente são reconhecidos pela ordem jurídica, mas não os são como exclusivo de um determinado titular, de modo que "os particulares participam de tais interesses coletivos não *ut singuli*, mas *uti universi*, e não têm nenhum meio para pedir [singularmente] a sua proteção e tutela"¹⁰¹.

Em uma tentativa de conjugar as teorias mencionadas, surgiram teorias ecléticas ou mistas. Elas são muitas e conjugam os elementos vontade e interesse de inúmeras formas. Em

⁹⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2001. p. 145. O autor aqui apenas procura expor a teoria, mas não é seu adepto.

⁹⁸ Aqui não empregada em seu sentido técnico específico, mas como sinônimo de dever jurídico.

⁹⁹ JHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

¹⁰⁰ JHERING, Rudolf von. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Trad. port. de Rafael Benaion. *O Espírito do Direito Romano*. Rio de Janeiro: Alba, 1943, pp. 219-220.

¹⁰¹ ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1936/1958. p. 187-188.

determinadas situações, substitui-se o elemento interesse pelo termo "bem", sem uma mudança substancial, pois “bem”, com já afirmado, representa tudo que serve à satisfação de uma necessidade ou de um interesse humano¹⁰².

G. Jellinek foi um adepto de uma teoria mista. Ele tentou conjugar as teorias da vontade e do interesse ao afirmar que o direito subjetivo apresenta-se como o poder da vontade ao mesmo tempo que é protegido pelo ordenamento. A vontade, portanto, seria qualificada por um poder/querer e somente se efetivaria com o escopo de buscar uma finalidade, realizando um interesse. O autor atenta para o poder da vontade, mas não deixa de considerar o interesse enquanto objeto ou finalidade do direito subjetivo¹⁰³.

Apenas a título exemplificativo pode-se citar a teoria de Vicente Ráo, também adepto de uma concepção mista. Ele define o direito subjetivo como o “poder de ação determinado pela vontade que, manifestando-se através das relações entre as pessoas, recai sobre atos ou bens materiais ou imateriais e é disciplinado e protegido pela ordem jurídica, a fim de assegurar a todos e a cada qual o livre exercício de suas aptidões naturais, em benefício próprio, ou de outrem, ou da comunhão social”¹⁰⁴.

O autor conjuga a vontade e o interesse das teorias tradicionais, acrescentando um terceiro elemento, a finalidade voltada à humanização dos direitos, que são ligações das tendências individuais e sociais da natureza humana¹⁰⁵.

Alguns autores, dada a grande dificuldade do tema, chegaram a negar a existência do direito subjetivo. Com o advento do séc. XX, formularam-se teorias negativas ao conceito de direito subjetivo, substituindo-o por outras figuras.

Assim, de grande relevância é a teoria de Pierre Marie Nicola Leon Duguit. O autor trabalha com a reconstrução da idéia de direito subjetivo com a afirmação da existência de

¹⁰² TESHEINER, José Maria Rosa. *Ação e direito subjetivo*. In *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, v. 31, Ribeirão Preto, 2002, p. 11-23.

¹⁰³ DUGUIT, Pierre Marie Nicola Leon. *Derecho subjetivo y la función social*. In *Las transformaciones del Derecho (público y privado)*. Tradução de Carlos Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1975. p. 60 e seguintes.

¹⁰⁴ RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 5ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 615.

¹⁰⁵ TESHEINER, José Maria Rosa. *Ação e direito subjetivo*. In *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, v. 31, Ribeirão Preto, 2002, p. 11-23.

posições vantajosas a determinadas pessoas geradas por garantias atribuídas pelo poder estatal¹⁰⁶.

Outra teoria negativa de extrema relevância é a de Otto Friedrich Gierke. Este sustenta a presença de “limites imanentes” aos direitos. Tais limitações decorrem da impossibilidade da existência de direitos sem deveres¹⁰⁷.

Por justamente ser extremamente complicada uma noção de direito subjetivo que abranja a totalidade dos direitos subjetivos, Tércio Sampaio Ferraz Jr. sustenta que o direito subjetivo somente pode ser entendido a partir de uma consideração tópica¹⁰⁸.

Para isso, faz uma divisão entre direitos subjetivos típico e atípico¹⁰⁹. A diferença entre os dois tipos é facilmente identificada.

Na situação típica, há um sujeito de interesse favorecido. Ele é encontrado a partir de um juízo negativo em que se restringe a liberdade de um ou mais sujeitos, criando deveres que se contrapõem ao direito do primeiro titular¹¹⁰.

Nas situações atípicas, o titular do direito e da faculdade de fazer valê-lo não se correspondem. Essa primeira modalidade de atipicidade pode ser exemplificada por pessoas jurídicas que, para exercerem seus direitos subjetivos, fazem uso de terceiros. Outra hipótese atípica é a não-ocorrência de contraposição entre direito e dever, que ocorre, por exemplo, com o direito de votar que “assinala uma faculdade política, de eleger representantes, correlata não de um dever, mas de uma competência, a do órgão eleito”¹¹¹.

Assim, a idéia de interesse juridicamente protegido precisaria ser de certa forma completada com a noção de interesse próprio e exclusivo exposta por Guido Zanobini¹¹². Esse

¹⁰⁶ DUGUIT, Pierre Marie Nicola Leon. *Derecho subjetivo y la función social*. In *Las transformaciones del Derecho (público y privado)*. Tradução de Carlos Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1975. p. 178 e seguintes.

¹⁰⁷ GIERKE, Otto Friedrich von. *Función social del derecho privado – La naturaleza de las asociaciones humanas*. Tradução de J. M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904.

¹⁰⁸ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2001. p. 146-147. “A expressão direito subjetivo cobre diversas situações, difíceis de ser traduzidas a um denominador comum... O que é preciso é analisar os diferentes usos dogmáticos da expressão, verificando as diversas situações ali imbricadas”.

¹⁰⁹ O termo tipicidade aqui empregado tem a noção de normalidade ou maior ocorrência.

¹¹⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2001. p. 149.

¹¹¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2001. p. 149.

¹¹² ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1936/1959, p. 187-188.

interesse próprio e exclusivo não significa necessariamente que ele tenha de ser exercido pelo seu titular como ocorre nos direitos subjetivos atípicos; significa apenas que ele pode ser destacado dos interesses de outros titulares.

Os interesses difusos, como já fora afirmado, não são direitos subjetivos, pois não é possível essa determinação própria e exclusiva. São interesses de todos.

O senso comum diz que são direitos subjetivos os direitos pessoais e os direitos reais. Como se verá, desde Gaio¹¹³ há a enumeração dos direitos reais e pessoais como direito subjetivo¹¹⁴. Para Gaio, os direitos poderiam ser das pessoas, das coisas e das ações. É claro que essa concepção não prevalece por estar baseada na idéia de ação como direito e como um simples *agere*¹¹⁵.

Modernamente, são inúmeras as classificações. O enquadramento, por evidente, depende do conteúdo que se quer atribuir ao termo. Gofredo Telles Jr. enumera quatro: direitos reais, direitos pessoais, direitos de fazer e não fazer, e direitos da personalidade¹¹⁶.

Já C. Fiúza divide a classificação com base em critérios diversos, sejam eles a pessoa, o objeto do direito e as qualidades do próprio direito¹¹⁷. Quanto à pessoa, o direito subjetivo pode ser público ou privado. A diferenciação está no foco de oposição do dever. Se este for uma pessoa pública, diz direito subjetivo público¹¹⁸. Se for privado, direito subjetivo privado.

A divisão quanto ao objeto é feita principalmente em relação ao direito subjetivo privado. Tendo em vista este foco, os direitos subjetivos podem ser patrimoniais e não

¹¹³ A afirmação sobre Gaio não significa dizer que tenha havido uma abstração e formulação do conceito do termo já no direito romano, apenas que é possível retirar dos escritos atribuídos ao juriconsulto a idéia de que, em uma ótica atual de seus escritos, os direitos das coisas (direitos reais) e os direitos pessoais são subjetivos.

¹¹⁴ São diversas as classificações pretendidas para os direitos subjetivos e não é o objetivo deste trabalho abordar o tema que mereceria uma monografia própria.

¹¹⁵ A definição da *actio*, atribuída a Celso e como tal referida no D. 44.7.51 (*Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi*), evidencia que para os romanos a *actio* era um *ius*. É claro também que o conceito de ação para os romanos é muito mais amplo que o moderno, pois a concepção romana atribuía ao termo qualquer atividade material, por exemplo, o passear pelo Fórum. Isto, aliás, é bem lembrado em PUGLIESE, Giovanni. *Actio e diritto subiettivo*. Milano: Giuffrè, 1939. p. 179 e seguintes.

¹¹⁶ TELLES JR., Gofredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 255 e seguintes. Apenas enumerou-se exemplos de direitos subjetivos para o autor. Não se quis, contudo, adotar a concepção do autor sobre o tema, mesmo porque parece de difícil aceitação dada a extrema importância do sujeito e a dependência do direito objetivo para a caracterização do direito subjetivo.

¹¹⁷ O autor também considera que o direito subjetivo é uma mera decorrência da norma. FIÚZA, César. *Novo direito civil: curso completo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 16.

patrimoniais. Os patrimoniais seriam os direitos reais e de crédito. Os não patrimoniais, os direitos da personalidade.

Quanto à qualidade dos direitos subjetivos, eles podem ser absolutos e relativos. Os primeiros refletem uma pretensão passível de oposição *erga omnes*. Já os relativos, entretanto, são impostos a pessoas determináveis ou determinadas¹¹⁹.

De qualquer forma, seja qual for a concepção de direito subjetivo. Não há como negar que sua violação possa provocar uma reação jurídica. A responsabilidade civil é uma dessas reações. De qualquer forma, a violação de um direito subjetivo apenas configura a presença de um dos elementos do dano, qual seja: o dano-evento.

A melhor forma de abordar o tema é a que trabalha com a noção de tipo. Com tal visão, é possível perceber que os direitos subjetivos permitem a apreensão individual. Assim, não há como enquadrar, por exemplo, os interesses difusos como são os relacionados ao meio ambiente, porque eles são de todos e de ninguém ao mesmo tempo¹²⁰.

Acontece, porém, que a responsabilidade civil, no tocante ao dano-evento, pode advir de algo que não necessariamente seja um direito subjetivo. Trata-se da violação da norma.

¹¹⁸ A idéia de direito subjetivo público foi bem exposta por JELLINEK, Georg. *Sistema de Diritti Pubblici Subbiattivi*. Milano: Società Editrice Libreria, 1911. p. 61-63.

¹¹⁹ Esta distinção perde um pouco a razão de ser com o advento do princípio da função social que mesmo quanto aos contratos, segundo reza AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Desregulamentação do Mercado, Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento, Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana de Terceiro que Contribui para o Inadimplemento Contratual*, In *Revista dos Tribunais*, v. 750. São Paulo: RT, 1998. p. 116 faz com os terceiros não possam se comportar como se o contrato não tivesse existido. É preceito destinado a integrar os contratos “numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade (por exemplo, contratos contra o consumidor) quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas”.

No direito comparado também há referência ao princípio. Na *common law*, por exemplo, a figura é equivalente a *tort of induction*, ou *tort of interference with contractual relations*, e nos países da civil law é conhecido como “*eficácia externa das obrigações*”. No tocante à *common law* o caso paradigmático foi PENNZOIL VS TEXACO, ocorrido nos EUA, em 1984. O caso ocorreu na década de 1980 e foi célebre por originar uma das maiores indenizações já impostas por uma Corte dos EUA.

¹²⁰ MONATERI, Pier Giuseppe. *Diritto sogettivo*. In *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile, Diritto Civile, Diritto Processuale Civile, Diritto di Famiglia e Minorile, Diritto Internazionale Privato, Diritto Privato Comparato, Diritto Comunitario, Diritto Agrario Diritto Canonico, Teoria Generale del Diritto*, v. VI. Torino: UTET, s.d., p. 420. O autor afirma justamente essa idéia ao tratar da noção sincrética: “*La nozione sincretica, ormai accolta nella tradizione, vede, dunque, il d. s. Come un ambito entro cui al privato è lecito agire a sua discrezione, ovvero entro cui si riconosce un potere alle sue decisioni, alla sua volontà, per il perseguimento di un interesse, di attuare un dato rapporto*”. Ele afirma ainda que ela é relevante porque não se estabelece os limites intrínsecos do que seja direito subjetivo, mas permite que a noção seja utilizada para solucionar problemas específicos como a responsabilidade civil. Acrescenta também que a noção de interesse ajuda na definição, mas não a torna indispensável principalmente para um sistema de limites não escritos como são os sistemas italiano e brasileiro.

É o que acontece, por exemplo, com a responsabilidade civil por ricochete. E é aí que a noção de norma jurídica como protetora de interesses será relevante.

2.7. Interesse e Dano-Evento

A compreensão do termo interesse é de extrema relevância para a compreensão do dano-evento, pois o interesse juridicamente relevante, ou seja, aquele que é protegido por uma determinada norma jurídica, é uma das hipóteses de dano-evento¹²¹.

Analisar-se-á o interesse em dois focos. Na primeira parte, discorrer-se-á sobre diversos aspectos do interesse em geral. Na segunda, o interesse na relação obrigacional.

Como já afirmado, o interesse juridicamente relevante e a sua análise surgem com o vínculo entre a pessoa e o bem¹²². Esse vínculo, por ser juridicamente relevante, fará com que o terceiro que gerou essa espécie de lesão ao interesse tenha que de alguma forma ser responsabilizado pela sua conduta.

Nossa análise do interesse, portanto, não se limitará ao dano em si, mas também ao interesse ligado à obrigação de indenizar. Neste ponto deslocar-se-á a análise do dano, para o dever de indenizar. Esse será um dos pontos abordados na parte referente ao interesse na relação obrigacional.

¹²¹ Repare que a violação é da norma. Ela protege um interesse que não pode ser enquadrado como direito subjetivo. A relevância jurídica do interesse ocorre justamente por isso. Essa, aliás, é a previsão do art. 483, do Código Civil português.

¹²² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 19. “O interesse interliga uma pessoa a um bem da vida, em virtude de um determinado valor que esse bem possa representar para aquela pessoa”.

Examinar-se-á também a obrigação, cuja responsabilidade civil é uma das fontes. Salienta-se, desde logo, que a qualificação de um interesse como de relevância para o direito não mudará com essa alteração de foco, pois tanto na análise da ocorrência do dano como na obrigação de indenizar, que tem sua fonte na responsabilidade civil, o interesse far-se-á imprescindível.

2.8. Dano como lesão a uma norma protetiva de interesse

O objeto do dano identifica-se com o objeto da tutela jurídica e, conseqüentemente, é sempre um interesse humano¹²³. A noção de dano, não importa a forma apresentada, sempre deve ser unida com a idéia de lesado. Isso significa que não existe um dano puro e simples, de forma abstrata. Se, por exemplo, alguém destrói um objeto fisicamente, que seja uma coisa sem dono, não está produzindo um ato ou fato juridicamente relevante. Isso ocorre justamente por que falta um lesado, a vítima do dano¹²⁴.

Não cabe ainda observar o que venha a ser o lesado; por hora, basta saber apenas que ele pode ser aquele que sofre o dano ou aquele que pode exigir a reparação.

Resta, contudo, estabelecer o que faz com que o lesado possa exigir a reparação. É um interesse patrimonial ou extrapatrimonial que sofreu lesão¹²⁵. Daí por que Henri Capitant define interesse como uma vantagem de ordem pecuniária ou moral¹²⁶.

¹²³ CUPIS, Adriano de. *Il danno, teoria generale della responsabilità civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966, p. 107.

¹²⁴ ZANNONI, Eduardo Antônio. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993, p. 24

¹²⁵ Não se quer aqui afirmar que basta a lesão para ser necessário o ressarcimento, apenas afirma-se que sem a lesão a um interesse juridicamente relevante, não se pode falar em ressarcimento.

¹²⁶ CAPITANT, Henri. *Interesse*. In COUTURE, Eduardo (Org.). *Vocabulário jurídico*. Buenos Aires: Depalma, 1973.

Para que, no entanto, se possa dizer que existe um interesse lesionado, é imprescindível que a lesão afete a esfera jurídica de alguém. Esta esfera aqui mencionada é tida como “a satisfação ou gozo de bens jurídicos (em sentido lato) sobre os quais é exercida uma faculdade de atuar”¹²⁷. A faculdade de atuação na esfera própria do lesado constitui seu interesse. O dano, por conseguinte, lesionou esse interesse.

Este, portanto, interliga uma determinada pessoa a um bem em virtude do valor que ele representa para ela¹²⁸.

É justamente por isso que Francesco Messineo afirma ser o interesse “a exigência de que seja satisfeita alguma necessidade humana, ou seja, a exigência para que se consiga um dos chamados bens jurídicos e a tensão da vontade para a obtenção daquela”¹²⁹.

De sua afirmação, percebe-se que o interesse se revela em duas facetas:

1. exigência de que seja satisfeita alguma necessidade humana;
2. tensão da vontade para a obtenção daquela.

Como se vê, algumas definições como a de Henri Capitant, antes exposta, são insuficientes, pois abrangem apenas uma das facetas do interesse¹³⁰. De qualquer maneira, as duas concepções (satisfação de uma necessidade humana e direcionamento da vontade) precisam estar presentes. Concentrar-se-á a discussão na primeira delas, porque o direcionamento da vontade já foi debatido quando da análise do direito subjetivo.

Antes disso, porém, deve-se estabelecer a diferença entre a noção jurídica de interesse e a noção natural ou comum.

A noção de interesse é relevante, porque ela expressa o conteúdo da norma jurídica violada, que pode não corresponder a uma lei em sentido estrito somente. Pode ser um princípio, uma portaria, uma sentença, uma súmula, entre outras. Essa será a análise a partir de agora.

¹²⁷ ZANNONI, Eduardo Antônio. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993. p. 25.

¹²⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 19.

¹²⁹ MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. v. I. 9. ed. Milano: Giuffrè, 1957, p. 129.

¹³⁰ A definição de Francesco Carnelutti comete a mesma insuficiência, mas depois o autor percebe o caráter instrumental do interesse. Para o autor, interesse é a relação “*tra un bisogno dell'uomo e un quid atto a soddisfarlo*”. (CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*, v. I, Padova, Cedam, 1926. p. 3.)

Buscar-se-á estabelecer as diferenças entre as diversas modalidades de interesse para se observar qual é o relevante para a violação da norma e capaz de ensejar a responsabilidade civil do agente.

2.9. Interesse jurídico e interesse *lato sensu*

A principal diferença entre o interesse jurídico e o interesse *lato sensu* está na amplitude do conteúdo. Enquanto o segundo tem um conteúdo valorativo amplo e variável, o primeiro tem o conteúdo fixado pela norma jurídica¹³¹.

O interesse jurídico, por causa do seu conteúdo valorativo fixado em normas jurídicas, tem um referencial certo. Já os interesses *lato sensu* expandem-se livremente, comunicam-se, chocam-se, assimilam-se e repelem-se uns com ou outros, pois se situam no plano fático e não jurídico¹³².

Esse conflito entre os interesses é lembrado por Vincenzo Vigoriti, o qual observa o fato de existirem interesses que são indiferentes uns em relação aos outros. A indiferença ocorre por que um não influencia na fruição do outro. Entretanto, há interesses que para sua satisfação impedem ou prejudicam a satisfação de outro¹³³.

Os interesses *lato sensu* encontram-se no mundo fático. Eles brotam espontaneamente da realidade e se constituem independentemente da valoração ético-normativa.

¹³¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 20.

¹³² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 21.

¹³³ VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo*. Milano: Giuffrè, 1973. p. 18. “... vede ai due estremi, da un lato, l’indifferenza fra gli interessi (per cui il soddisfacimento di una aspirazione non tocca nè pregiudica il soddisfacimento dell’altra) e, dall’altro, il conflitto fra gli interessi (per cui il soddisfacimento di una aspirazione impedisce e pregiudica il soddisfacimento dell’altra)...”. “Vê-se aí dois extremos, de um lado, a indiferença entre os interesses (para qual a satisfação de uma aspiração impede e prejudica a satisfação da outra)...” (tradução nossa).

Já os direitos e interesses juridicamente relevantes advêm de uma escolha feita pela autoridade social¹³⁴.

Mesmo com a diferença entre interesse *lato sensu* e interesse jurídico, outras distinções ainda são necessárias. No item anterior, evidenciou-se a relação entre o interesse e o bem jurídico, mas ela não fora aprofundada.

2.10. A distinção entre interesse e bem jurídico

Por bem jurídico, em sentido lato, deve-se entender qualquer objeto de satisfação. Assim, qualquer objeto, seja ele coisa, direito, bens imateriais com valor econômico e até objetos não mensuráveis em dinheiro, como a vida, a saúde, a honra, entre outros, desde que apto a satisfazer uma necessidade humana, pode ser tido como um bem jurídico¹³⁵.

Como já afirmado pelas lições de Francesco Messineo, o interesse jurídico tanto é o poder de atuar, reconhecido pela lei, como o objeto da satisfação¹³⁶. Também se reconhece aos sujeitos interesses que se referem a poderes de atuar em defesa de objetos de satisfação que não são exclusivos do sujeito, são compartilhados por outros, ou com outros, em uma vida em comunidade¹³⁷.

Esses interesses não exclusivos são divididos em diversas categorias. Como se verá a seguir, a dos interesses individuais homogêneos, a dos coletivos e a dos difusos.

¹³⁴ GERVAIS, André. *Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts*. In *Mélanges en honneur Paul Roubier*. t. I. Paris: Dalloz, 1961, p. 242.

¹³⁵ ZANNONI, Eduardo Antônio. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993. p. 25.

¹³⁶ É neste ponto que comumente se faz referência ao chamado interesse legítimo, conteúdo de um direito subjetivo.

¹³⁷ A análise dos sujeitos será objeto de estudo de item específico.

Quanto ao tema, cabe ressaltar que é incorreto qualificar a natureza do bem pela natureza do dano. Assim, não é verdadeira a afirmação de que se este é patrimonial porque o bem lesado também o é. Da mesma forma, não há necessária correspondência entre um bem não-patrimonial e um dano não-patrimonial.¹³⁸

Para se chegar a essa conclusão, não é preciso nem mesmo recorrer à doutrina. Exemplos práticos e de fácil assimilação já demonstram a afirmação. Uma lesão a interesse não patrimonial, como é a integridade física, pode gerar um dano patrimonial ou não patrimonial. Basta imaginar que um profissional liberal, cujo carro foi abalroado, além da lesão a sua integridade física, que não pode ser avaliável economicamente, sofrerá também uma lesão a seu patrimônio, pois ficará afastado do trabalho a fim de se recuperar¹³⁹.

Desse modo, pelo fato de o interesse jurídico também se referir a um poder de atuar sobre o objeto da satisfação, que pode inclusive ser entendido como bem jurídico, ocorre que a satisfação de um interesse não-patrimonial pode se dar por meio de um bem patrimonial e vice-versa. A satisfação de um interesse patrimonial pode se dar por um bem não-patrimonial. Um exemplo dado por Eduardo Antônio Zannoni explica bem a questão: “a saúde de alguém, por exemplo, permite trabalhar, obter ganhos econômicos”¹⁴⁰.

É justamente por essa diferença entre as naturezas do dano, do bem e do interesse que não se pode confundir o bem jurídico lesado e o interesse jurídico. Eles são conceitos distintos.

2.11. O interesse legítimo e o direito subjetivo

¹³⁸ ZANNONI, Eduardo Antônio. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993. p. 26.

¹³⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Cadastros de Restrição ao Crédito: Dano Moral*. In *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 36, 2000, p. 46-47.

¹⁴⁰ ZANNONI, Eduardo Antônio. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993. p. 27.

Como já afirmado, a idéia de interesse jurídico revela um poder de atuar na esfera própria da pessoa. Quando a faculdade de atuação se transforma em um concreto poder atribuído pela lei, ela adquire a qualidade de conteúdo de um direito subjetivo¹⁴¹. Ela seria uma zona de proteção entre o qual o titular pode agir de acordo com as próprias decisões. Serve também como limite à atuação do Estado¹⁴².

Logo, a pessoa tem esse interesse porque a lei lhe conferiu a possibilidade de agir de tal forma que exija a satisfação das necessidades¹⁴³. Somente com essa autorização legal ao poder de atuar de tal forma que se permita ao agente a satisfação de uma necessidade, é que se pode falar em interesse legítimo e conteúdo de um direito subjetivo.

As assertivas mencionadas não ficarão, contudo, totalmente esclarecidas se não se observar uma distinção feita pela doutrina entre direito subjetivo e interesse legítimo¹⁴⁴.

Elias P. Guastavino diferencia dois tipos de interesse que uma pessoa pode ostentar. O primeiro diz respeito a um poder de atuar cujo conteúdo é determinado pela lei exclusivamente a seu favor. Ele pode identificar-se com o conceito de bem jurídico. O segundo seria um poder de atuar cujo conteúdo é concorrente e coincidente com o de outras pessoas. Ele não é exclusivo, trata-se de uma espécie de interesse geral¹⁴⁵.

Essa diferença estrutural é percebida e repetida pela doutrina. Haveria uma relação particular entre a norma que a tutela e a situação subjetiva. Sobre este fundamento existiria direito subjetivo quando a norma tutelasse diretamente o sujeito privado, contemplando o seu interesse de maneira específica. Por outro lado, haveria interesse legítimo quando da tutela

¹⁴¹ ZANNONI, Eduardo Antônio. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993. p. 27.

¹⁴² MONATERI, Pier Giuseppe. *Diritto sogettivo*. In *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile, Diritto Civile, Diritto Processuale Civile, Diritto di Famiglia e Minorile, Diritto Internazionale Privato, Diritto Privato Comparato, Diritto Comunitario, Diritto Agrario Diritto Canonico, Teoria Generale del Diritto*, v. VI. Torino: UTET, s.d., p. 422.

¹⁴³ DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Tradução de F. G. Osset. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 100.

¹⁴⁴ ZANNONI, Eduardo Antônio. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993. p. 28.

¹⁴⁵ GUASTAVINO, Elías P. *Derecho subjetivo e interés legítimo en materia civil*. In *Jus*, n. 22. p. 22-40 e 46.

geral feita pela norma¹⁴⁶. Nessa última hipótese, o interesse do particular somente seria observado quando coincidissem com a *fattispecie* prevista na norma¹⁴⁷.

O exemplo clássico de direito subjetivo apresentado pela doutrina é o do direito de propriedade. Ele é previsto como de fruição individual pelo proprietário ou proprietários. A sua tutela ocorre de forma individual. O de interesse legítimo diz respeito aos participantes de um concurso público que vêm prejudicadas as normas relacionadas ao trâmite e andamento do certame¹⁴⁸.

O primeiro tipo pode ser identificado com a idéia de direito subjetivo. Já o segundo seria apenas um interesse legítimo que, somente de forma mediata, gera reflexos em cada pessoa individual¹⁴⁹.

Saliento que essa distinção tem sido severamente criticada por parte da doutrina¹⁵⁰. O principal fundamento para a crítica gira sobre a possível limitação que ela gera ao administrado que visa evitar danos causados por atos da administração¹⁵¹.

Parece, no entanto, que Eduardo Antônio Zannoni está com a razão. O autor defende a distinção entre direitos subjetivos e interesses legítimos, mas não de tal forma que um exclua o outro. Na verdade, “todo direito subjetivo pressupõe um interesse legítimo”. Quanto ao direito subjetivo, especificamente, o que há é uma transcendência do interesse legítimo quando seu objeto é um poder de atuação conferido pela lei em benefício direto e exclusivo de seu titular. No entanto, proteger uma situação na qual o sujeito participa sem ter uma relação direta e exclusiva, mesmo que no futuro se tenha a configuração dessa situação, dá-se não por haver direito subjetivo, que efetivamente o sujeito não tem, mas por estar presente um interesse

¹⁴⁶ MONATERI, Pier Giuseppe. *Diritto sogettivo*. In *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile, Diritto Civile, Diritto Processuale Civile, Diritto di Famiglia e Minorile, Diritto Internazionale Privato, Diritto Privato Comparato, Diritto Comunitario, Diritto Agrario Diritto Canonico, Teoria Generale del Diritto*, v. VI. Torino: UTET, s.d., p. 422.

¹⁴⁷ Mais uma vez fica evidente que para que haja a proteção do interesse sem que esse perfaça a noção de direito subjetivo, faz-se mister a violação de uma norma jurídica.

¹⁴⁸ MONATERI, Pier Giuseppe. *Diritto sogettivo*. In *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile, Diritto Civile, Diritto Processuale Civile, Diritto di Famiglia e Minorile, Diritto Internazionale Privato, Diritto Privato Comparato, Diritto Comunitario, Diritto Agrario Diritto Canonico, Teoria Generale del Diritto*, v. VI. Torino: UTET, s.d., p. 422.

¹⁴⁹ GORDILLO, Agustín. *Derecho subjetivo y derecho reflejo (interés legítimo)*. In *Revista Jurídica de Buenos Aires*. Buenos Aires: s.e., 1960-III. p. 177 e ss.

¹⁵⁰ BARRA, Rodolfo Carlos. *Principios de derecho administrativo*. Buenos Aires: Ábaco, 1980. p. 274. Vide também DROMI, José Roberto. *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*. Bogotá: Temis, 1980. p. 29.

¹⁵¹ As críticas e concepções do conceito de direito subjetivo mais presentes na doutrina foram expostas no item 2.1.

legítimo. Assim, a tutela destes interesses legítimos ocorre não por se tratar de um dano pessoal, mas pela possibilidade de que estes venham a ocorrer na sua esfera jurídica do indivíduo no futuro e isto só é possível através da proteção pela lei do interesse legítimo¹⁵².

No direito italiano, há outra diferença relacionada à esfera de proteção. Os direitos subjetivos são protegidos pela esfera jurisdicional. Os interesses legítimos, por sua vez, encontram tutela no âmbito da jurisdição administrativa¹⁵³.

É claro que essa diferença não é absoluta para todos os ordenamentos. Pier Giuseppe Monateri percebe a afirmação ao colocar que os juízes ingleses mantêm a proteção jurisdicional dos interesses legítimos. Eles não são deixados aos juízos administrativos¹⁵⁴.

A relação entre o interesse legítimo e o conceito de direito subjetivo é lembrada pela ótica do estudo dos valores, por Rodolfo de Camargo Mancuso. O autor reafirma a relação entre direito subjetivo e interesse. Mais precisamente a relação entre o direito subjetivo com os interesses individuais. O direito subjetivo seria a fusão entre o interesse individual e a proteção estatal que o chancela e isso se daria no caso de proteção dos valores mais relevantes em determinada coletividade¹⁵⁵. De qualquer forma, o interesse não corresponderia à idéia de direito subjetivo; seria apenas um elemento dele.

A idéia de distinção entre interesse legítimo e direito subjetivo é corroborada por André Gervais, para quem o interesse legítimo representaria um *tertium genus* entre o interesse

¹⁵² ZANNONI, Eduardo Antônio. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993. p. 29.

¹⁵³ MONATERI, Pier Giuseppe. *Diritto sogettivo*. In *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile, Diritto Civile, Diritto Processuale Civile, Diritto di Famiglia e Minorile, Diritto Internazionale Privato, Diritto Privato Comparato, Diritto Comunitario, Diritto Agrario Diritto Canonico, Teoria Generale del Diritto*, v. VI. Torino: UTET, s.d., p. 422.

¹⁵⁴ MONATERI, Pier Giuseppe. *Diritto sogettivo*. In *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile, Diritto Civile, Diritto Processuale Civile, Diritto di Famiglia e Minorile, Diritto Internazionale Privato, Diritto Privato Comparato, Diritto Comunitario, Diritto Agrario Diritto Canonico, Teoria Generale del Diritto*, v. VI. Torino: UTET, s.d., p. 423. “Sebbene vari statutes cerchino di sottrarre attività amministrative dal controllo del giudice ordinario, i giudici inglesi hanno mantenuto un pervicace spirito di resistenza, interpretando tali leggi come se esse permettersero invece tale controllo. Caso emblematico di tale atteggiamento può essere rappresentato da *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission* (100) concernente il *Foreign Compensation Act* del 1950 il quale pretendeva che le decisioni della Commissione «shall not be called in question in any court of Law». Nonostante ciò la *House of Lords* ammise la possibilità di azione di fronte al giudice ordinario contro le decisioni «ingiuste» della commissione. Sebbene gli autori inglesi ammettano che in tali circostanze si è di fronte ad uno scontro tra potere legislativo e giudiziario, l' ammissibilità dell' azione di fronte a una Corte ordinaria fu raggiunta (a parole) dai giudici inglesi mediante una interpretazione letterale dello statute condotta alla ricerca delle true intentions del Parlamento. Con una capacità mentitoria degna delle migliori cause Lord Wilberforce ebbe a dire che i *Lords Justices* «are carrying out the intentions of the legislature, and it would be misdescription to state it terms of a struggle between the courts and the executive»”.

¹⁵⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 51

simples e os direitos subjetivos¹⁵⁶. Resta, contudo, saber o que significa o interesse simples¹⁵⁷. Os interesses simples “caracterizam-se pela circunstância de se reportarem a anseios, aspirações, desejos, cuja realização não é incentivada, nem tampouco protegida ou mesmo defendida pelo Estado”. Os direitos subjetivos, entretanto, “compreendem posições de vantagem, privilégios, prerrogativas, que, uma vez integradas ao patrimônio do sujeito, passam a receber tutela especial do Estado”¹⁵⁸.

Para estes autores, a diferença estaria no grau de proteção, isto é, na intensidade de proteção atribuída pelo direito e neste ponto eles não parecem ter razão.

Realmente alguns direitos subjetivos apresentam ampla proteção pelo ordenamento, pois ao mesmo tempo que se concebe uma proteção judicial, permite-se até mesmo a atuação do titular. É o que ocorre com a posse¹⁵⁹ nos art. 1.210, § 1º, do CC/2002¹⁶⁰. Mas isso não significa que os interesses tenham uma proteção de menor grau. Tanto é que interesses difusos, como os ambientais, embora não sejam direitos subjetivos, recebem a proteção por meio de ação judicial e até mesmo administrativa.

No entanto, a colocação do interesse legítimo como um meio-termo entre o interesse simples e o direito subjetivo não pode prevalecer. Realmente, o exemplo dado por Rodolfo de Camargo Mancuso ajuda a esclarecer o fato de o direito subjetivo ser distinto do interesse legítimo, mas daí afirmar que há uma diferença entre a intensidade de proteção é algo um tanto exagerado. O autor faz isso com um exemplo de direito administrativo. O licitante, quando vence uma licitação, não tem o direito de contratar com a administração, tem apenas um interesse legítimo que caso ela venha a contratar sua posição não será preterida. Ora, isso não significa que a proteção seja de menor grau, apenas que enquanto não ocorrer a hipótese prevista na norma de opção pela contratação não pode o licitante agir. Contudo, a partir do momento em que a administração decide contratar, o interesse do licitante deve ser preservado e protegido, inclusive por meios judiciais, caso a administração não respeite a regra descrita.

¹⁵⁶ GERVAIS, André. *Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts*. In *Mélanges en honneur Paul Roubier*. t. I. Paris: Dalloz, 1961, p. 242-243.

¹⁵⁷ Neste momento apenas dar-se-á uma noção geral da expressão, pois ela será aprofundada no próximo tópico.

¹⁵⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 75.

¹⁵⁹ Aqui não se entrará na grande polêmica a respeito da natureza jurídica da posse, se ela é um fato ou um direito. Apenas afirmamos que uma coisa é a posse (que de acordo com a concepção que se queira é um fato ou um direito) outra coisa é o direito à posse (que decorre desse fato ou direito). O direito à posse é um direito subjetivo e este é protegido pelo Estado.

De qualquer forma, essa idéia de intensidade de proteção vem sendo repetida pela doutrina e a maior comprovação disso é a afirmação da existência de direitos reflexos, porque a proteção dos interesses legítimos seria apenas reflexa. Outras vezes é utilizado o termo direito imperfeito para o interesse legítimo, como ocorre nas permissões de uso para instalação de bancas de jornal, em que, embora haja o interesse legítimo do explorador do negócio, a administração de forma discricionária pode revogar a permissão¹⁶¹.

Resumindo, o interesse legítimo não corresponde à idéia de direito subjetivo, são categorias diversas. Ele também não se confunde com a idéia de interesse simples, como será visto a seguir. O que não se pode fazer, no entanto, é distinguir essas três categorias com base na proteção da norma, estabelecendo a diferenciação com base na intensidade de proteção do ordenamento, pois esta é externa ao interesse, seja ele simples ou legítimo. Também não se confunde com o direito subjetivo tampouco o identifica como categoria. A proteção é uma consequência da existência de cada um deles.

2.12. O interesse simples

Ainda no campo de análise do interesse legítimo, surge a idéia de interesse simples. Eles são interesses que existem na esfera própria das pessoas, mas que não transcendem como pressupostos de direitos subjetivos e carecem de um meio de proteção para assegurar uma satisfação. Contudo, apesar dessas limitações, não se tratam de interesses repugnantes ao direito. Seu gozo é lícito, mesmo que a pretensão, em si, não seja exigível¹⁶².

¹⁶⁰ “O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”.

¹⁶¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 76.

¹⁶² ZANNONI, Eduardo Antônio. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993. p. 29.

A idéia de interesse simples é a comum, vulgar, e representa qualquer vantagem para o seu titular¹⁶³. O conceito, entretanto, não é pacífico. Há alguns que o vêem como o interesse no cumprimento da lei¹⁶⁴. Em outras situações, a conceituação tem como critério a indeterminação dos sujeitos. Os interesses seriam simples quando de utilidade indeterminada para os sujeitos¹⁶⁵.

Esses dois últimos conceitos não podem prevalecer. O primeiro porque o cumprimento da lei, além de protegido, é incentivado pelo direito e isso ocorre por diversos meios e em todas as esferas, quer entre particulares, quer entre estes e entes públicos¹⁶⁶. Para tanto, basta observar o art. 5º, XXXIV, da CF, que estabelece o direito de petição, entre outras causas, contra a ilegalidade¹⁶⁷. O segundo também é protegido e incentivado pelo direito. Basta observar que os interesses difusos, por exemplo, são protegidos pela ação civil pública¹⁶⁸.

Por meio dessas indagações, Rodolfo de Camargo Mancuso estabeleceu algumas características para os interesses simples: eles seriam limitados ao campo psicológico dos indivíduos, o que gera como consequência a não possibilidade de projeção além da esfera própria do sujeito; caberá sempre ao indivíduo usufruir da vantagem conseguida ou suportar o ônus de sua não-obtenção; finalmente, há o fenômeno da indiferença, pois a sua fruição não é defesa, mas também não é incentivada pelo Estado¹⁶⁹.

Pode-se ainda indagar o porquê dessas características e isto é bem sintetizado por André Gervais. A noção de interesse simples aparece no campo da utilidade e existência, ou seja, no plano prático e não no jurídico, daí não poder ser exigido. Além disso, ele abrange uma infinidade de situações que representam uma vantagem para os sujeitos¹⁷⁰.

¹⁶³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 22.

¹⁶⁴ GORDILLO, Agustín. *Princípios Gerais de Direito Público*. Tradução de Marcos Aurélio Greco. São Paulo: RT. 1977. p. 192.

¹⁶⁵ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1, p. 203.

¹⁶⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 24.

¹⁶⁷ Art. 5º, XXXIV, da CF. “São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;...”

¹⁶⁸ Art. 1º da Lei n. 7.347/85 c/c arts. 81 e seguintes da Lei n. 8.078/90.

¹⁶⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 24.

¹⁷⁰ GERVAIS, André. *Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts*. In *Mélanges en honneur Paul Roubier*. t. I. Paris: Dalloz, 1961, p. 241. “la notion d'intérêt se développe donc sur un plan pratique, celui de l'utilité et de l'existence (du sein allemand). Cette notion abstraite d'intérêt a un contenu indéfini en tant qu'elle recouvre toutes les utilités imaginables”.

A dúvida surge se os interesses simples podem embasar uma ação de indenização e ser causa de ocorrência do dano-evento. Eduardo Antônio Zannoni relata um exemplo que bem ilustra a questão:

“um menor órfão e desamparado é recolhido voluntariamente por um parente que, apesar de não estar obrigado a lhe prestar alimentos (por exemplo, um tio em segundo grau), cuida, sustenta e educa. Ocorre, de imediato, que este bom parente morre vítima de um fato ilícito do qual é responsável um terceiro. Por consequência dele, o menor perde o único ser que o alimentava e educava. Poderia reclamar ao responsável o ressarcimento dos danos que a morte de seu parente lhe provocou?”¹⁷¹.

O autor continua e afirma que não se poderia dizer que o menor do caso teria direito subjetivo para exigir alimentos de seu parente. Entretanto, não se pode negar que tenha um interesse autêntico. Esse interesse não seria reprovado pelo direito e mais ainda, provavelmente, pode-se razoavelmente considerar que, caso não tivesse seu parente falecido, continuaria a receber os soldos.

Surge, então, a grande questão: teria o menor direito a algum ressarcimento por parte do terceiro?

2.13. A possibilidade de reparação na ocorrência de lesão a interesse simples

¹⁷¹

ZANNONI, Eduardo Antônio. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993, p. 30.

Louis Josserand, então presidente da Corte de Cassação francesa, já em 1937, decidiu acerca da necessidade de não ser necessário apenas se provar o prejuízo sofrido, mas também a “lesão certa de um interesse juridicamente protegido”¹⁷². Como se vê, a questão não muda de figura. Ainda resta saber se o interesse simples poderia ou não ser considerado legítimo ou se ainda, mesmo que não legítimo, ele seria digno de proteção legal¹⁷³.

A questão surgiu com a interpretação do art. 1.382 do CC francês que dispunha sobre o fato de “*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*”¹⁷⁴. O dispositivo influenciou diversos outros ordenamentos, como é possível perceber, apenas como caráter exemplificativo, pelos arts. 1.079 do CC argentino¹⁷⁵, 159 do CC/1916¹⁷⁶ e 186 c/c 927, *caput*, do CC/2002¹⁷⁷.

Uma das principais lições da interpretação dos dispositivos pode ser o fato de que eles não limitam o dever de indenizar apenas àqueles que sofrem a conduta diretamente. A indenização também pode ser devida àquele que indiretamente sofreu a conduta¹⁷⁸.

A análise comparativa dos dispositivos relativos ao direito brasileiro e os dos outros ordenamentos traz um novo problema. Tanto no CC francês como no CC argentino, não se limita a lesão ao interesse juridicamente protegido à violação de um direito subjetivo. A própria redação dos dispositivos relativos a esses ordenamentos não faz qualquer menção a um suposto pressuposto referente à violação de um direito subjetivo. Não há, em verdade, menção a necessidade de lesão a direito algum.

¹⁷² CANTERO, Gabriel Garcia. *El concubinato ante el derecho civil francés*. Madrid-Roma: CSIC, 1965. p. 209.

¹⁷³ Louis JOSSERAND é ainda mais enfático ao afirmar que na avaliação do dano deveria ser observado se ocorreu ou não a lesão a interesse legítimo e não o prejuízo efetivo. Não se concorda com essa idéia, pois a sua admissão seria o mesmo que dizer que bastaria a ocorrência do dano-evento sem a necessidade do dano-prejuízo, e isto é inadmissível.

¹⁷⁴ “Todo ato, qualquer que seja, de um homem que causar a outrem um dano, obriga aquele, se por culpa ele veio a acontecer, a repará-lo”.

¹⁷⁵ Art. 1.079, do CC argentino. “*La obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no solo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por El hubiese sufrido, aunque sea una manera indirecta*”.

¹⁷⁶ Art. 159, do CC/1916. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

¹⁷⁷ Art. 186, do CC/2002. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Art. 927, *caput*, do CC/2002. “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

¹⁷⁸ ZANNONI, Eduardo Antônio. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993. p. 32.

Já os artigos do CC/1916 e do CC/2002, todavia, fazem previsão expressa à violação de direito. A grande dúvida é se essa previsão faz com que só seja admissível, para o direito brasileiro, dano, quando da violação de direito subjetivo, ou se bastaria a violação a um interesse juridicamente relevante.

Ao se admitir que seja imprescindível lesão a direito subjetivo, algumas previsões ficariam um tanto quanto inexplicáveis. Como esclarecer, por exemplo, indenizações devidas por violação a interesses relacionados ao meio ambiente ou ao campo do chamado direito do consumidor que não se refiram apenas a direitos subjetivos, mas a interesses coletivos ou até mesmo a interesses difusos.

Parece claro que os dispositivos relativos aos CC/1916 e 2002 disseram menos do que deveriam. Assim, a idéia que se deve ter do “violar direito” precisa ser “violar interesse digno de proteção legal”. O foco é totalmente outro neste ponto¹⁷⁹.

De fato, não parece lógico limitar o conceito de dano-evento ao direito subjetivo. Muito menos aceitável interpretar os dispositivos de forma literal. Para isso, não é preciso sequer fazer uso de grandes abstrações ou discussões doutrinárias. Basta a observação de outros interesses que sejam dignos de proteção legal e que, quando violados, levando ao prejuízo, gerem o dever de indenizar.

Os interesses legítimos, sejam eles individuais, coletivos ou difusos, são passíveis de gerar o dano-evento, pois recebem a proteção do direito pelo seu próprio conceito¹⁸⁰. Eles visam à proteção reflexa dos interesses. Normalmente, a norma não visa tutelar a situação individual, mas pode o sujeito ser de tal forma afetado pelo fato que, por via reflexa, sua esfera jurídica venha a ser atingida. Para bem demonstrar essa situação, Rodolfo de Camargo Mancuso lembra o exemplo de normas jurídicas que protegem mananciais de água potável. Essas normas são destinadas à generalidade da população, porém protege de forma “especial” a parcela da população que vive próxima aos mananciais¹⁸¹.

¹⁷⁹ A análise exaustiva dos artigos do CC/2002 será feita no próximo capítulo.

¹⁸⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 75 e ss. Veja também GERVAIS, André. *Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts*. In *Mélanges en honneur Paul Roubier*. t. I. Paris: Dalloz, 1961, p. 241 e ss.

¹⁸¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 76-77.

Que o dano-evento possa advir da lesão a direitos subjetivos e a interesses legítimos não resta dúvida. A indagação é se a lesão aos interesses simples pode gerar a ocorrência do dano-evento.

Para evidenciar a importância dessa observação é oportuno lembrar o bastante debatido caso da concubina que pleiteia indenização em face do causador da morte de seu parceiro.

A Corte de Cassação francesa, em um primeiro momento, posicionou-se pela não-aceitação do pedido. O fato de provavelmente o parceiro ainda prover o sustento da concubina, caso esse não tivesse morrido, não seria capaz de gerar o dever de indenizar, uma vez que o direito não poderia proteger relações nascidas do concubinato, dada a sua irregularidade¹⁸².

Sobre esse posicionamento, Henri Mazeaud, Leon Mazeaud e André Tunc emitiram algumas considerações. O fato de o dano não lesionar um direito subjetivo não significa que ele não possa produzir um prejuízo não legítimo. Assim, o fato de não haver, em relação à concubina, nenhum direito subjetivo, por si só, não exclui a existência de dano-evento juridicamente protegido. Dessa forma, o foco passa a ser o interesse juridicamente relevante e não o direito subjetivo ou o interesse legítimo¹⁸³.

Como se nota, a idéia geral é a de que o dano deve lesionar um interesse juridicamente protegido, mesmo que esse interesse na origem seja simples. O que não se deve fazer é confundir a idéia de interesse juridicamente protegido com o interesse legítimo e com o direito subjetivo. O interesse juridicamente protegido é aquele protegido por uma norma jurídica, seja ela uma regra ou um princípio¹⁸⁴.

O dano-evento, neste caso, lesiona um interesse e, justamente por isso, priva o sujeito dessa faculdade de atuar. Esta privação pode ocorrer mesmo que não exista direito subjetivo, basta que haja uma limitação à esfera lícita do lesado.

¹⁸² ZANNONI, Eduardo Antônio. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993. p. 31. Cabe ressaltar que a referida Corte de Cassação modificou seu posicionamento em relação à concubina na década de 1970.

¹⁸³ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*. v. I. Paris: Montchrestien, 1965, p. 277-285. Os autores neste caso afirmam claramente que o prejuízo não é suficiente para a caracterização do dano. Nem mesmo quando se tem os requisitos da certeza e legitimidade do prejuízo, é preciso ainda a legitimidade do interesse para se pleitear a indenização.

¹⁸⁴ O interesse juridicamente protegido será analisado no próximo capítulo.

O agir lícito é aquele não reprovado pelo direito. A própria Constituição prevê esta idéia no art. 5º, II, ao declarar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

É neste ponto que se dá outra grande confusão, porque se costuma dizer que a lesão a este interesse produziria um prejuízo¹⁸⁵. Henri Mazeaud, Leon Mazeaud e Andre Tunc vão além. Eles afirmam que quando se tem um interesse legítimo há um prejuízo legítimo¹⁸⁶.

Não se abordará aqui a diferença entre a lesão ao interesse e o prejuízo sofrido, o que, aliás, já foi brevemente apontado no item referente à apresentação da questão referente ao dano-evento e ao dano-prejuízo. De qualquer forma, o termo “prejuízo legítimo” é de total inconveniência¹⁸⁷. O prejuízo, quando causado e passível de ser ressarcido, não deveria ser chamado de legítimo. Ele é contrário ao direito. Logo, é ilegítimo. Melhor seria a referência apenas a interesse legítimo e quando da análise do prejuízo se falar em prejuízo ressarcível. Mas é claro que tal tipo de discussão é apenas terminológica.

O fato de se exigir que o interesse substancial lesionado goze do poder de atuar para exigir sua satisfação ou gozo, por si só, não tem fundamento em norma alguma. No entanto, é possível a sua percepção em alguns dispositivos e ordenamentos. O CC argentino, por exemplo, no art. 1.068 fala em direitos ou faculdades¹⁸⁸, confirmando a idéia de que o interesse legítimo (faculdade) pode estar presente mesmo quando não há direito subjetivo, quando há apenas um interesse simples, protegido por uma norma não expressa, que poderia ser um princípio implícito, por exemplo.

Poderia ser levantada a indagação de que a noção de dano-evento com o enfoque no interesse juridicamente protegido, não correspondente ao conceito de direito subjetivo, ampliaria por demasiado e sem critério algumas possibilidades de reparação civil. Mas é neste ponto que entra a noção de dano-prejuízo que ajudará na limitação dos casos de reparação civil¹⁸⁹ ao somente ser possível a reparação civil de prejuízos diretos e no campo da responsabilidade contratual de prejuízos advindos dos efeitos próprios dos contratos. Além disso,

¹⁸⁵ ZANNONI, Eduardo Antônio. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993. p. 36.

¹⁸⁶ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*. v. I. 2. ed. Paris: Sirey, 1934, p. 277-278.

¹⁸⁷ ZANNONI, Eduardo Antônio. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993. p. 36.

¹⁸⁸ O dispositivo é interessante, porque desmistifica a idéia de que o interesse legítimo corresponde ao conceito de direito subjetivo.

o interesse juridicamente protegido é aquele previsto pelo direito e a análise da proteção deste não é ampla. Pelo contrário, é restrita à idéia de legalidade.

Resta ainda a análise de alguns interesses juridicamente protegidos, passíveis de gerar o dano-evento e que tem o seu caráter não individual como grande característica e diferencial.

2.14. Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos

É possível a atribuição do surgimento da teoria dos interesses transindividuais à preocupação crescente com a “questão social”, decorrente do advento da denominada “sociedade de massa”¹⁹⁰. Tal forma de organização social pressupõe a idéia de desaparecimento da individualidade do ser humano gerada pela padronização dos comportamentos e das regras correspondentes¹⁹¹. As relações não mais se estabeleceriam apenas entre indivíduos, mas com grupos determinados ou não, reunidos por circunstâncias fáticas ou jurídicas que os coloquem em uma mesma situação, necessitando, assim, de um mesmo tratamento¹⁹².

Por conseguinte, a noção clássica de que somente receberia a tutela jurídica a relação entre dois sujeitos com direitos e obrigações claramente definidas não mais pode ser empregada. Com a “massificação das relações jurídicas”, um dos pólos da relação jurídica conterà seres humanos agregados em uma mesma categoria, classe ou grupo social, sendo irrelevante os traços distintivos entre os indivíduos. Isto salienta uma inadequação da fórmula

¹⁸⁹ Este ponto será analisado no capítulo seguinte.

¹⁹⁰ Tal afirmação traz a evidente relação entre a ordem social com o trabalho. O advento de interesses transindividuais, a proteção social e o modo como se efetiva o trabalho estão intimamente ligados. Isso fica claro ao se observar a CF/88, no art. 193: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

¹⁹¹ Pelo menos no que se refere à maioria das relações econômicas e humanas.

¹⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Tutela jurisdicional dos interesses difusos*. In *Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, item 7.

tradicional processualista, extremamente individualista que pressupõe o sujeito de direitos individual como titular da relação jurídica material¹⁹³.

Não há como iniciar o estudo dos interesses “coletivos” sem antes contrapô-los com os interesses individuais. Estes são os interesses cuja fruição se esgota na esfera do destinatário. Isso não necessariamente corresponde à idéia de Rodolfo de Camargo Mancuso de que um critério prático para identificar um interesse individual seriam o “prejuízo” e a “utilidade”¹⁹⁴. No campo da responsabilidade civil, essa idéia não é necessariamente verdadeira. A lesão pode ser por um interesse individual e o prejuízo pode ser uma consequência à coletividade.

Isso fica claro no seguinte exemplo: se um determinado funcionário, insatisfeito com as atitudes de seus superiores, provoca um derramamento de óleo fabricado no estabelecimento em um manancial, lesionará dois interesses; a saber, um individual, referente ao proprietário da fábrica, e outro transindividual, ligado à coletividade, que tem o interesse na preservação do manancial. A consequência dessa ofensa pode gerar um prejuízo insignificante para o proprietário e um grande prejuízo à coletividade. Mas outras consequências podem advir. Pode não haver nenhum prejuízo relevante para o proprietário nem para a coletividade. Como se vê, o prejuízo não pode ser o critério definidor do interesse individual, pois é independente dele.

Assim alguns pontos distintivos entre os interesses individuais e os transindividuais podem ser apontados.

Um primeiro aspecto distintivo entre os ditos interesses individuais e os coletivos ou difusos é que, quanto aos últimos, o conjunto de interessados é pouco ou nada determinável. Tanto é assim, que, quanto aos interesses coletivos, o conjunto de interessados é identificado sob uma relação jurídica base, seja entre os próprios interessados ou entre o pólo contrário. Já no caso dos difusos o contorno não é tão nítido, pois basta uma mera situação de fato para caracterizar o interesse¹⁹⁵.

Um segundo aspecto, levantado por Rodolfo de Camargo Mancuso, relaciona-se a própria capacidade de tutela estatal. Relações sociais não adequadas ao modelo clássico individualista continuavam a gerar conflitos sem a correspondente resposta estatal. Deste modo,

¹⁹³ WEIS, Carlos. *Os Direitos Humanos Contemporâneos*, São Paulo, Malheiros, 2006, p.125.

¹⁹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 50-51.

¹⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Tutela jurisdicional dos interesses difusos*. In *Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, item 5.4.

tornou-se imprescindível uma mudança de foco. Voltar a atenção não mais para a titularidade do direito, mas para os próprios interesses em discussão e sua relevância social, para encontrar outra maneira de tutelá-los. Com isso, observa-se que a relação entre o bem da vida e o titular não mais tem como base o indivíduo, mas a coletividade, o que se afasta da visão tradicional em que apenas o titular do direito de exigir a prestação seria o titular da relação jurídica material¹⁹⁶.

Os interesses transindividuais distinguem-se, também, pelo caráter peculiar de seu objeto. Desde já cabe salientar que eles não se confundem, nem se assemelham com os denominados “interesses públicos” ou o “bem comum”, cujo titular é o Estado¹⁹⁷. Em uma idéia por demasiada ampla, poderiam ser assemelhados ao chamado “bem geral”, quando difusos, por se relacionarem à comunidade como um todo. Todavia, o que está certo é que têm como titulares grupos sociais, determinados ou determináveis ou não. Assim, os interesses do grupo social nem sempre coincidirão, como por vezes ocorre, com o interesse geral¹⁹⁸.

Contudo, não somente os interesses individuais são passíveis de gerar a ocorrência do dano-evento. A doutrina referente à responsabilidade civil destaca que além da proteção aos interesses individuais devem-se proteger também os chamados interesses “coletivos”, que são aqueles que pertencem a uma pluralidade de pessoas enquanto membros de uma comunidade ou de grupos. Essas pessoas, no dizer de Gabriel A. Stiglitz, são “ligadas em virtude de uma pretensão de gozo, por parte de cada uma delas, de uma mesma prerrogativa”¹⁹⁹.

Há pelo menos três concepções a respeito do interesse “coletivo”²⁰⁰. A primeira delas considera que este seria o interesse pessoal do grupo. A segunda delas que o interesse “coletivo” seria uma soma de interesses individuais. A terceira que ele seria uma síntese dos interesses individuais.

A primeira acepção considera o interesse “coletivo” próprio da pessoa jurídica. São os interesses do grupo como o interesse de uma pessoa jurídica violado pelo abaloamento

¹⁹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e Legitimidade para Agir*. 3ª ed. São Paulo: RT. 1994.

¹⁹⁷ WEIS, Carlos. *Os Direitos Humanos Contemporâneos*. São Paulo: Malheiros. 2006. p.126.

¹⁹⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 4ª ed. São Paulo: RT. 1992. p. 19.

¹⁹⁹ STIGLITZ, Gabriel A. *La responsabilidad civil, nuevas formas y perspectivas*. Buenos Aires: La Ley. 1984. p. 24.

²⁰⁰ O termo interesse coletivo aqui empregado é gênero e é formado em contraposição ao interesse individual.

em um veículo de trabalho. Ele corresponde ao disposto no art. 47 do CC/2002²⁰¹. Na verdade, este interesse não é “coletivo”, é individual. É da pessoa jurídica. É seu interesse típico²⁰².

A segunda acepção trata o interesse “coletivo” como soma dos interesses individuais. Um feixe destes interesses transformar-se-ia em interesse coletivo, pelo exercício ser coletivo. Tal concepção não explica esse tipo de interesse. O fato de o exercício ser coletivo não transforma a essência de interesse individual. Essa é a crítica que se faz à inserção dos interesses individuais homogêneos no Código de Defesa do Consumidor (CDC)²⁰³. Esse posicionamento, aliás, como sustenta Vincenzo Vigoriti, traduz uma idéia essencialmente individualista do “interesse coletivo” com este conceito, pois o “coletivo” decorreria do individual²⁰⁴.

Finalmente a terceira acepção não é um interesse pessoal do grupo ou pessoa jurídica, nem uma mera soma aritmética de interesses individuais. Eles são os interesses “coletivos” em sua essência. No dizer de Rodolfo de Camargo Mancuso:

“trata-se de interesses que deparam [sic] esses dois limites, ficando afetados a um ente coletivo, nascido a partir do momento em que certos valores individuais, atraídos por semelhança e harmonizados pelo fim comum, se amalgamam no grupo. É síntese, antes que mera soma”²⁰⁵.

²⁰¹ Art. 47, do CC/2002. “Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo”.

²⁰² SOLUS, Henry; PERROT, Roger. *Droit judiciaire privé*. t. I Paris: Sirey, 1966, p. 219. Os autores falam em interesse pessoal do grupo, mas afirmam que a pessoa jurídica atua como um simples particular (“*comme pourrait le faire un simple particulier*”). No mesmo sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 53, com o acréscimo de que este interesse poderia até ser entendido como social em sentido lato, se se entender que interesse social seja aquele “prevalente ao patrimônio social”.

²⁰³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 54. “está claro que a mera noção de “interesse coletivo” requer mais do que uma simples adição de interesses individuais. Sempre se pode fazer coletivamente o que já antes se poderia fazer a título individual; todavia, uma simples alteração no modo do exercício não pode mudar a essência dos interesses agrupados, que permanecem de natureza individual. É por isso que o CDC, dentro do gênero “interesses transindividuais” considera individuais homogêneos aqueles “decorrentes de origem comum” (art. 81, III, da Lei n. 8.078/90) e para tanto disponibiliza uma modalidade de tutela processual coletiva (arts. 91-100), sem que, todavia, isso impeça os particulares lesados de ajuizarem seus pleitos individuais, apressando-se o legislador em esclarecer que não há litispendência (art. 104)”.

²⁰⁴ VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo*. Milano: Giuffrè, 1973. p. 44.

²⁰⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 55.

Não é mera soma de interesses individuais e forma um verdadeiro fenômeno coletivo sintetizados pela finalidade comum, que pode até de certa forma contrariar o interesse individual colocado egoisticamente²⁰⁶.

Neste ponto já é possível fazer uma diferença presente na doutrina argentina. Os interesses “coletivos” podem ser assumidos como próprios de um ente representativo do grupo, por exemplo, uma associação de consumidores ou uma associação em defesa do meio ambiente. Quando isso se dá, fala-se em interesse “coletivo” dos membros do ente representativo do grupo, pois cada um dos membros individuais é titular de um interesse objetivamente vinculado ao dos demais membros e, justamente por isso, é supraindividual²⁰⁷.

Gabriel A. Stiglitz contrapõe os interesses “coletivos” em sentido próprio aos interesses coletivos em sentido impróprio ou difuso²⁰⁸.

Na doutrina francesa, Geneviève Viney parte da idéia de que há interesses coletivos que são lesionados e que não podem ser encarados a cargo de nenhum ente com personalidade jurídica e há interesses que são englobados ou compreendidos no objeto social de uma coletividade com personalidade²⁰⁹.

São exemplos dos primeiros os interesses relativos ao meio ambiente saudável ou ao equilíbrio ecológico, mas cabe ressaltar que, para a autora, este enquadramento só ocorre enquanto não houver uma associação, com personalidade jurídica, que vise proteger tais interesses. Reconhecer, entretanto, que alguns entes prevêem em seus estatutos a proteção de algum interesse coletivo seria apenas um reconhecimento de que há certos casos em que o dano não é somente individual ou próprio, mas coletivo²¹⁰.

O direito brasileiro apresenta um conceito legal para os interesses transindividuais. A terminologia adotada pelo legislador do CDC foi interesses “transindividuais” ao invés de outras como “meta”, “pluri” ou “supraindividuais”. Seguindo sua expressa disposição, distingue-se os interesses difusos dos coletivos. A partir dessa parte da obra,

²⁰⁶ SOLUS, Henry; PERROT, Roger. *Droit judiciaire privé*. t. I Paris: Sirey, 1966, p. 224.

²⁰⁷ ZANNONI, Eduardo Antônio. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993. p. 36.

²⁰⁸ STIGLITZ, Gabriel A. *La responsabilidad civil, nuevas formas y perspectivas*. Buenos Aires: La Ley. 1984. p. 24.

²⁰⁹ VINEY, Geneviève. *La responsabilité*. In GUESTIN, Jacques (Coord.). *Traité de droit civil*. Paris: LGDJ, 1982. p. 360 e seguintes.

²¹⁰ ZANNONI, Eduardo Antônio. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993. p. 46.

portanto, adotar-se-á a terminologia legal, salientando, contudo, que tal posição não ignorada a ambigüidade da doutrina italiana, para a qual, em sua grande maioria, os termos seriam sinônimos.

Os interesses transindividuais são os difusos ou coletivos em sentido estrito. Os difusos são os de “natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (art. 81, I, da Lei n. 8.078/90). Os coletivos em sentido estrito são os “transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (art. 81, II, da Lei n. 8.078/90). Os individuais homogêneos têm apenas o exercício coletivo, mas não perdem a característica de individuais. Eles são “os decorrentes de origem comum” (art. 81, III, da Lei n. 8.078/90). São exemplos dos primeiros o ar puro e o interesse de o consumidor não ser alvo de publicidade enganosa. São exemplos do segundo o interesse de alunos de determinada escola ter a qualidade do ensino assegurada. Os individuais homogêneos são aqueles que têm apenas uma origem comum e justamente por isso poderão ser pleiteados coletivamente em juízo²¹¹.

Na verdade, toda a discussão sobre os interesses transindividuais encontra algumas conclusões e alguns desafios. As primeiras conclusões referem-se ao fato de a existência desses interesses ser incontestável. Eles são interesses juridicamente protegidos. Admitindo tal pressuposto, busca-se a melhor solução para a sua proteção. Toda a discussão acerca desta modalidade de interesse visa encontrar a melhor forma de possibilitar o ressarcimento dos danos causados ao conjunto de membros que participam da pretensão de gozo de bens jurídicos comuns²¹². Isso exige a superação da dimensão estritamente individualista da responsabilidade civil, a qual estima os instrumentos ressarcitórios como algo exclusivo para aqueles que separadamente sofrem algum prejuízo que recaia sobre um interesse legítimo de que são titulares²¹³.

Ao perceber essa idéia, Gabriel A. Stiglitz afirma que “a nova proteção massiva da danosidade ao menos determina não tanto um prejuízo sobre bens próprios e individuais dos

²¹¹ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 1011.

²¹² ZANNONI, Eduardo Antônio. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993. p. 47.

²¹³ STIGLITZ, Gabriel A. *La responsabilidad civil, nuevas formas y perspectivas*. Buenos Aires: La Ley. 1984. p. 40.

particulares, mas sim uma lesão atual e concreta somente do ponto de vista da inteira coletividade que o sofre”²¹⁴.

Não se pode esquecer o caráter indivisível do objeto. Deste modo, a pretensão não pode ser fragmentada entre os diversos integrantes do grupo, que, em geral, são de difícil determinação. Contudo, mesmo que assim não fosse, a providência não poderia se dar de modo fragmentado, ou seja, individualizado. Isto não significa dizer que cada indivíduo não possa ter uma prestação individualizada, pois “o interesse é coletivo diante da natureza da correspondente prestação, e não do desfrute que cada pessoa vai obter com a proteção do bem da vida”²¹⁵.

Carlos Weis salienta neste ponto uma característica específica dos interesses transindividuais, a “litigiosidade intensa”. Ela se revela pela possibilidade de existirem diversos grupos em conflito, com interesses contrapostos em relação a um determinado bem da vida, em que o atendimento de um interesse prejudica ou impede o outro. Para tanto, o autor lembra a situação do desmatamento da Amazônia, em que há o interesse da comunidade internacional na preservação da biodiversidade, o interesse dos trabalhadores e dos empregadores do local e até o interesse das populações dos centros urbanos que receberiam os eventuais desempregados com o impedimento do desmatamento. Como se vê, não seria possível a idéia comum de aplicação do direito em que há dois interesses conflitantes e o juiz escolhe qual a correta aplicação do direito. Nesta nova situação, muitas vezes o juiz tem que compor diversos interesses conflitantes com múltiplas possibilidades de solução²¹⁶.

Isso já era notório na proteção do consumidor prevista na Carta Européia de Proteção dos Consumidores, elaborada pelo Conselho da Europa em 1973, em que se assinala a tendência a coordenar limitações à atividade empresarial com a tutela do consumidor.

Em 1985, a Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou as diretivas para a proteção ao consumidor. Em tal documento estavam previstas, por exemplo, a proteção do consumidor diante dos riscos em relação à saúde e segurança, a promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores, o acesso a uma adequada informação e educação, a possibilidade de uma compensação efetiva em caso de danos, a liberdade para constituir grupos

²¹⁴ STIGLITZ, Gabriel A. *La responsabilidad civil, nuevas formas y perspectivas*. Buenos Aires: La Ley. 1984. p. 40.

²¹⁵ WEIS, Carlos. *Os Direitos Humanos Contemporâneos*. São Paulo: Malheiros. 2006. p.126.

²¹⁶ WEIS, Carlos. *Os Direitos Humanos Contemporâneos*. São Paulo: Malheiros. 2006. pp.126-127.

ou outras organizações relativas a consumidores, sendo eles que serão ouvidos quando da tomada de decisões que os afetarem²¹⁷.

Outra grande importância do tema é desmistificar a idéia recorrente de que o dano estaria ligado à violação de um direito subjetivo. A proteção aos interesses supraindividuais, inclusive com a possibilidade de reparação e ressarcimento de danos demonstra justamente isso. O que é necessário para a noção de dano é o enquadramento da lesão a interesse juridicamente protegido e não necessariamente a lesão ou ofensa a um direito subjetivo como dano-evento.

Neste ponto, de particular relevância será o estudo do dano social que se verá no próximo capítulo. Antes, porém, de identificar cabalmente o momento do dano-evento e seu papel na responsabilidade civil, faz-se mister observar a peculiaridade de um outro tipo de interesse juridicamente protegido, o que advém de uma obrigação.

2.15. O interesse na relação obrigacional

O papel do interesse na relação obrigacional é de suma importância. Como afirma Ludovico Barassi, o vínculo permanece na medida em que a ordem jurídica mantém digna de tutela a razão que induziu a lei ou os sujeitos interessados a tal vínculo²¹⁸. Essa idéia também permanece na responsabilidade civil oriunda da relação obrigacional.

Resta, contudo, saber qual a razão que induziu a lei ou os sujeitos a considerar ou estipular determinado vínculo obrigacional. Para a grande maioria dos autores, o fundamento da relação obrigacional é justamente o interesse. Tratando, precisamente, da relação jurídica

²¹⁷ ZANNONI, Eduardo Antônio. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993. p. 48.

²¹⁸ BARASSI, Ludovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1946. p. 56. Neste sentido VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 104-109.

obrigacional, seja ela advinda de fonte negocial ou da responsabilidade civil, parte significativa da doutrina considera o interesse do credor um pressuposto fundamental do vínculo, e conseqüentemente da obrigação²¹⁹. O interesse do credor é “*aquele que se satisfaz quando se solve a dívida*”²²⁰. Ludovico Barassi, para demonstrar tal afirmativa, argumenta com um exemplo de direito público, lembrando que todos contribuem para a formação do Estado com contribuições patrimoniais, este auxílio se dá na medida do interesse do Estado, credor²²¹, ou seja, será o interesse deste o foco principal da responsabilidade civil contratual.

O interesse, neste campo de estudo, relaciona-se com a função desempenhada pela obrigação. O interesse do credor define a função da obrigação. Função consistente na satisfação de seu interesse concreto, proporcionado por meio de sacrifícios impostos ao devedor através do vínculo obrigacional²²².

Aprofundando a questão, Ludovico Barassi acrescenta que, caso o interesse seja contestado como elemento essencial da obrigação, não pode ser como pressuposto da obrigação.

Essa discussão só ocorreria pelo fato de se confundir o interesse com direito subjetivo. A obrigação tem como princípio criar um direito de crédito e este é um direito subjetivo. Mas, como já fora afirmado, a noção de direito subjetivo e de interesse são independentes. O fato de considerar que o interesse está fora do conceito de direito subjetivo, por uma abstração fraca, poderia levar à exclusão da necessidade de o credor apresentar interesse²²³. Este, aliás, é um dos argumentos levantados por Rudolf von Jhering para defender o liame entre o interesse e o direito subjetivo. Por essa visão, ao se defender que não é imprescindível o interesse como fundamento do direito subjetivo, como conseqüência, o interesse não mais seria essencial para ser caracterizado o direito subjetivo de crédito. O autor sustenta ainda que a linha argumentativa da não necessidade do interesse para o direito subjetivo é pautada no exemplo do incapaz, o qual pode ser titular de direito subjetivo sem, contudo, conhecer este direito, o incapaz é titular de um direito subjetivo sem ter interesse²²⁴.

²¹⁹ BARASSI, Ludovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1946.-156.

²²⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado, parte especial, direito das obrigações, obrigações e suas espécies, fontes e espécies de obrigações*. . t. XXII . 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 13.

²²¹ BARASSI, Ludovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1946. p. 56.

²²² VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 158.

²²³ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 27 e seguintes, foi quem primeiro conceituou direito subjetivo como “um interesse juridicamente protegido”.

²²⁴ BARASSI, Ludovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1946. p.56.

Ocorre, no entanto, como já demonstrado, que nenhum dos argumentos tem sua razão de ser. Mesmo que se afirme o fato de o interesse ser essencial para a caracterização do direito subjetivo, não é possível fazer uma correspondência integral entre eles. Um simples exemplo já demonstra o afirmado. Uma lesão a um interesse não patrimonial pode gerar um prejuízo patrimonial e conseqüentemente um direito de crédito patrimonial. Se, por exemplo, uma batida de carro, em que há culpa de um dos condutores, resultar em lesão a um interesse não patrimonial, como é o caso de um interesse à permanência da integridade física, e isto impossibilitar que o lesado não culpado trabalhe, gerando um prejuízo patrimonial, o lesado terá um direito de crédito patrimonial, mesmo que o interesse lesado tenha sido não patrimonial. Desse modo, o que se quer afirmar com a não-correspondência entre o interesse e o direito subjetivo é apenas o fato de que os conceitos são distintos, mas não que não se possa ter um como pressuposto do outro, como é o caso do interesse, que, mesmo não sendo uma plena correspondência do direito subjetivo, é seu pressuposto.

Na Itália, como resposta à discussão do parágrafo anterior, há previsão legislativa expressa no art. 1.174 do CC²²⁵. O artigo claramente diferencia o interesse, que, pela letra da lei, não precisa ser suscetível de avaliação pecuniária, da prestação, objeto da obrigação, a qual deve ser suscetível dessa avaliação²²⁶, apresentando duas normas expressas. Uma diz respeito à questão da patrimonialidade da prestação e a outra ao interesse do credor.

Relativamente à segunda norma do art. 1.174 do Código Civil Italiano, é essencial se ter em conta que a necessidade do interesse deve se dar não só no nascimento da obrigação, mas também em toda a vida da relação obrigacional²²⁷ e uma lesão a este interesse pode gerar o dever de indenizar no campo da responsabilidade civil contratual. Esta é mais uma evidência de que o fundamento do dano-evento é também a lesão a interesse juridicamente protegido.

Não há dúvidas de que o interesse em questão é pessoal do credor, resta, no entanto, diferenciar o interesse típico do subjetivo.

²²⁵ “*La prestazione che forma oggetto dell’obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore*”. “*A prestação que é objeto da obrigação deve ser suscetível de avaliação econômica e deve corresponder a um interesse, mesmo que não patrimonial, do credor (grifo nosso)*”.

²²⁶ BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 51.

²²⁷ GIORGIANNI, Michele. *L’obbligazione, La parte generale delle obbligazioni*. Catania: Vincenzo Muglia, 1945. p. 63. Neste sentido, PERLINGIERI, Pietro. *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza, libro quarto delle obbligazioni, articoli 1173-1469*. t. I. Bolonha: Zanichelli, 1991. p. 3.

2.16. Interesses típico e subjetivo na relação obrigacional

A diferença entre o interesse típico e subjetivo é relevante não só para o entendimento do art. 1.174 do Código Civil italiano²²⁸, mas também para todo o estudo sobre o direito das obrigações²²⁹, haja vista o interesse, para a grande maioria dos autores, ser pressuposto da prestação ou da própria obrigação²³⁰.

O interesse típico, segundo Ludovico Barassi, é “aquele que objetivamente é destinado à prestação segundo a sua natureza idônea a satisfazê-lo”²³¹. Já o subjetivo é o “escopo que realmente cada credor individualmente procura satisfazer com a estipulação do contrato”²³².

O caráter típico do interesse do credor provém de uma categoria socialmente apreciável²³³. Já é possível perceber que este interesse não se identifica com aquele concreto e individual do credor singular²³⁴, mas no particular interesse que é próprio do tipo de relação constituída²³⁵.

É notório que o devedor, ao conhecer bem o mote da estipulação do credor, conhecerá o escopo e perceberá o interesse subjetivo do credor na relação jurídica em que ora são sujeitos passivo e ativo, respectivamente. No entanto, é de clara percepção a insegurança que sucederia na ordem jurídica caso fosse dada tamanha importância a um dado subjetivo. Nos

²²⁸ BARASSI, Ludovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1946. p. 57.

²²⁹ A diferenciação entre interesse típico e subjetivo é útil não somente para a análise acerca do direito italiano, mas também para o direito brasileiro.

²³⁰ A título exemplificativo podemos citar BETTI, Emílio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 51 e seguintes; BARASSI, Ludovico. *La teoria generale delle obbligazioni*, p. 55 e seguintes; VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 101 e seguintes.

²³¹ BARASSI, Ludovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1946. p. 57.

²³² BARASSI, Ludovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1946. p. 57.

²³³ BETTI, Emílio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 58.

²³⁴ Entendam a passagem como interesse subjetivo.

²³⁵ BETTI, Emílio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 58-59.

contratos por adesão, por exemplo, como conhecer o escopo de todos aderentes? Como se vê, para o bem da segurança e da estabilidade jurídica, é mister que se atente ao interesse típico²³⁶.

O problema da distinção entre o interesse típico e o subjetivo perde o sentido nas prestações instantâneas, como ocorre na compra e venda à vista com tradição imediata. Nestes casos, há autores que chegam a afirmar que o interesse típico e o subjetivo se colidem²³⁷. O problema, em sua totalidade, surge nas prestações de trato sucessivo, por exemplo, a locação de imóvel para habitação pode perder seu escopo se o locatário adquirir uma casa; no entanto, as prestações ainda serão devidas. Como se vê, durante o desenvolvimento da relação, o interesse subjetivo pode perder a força (por exemplo: o locatário pode adquirir um imóvel e não ter mais interesse – subjetivo – na locação, contudo as prestações que forem vencendo são devidas), mesmo assim, o interesse típico permanece²³⁸. Para que o interesse subjetivo prevaleça, é imprescindível a feitura de cláusula resolutiva no contrato, caso ausente previsão legal a respeito²³⁹.

O fenômeno da interferência do interesse típico e do subjetivo não é particular das relações de obrigação. Está ligado a quaisquer direitos subjetivos, dado que a tutela dos direitos subjetivos é baseada numa classificação por tipos. Pode ser que o interesse típico coincida com o interesse subjetivo, mas isso não significa, como já afirmado, a regra. A lei não garante a efetiva satisfação do interesse concreto ou subjetivo, mas apenas do interesse típico. A propriedade de um cavalo, por exemplo, não garante que a satisfação concreta com o animal seja total e efetiva, o gozo de uma propriedade e o adimplemento de uma obrigação não atestam um real contentamento do interesse individual, mas visam garantir uma satisfação do interesse típico.

Assim, somente uma lesão ao interesse típico pode ser considerada para a caracterização do dano-evento. A lesão ao interesse subjetivo somente terá relevância na medida em que coincida com o interesse típico.

²³⁶ E. BETTI, Emílio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 58-64. BARASSI, Ludovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1946. p. 57.

²³⁷ BARASSI, Ludovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1946. p. 58.

²³⁸ BETTI, Emílio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 58-59.

²³⁹ A exigência de cláusula resolutiva apenas reforça o argumento da diferenciação entre o interesse típico e o subjetivo.

2.17. Interesse de terceiro

Para a análise do interesse, é preciso observar a questão do terceiro. Essa assertiva fica clara com a observação do contrato de mandato sem representação. O mandatário realiza o negócio no interesse do mandante, agindo como intermediário. O interesse, cuja tutela deve servir à relação de obrigação, não é necessariamente o interesse da parte que figura como sujeito da relação, pode ser de um terceiro.

Estas relações se constituem em nome do mandatário, mas a lei não ignora que está em jogo o interesse do mandante, e, portanto, confere a este a possibilidade de adaptar a posição de poder à situação real do interesse típico²⁴⁰.

E. Betti argumenta, com base no direito italiano, que é conferido ao mandante o poder de apropriação do crédito, por causa da relação jurídica obrigacional constituída pelo mandatário²⁴¹ e pelo mandante. A lei não desconhece que na base do direito há o interesse do mandante, a qual confere, por esse motivo, um poder de apropriação do direito de propriedade, concedendo a ele o poder de experimentar a reivindicação como se a coisa fosse adquirida para ele diretamente. Tanto é assim que, se o mandante não se vale de seu poder, estabelece-se que a propriedade resta ao mandatário. Situação análoga ocorre no contrato de aquisição de bem imóvel: caso o mandatário não proceda a transferência do imóvel adquirido, o mandante pode propor a ação contemplada no art. 2.932 do Código Civil italiano, conseguindo uma pronúncia constitutiva que tenha lugar em casos de falta de transferência²⁴².

O direito reconhece que houve lesão ao interesse típico do mandante neste caso, ou seja, houve dano-evento.

²⁴⁰ E. BETTI, Emílio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 60.

²⁴¹ Art. 1.706 do Código Civil italiano. Este artigo confere ao mandante o poder de tentar a reivindicação de coisa móvel ainda que formalmente a propriedade tenha sido adquirida em nome próprio do mandatário que agiu em nome próprio.

²⁴² E. BETTI, Emílio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 60. O autor cita outros vários exemplos, mas parece que a idéia já foi passada.

Para o direito português, da mesma forma, pode um terceiro realizar a prestação em lugar do devedor. A lei não só autoriza-o a fazer (art. 767, 1, do Código Civil português), como impõe ao credor o dever de receber (art. 767, 1 e 2). O credor só pode recusar a prestação na falta de acordo que exclua a intervenção de terceiro, quando a substituição do devedor por este o prejudique (art. 767, 2, *in fine* do Código Civil português)²⁴³.

O interesse de terceiro, quando imprescindível, exclui a possibilidade de recebimento da prestação no interesse de outra pessoa²⁴⁴. Caso fosse possível, o terceiro seria mero intermediário, por exemplo, agiria com poderes de representação (Código Civil Italiano, artigos 1.387 e seguintes; Código Civil Brasileiro de 1916, artigos 1.288 e seguintes; Código Civil de 2002, artigos 115-120 e 653 e seguintes), faria estipulação em favor de terceiro (Código Civil Italiano, art. 1.411; Código Civil Brasileiro de 1916, artigos. 1.098 e seguintes; Código Civil de 2002, artigos 436 e seguintes), seria comissionário. Como é possível perceber, são inúmeros os exemplos, mas pela análise dos artigos citados, é evidente a necessidade do interesse (a título exemplificativo ressalta-se novamente o art. 1.411 do Código Civil italiano, que evidencia a exigência do interesse²⁴⁵).

2.18. Natureza do interesse do devedor

Para a teoria materialista²⁴⁶, os contratos que não apresentam interesse econômico não são válidos. Eles entendem que a patrimonialidade da prestação se define pelo interesse do

²⁴³ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 159.

²⁴⁴ BARASSI, Ludovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1946. p. 58.

²⁴⁵ Este último parágrafo apenas busca fazer referência legislativa comparada do direito italiano e brasileiro.

²⁴⁶ Um dos grandes expoentes da teoria materialista foi MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. Tradução de Regina Lúcia F. de Moraes. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. Os autores levam ao extremo a economicidade das relações capitalistas, considerando que todas as relações, para a sua época, têm fulcro patrimonial.

credor, ou seja, é mister um interesse suscetível de avaliação pecuniária para que haja verdadeira obrigação jurídica²⁴⁷. Portanto, somente uma lesão a interesse econômico geraria o dano-evento. Pelos exemplos e explicações a seguir, facilmente será perceptível o equívoco a que se chega ao se tentar levar a defesa da economicidade às últimas consequências.

Um dos primeiros autores a levantar objeções à teoria materialista foi Rudolf Von Jhering. O autor, referindo-se a Friedrich Karl Savigny²⁴⁸, apesar de aceitar que o direito possa apresentar uma evolução orgânica, não crê ser possível que as inovações jurídicas somente sejam criadas como uma evolução lingüística, isto é, uma evolução passiva e lenta. Ele defende que as grandes inovações do direito foram originadas pela luta²⁴⁹. Luta essa, que, no campo do direito privado, alcança um fator interessante.

Muitas vezes, para se defender um direito subjetivo privado, mesmo sendo não proveitoso economicamente a entrada em litígio, as pessoas buscam lutar por este direito. Isso ocorre porque a defesa do direito é uma característica da própria condição humana. Para comprovar essa afirmação, ele compara a pessoa com o Estado. Caso este não defenda a perda de um metro que seja de seu território, ele fatalmente deixará de ser Estado. Assim, o homem que não defende um direito perde sua própria dignidade.

Como se pôde notar, caso não seja vantajosa a entrada em um litígio, não será um interesse econômico que originará a busca da tutela, mas será um interesse puramente moral²⁵⁰, mas típico.

²⁴⁷ Sobre o assunto veja VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 101 e seguintes.

²⁴⁸ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Obligationenrecht*. Tradução italiana de Giovanni Pacchioni. *Le obbligazioni*. v. I. Torino: Utet, 1912. p. 274 e ss.

²⁴⁹ A luta, para Rudolf von Jhering, é caracterizada pela busca de satisfação de um direito subjetivo. Mas ela também pode se apresentar no próprio ordenamento como um todo.

²⁵⁰ JHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*, p. 27 e seguintes. O autor começa a obra com uma afirmativa interessante: “o fim do direito é a paz, o meio de que se serve para conquista-la é a luta”. A partir deste trecho é construída toda uma teoria onde Rudolf von Jhering tenta demonstrar a importância da luta para o direito, afirmando que seus princípios norteadores, para se afirmarem, tiveram de combater aqueles que lhes eram contra. Para a construção de seu pensamento, ele utiliza principalmente os métodos comparístico, histórico e exemplificativo. O comparístico fica evidenciado no paralelo feito com a teoria (SMITH, Adam. *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. Tradução de Teodora Cardoso e Luís Cristóvão de Aguiar. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [19--?]): a luta está para o direito assim como o trabalho está para a propriedade. Isto se dá porque assim como um herdeiro não trabalha e tem a propriedade devido a um ascendente ter trabalhado por ele, um período de paz no direito significa que houve alguém que lutou para que aquele direito vivesse. A luta pelo direito no campo do direito subjetivo é efetivada pela sua violação. Violado um direito, o titular se defronta com uma indagação: deve defender-se, resistindo ao agressor, ou deve abandonar o direito e escapar da luta. Uma pessoa rica pode abdicar do direito pela manutenção da paz, caso o bem da vida tenha apenas valor econômico. Uma pessoa pobre, no entanto, irá lutar por cada pequeno patrimônio a que tem direito. Acontece, como defende o autor, que o direito não conta apenas com interesses mesquinhos e patrimoniais, a experiência mostra processos no objeto do litígio; a prestação não guarda a menor proporção com o dispêndio provável de energia,

Mesmo com uma análise superficial, é possível chegar a inúmeros exemplos de interesses patrimoniais. A compra e venda e a permuta são típicos contratos que exigem um interesse (típico) patrimonial. Mas, em algumas locações de serviços, cuja prestação consiste em apresentação musical ou outra manifestação artística, o interesse dos espectadores pode não ser patrimonial, como na maioria das vezes ocorre, mas nada impede que o interesse do artista seja patrimonial²⁵¹.

Do exemplo mencionado, já se confirma a afirmação da não necessidade de o interesse ser econômico para ser válida a prestação. O interesse dos espectadores de um concerto musical pode não ser econômico. Uma família, por um interesse meramente estético, pode se obrigar a realizar uma prestação pecuniária para um pintor que foi incumbido de figurar a imagem dos ascendentes.

Isto posto, mais uma vez enfatizamos a distinção entre o interesse e a prestação que pode ser tirada do exemplo anterior. Emilio Betti é muito feliz em um exemplo que deixa bem clara a distinção, enfatizando a não necessidade de o interesse ser avaliável pecuniariamente no direito moderno: o interesse de honrar um falecido, evidentemente, não tem cunho patrimonial. No entanto, para a construção de um monumento em sua homenagem, pode-se contratar uma empreiteira, que realiza a obra mediante remuneração em dinheiro²⁵².

Outro fator que demonstra a independência entre a prestação e o interesse está na análise acerca de três tradicionais prestadores de serviço: o médico, o advogado e o professor. A utilidade que representa o ensinamento intelectual, o interesse em ter boa saúde e a vitória em uma causa são interesses morais, entretanto os serviços do médico, do advogado, do músico são suscetíveis de avaliação econômica²⁵³.

aborrecimentos e custas. O operador do direito muitas vezes se depara com o desejo do interessado de buscar o litígio mesmo sendo desproporcional o custo do processo com o possível êxito. O que explica essa atitude é a busca de afirmação da própria pessoa. A defesa do direito é um dever de auto-conservação moral e da sociedade, pois para a existência da sociedade é mister a existência do direito. Daí o brocardo latino *ubi societas ibi jus*.

²⁵¹ BARASSI, Ludovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1946. p. 59.

²⁵² BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 53. O autor enfatiza que as atividades do empreendedor, no mundo social, vêm compensadas e podem ser substituídas mediante correspondente pecuniário. Sobre o valor patrimonial ser condicionado à avaliação que o mundo social atribui, vide E. ESPÍNOLA, *Direito Civil Brasileiro, Parte Primeira, Theoria Geral das Relações Jurídicas de Obrigação*. Rio de Janeiro: Clássica, 1911. v. 2, t. I. pp. 72 e ss.

²⁵³ BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 53-54.

Também não há dúvidas sobre a realização de um contrato cujo interesse seja meramente altruísta. É o que ocorre nas relações em que o contrato contém interesse beneficente²⁵⁴, atualmente evidenciado nos contratos de trabalho voluntários.

O art. 1.174 do Código Civil italiano é expresso em afirmar que qualquer interesse, mesmo que não patrimonial, seja digno de gerar obrigação. Neste caso deve-se entender que o interesse deva justificar a prestação desde que seja digno de tutela jurídica²⁵⁵. Esse dispositivo vem a interpretar o art. 1.322²⁵⁶, do mesmo Código, significando que não será protegido o mero capricho, mas apenas os interesses merecedores de tutela.

O fato de o interesse não ser necessariamente econômico faz com que sua finalidade ou vantagem da relação obrigacional tenha como escopo não somente a pessoa do credor, mas também um terceiro.

Desse modo, no campo do dano-evento, a lesão pode ocorrer a um interesse patrimonial ou não patrimonial, mas desde que seja suscetível de tutela jurídica.

2.19. Interesse do credor, causa e motivo²⁵⁷

De todo o exposto, já se percebe que o interesse típico é um pressuposto da relação obrigacional, não pode faltar qualquer que seja a fonte da obrigação. Resta, no entanto, saber qual a relação entre o interesse do credor, a causa e o motivo.

²⁵⁴ BARASSI, Ludovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1946. p. 59.

²⁵⁵ BARASSI, Ludovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1946. p. 104-109.

²⁵⁶ BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 52.

²⁵⁷ O objetivo aqui não é abordar a seara das discussões filosóficas acerca do que venha a ser causa e sua diferença com o motivo. A proposta serviu apenas para desmistificar a noção equivocada de equivalência entre motivo e interesse.

Para Ludovico Barassi, nos contratos gratuitos, o motivo e o interesse se coincidem, mas não se confundem. Veja o exemplo do donatário: o escopo da doação é determinado pelo simples “motivo” desta, isto é, o motivo determina o escopo ou interesse subjetivo que leva o doador a figurar como parte na relação jurídica. Nos contratos a título correspectivo, o interesse determina quem figura como credor de uma prestação e quem tem a obrigação de realizar outra prestação, e é nesta prestação correspectiva que reside o fundamento da obrigação.

Por conseguinte, para a caracterização do dano-evento não se pode fazer uma completa correlação entre o interesse e o motivo. Embora um possa coincidir com o outro em algumas situações.

2.20. Crítica ao debate sobre o interesse e a relação obrigacional

Como já afirmado anteriormente, o interesse do credor se satisfaz quando se solve a dívida. O interesse é importante para se saber se a obrigação é satisfeita quando o terceiro solve a dívida ou até mesmo no plano pré-processual²⁵⁸, conforme dispõe o art. 76 do CC/1916²⁵⁹. Isso, no campo da responsabilidade civil, refletir-se-á na caracterização ou não da lesão ao dano-evento.

Então, já se pode perceber a confusão a que chega a grande maioria dos autores e legisladores. Tanto os autores italianos²⁶⁰ quanto os portugueses²⁶¹ discutem a questão do

²⁵⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado, parte especial, direito das obrigações, obrigações e suas espécies, fontes e espécies de obrigações*. . t. XXII . 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 13-15.

²⁵⁹ “Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico ou moral. Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família”.

²⁶⁰ BARASSI, Ludovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1946; GIORGIANNI, Michele. *L’obbligazione, La parte generale delle obbligazioni*. Catania: Vincenzo Muglia, 1945.;

interesse como requisito de direito material, defendendo em sua quase-totalidade a não necessidade do interesse apresentar natureza econômica para a prestação ser válida, bastando apenas que o interesse seja social e juridicamente permitido e possível para o direito²⁶², e a violação desse interesse como passível de responsabilidade civil contratual.

Segundo F. C. Pontes de Miranda, esta análise seria um equívoco. O erro ocorreria porque a exigência do interesse se dá no campo pré-processual, ou seja, o pensamento dos autores estudados até agora fora dado no campo do direito material, mas, no entanto, deveria estar situado no campo do direito pré-processual²⁶³.

Com isso, o dano-evento não seria propriamente um assunto a ser tratado no campo do direito material, mas sim no do direito pré-processual. Reparem, contudo, que a necessidade do interesse típico, relevante em toda a discussão presente no capítulo, não perde a razão de ser por este último fragmento. No entanto, seria preciso que se transplantassem os argumentos para o plano pré-processual²⁶⁴.

Dever-se-ia discutir, portanto, o interesse para a configuração do dano-evento na responsabilidade contratual, apenas quando da propositura da demanda²⁶⁵.

Essa visão parece um tanto equivocada. A presença da lesão ao interesse juridicamente protegido dá-se justamente para a configuração jurídica do dano e ocorre no campo do direito material não quando da propositura da demanda.

PERLINGIERI, Pietro. *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza, libro quarto delle obbligazioni, articoli 1173-1469*. t. I. Bolonha: Zanichelli, 1991.

²⁶¹ Por exemplo, VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

²⁶² Quanto a esta questão podemos citar como pacífica tanto pelos juristas e legisladores portugueses quanto pelos italianos (veja, por exemplo: VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 104-109; COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, p. 623-627; BARASSI, Ludovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1946. p. 55-59; GIORGIANNI, Michele. *L'obbligazione, La parte generale delle obbligazioni*. Catania: Vincenzo Muglia, 1945. p. 29-41; PERLINGIERI, Pietro. *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza, libro quarto delle obbligazioni, articoli 1173-1469*. t. I. Bolonha: Zanichelli, 1991; BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 53-54). Entretanto, é válido lembrar que a questão só veio a se tornar pacífica após a diferenciação entre interesse e prestação.

²⁶³ Tanto isso é verdade que Emilio Betti (*Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 52) defende que a exigência do interesse é consequência da necessidade de execução forçada, não percebendo a contradição a que chega com essa afirmativa.

²⁶⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado, parte especial, direito das obrigações, obrigações e suas espécies, fontes e espécies de obrigações*. . t. XXII . 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 13-15.

²⁶⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado, parte especial, direito das obrigações, obrigações e suas espécies, fontes e espécies de obrigações*. . t. XXII . 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 13-15.

Após a identificação do dano-evento como lesão a um direito subjetivo ou a um interesse juridicamente relevante, seja no campo extracontratual ou no contratual, resta ainda a análise do dano-prejuízo.

III - DANO-PREJUÍZO

1. Teorias relacionadas ao dano-prejuízo.

O dano é o resultado da conduta. Isso já foi afirmado nesse trabalho e é evidenciado por Francesco Donatto Busnelli e Salvatore Patti que consideram ser o dano efeito do comportamento ilícito e é apenas como continuação desse plano de análise que se estuda o ressarcimento e o objeto da obrigação reparadora¹.

Neste sentido é a afirmação de Augusto Baldassari para quem o termo dano abrange tanto a perda sofrida por um sujeito como o objeto da obrigação ressarcitória².

Contudo, para se chegar ao objeto da prestação de reparação, faz-se mister a análise de um segundo aspecto do termo dano. Trata-se da consequência da lesão ao direito ou à norma protetora de interesses, isto é, do dano-prejuízo³.

¹ BUSNELLI, Francesco Donato, PATTI, Salvatore. *Danno e responsabilità civile*. Torino: Giappichelli, 1997, p. 11.

² BALDASSARI, Augusto. *Il danno patrimoniale*. Padova: CEDAM, 2001, p. 7.

³ Os italianos e portugueses falam em dano-consequência, justamente por ser este segundo aspecto do dano correlato à violação de um direito subjetivo ou de uma norma que protege interesses.

Neste sentido: BRAGA, Armando. *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 41; PETTI, Giovanni Battista. *Il Risarcimento dei Danni: Biologico, Genetico, Esistenziale*. v. II. Torino: UTET, 2002, p. 1.277; ALPA, Guido. In *Giurisprudenza di Diritto Privato Annotata*. v. I, Torino, 1991, pp. 1 e ss.

O termo dano-prejuízo pode ser atribuído a JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *O Direito como Sistema Complexo e de 2ª Ordem; sua Autonomia, Ato nulo e Ato Ilícito, Diferença de Espírito entre Responsabilidade Civil e Penal, Necessidade de Prejuízo para Haver Direito de Indenização na Responsabilidade Civil*. In Antonio Junqueira de Azevedo. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33.

Isso é claro na afirmação de José de Aguiar Dias de que “em matéria de responsabilidade extracontratual, não se levanta nenhuma dúvida sobre a necessidade do prejuízo. Isso já suscita dificuldade, contudo, no campo da responsabilidade contratual, o que é determinado pela suposição comum de que o simples inadimplemento do contrato já constitui o dano. Ora, isso não é verdadeiro, e, então, o credor, para responsabilizar o devedor, deve provar o dano sofrido. Só não ocorre o mesmo no caso da cláusula penal, da reparação à *forfait* ou da indenização mínima, que são devidas independentemente de qualquer prova por parte do credor”⁴.

Assim, não basta o dano-evento, é imprescindível o dano-consequência, porque é ele que será o objeto da pretensão ressarcitória⁵. Essa é a lição de José de Aguiar Dias ao afirmar que “O dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão, abstratamente considerada... os efeitos da injúria podem ser patrimoniais ou não, e acarretam, assim, a divisão dos danos em patrimoniais e não patrimoniais”⁶.

O dano-prejuízo é o segundo momento da ocorrência do dano⁷. Como é consequência da lesão a um direito ou a uma norma que protege interesses, será mediato⁸.

Sua necessidade é demonstrada por diversos fatores, o primeiro deles é a imprescindibilidade de se tratar o fato típico de responsabilidade civil como uma espécie de “delito material”, ou seja, o dano-prejuízo é essencial. Sem a consequência danosa pode haver até responsabilidade penal, a civil jamais. Uma indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; “enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum

⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. II. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 837.

⁵ É claro que para alguns autores o dano seria formado apenas pela lesão ao direito ou a norma protetora de interesses. Não se leva em conta as consequências danosas. Trata-se do chamado dano *in re ipsa*.

É o caso, por exemplo, de MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 155. Ela afirma que “desta forma, considerou-se que o dano moral dizia respeito exclusivamente à reparação de violações causadas a direitos da personalidade”.

⁶ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. II. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 861.

⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *O Direito como Sistema Complexo e de 2ª Ordem; sua Autonomia, Ato nulo e Ato Ilícito, Diferença de Espírito entre Responsabilidade Civil e Penal, Necessidade de Prejuízo para Haver Direito de Indenização na Responsabilidade Civil*. In Antonio Junqueira de Azevedo. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33.

⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Cadastros de Restrição ao Crédito: Dano Moral*. In *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 36, 2000, pp. 46-47.

prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum praticamente a todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo mas, também, determinante do dever de indenizar”⁹.

O segundo é o fato de a natureza do dano-evento não ser necessariamente a mesma do dano-prejuízo. Nada impede que o dano-evento se relacione a um bem não patrimonial e o prejuízo seja econômico, como o inverso também é verdadeiro. Essa é a afirmação de Armando Braga que bem relata o fato de que “a reparação do dano corporal passa, desde logo, pela indenização dos prejuízos com tratamentos médicos e internamento hospitalar, custos na aquisição de medicamentos, etc”¹⁰.

Antônio Junqueira de Azevedo bem demonstra a afirmação ao sustentar que “pode haver lesão à integridade física de uma pessoa e as principais conseqüências não serem de ordem pessoal, e sim patrimonial - por exemplo, se a vítima perdeu total ou parcialmente sua capacidade laborativa; ou, inversamente, a lesão pode ser numa coisa que está no patrimônio de alguém e a conseqüência ser principalmente um prejuízo não-patrimonial (dano moral), - por exemplo, se o dono tinha, pela coisa, valor de afeição... Portanto, o dano-evento, ou lesão, pode ser no corpo ou no patrimônio e, quer numa hipótese quer noutra, o dano-prejuízo ser patrimonial ou não-patrimonial: um dano ao corpo pode ter conseqüências patrimoniais ou não-patrimoniais e um dano ao patrimônio também pode ter conseqüências patrimoniais ou não-patrimoniais”¹¹.

O escopo básico da responsabilidade civil é a reparação de danos, tanto que o art. 944 afirma ser a indenização medida pela sua extensão. O dano que tem extensão é o dano-prejuízo, pois ele é “patrimonial ou não patrimonial”¹².

Todavia, antes da análise pormenorizada do dano patrimonial e não patrimonial, é imprescindível o estudo das teorias que fundamentam a pretensão ressarcitória e são base para a análise do dano-prejuízo.

⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 71.

¹⁰ BRAGA, Armando. *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 111.

¹¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Cadastros de Restrição ao Crédito: Dano Moral*. In *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 36, 2000, pp. 46-47.

1.1. Teoria da diferença

A primeira tentativa de definir o dano como objeto da reação do ordenamento jurídico e que justifica o dano-prejuízo pode ser atribuída à denominada teoria da diferença, construída por Friedrich von Mommsen¹³ e defendida, principalmente, na Alemanha¹⁴.

Para a tese, o dano seria a diferença existente entre o valor do patrimônio¹⁵ antes da ocorrência do evento lesivo e a estimativa de seu valor caso não houvesse a presença do acontecimento gerador de dano¹⁶.

A teoria consiste na realização de um cálculo matemático sobre o patrimônio do sujeito¹⁷, contemplando-o como entidade abstrata, no momento anterior ao evento lesivo e o que supostamente teria sem a sua ocorrência¹⁸.

Conforme afirma José de Aguiar Dias, “o dano se estabelece mediante o confronto entre o patrimônio realmente existente após o dano e o que possivelmente existiria, se

¹² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 377.

¹³ MOMMSEN, Friedrich Von. *Zur Lehre von dem Interesse*. Braunschweig: Schwetschke, 1855, pp. 3 e ss., *apud* RAVAZZONI, Alberto. *La riparazione del danno non patrimoniale*. Milano: Giuffrè, 1962. p. 37, nota 32.

¹⁴ NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006. p. 63.

¹⁵ Aqui empregado como entidade abstrata.

¹⁶ NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006. p. 63.

¹⁷ O patrimônio é um todo único e indivisível. Essa afirmação é verdadeira se tida como uma universalidade de direitos e se considerada em relação a um patrimônio específico. Não é verdadeira a de que cada pessoa tem apenas um patrimônio. É perfeitamente possível que determinado indivíduo tenha mais de um como ocorre em alguns regimes de bens no casamento.

Sobre o tema vide: BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil, parte general*. t. II. 12ª ed. Buenos Aires: ABeledo-Perrot, 1999, pp. 14-15 e AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Incomunicabilidade dos proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge no regime da comunhão parcial dos Códigos Civis de 1916 e 2002. Extensão da incomunicabilidade aos bens móveis e imóveis sub-rogados. Incomunicabilidade de bem imóvel adquirido durante a união estável anterior ao casamento, por ser relativa a presunção do art. 5º da Lei 9.278/96*. In *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 499 e ss.

¹⁸ NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006. p. 63.

o dano não se tivesse produzido: o dano é expresso pela diferença negativa encontrada nessa operação”¹⁹.

A teoria da diferença foi aceita, inicialmente, por inúmeros autores italianos²⁰ e alemães²¹. Todavia, posteriormente, foi objeto de severas críticas por parte da doutrina, que resultou em sua praticamente superação, em que pese parcela da doutrina ainda insistir em sua adoção²².

A primeira crítica que se faz relaciona-se ao fato de a teoria tratar o patrimônio como entidade abstrata, fazendo a operação, praticamente matemática, de subtração entre os patrimônios hipotéticos, sendo que, em realidade, o prejuízo afetaria bens concretos ou específicos²³.

Com uma noção meramente abstrata, não se examina o aspecto subjetivo essencial para a análise do dano-prejuízo, que somente poderia ser observado com a apreciação do concreto²⁴.

Alberto Ravazzoni complementa que a teoria da diferença exclui alguns elementos peculiares ao conceito de dano como é a utilidade subjetiva, pois com ela eliminar-se-ia um dos principais fatores de suas conseqüências, tornando-a, portanto, inadmissível²⁵.

¹⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. II. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 838.

²⁰ GIORGI, Giorgio. *Teoria Generale delle obbligazioni*. v. II. Firenze: Cammelli, 1892, p. 94 e CHIRONI, Giampietro, *La colpa nel diritto civile odierno: colpa extracontrattuale*. 2ª ed. vol. II. Torino: Fratelli Bocca, 1906, p. 4.

²¹ MOMMSEN, Friedrich Von. *Zur Lehre von dem Interesse*. Braunschweig: Schwetschke, 1855, pp. 3 e ss. e HASENÖHRL, Victor. *Das österreichische Obligationenrecht*. Wien: Manz, 1892, *apud* RAVAZZONI, Alberto. *La riparazione del danno non patrimoniale*. Milano: Giuffrè, 1962. p. 37, nota 32.

²² Esta é a posição de CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, p. 71. O autor, no entanto, só o utiliza para o dano patrimonial: “Quando ainda não se admitia o ressarcimento do dano moral, conceituava-se o dano como sendo a efetiva diminuição do patrimônio da vítima. Hoje, todavia, esse conceito tornou-se insuficiente em face do novo posicionamento da doutrina e da jurisprudência em relação ao dano moral e, ainda, em razão da sua natureza não patrimonial. Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade, etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral”.

²³ SCOGNAMIGLIO, Renato. *Risarcimento del danno*. In *Novissimo Digesto Italiano*. t. V. Torino: UTET, 1969, p. 6. Com a mesma opinião: BUSNELLI, Francesco Donato, PATTI, Salvatore. *Danno e responsabilità civile*. Torino: Giappichelli, 1997, p. 12. Sobre o tema, NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, p. 64, emite crítica com base na violação de interesses, ou seja, o cálculo deveria considerar os interesses violados e não o patrimônio abstrato. Tal posicionamento não pode prevalecer, pois como já se viu, a violação do interesse relaciona-se ao dano-evento e não ao dano-prejuízo. Uma violação a um interesse pode gerar danos diversos dos interesses violados. Embora o dano-evento e o dano-prejuízo sejam correlatos, não há equivalência entre ambos.

²⁴ PONCE DE LEÓN, Luis María Díez-Picazo y. *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas. 1999, pp. 312-313.

A segunda crítica feita à teoria da diferença diz respeito à exclusiva abrangência dos efeitos patrimoniais para a consequência danosa. Ao se referir à diferença de valor existente entre patrimônios abstratos excluem-se efeitos não patrimoniais da consequência do evento causador de dano-prejuízo²⁶.

Ficam fora do conceito os prejuízos não suscetíveis de avaliação econômica. Tais resultados não se expressam de forma a representar uma diminuição patrimonial. Estariam fora, portanto, resultados afetos à pessoa ou seus atributos²⁷.

Embora a crítica tenha procedência, é de se ressaltar que quando da sua elaboração, o dano-prejuízo, em sentido jurídico, somente abrangia os passíveis de avaliação econômica. Tanto a afirmação é verdadeira que o BGB fez incluir um preceito, o §253, que dispunha justamente a possibilidade de se reclamar o dano não patrimonial para hipóteses expressamente previstas em lei.

Por ser uma via de exceção, a circunstância não determinou de forma automática a inclusão dos prejuízos não patrimoniais no conceito jurídico de dano²⁸. Isso fez com que diversos autores aceitassem somente os danos patrimoniais como passíveis de serem objeto da pretensão ressarcitória²⁹.

De toda maneira, com o passar do tempo e a inclusão maior ou menor nos diversos ordenamentos de hipóteses de indenização por danos não patrimoniais, a limitação do conceito de dano passou a não fazer mais sentido e a não aceitação da abrangência do conceito para a época atual seria uma contradição em termos com a própria admissibilidade da pretensão ressarcitória³⁰.

²⁵ RAVAZZONI, Alberto. *La riparazione del danno non patrimoniale*. Milano: Giuffrè, 1962, p. 37.

²⁶ NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, p. 64.

²⁷ SCOGNAMIGLIO, Renato. *Risarcimento del danno*. In Novissimo Digesto Italiano. t. V. Torino: UTET, 1969, p. 6. O autor também faz uso da opinião em *Appunti sulla nozione di danno*. In Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1969, p. 470. No mesmo sentido: BONILINI, Giovanni. *Il danno non patrimoniale*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 53; e BUSNELLI, Francesco Donato, PATTI, Salvatore. *Danno e responsabilità civile*. Torino: Giappichelli, 1997, pp. 14 e 19.

²⁸ NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, p. 65.

²⁹ Por exemplo: THUR, Andreas von. Trad. esp. de W. Roces. *Tratado de Derecho de las Obligaciones*. t. I. Madrid: Reus, 1934, pp. 58 e 88-89.

³⁰ NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, p. 65.

A terceira objeção à teoria da diferença não se refere ao conteúdo, mas à aplicação prática. Há uma série de defeitos que impedem a apreciação e a reparação do dano efetivamente causado³¹.

Os defeitos são enumerados por F. Pantaleón Prieto, “relevância exoneradora das causas hipotéticas do dano” ou “causalidade alternativa hipotética” de um lado e de outro a *compensatio lucri cum damno*³².

O primeiro deles relaciona-se às hipóteses em que há concausas ou co-autores de eventos danosos. Nesta situação, há uma superposição de fatores que influenciam na consequência danosa e que poderiam por si só produzir o resultado, muitas vezes sem relevância jurídica alguma. É o caso, por exemplo, de um dano causado por um evento da natureza e também por determinado agente³³.

Ao se examinar essas situações hipotéticas, Maita Maria Naveira Zarra afirma que, ao se suprimir a conduta do causador do dano, mesmo assim, o prejuízo continuaria a existir e esta seria uma grande dificuldade em se admitir a teoria.

A afirmação tem como base o dado notório de que, ao se comparar o patrimônio do lesado antes e depois da conduta do pretendo responsável, não haverá qualquer diferença em relação à consequência danosa com a supressão da conduta do agente. Nesta hipótese, ter-se-ia, se se considerar a teoria como afirmação pura, uma verdadeira causa exoneradora de responsabilidade civil pelo dano, pelo resultado da conduta³⁴.

Todavia, em que pese a afirmação da autora, este argumento parece ser relacionado não com a teoria justificadora do dano-prejuízo, mas sim com a teoria referente ao nexo de causalidade, pois a proposta de supressão hipotética da conduta relaciona-se sobremaneira com a teoria da equivalência dos antecedentes³⁵.

É claro que, quando das primeiras críticas à teoria, já se levantou a afirmação lógica e correta de que o direito à reparação subsistiria mesmo com a presença de concausas

³¹ NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, p. 65.

³² PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Comentário al art. 1902 CC*. In *Comentario del Código Civil*. V. II. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, p. 1989.

³³ NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, pp. 65-66.

³⁴ NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, p. 66..

desde que o dano fosse injusto³⁶. A discussão passaria a ser sobre o limite da indenização e no tocante à teoria adotada para justificar o nexo de causalidade ou de imputação.

O segundo defeito relacionado à aplicação prática da teoria, *compensatio lucri cum damno*, diz respeito às situações em que o prejuízo danoso geraria um lucro para a vítima. É a hipótese, por exemplo, de um determinado terreno que necessitaria ser limpo para evitar a aplicação de uma penalidade administrativa. Um sujeito aleatório invade o terreno, faz a limpeza e percebe os frutos de um estacionamento clandestino. Como balizar, com base na teoria da diferença, o montante da consequência danosa? São situações em que, ao mesmo tempo em que se têm prejuízos, produzem-se benefícios ou vantagens. Se não se levar em conta os benefícios ou vantagens, poder-se-ia chegar ao enquadramento de um enriquecimento injusto por parte da vítima.

Sobre o tema, Francisco Manuel Pereira Coelho lembra o exemplo de uma apresentação teatral transmitida por rádio ou televisão em que não há a autorização do autor. Com o uso indevido da peça, o autor ganha notoriedade e a venda de livros tem um incremento considerável³⁷.

Alguns autores, observando a *compensatio lucri cum damno*, afirmam que as vantagens podem compensar o prejuízo, podendo em tese gerar algumas situações em que não há mais o dever de indenizar para o causador do dano³⁸.

Maita Maria Naveira Zarra sustenta que, sem mesmo entrar no mérito sobre a idoneidade ou não da *compensatio lucri cum damno*, é possível afastar da incidência da exoneração às hipóteses de danos não diretos e imediatos³⁹. Essa, aliás, é a mesma opinião de

³⁵ Também chamada de teoria da equivalência dos antecedentes ou *conditio sine qua non*.

³⁶ Aqui empregado como sinônimo de resultado danoso gerador de dano-evento. Não na expressão pura do direito italiano.

³⁷ COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 8, nota 5.

³⁸ COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 8, nota 5. O autor expressamente diz que “claro que, quando a intervenção constitua o interventor em uma obrigação de indenizar o titular do direito e cause prejuízos a este, as vantagens poderão compensar-se com os prejuízos, segundo as regras gerais da *compensatio lucri cum damno*”. Todavia, o autor levanta um problema, trata-se da hipótese de não existência de danos. Faz, então, a pergunta: “Deverão as vantagens do titular do direito ser deduzidas da eventual obrigação, que caiba ao interventor, de restituir àquele o lucro da intervenção? Inclino-nos para a solução negativa. O que a lei pretende no enriquecimento sem causa é remover o enriquecimento, apagar a diferença no patrimônio do enriquecido; não lhe interessa que o empobrecido fique em situação igual, melhor ou pior que aquela em que estaria se não tivesse dado a deslocação patrimonial que funda a obrigação de restituir”.

³⁹ NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, p. 67. “Pues bien, aun sin entrar a valorar en sede de la idoneidad o no de la *compensatio lucri cum damno*, si debemos señalar qual a misma, en caso de ser aceptada, habrá de limitarse a

Luis Maria Díez-Picazo Ponce de León⁴⁰, que argumenta com o exemplo da situação de evento morte em que as indenizações ou prejuízos não poderiam ser compensados com créditos relativos a seguro⁴¹.

No entanto, mais uma vez, a discussão é deslocada para o nexo de causalidade, agora com foco na teoria do dano direto e imediato⁴². Não se atenta para o fato de no dano-prejuízo ter que se observar tão somente o resultado como consequência.

Por fim, a quarta objeção à teoria da diferença diz respeito às formas de reparação do dano. Ela é levantada, porque, à medida que o dano consiste em uma diminuição do patrimônio, para a teoria da diferença, a indenização somente poderia ser a entrega de uma quantia em dinheiro por parte do causador (pelo menos essa seria a regra). Seria um modo de cobrir a diferença patrimonial provocada pelo evento danoso⁴³. Tanto isto é afirmado que Francisco Manuel Pereira Coelho considera que o dano relevante para a responsabilidade civil é em princípio o dano patrimonial, pois somente este “corresponde à diferença entre a situação real e hipotética actual do património do lesado”⁴⁴.

Com a noção de mera subtração abstrata do patrimônio sem o evento danoso e após sua ocorrência, o que hoje se considera o modo mais eficaz de reparação do dano, a indenização pelo equivalente, não poderia ser aceita por parte da teoria da diferença, pois tal previsão seria o mesmo que admitir uma análise concreta e objetiva do prejuízo e não mais

aquellos supuestos en los que tanto los perjuicios como las ventajas sean consecuencia directa e inmediata del mismo hecho, per lo que, sin duda, habrán de excluirse de la compensación los beneficios que se procedan de títulos distintos del derecho a la reparación. Sin embargo, la teoría de la diferencia admite la compensatio lucri cum damno sin establecer limitación alguna, lo que conduce a resultados erróneos”.

⁴⁰ PONCE DE LEÓN, Luis Maria Díez-Picazo y. *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas. 1999, 312-313.

⁴¹ O exemplo não é o mais apropriado, pois nada impede que o segurado tenha optado por beneficiários diversos dos herdeiros necessários.

⁴² O CC brasileiro faz uso da expressão dano direto e imediato no art. 403: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”. Isso faz com que parcela da doutrina afirme ter sido esta a teoria adotada pelo legislador brasileiro no tocante à responsabilidade civil. Para tanto, basta observar a afirmação de GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil, Parte Especial do Direito das Obrigações, Responsabilidade Subjetiva, Responsabilidade Objetiva, Responsabilidade por Fato de Outrem, Responsabilidade Profissional, etc.; Preferências e Privilégios Creditórios (arts. 927 a 965)*. v. 11. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 273-274. “Ao legislador, portanto, quando adotou a teoria do dano direto e imediato, repugnou-lhe sujeitar o autor do dano a todas as nefastas consequências do seu ato, quando já não ligadas a ele direta e imediatamente. Este foi, indubitavelmente, o seu ponto de vista. E o legislador, a nosso ver, está certo, porque não é justo decidir-se pela responsabilidade ilimitada do autor do primeiro dano”. No mesmo sentido: ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*. 3ª ed. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965, p. 373.

⁴³ Este é o sentido da afirmação de GOMES DA SILVA, Manuel. *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*. Lisboa: s.e., 1944, p. 120.

⁴⁴ COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 35. O autor chama essa modalidade de dano de “concepção patrimonial” de dano.

abstrata e hipotética⁴⁵. Como se pode perceber, a teoria da diferença não se coaduna com a noção de reparação na modalidade específica ou tutela específica. A indenização é eminentemente econômica⁴⁶.

Por todo o exposto, a teoria da diferença em sua forma pura tem sido abandonada gradativamente pela doutrina que prefere se filiar às duas teorias que serão expostas a seguir: teoria objetiva e teoria subjetiva ou real-concreta⁴⁷.

1.2. Teoria objetiva

Para a teoria objetiva, o dano-prejuízo, que será a medida da pretensão ressarcitória, será o equivalente ao valor objetivo ou de mercado que corresponda ao bem lesado⁴⁸.

Tal concepção, segundo Adriano de Cupis, equivale a uma mentalidade primitiva que não corresponde à noção jurídica de dano. Ela é primitiva porque não considera as distintas e variadas circunstâncias determinantes de um mesmo fato que podem levar a diferentes consequências de acordo com as características pessoais da vítima⁴⁹. Para o autor, é justamente este o fato que leva os adeptos da concepção objetiva a trabalhar com a noção de bem ao invés

⁴⁵ NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, p. 67.

⁴⁶ CASTRO MENDES, João de. *Do Conceito Jurídico de Prejuízo*. Lisboa: Jornal do Foro, 1953, p. 15.

⁴⁷ NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, p. 68.

⁴⁸ NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, p. 68.

⁴⁹ COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 35. O autor faz confusão entre a concepção real-concreta que se verá a seguir e a objetiva ao afirmar que “o conceito ‘real’ de dano, entendido como o valor objectivo do prejuízo sofrido”.

da de interesse, que representa uma idéia mais subjetiva⁵⁰. Justamente por isso, sua adoção na forma pura é desaconselhável e também sofre objeções.

A primeira delas é justamente a apontada por Adriano de Cupis de que ela leva em conta os bens e não os interesses⁵¹. O fundamento é que o simples prejuízo ou destruição de um bem não constitui por si só um dano, no sentido jurídico do termo, se não é acompanhado de uma afetação a um interesse juridicamente protegido⁵².

Mais uma vez, há confusão entre os críticos às teorias preliminares acerca do objeto da pretensão ressarcitória e do dano-prejuízo, pois confundem os dois momentos de caracterização do dano – o dano-evento e o dano-prejuízo. Realmente ao se falar em lesão a um bem jurídico o conceito é insuficiente, mas o conceito jurídico de dano não representa apenas a lesão a um interesse juridicamente relevante. Tanto a lesão a um bem jurídico como a lesão a um interesse integram a concepção já exposta de dano-evento que, embora indispensável para a caracterização do dano, não é suficiente. Isoladamente o dano-evento e o dano-prejuízo são um “nada jurídico”. Os dois conceitos são dependentes.

A segunda objeção parece ser a mais relevante. A concepção objetiva de dano, na sua forma pura, somente permite a admissão de prejuízos patrimoniais, com exclusão, tal qual acontecia na teoria da diferença, dos não patrimoniais. Essa é justamente a referência que se faz ao se falar em valor objetivo ou de mercado. Ele se identifica com o valor venal ou valor de troca. É o que se pode auferir com uma comercialização do bem, com sua troca por dinheiro. É o equivalente pecuniário⁵³.

⁵⁰ CUPIS, Adriano de. *Il danno: teoria general de la responsabilidad civil*. trad. esp. de Ángel Martínez Sarrión. *El daño*. Barcelona: Bosch, 1975, pp. 344-346. O autor complementa ao afirmar que é mais exato e fácil determinar o valor objetivo do bem em sua idoneidade abstrata de tal forma que satisfaça necessidades humanas do que conceber o valor concreto do interesse que esse bem pode corresponder para um sujeito em particular.

⁵¹ No mesmo sentido, CASTRO MENDES, João de. *Do Conceito Jurídico de Prejuízo*. Lisboa: Jornal do Foro, 1953, p. 17. A fundamentação é complementada por NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, p. 68, ao afirmar que o direito tutela interesses e não bens. De qualquer forma, o argumento por si é insuficiente, pois mais uma vez parte do dano-evento, sendo que o objeto de análise é a consequência do resultado danoso, ou seja, o dano-prejuízo.

⁵² NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, p. 68.

⁵³ CUPIS, Adriano de. *Il danno*. trad. esp. de Ángel Martínez Sarrión. *El daño: teoria general de la responsabilidad civil*. Barcelona: Bosch, 1975, p. 349.

Esse valor só é obtido ao se tratar de lesão a bens avaliáveis pecuniariamente. Os bens não patrimoniais, como a vida, não são suscetíveis de avaliação econômica. Eles carecem de valor objetivo⁵⁴.

Somente por isso se poderia falar que a noção objetiva de dano é incompleta ou parcial, pois contraria o próprio texto constitucional brasileiro⁵⁵ e o diploma civil⁵⁶.

Entretanto, levanta-se mais uma objeção de ordem prática. Ao se adotar a concepção objetiva, nem sempre se repara o prejuízo efetivamente causado, porque o valor do prejuízo pode não corresponder ao valor objetivo dos bens lesados ou destruídos. Ele pode ser superior ou inferior em função da utilidade concreta para o indivíduo⁵⁷.

A terceira objeção nada mais é que uma decorrência prática da primeira, mas dela já é possível perceber a presença constante do grande demérito de uma concepção estritamente objetiva: falta a carga subjetiva, essencial para uma análise concreta e pessoal do dano-prejuízo. Foi daí que surgiu a teoria subjetiva ou também denominada de real-concreta.

1.3. Teoria da concepção subjetiva ou real-concreta

As duas teorias anteriores, como foi possível observar, são insuficientes e demonstraram a necessidade de uma noção atenta à carga subjetiva do dano-prejuízo. Para a

⁵⁴ NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, p. 69.

⁵⁵ Art. 5º, V, da CF – “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”;

⁵⁶ Art. 186, do CC. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

⁵⁷ NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, p. 69.

teoria subjetiva, a medida do dano ressarcível tem que levar em conta o interesse humano lesionado⁵⁸.

É justamente a idéia do interesse humano que faz com que se considere as circunstâncias concretas e pessoais ao redor da vítima.

No entanto, o foco de análise do interesse é diverso ao se examinar o dano-evento e o dano-prejuízo. Enquanto para o dano-evento basta a violação objetiva do interesse violado, sem qualquer carga valorativa, para o dano-prejuízo, a análise do interesse é um dos critérios de avaliação do prejuízo causado. É uma espécie de critério quantitativo, uma baliza para a pretensão ressarcitória.

Como bem afirma Alberto Ravazzoni, a subjetivação do dano faz-se imprescindível para adequar a indenização à realidade concreta da posição do sujeito lesado, de tal modo que se leve em conta as conseqüências reais e específicas relacionadas à vítima⁵⁹. Analisa-se tendo como foco o sujeito afetado pela alteração no estado das coisas, não o bem abstratamente considerado⁶⁰.

Cabe ressaltar que a consideração das características concretas relacionadas ao sujeito e que servem como critério para se chegar no montante real do dano-prejuízo servem não somente para os danos patrimoniais, mas também para os não patrimoniais⁶¹. É claro que nos prejuízos patrimoniais o valor comercial (concepção objetiva do dano) é o preponderante, mas não mais o único critério. Ele será mais um dos parâmetros de fixação do prejuízo que baseará a indenização.

⁵⁸ NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, p. 69.

⁵⁹ COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 35. O autor é bem claro ao afirmar que somente uma “avaliação concreta, subjectiva e dinâmica do dano permitirá à responsabilidade civil realizar a sua intenção ou função específica, que é a de proteger os direitos e bens jurídicos, e protegê-los não apenas estaticamente, na sua pertinência ou atribuição às pessoas, mas ainda dinamicamente, no uso, emprego ou aplicação concreta que se faça deles”.

Todavia, faz confusão entre as diversas teorias que tentam explicar o dano-prejuízo. A confusão com a teoria objetiva ocorre na seguinte afirmação: “sendo isto assim, há todavia casos em que a lei dá relevância ao conceito ‘real’ de dano, entendido como o valor objectivo do prejuízo sofrido”.

Já no que se refere à teoria da diferença percebe na seguinte assertiva: “Assim, no caso já referido da causalidade virtual, em que, não havendo diferença entre a situação real e a hipotética actual do património do lesado, aquele em que ele se encontraria se a conduta que obriga a reparar não tivesse sido praticada”.

⁶⁰ RAVAZZONI, Alberto. *La riparazione del danno non patrimoniale*. Milano: Giuffrè, 1962, p. 49.

⁶¹ GIANNINI, Gennaro, POGLIANI, Mario. *Il danno da illecito civile*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 22.

Todavia, mesmo a última afirmação não é pacífica na doutrina. G. Tedeschi adota uma posição intermediária em relação aos bens econômicos ou patrimoniais⁶². Ele traz uma noção de equilíbrio entre a teoria da diferença e a concepção subjetiva do dano. Ora o autor afirma que o dano se define pela diferença entre o patrimônio se não houvesse a ocorrência do evento e com a sua efetivação⁶³, ora sustenta que para a definição é preciso a identificação com o interesse da vítima que pode acidentalmente coincidir com a estimação da coisa, mas pode ser também diverso, maior ou menor que esse valor⁶⁴.

Aprofundando na teoria subjetiva, Fernando Pantaleón Prieto justifica o uso do termo teoria real-concreta. Ele alcança o conceito de dano-prejuízo a partir de duas perspectivas diferentes. Ela é uma teoria subjetiva, porque se atenta a circunstâncias específicas relacionadas ao lesado é também real-concreta, porque exige a observância dos fatores singulares do dano⁶⁵.

Maita Maria Naveira Zarra assevera que a inovação de Fernando Pantaleón Prieto é uma resposta aos problemas da teoria da diferença, basicamente na ampliação excessiva da “eficácia exoneradora dos cursos causais hipotéticos” e da *compensatio lucri cum damno*⁶⁶. A autora conclui que um conceito de dano (dano-prejuízo) que além de subjetivo seja real-concreto faz com que o dano seja um fato concreto, da realidade. Somente com isso se pode chegar a um valor efetivo para a vítima⁶⁷.

Pela concepção real-concreta, a *compensatio lucri cum damno* se reduz a níveis mais razoáveis que as argumentações da teoria da diferença. Nesta última teoria, conforme já foi abordado, a compensação somente se operava para as hipóteses em que os lucros, benefícios ou vantagens derivassem do mesmo fato produtor do prejuízo. Por conseguinte, não era relevante se os montantes recebidos derivavam de indenização securitária ou de reparação civil, importava

⁶² TEDESCHI, G. *Il danno e il momento della sua determinazione*. In *Rivista di Diritto Privato*, v. I, 1933, p. 273 *apud* NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, p. 70, nota 76.

⁶³ O dano seria “la differenza, la diminuzione di valore, tra il patrimonio quale sarebbe se l' evento dannoso non fosse intervenuto e quello che ora esso è”.

⁶⁴ “Il danno viene così subbiettivamente inteso, identificandosi con l' interesse che il danneggiato avrebbe a non aver subito il danno, interesse che può per avventura coincidire con la aestimatio rei, ma che sarà normalmente diverso, di solito maggiori, talvolta anche minore”.

⁶⁵ PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Comentário al art. 1902 CC*. In *Comentario del Código Civil*. V. II. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, pp. 1990-1991. Concorda com a opinião do autor: PONCE DE LEÓN, Luis Maria Díez-Picazo y. *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas. 1999, p. 314.

⁶⁶ NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, p. 70.

⁶⁷ “Así, a través de un concepto de daño que, además de subjetivo, sea real-concreto, es decir, tenga en cuenta el daño en cuanto hecho concreto de la realidad considerado de forma aislada frente a posibles eventos que sobre el mismo puedan influir, es posible determinar el perjuicio efectivamente causado al sujeto que lo padece”.

apenas a situação global de danos. Ao se adotar a teoria real-concreta, o limite é respeitado pelo fato de tratar o dano como um evento fático independente de outros eventos possíveis. Isso faz com que seja possível uma compatibilização entre a indenização, prejuízos diversos, somas relativas a seguros, inclusive prestações de Seguridade Social⁶⁸.

A mesma situação acontece com as possíveis causas exoneradoras de dano. Na teoria da diferença, qualquer curso causal hipotético poderia gerar a liberação do dever de indenizar, não importando a anterioridade do fato danoso. Para a teoria real-concreta há uma limitação nas hipóteses de exoneração. Ela só será eficaz para os casos em que o evento causal independente for anterior (concausa anterior). É o exemplo de uma enfermidade que certamente levaria a mesma incapacitação que a pessoa sofreu após o acidente. Esse fator tem que ser levado em conta para a fixação do montante indenizável⁶⁹.

Mariano Yzquierdo Tolsada também percebe a noção de dano-prejuízo e a identifica com a teoria real-concreta. Todavia, faz uso de outra denominação, dano próprio. O autor diferencia o dano comum, que seria aquele que qualquer pessoa teria em consequência do fato danoso, do dano próprio, que seria aquele suportado por uma pessoa concreta em função de circunstâncias particulares e concretas⁷⁰.

Do exposto, conclui-se que ao se observar as circunstâncias concretas, subjetivas, relacionadas à vítima, poder-se-á se aproximar do montante ideal do dano-prejuízo. Ele será mais real que os obtidos pelas teorias da diferença e objetiva, pois leva em conta as situações específicas do sujeito que sofre o dano.

É justamente por isso que José de Aguiar Dias assevera que “para a exata compreensão do conceito de interesse, no seu sentido de dano patrimonial avaliado em dinheiro e aferido pelo critério diferencial, devemos compará-lo com as idéias do valor geral e do valor afetivo. Valor geral, ordinário ou de troca, é aquele que subsiste para quem quer que possua a coisa a que ele se refere. Distingue-se do interesse, porque este é o valor extraordinário, isto é, valor de uso, apreciado em face de determinadas circunstâncias e relações. O valor afetivo ou

⁶⁸ NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, p. 71.

⁶⁹ NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, p. 71.

⁷⁰ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson, 2001, p. 144. O autor argumenta com a hipótese de responsabilidade contratual, mas nada impede que o fundamento também seja usado para a responsabilidade extracontratual.

estimativo distingue-se do valor geral, porque opõe ao conceito puramente objetivo deste um conteúdo nitidamente subjetivo”⁷¹.

Com isso, nada impede que o dano apurado seja superior ou até mesmo inferior àquele obtido com uma análise meramente objetiva do valor de mercado do bem lesado, pode também coincidir com aquele. O que importa é saber que o valor real e o valor de mercado são entidades distintas, pois os critérios para a sua aferição são distintos⁷².

A teoria subjetiva ou real-concreta, contudo, não é livre de críticas. A principal delas é sua visão extremamente individualista do lesado e conseqüentemente do dano. Atualmente, faz-se mister uma visão social da teoria. Essa é a visão pós-moderna.

1.4. Teoria da concepção subjetiva pós-moderna ou real-concreta pós-moderna.

As mudanças sociais e as novas modalidades de danos que não atingem somente o sujeito individual, mas também a coletividade exigem uma adaptação da teoria subjetiva.

⁷¹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. II. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 838.

⁷² COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 25. O autor é bastante claro na assertiva: “Lembraremos aqui apenas que o dano real e o dano patrimonial podem divergir muito, quer porque este seja superior àquele, quer porque aquele seja superior a este. Os casos mais vulgares serão os da primeira espécie: se, por exemplo, o lesado ou empobrecido revenderia os bens ou lhes teria dado uma particular utilização que lhe proporcionaria lucros que assim se frustraram para ele (lucros cessantes), o dano patrimonial poderá exceder largamente o dano real. Mas também se concebe que o dano real exceda o dano patrimonial: suponhamos que, se não fosse a lesão ou intervenção, o lesado ou empobrecido teria vendido os bens por preço inferior ao seu valor corrente, tê-los-ia perdido ou deixado deteriorar, etc. um caso-limite a inserir nessas últimas situações é o de verificação hipotética do dano, caso em que não há dano patrimonial, pois não há diferença entre a situação real e a situação hipotética do património do lesado”.

Tal proposta não visa negar as diretrizes e parâmetros abordados na teoria subjetiva ou real-concreta, mas sim torná-la ainda mais real. Para tanto, faz-se uma análise com o foco na pós-modernidade.

Antes, porém, de adentrar na proposta, é preciso estabelecer o que se entende por pós-modernidade e seus paradigmas para que sejam úteis as considerações a seguir.

A busca constante em se saber a essência das coisas, as noções definitivas, provocam certo inconveniente ao se observar a ciência jurídica. No direito, a busca pela certeza e objetividade forma a base e o escopo central das pesquisas e conclusões⁷³.

Atualmente, contudo, há uma mudança de pensamento. Ao invés de se buscar o que é ou não verdadeiro, procura-se o que é ou não útil⁷⁴. Essa é a substituição essencial da pós-modernidade, o neopragmatismo⁷⁵.

A teoria subjetiva ou real-concreta é útil para a solução de alguns problemas relativos à responsabilidade civil, principalmente, os que se referem à apuração de danos que afetam um indivíduo isoladamente considerado. Todavia, em sua forma pura não se incluem os danos que afetam a coletividade, os chamados danos sociais. Para essas situações, a teoria subjetiva pura não é mais útil o que demonstra ser imprescindível uma releitura pós-moderna.

São basicamente três características atuais que mostram uma alteração do pensamento jurídico e uma necessidade de adaptação.

A primeira delas é a própria busca pela segurança jurídica, a idéia tradicional de direito que visa encontrar a “verdade das coisas”, “o mundo como ele é”.

⁷³ AZEVEDO, Antônio Junqueiro de. *O Direito Pós-Moderno e a Codificação*. In Revista de Direito do Consumidor, nº 33, Janeiro-Março, São Paulo: RT, 2000, p. 123. O autor exemplifica com a Lei das XII Tábuas, uma exigência da plebe romana, que sofria a insegurança de não saber os fundamentos das decisões dos patrícios.

“Os questionamentos e as dúvidas pós-modernas sobre a capacidade da razão para obter noções definitivas, “atingir a essência das coisas”, provocam visceral revolta numa ciência tão antiga como o direito, em que a procura de certeza e objetividade constitui ponto central, “questão de honra”m que atravessa milênios – basta pensar no que a Tradição afirma ter sido a causa da Lei das XII Tábuas: a exigência da plebe romana, que sofria com a insegurança, para que fossem postas por escrito as normas em que os patrícios baseavam as suas decisões”.

⁷⁴ RORTY, Richard. *Truth and progress*. Cambridge: Cambridge, 1998 *apud* AZEVEDO, Antônio Junqueiro de. *O Direito Pós-Moderno e a Codificação*. In Revista de Direito do Consumidor, nº 33, Janeiro-Março, São Paulo: RT, 2000, p. 123. “Nós não temos idéia, na frase 'a realidade é como é, em si mesma', sobre o que esse 'em si mesma' supõe. Nós sugerimos, (pois), o abandono da distinção 'aparência/realidade' em favor da distinção 'mais útil/menos útil' como forma de pensar. (...) Nossos críticos, (porém), não acreditam que a distinção 'mais útil/menos útil' possa tomar o lugar de velha distinção 'aparência/realidade’”.

⁷⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueiro de. *O Direito Pós-Moderno e a Codificação*. In Revista de Direito do Consumidor, nº 33, Janeiro-Março, São Paulo: RT, 2000, p. 123.

Aliado a isso, a realidade pós-moderna traz à tona duas novas situações que exigem uma adaptação do jurista.

A segunda característica (primeira pós-moderna) é a denominada hiper-complexidade. No mundo jurídico, ela se revela pela multiplicidade de fontes normativas, sejam elas materiais ou formais. Elas quebram a unidade do mundo do direito⁷⁶.

A terceira (segunda pós-moderna), mas não menos importante, corresponde à chamada interação. Tudo é objeto de negociação sem uma concepção estritamente hierárquica presente anteriormente⁷⁷.

Vive-se um novo paradigma de “fuga do juiz” em que se faz uso de conceitos mais abertos que permitem uma adaptação à constante mudança das realidades sociais. É o que acontece na responsabilidade civil e mais precisamente na noção jurídica de dano. Não se quer afastar as matizes de dois aspectos de sua abordagem: o dano-evento e o dano-prejuízo. O que se pretende é adaptar e mostrar a evolução de seu conteúdo.

No campo do dano-prejuízo isso é evidente com a insuficiência da abordagem individual da teoria subjetiva.

Isso fica claro na afirmação de Carlos Alberto Bittar Filho⁷⁸:

“O Brasil atual, em suas profundas modificações sociais e jurídicas, está-se movendo rumo à predominância do coletivo sobre o individual, o que não significa que tal mudança esteja sendo pacífica. Pelo contrário, o que

⁷⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueiro de. *O Direito Pós-Moderno e a Codificação*. In Revista de Direito do Consumidor, nº 33, Janeiro-Março, São Paulo: RT, 2000, p. 123. “... outra característica dos tempos pós-modernos, a hiper-complexidade, que, no mundo jurídico, se revela na multiplicidade de fontes do direito, quer materiais – porque, hoje, são vários os grupos sociais, justapostos uns aos outros, todos dentro da mesma sociedade mas sem valores compartilhados (*shared values*), e cada um, querendo uma norma ou lei especial para si -, quer formais – com um sem-número de leis, decretos, resoluções, códigos dentológicos, avisos, etc. Etc. - quebram a permanente tendência à unidade do mundo do direito”.

⁷⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueiro de. *O Direito Pós-Moderno e a Codificação*. In Revista de Direito do Consumidor, nº 33, Janeiro-Março, São Paulo: RT, 2000, p. 123. “Em terceiro lugar, finalmente, também a interação, o ir-e-vir no mesmo nível, semelhante a um mecanismo cibernético, tudo, no direito, sendo atualmente objeto de negociação (inclusive a Constituição e as leis), vai contra a concepção hierárquica – quando não, aristocrática – que o estamento jurídico tem da Justiça”.

⁷⁸ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Lo individual y lo colectivo en la realidad brasileña*. In Revista da Faculdade de Direito/Universidade de São Paulo. v. 91, São Paulo: s.e., 1996, p. 161. O autor continua: “...sin embargo, ES posible defender la tesis de que El pueblo brasileño, en su desarrollo, tiende más y más hacia lo colectivo, quedándose lejos, por tanto de lo individual”.

se vê é a forte resistência do individual, que tenta deter a marcha das conquistas de caráter coletivo. Mas, apesar da luta que há atualmente entre as duas tendências antagônicas e da típica lentidão das mudanças sociais e jurídicas, o individual, cada vez mais distante da realidade brasileira, será fatalmente vencido pelo coletivo, símbolo máximo de uma nova era”.

A percepção da coletivização do dano é explícita também em Fernando Noronha, mas para o autor esse é um fenômeno que ocorre em toda a responsabilidade civil, não apenas no elemento dano, do fato típico⁷⁹. Para tanto, enumera três fatores que revelam o afirmado.

O primeiro deles é o desenvolvimento do seguro de responsabilidade civil, que traz à tona o crescente aumento de hipótese de responsabilidade objetiva, independentemente de culpa. É um fenômeno que traz uma dupla vantagem. Ela favorece o causador do dano e a pessoa que sofre o dano. O lesado tem uma maior garantia de reparação e o causador tem o ônus da reparação aliviado, pois a indenização é transferida para a coletividade de pessoas que exercem uma mesma atividade geradora do mesmo risco⁸⁰.

Como é possível perceber, a coletivização, neste primeiro aspecto, seria uma consequência da objetivação, mas não somente. Em um segundo momento atuaria como garantia de reparação de danos que, trazendo mais segurança, potencializaria a progressiva objetivação⁸¹.

⁷⁹ NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil*. In Revista dos Tribunais, v. 761, São Paulo: RT, 1999, pp. 38 e ss.

⁸⁰ NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil*. In Revista dos Tribunais, v. 761, São Paulo: RT, 1999, p. 39.

⁸¹ NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil*. In Revista dos Tribunais, v. 761, São Paulo: RT, 1999, p. 39. Sobre o fenômeno da retroalimentação, Antonio Junqueira de Azevedo aprofunda no tema com a característica de se tratar o direito de um sistema de segunda ordem que alimenta e é alimentado pelo sistema de primeira ordem, o social (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *O Direito como Sistema Complexo e de 2ª Ordem; sua Autonomia, Ato nulo e Ato Ilícito, Diferença de Espírito entre Responsabilidade Civil e Penal, Necessidade de Prejuízo para Haver Direito de Indenização na Responsabilidade Civil*. In Antonio Junqueira de Azevedo, *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 26-27.

Expressamente o autor afirma que “na existência dinâmica do sistema, tanto as normas atuam sobre os outros elementos como esses, pela aplicação atuam sobre aquelas. O mesmo ocorre com os demais elementos; a sempre retroalimentação (*feedback*); por exemplo: o estudante de ontem, juiz de hoje, aplica o que aprendeu – a doutrina influenciando a jurisprudência – a ele, então, por sua vez, com as decisões dadas, alimentará a doutrina – a jurisprudência influenciando a doutrina. Além de complexo, o sistema jurídico é de 2ª ordem, isto é, sua existência está em função do sistema maior, o social; apesar disso, tem ele identidade própria e, por força dessa identidade, é relativamente autônomo (tem autonomia operacional)...”.

A segunda manifestação da coletivização ocorre pelo desenvolvimento da seguridade social. Ela tem um objetivo que ultrapassa a noção meramente previdenciária⁸², visa garantir a reparação, que fica a cargo da própria sociedade e se expressa na indenização de dois importantes danos, o dano corpóreo e a incapacidade para o trabalho⁸³.

Finalmente, o terceiro fenômeno da coletivização é a chamada responsabilidade grupal, isto é, a responsabilidade de todos os integrantes de um grupo por danos causados por um membro não identificado⁸⁴.

A evolução coletiva é percebida por diversos estatutos que trazem a proteção de bens jurídicos de caráter coletivo. Os mais significativos são a Lei 4.504, de 03 de novembro de 1964, que trata das relações agrárias; a Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, a Lei da Ação Popular; a Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, que instituiu a “política nacional do meio ambiente”; a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, a Lei da Ação Civil Pública, que estabelece os primeiros instrumentos de proteção ao consumidor, aos bens de valor estético, histórico, turístico e paisagístico; a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, que regula as relações de consumo; A Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, que dispõe sobre os direitos coletivos e sociais, a função social da propriedade, o sistema de seguridade social, a educação, a cultura, os meios de comunicação e o meio ambiente; a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que também trouxe normas de proteção coletiva para a criança e o adolescente.

A maioria dos dispositivos trata da proteção a bens jurídicos⁸⁵ de ordem coletiva. Abordam a lesão a interesses coletivos. Tudo relacionado ao dano-evento. Outros, porém, como, por exemplo, Fernando Noronha, trabalham com diversos aspectos relacionados com a responsabilidade civil como um todo com um foco no responsável pela reparação ou no lesado. Não se fala ainda na proteção advinda da consequência dessa lesão⁸⁶. Pelo menos da forma que deveria ocorrer.

⁸² Não se ignora a noção de seguridade social presente na Constituição da república Federativa do Brasil, arts. 194 e ss, que abrangem a previdência social, a saúde e a assistência social.

Deu-se ênfase apenas à previdência por ser a única de caráter contributivo que evidencia a solidariedade da responsabilidade em caso de eventos geradores de dano.

⁸³ NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil*. In Revista dos Tribunais, v. 761, São Paulo: RT, 1999, p. 39.

⁸⁴ NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil*. In Revista dos Tribunais, v. 761, São Paulo: RT, 1999, p. 39.

⁸⁵ Bem jurídico entendido como tudo o que possa satisfazer uma necessidade humana.

⁸⁶ O art. 2º, da Lei 7.347/85 traz uma regra de competência que já começa a trazer a idéia de que o dano coletivo deve ser observado.

É daí que surge a particular relevância da noção de dano social trazida por Antônio Junqueira de Azevedo. Uma proteção para conseqüências que não afetam apenas o indivíduo, mas a sociedade como um todo. Elas trazem um rebaixamento do nível de vida para toda a sociedade⁸⁷. É um aspecto da coletivização com olhos para o dano-prejuízo.

É claro que tal autor não é o único a trazer a coletivização para o dano-conseqüência, mas a abordagem sistemática e direta é inovadora⁸⁸.

Quanto à afirmação de existência de uma teoria subjetiva ou real-concreta pós-moderna, quer-se dizer que na análise do dano-conseqüência com caráter coletivo a situação concreta a ser observada é a do grupo ou coletividade. Somente com isso chegar-se-á a um valor real ou ideal para a pretensão ressarcitória.

Assim, o valor da indenização não será a simples soma dos danos individuais, mas uma síntese das conseqüências geradas para o grupo ou coletividade. Não se pode nessa análise ter uma visão individualista, mas uma visão global e aberta com olhos para o todo, analisando as vantagens e prejuízos do fato lesivo de forma concreta e real.

Com a análise das teorias que tentam explicar o que é o dano-prejuízo, resta ainda uma análise da classificação e espécies desse segundo momento do dano.

É um estudo que tem como foco, em um primeiro momento, a natureza das conseqüências efetivas e, em um segundo, os sujeitos que sofrem o prejuízo.

Assim, quanto aos sujeitos, o dano pode ser individual ou social; quanto ao conteúdo das conseqüências poderá ser patrimonial e não patrimonial.

Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Parágrafo único A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

⁸⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma Nova Categoria de Dano: o Dano Social*. In *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 370-377. “Um ato, se doloso ou gravemente culposos, ou se negativamente exemplar, não é lesivo somente ao patrimônio material ou moral da vítima, mas sim, atinge a toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população. Causa dano social”

2. Dano-prejuízo em relação às conseqüências lesivas.

Em relação às conseqüências lesivas, isto é, ao conteúdo do dano-prejuízo gerado, há duas espécies básicas a serem estudadas: o dano patrimonial e o dano não patrimonial.

Antes, porém, de estudar com vistas ao conteúdo do prejuízo causado, é preciso saber até que momento ele é relevante.

Essa é uma dúvida já levantada por José de Aguiar Dias, “se devemos considerar dano tão-somente à repercussão prejudicial imediata de um dado fato ou, ao contrário, o prejuízo consumado e definitivo, última conseqüência de cadeia causal”⁸⁹.

Desde logo, já é possível concluir que o conceito se aplica ao prejuízo consumado⁹⁰. A adoção de uma posição contrária poderia levar ao agravamento das questões relacionadas à *compensatio lucri cum damno*.

É claro que o caráter imediato não é absoluto. Algumas repercussões do evento podem ocorrer em diversos momentos posteriores à situação inicial de apuração do dano. Contudo, não se pode deixar que o dano seja de tal forma indefinido que não se saiba até quando existe o dever de indenizar⁹¹. O que limitará o dano será algo externo a ele e obtido de maneira meramente jurídica. Trata-se do nexo de causalidade⁹².

⁸⁸ Um exemplo de abordagem coletiva do dano-conseqüência pode ser encontrado em BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Do Dano Moral Coletivo no Atual Contexto Jurídico Brasileiro*. In Revista de Direito do Consumidor, nº 12, Outubro-Dezembro, São Paulo: RT, 1994, pp. 44-61.

⁸⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. II. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 836.

⁹⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. II. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 836.

⁹¹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. II. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 837. O autor é categórico ao afirmar que: “Na maioria dos casos, o dano não se oferece com caráter tão definitivo que estabeleça a impossibilidade de alteração futura. Se, tendo isso em vista, se considera depois a irremediável limitação humana quanto ao conhecimento do futuro, então não se pode correr o risco de sustar a avaliação do dano até que se feche o ciclo em que ele se desenvolve, ao influxo dos caprichos do futuro. Pensar assim seria dilatar tão indefinidamente o momento de deferir a indenização que equivaleria a privá-lo de reparação”.

O autor se equivoca, no entanto, ao afirmar que “sempre restará a quem a prestou indevidamente o recurso da ação de locupletamento”, pois nem sempre haverá enriquecimento do causador do dano. Desta forma,

Sabendo que o que limitará o montante de apuração do dano será dado com o auxílio do nexos, não se pode ainda aferir o que o dano-prejuízo representa. Para isso, chega-se a imprescindível questão do que representa o dano patrimonial e o dano não patrimonial.

2.1. Dano Patrimonial

O dano patrimonial é aquele que atinge os bens integrantes de um patrimônio determinado⁹³. Para a definição de dano patrimonial, deve-se por óbvio, partir de uma noção de patrimônio⁹⁴. É a noção de dano mais antiga e conhecida⁹⁵.

O termo patrimônio permite duas acepções, uma ampla e uma restrita. A ampla significa o complexo de bens que representa duas entidades, a entidade patrimonial ativa e a passiva⁹⁶.

A restrita é também chamada de conceito econômico de patrimônio. Para ela, patrimônio seria apenas o conjunto de bens econômicos⁹⁷. Hans A. Fischer afirma que

considerar que bastaria o princípio de vedação ao enriquecimento ilícito para a solução do problema do dano mostra ser uma simplificação extremada do problema sem muita utilidade.

⁹² O estudo do nexos de causalidade não é o objetivo do presente trabalho, mas é a indicação para a solução do problema.

⁹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 71.

⁹⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. II. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 837.

⁹⁵ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado*. In Revista dos Tribunais, v. 667, São Paulo: RT, 1991, p. 7.

⁹⁶ FISCHER, Hans Albrecht. Trad. port. de Férrer de Almeida. *A reparação dos danos no direito civil*. São Paulo: Acadêmica, 1938, p. 13.

⁹⁷ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. II. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 838.

patrimônio é a “totalidade dos bens economicamente úteis que se acham dentro do poder de disposição duma pessoa”⁹⁸.

O grande inconveniente de se aplicar ao dano patrimonial as noções derivadas do conceito jurídico do patrimônio decorre do fato de este não levar em conta o valor dos bens patrimoniais, o que faz com que seja necessário, pelo menos quanto a esta modalidade de dano em princípio, o conceito econômico⁹⁹.

As dúvidas sobre o que é o dano patrimonial são resolvidas pelas teorias relacionadas ao dano-prejuízo supramencionadas.

Assim, a melhor técnica sugere a aplicação da teoria subjetiva ou real-concreta. Com uma pequena ressalva, para a análise do dano patrimonial parte-se da concepção objetiva. Com isso, cria-se uma presunção de que ela seja a real, a concreta. Cabe à vítima provar que a situação subjetiva faz mudar a avaliação objetiva do dano¹⁰⁰.

É claro que a situação não é pacífica. João de Matos Antunes Varela, por exemplo, afirma que deve ser aplicada a teoria da diferença para a sua apuração. Trata-se de uma afirmação categórica. Para o autor, “o dano patrimonial, de que se trata com maior desenvolvimento na secção relativa à obrigação de indenização, mede-se, em princípio, por uma diferença: a diferença entre a situação real, actual do lesado e a situação (hipotética) em que ele se encontraria, se não fosse o facto lesivo”¹⁰¹.

⁹⁸ FISCHER, Hans Albrecht. Trad. port. de Férrer de Almeida. *A reparação dos danos no direito civil*. São Paulo: Acadêmica, 1938, p. 16.

⁹⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. II. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 838.

¹⁰⁰ GIANNINI, Gennaro, POGLIANI, Mario. *Il danno da illecito civile*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 22.

¹⁰¹ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 599. A expressão dano real para o autor não é equivalente ao mesmo termo relacionado à teoria real-concreta ou subjetiva. É representativa do que se chamou neste trabalho de dano-evento.

Expressamente, diz que “o dano é a perda in natura que o lesado sofreu, em consequência de certo facto, nos interesses (materiais, espirituais ou morais que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar. É a lesão causada no interesse juridicamente tutelado, que reveste as mais das vezes a forma de uma destruição, subtração ou deterioração de certa coisa, material ou incorpórea. É a morte ou são os ferimentos causados à vítima; é a perda ou afectação do seu bom nome ou reputação; são os estragos causados no veículo, as fendas abertas no edifício pela explosão; a destruição ou apropriação de coisa alheia; etc.

Ao lado do dano assim definido, há o dano patrimonial – que é o reflexo do dano real sobre a situação patrimonial do lesado. Trata-se, em princípio, de realidades diferentes, de grandezas distintas, embora estreitamente relacionadas entre si. Uma coisa é a morte da vítima, as fracturas, as lesões que ela sofreu (dano real); outra, as despesas com os médicos, com o internamento, o funeral, os lucros que o sinistrado deixou de obter em virtude da doença ou da incapacidade, os prejuízos que a falta da vítima causou aos seus parentes (dano patrimonial)...”.

O que o dano precisa ser, não importa a teoria adotada, é certo e atual¹⁰². Essa é a regra essencial para a reparação.

Desta forma, atual é o dano existente no momento da ação de responsabilidade. Certo é o dano fundado em um fato preciso e não sobre hipótese¹⁰³.

Assim, o dano futuro não pode justificar uma ação de indenização a não ser que o prejuízo futuro seja “consequência de um dano presente e que os tribunais tenham elementos de apreciação para avaliar o prejuízo futuro”¹⁰⁴.

Da mesma maneira, o dano hipotético e eventual não se poderá concretizar. Nem mesmo nos lucros cessantes, não basta a mera apuração de uma simples e eventual possibilidade de incremento do patrimônio, faz-se mister uma probabilidade objetiva, real, razoável, de lucro¹⁰⁵. Esse, aliás, é o teor do art. 402 do Código Civil¹⁰⁶.

O dano patrimonial pode ser dividido em basicamente duas espécies que devem resguardar os requisitos da certeza e atualidade: o dano emergente e o lucro cessante.

2.1.1. Dano emergente (*damnum emergens*)

¹⁰² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil, Parte Especial do Direito das Obrigações, Responsabilidade Subjetiva, Responsabilidade Objetiva, Responsabilidade por Fato de Outrem, Responsabilidade Profissional, etc.; Preferências e Privilégios Creditórios (arts. 927 a 965)*. v. 11. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 277. “Também nenhuma indenização será devida se o dano não for ‘atual’ e ‘certo’. Isto porque nem todo dano é ressarcível, mas somente o que preencher os requisitos de certeza e atualidade”.

¹⁰³ LALOU, Henri. *Traité pratique de la responsabilité civile*. 4ª ed. Paris : Dalloz, 1949, nº 137-140.

¹⁰⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil, Parte Especial do Direito das Obrigações, Responsabilidade Subjetiva, Responsabilidade Objetiva, Responsabilidade por Fato de Outrem, Responsabilidade Profissional, etc.; Preferências e Privilégios Creditórios (arts. 927 a 965)*. v. 11. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 277.

¹⁰⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil, Parte Especial do Direito das Obrigações, Responsabilidade Subjetiva, Responsabilidade Objetiva, Responsabilidade por Fato de Outrem, Responsabilidade Profissional, etc.; Preferências e Privilégios Creditórios (arts. 927 a 965)*. v. 11. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 277.

¹⁰⁶ Art. 402. “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que **razoavelmente deixou de lucrar**” (grifo nosso).

O dano emergente (*damnum emergens; le perte éprouvée*) é também chamado de dano positivo¹⁰⁷. Ele importa a efetiva diminuição do patrimônio da vítima em razão da conduta¹⁰⁸. É o prejuízo causado nos “bens ou nos direitos já existentes na titularidade do lesado à data da lesão”¹⁰⁹. Esse é o teor do art. 402 do Código civil ao estabelecer que é aquilo que a vítima efetivamente perdeu.

Ele será apurado pela diferença entre o valor do patrimônio depois do fato lesivo e o que a pessoa teria sem a sua ocorrência¹¹⁰. Para João Casillo, é aquele que “surge, direta e imediatamente; o que aparece, desde logo, identificável através de valores objetivos”¹¹¹. Só que não se trata de uma simples aplicação da teoria da diferença, mas sim do cálculo que se faz com os valores obtidos pela teoria subjetiva ou real-concreta¹¹². Sempre partindo do valor objetivo como parâmetro inicial e presumido¹¹³.

Em um acidente de veículo em que há perda total, sem qualquer ferimento para o condutor, ele seria o valor do conserto, como parâmetro inicial e presumido, podendo se distanciar desse valor com a prova por parte do autor.

“Na colisão de táxis, por exemplo, constituirão o dano emergente os prejuízos causados em cada um dos veículos (as despesas de reboque, de reparação, etc.) ou na integridade física das pessoas”¹¹⁴.

Na responsabilidade contratual, ela será representativa, em um primeiro momento, da prestação em falta, como o dinheiro, a coisa, ou mercadoria que deveria ser entregue ou do

¹⁰⁷ FISCHER, Hans Albrecht. Trad. port. de Férrer de Almeida. *A reparação dos danos no direito civil*. São Paulo: Acadêmica, 1938, p. 7. Embora o autor não veja muito utilidade na distinção entre o dano emergente e os lucros cessantes, o autor afirma que o *damnum emergens* tem base mais firme, dada a relação com fatos passados.

¹⁰⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 72.

¹⁰⁹ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. 1. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 599.

¹¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 72.

¹¹¹ CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1994, p. 71.

¹¹² NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, pp. 69-72.

¹¹³ GIANNINI, Gennaro, POGLIANI, Mario. *Il danno da illecito civile*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 22.

¹¹⁴ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. 1. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 599.

fato que deveria ser realizado ou mesmo de uma abstenção, mas tudo em razão direta do contrato¹¹⁵.

São várias as formas de apuração. Ela resolverá o problema do cálculo da indenização por equivalente. Quando ela exprime a idéia supramencionada de diferença patrimonial, dá-se a denominação de dano de cálculo. Se se trata de uma coisa específica que é perdida, João de Matos Antunes Varela classifica como *pretium singulare* ou avaliação concreta do dano. Por outro lado, caso se queira partir de uma avaliação objetiva (aplicação da teoria objetiva para o dano-prejuízo) fala-se em *pretium commune* ou avaliação abstrata do dano¹¹⁶.

Igualmente ocorre na responsabilidade contratual, também é necessária uma avaliação concreta e uma abstrata e as duas podem servir de parâmetro para a indenização¹¹⁷.

Falta ainda a análise da segunda modalidade de dano patrimonial, o lucro cessante que tem um foco de análise oposto ao do dano emergente estudado neste tópico.

2.1.2. Lucro cessante

O lucro cessante é o reflexo futuro do ato ilícito no patrimônio da vítima¹¹⁸. Ele abrange os “benefícios que o lesado deixou de obter por causa do facto ilícito, mas a que ainda

¹¹⁵ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. 1. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 599.

¹¹⁶ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. 1. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 600.

¹¹⁷ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. 1. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 600. “Faz-se igualmente uma avaliação concreta do dano, quando se toma em conta o valor mais alto a que o comprador teve de adquirir certa mercadoria, por lhe não ter sido entregue, na data fixada, aquela que comprar; far-se-ia uma pura avaliação abstracta, se apenas se considerasse o preço corrente da mercadoria devida no momento em que se calcula o valor do dano”.

¹¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 72.

não tinha direito à data da lesão”¹¹⁹. Sua caracterização e fixação, por óbvio, é mais complexa que o dano emergente.

A distinção com o dano emergente ocorre pelo fato de o objeto do dano ser um bem ou interesse já existente no momento da conduta. Se se tratar de um bem ou interesse futuro, isto é, não pertencente à esfera jurídica da vítima no momento da conduta, estar-se-á diante do *lucrum cessans* ou lucro frustrado (*le gain manqué*)¹²⁰.

Para Hans Fischer, no entanto, não é muito relevante a distinção entre dano emergente e lucro cessante. Ele não consegue encontrar uma utilidade prática para a distinção. Para tanto, lembra alguns casos em que se fica em uma zona limítrofe. Normalmente, essas hipóteses se relacionam à responsabilidade contratual em que o não cumprimento de uma obrigação pode gerar a dúvida se se trata da primeira ou segunda hipótese de dano patrimonial¹²¹.

Mais uma vez, na tentativa de diferenciar o lucro cessante do dano emergente, afirma-se que o dano positivo¹²² tem uma base firme, com relação a fatos passados. Já o lucro cessante liga-se a elementos flutuantes, “em face da incerteza que sempre domina a quem opere com dados imaginários. Com segurança só se podem considerar os resultados que determinariam os lucros. Haverá sempre dúvida, porém, sobre se não interviria outra circunstância capaz de produzir o mesmo efeito do ato danoso, impedindo, tanto como este, aqueles resultados, cuja ausência se pretende atribuir exclusivamente a esse ato”¹²³.

É o exemplo de um abaloamento de dois táxis, gerado pela conduta culposa de um deles. Como resultado do fato, o condutor não culpado fica impedido de trabalhar e, com isso, deixa de auferir ganhos, pois o veículo não estava disponível para as viagens ou percursos que deveria efetuar¹²⁴.

¹¹⁹ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. 1. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 599.

¹²⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 72.

¹²¹ FISCHER, Hans Albrecht. Trad. port. de Férrer de Almeida. *A reparação dos danos no direito civil*. São Paulo: Acadêmica, 1938, pp. 47 e ss.

¹²² Dano emergente.

¹²³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. II. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 840-841.

¹²⁴ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. 1. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 599.

Consiste na perda de um ganho esperável, ou seja, uma frustração de uma expectativa concreta de ganho, diminuindo potencialmente o patrimônio da vítima¹²⁵.

Pode ocorrer de diversas formas, a mais comum é a paralisação de determinada atividade lucrativa da vítima como acontece, por exemplo, com a cessão dos rendimentos advindos de determinada profissão¹²⁶. Pode ser também a frustração do que era razoavelmente esperado¹²⁷.

No campo da responsabilidade contratual, José de Aguiar Dias lembra o exemplo da demora culposa no cumprimento de uma obrigação por parte do credor, quando “a inexistência do objeto da prestação devida no seu patrimônio o prive de determinados lucros (juros de mora)”. Após, curiosamente afirma que os juros de mora representam uma compensação geral pelos lucros frustrados¹²⁸.

É claro que quando se fala em lucro cessante não se quer exigir uma prova irrefutável de que nenhuma outra circunstância tenha concorrido para o dano. Cabe ao direito distinguir a verdadeira idéia de dano das “miragens de lucro”¹²⁹.

Para limitar o que é juridicamente relevante para os lucros cessantes, é imprescindível o estabelecimento de um critério para o aplicador do direito.

Isso foi feito pelo legislador no art. 402, do Código Civil. Consagrou-se o princípio da razoabilidade, ao asseverar, na parte final do artigo, que o lucro cessante represente o que a pessoa razoavelmente deixou de ganhar. “Razoável é aquilo que o bom-senso diz que o credor lucraria, apurado segundo um juízo de probabilidade, de acordo com o normal desenrolar

¹²⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 72.

¹²⁶ É o exemplo dos taxistas exposto por João de Matos Antunes Varela.

¹²⁷ Neste ponto, parece haver uma certa correspondência com a perda de oportunidade que se verá a seguir.

¹²⁸ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. II. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 840. “Em contrapartida, constitui já um mero *lucrum cessans* o prejuízo que para o credor deriva da demora culposa do cumprimento da obrigação, quando a inexistência do objeto da prestação devida no seu patrimônio o prive de determinados lucros (juros de mora). Os juros de mora representam uma compensação geral pelos lucros frustrados”. Esse também é o entendimento de FISCHER, Hans Albrecht. Trad. port. de Férrer de Almeida. *A reparação dos danos no direito civil*. São Paulo: Acadêmica, 1938, p. 47.

¹²⁹ FISCHER, Hans Albrecht. Trad. port. de Férrer de Almeida. *A reparação dos danos no direito civil*. São Paulo: Acadêmica, 1938, p. 49.

dos fatos. Não pode ser algo meramente hipotético, imaginário, porque tem que ter por base uma situação fática concreta”¹³⁰.

A origem da previsão brasileira é o § 252, alínea 2ª, do BGB (Código Civil Alemão). Quanto a isto não resta dúvida, mas a doutrina diverge em relação a qual legislador fez a melhor previsão.

Para José de Aguiar Dias, a fórmula alemã é “mais extensa e menos feliz” ao prever que é frustrado “o lucro que certas possibilidades induzissem a esperar, atendendo ao curso normal dos acontecimentos ou às especiais circunstâncias do caso concreto e particularmente às providências e medidas postas em prática”¹³¹.

Já Sérgio Cavalieri Filho afirma que o BGB (Código Civil alemão) foi “mais feliz que o nosso”¹³². Ele lembra o fato de a doutrina alemã ter criado a teoria da diferença como suporte para o cálculo da indenização. Todavia, não faz uma análise crítica da teoria que evoluiu para a real-concreta ou subjetiva e faz uma certa confusão entre as teorias supramencionadas ao afirmar que “a doutrina alemã criou a teoria da diferença como suporte para o cálculo da indenização. Deve-se fazer uma avaliação concreta do dano, e não abstrata. Para tanto, a indenização pecuniária deve ser medida pela diferença entre a situação real em que o ato ilícito deixou o lesado e a situação em que ele se encontraria sem o dano sofrido, atendendo ao curso normal das coisas”. Como é possível perceber, é contraditória a afirmação de que a Alemanha adotou a teoria da diferença, exaltando a posição, e depois defender que se faz mister uma avaliação concreta e não abstrata.

Parece que a melhor posição está com José de Aguiar Dias ao sustentar que o critério a ser utilizado para o lucro cessante seja a probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos, sempre tendo em vista o caso concreto¹³³.

¹³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 73.

¹³¹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. II. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 841.

A tradução de CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 73, parece ser mais clara ao prever que “considera-se lucro frustrado o que com certa probabilidade era de esperar, atendendo ao curso normal das coisas ou às especiais circunstâncias do caso concreto e, particularmente, às medidas e previsões adotadas”.

¹³² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 73.

¹³³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. II. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 841. “Para, autorizadamente, se computar o lucro cessante, a mera possibilidade não basta, mas também não se exige a certeza absoluta. O critério acertado está em condicionar o lucro cessante a uma probabilidade objetiva

Esse, aliás, é o entendimento da jurisprudência brasileira, como afirma Sérgio Cavalieri Filho: “Atenta para esses princípios, a jurisprudência, habitualmente, ao estabelecer a indenização devida pela morte da vítima, o faz com base nos seus ganhos durante sua sobrevivência provável. Tratando-se de trabalhador autônomo, cujos ganhos são variáveis, o lucro cessante deve ser fixado com base na média dos seus ganhos durante os últimos 6 ou 12 meses, e assim por diante”¹³⁴.

Atualmente, muito se fala sobre uma hipótese específica relacionada à responsabilidade civil, trata-se da perda de oportunidade (ou perda da chance).

2.1.3. A perda de oportunidade (perda da chance¹³⁵).

A teoria da perda de oportunidade (*perte d'une chance*) tem origem na França, onde surgiu e se ampliou. Ela remonta à década de 1960 e é utilizada para os casos em que “o ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor”. Com o tempo, a doutrina e jurisprudência de diversos países a adotaram, com maior ou menor resistência¹³⁶.

resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugados às circunstâncias peculiares ao caso concreto”.

Mesmo essa posição não é pacífica, FISCHER, Hans Albrecht. Trad. port. de Ferrer de Almeida. *A reparação dos danos no direito civil*. São Paulo: Acadêmica, 1938, pp. 47 e ss, por exemplo, rechaça qualquer teoria que tenta incluir no conceito de lucro cessante a previsibilidade. São várias as razões para tanto. A primeira delas é saber a quem atribuir a prova do lucro provável, à vítima ou ao causador do dano. O segundo argumento não é tão forte quanto o primeiro, mas, apenas como ilustração, é o fato de ser irrelevante para o credor como contribuição para a solução.

A polêmica também pode ser observada em LALOU, Henri. *Traité pratique de la responsabilité civile*. 4ª ed. Paris : Dalloz, 1949, n° 146.

¹³⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 73.

¹³⁵ Embora o termo perda da “chance” seja o consagrado na doutrina brasileira, constitui um galicismo exacerbado, daí a preferência por perda de oportunidade. Ademais, empregada no sentido negativo, a incorreção é ainda mais inconveniente.

¹³⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 74.

O caso basilar relacionado à perda de oportunidade versou sobre a acusação e posterior condenação de um médico ao adotar um procedimento cirúrgico questionável. Para facilitar o parto, amputou os braços de uma criança. O fato ocorreu em 1957, mas somente foi julgado pela 1ª Câmara da Corte de Cassação em decorrência da reapreciação do julgado da Corte de Apelação de Paris, datado de 17 de julho de 1964, em 1965. A teoria passou a ser adotada pela jurisprudência francesa a partir de então.

É uma concepção que parte da análise de casos concretos e abrange situações em que, por determinada conduta, o agente priva outro de obter um ganho ou amenizar uma perda, ainda que este evento futuro não constitua algo absolutamente certo e irrefutável. Atualmente vem encontrando grande aceitação na doutrina brasileira.

O grande problema da perda de oportunidade é que ela é formada por características que destoam das demais hipóteses de perdas e danos.

O causador do dano é responsável não pelo prejuízo direto gerado à vítima, mas pelo fato de tê-la privado da oportunidade de obtenção de um resultado útil ou evitado um prejuízo. “Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda”¹³⁷. “A reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo”¹³⁸.

Da mesma forma que para o lucro cessante é feito um juízo de probabilidade, é imprescindível, portanto, que a oportunidade seja real e séria, com aplicação também do critério da razoabilidade já exposto quando da análise do lucro cessante.

Surge uma grande dúvida sobre a que título deveria ser concedida a indenização pela perda de uma chance. Sobre qual a natureza jurídica desse dano, se ele seria dano emergente, lucro cessante, dano não patrimonial¹³⁹ ou até mesmo uma nova categoria a ser inserida entre as tradicionalmente impostas¹⁴⁰.

¹³⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 75.

¹³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 42.

¹³⁹ Aqui costuma-se fazer remissão à expressão dano moral.

¹⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 77. “A que título deve ser concedida a indenização pela perda de uma chance? Por dano moral ou material? E neste último caso, a título de dano emergente ou lucro cessante? Essa questão é também controvertida tanto na doutrina como na jurisprudência. Em muitas oportunidades os tribunais indenizam a perda de uma chance, ainda que não se refiram à expressão, a título de lucros cessantes; outras vezes como dano moral”.

Sérgio Savi enquadra a perda de oportunidade como uma subespécie de dano emergente. O fundamento está em considerar a oportunidade como uma espécie de “propriedade” anterior do sujeito que sofre a lesão. Ademais, o autor assevera que a inserção como dano emergente eliminaria o problema da certeza do dano. A indenização seria pela própria perda de oportunidade de obter o resultado útil esperado e não o próprio resultado. Assim, em uma eventual indenização pela perda do prazo de um recurso por parte de um advogado, o que se indenizará não será o valor da causa, mas a própria perda de oportunidade em si considerada. Distingue-se o resultado perdido e a chance de consegui-lo¹⁴¹.

Há ainda, como já afirmado, aqueles que fazem o enquadramento como dano não patrimonial¹⁴². Esse foi o teor da Ap. Cível 8.137/2006¹⁴³, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ela se baseou, no entanto, no direito violado, relacionado à integridade física da pessoa. Não na natureza da perda de oportunidade e conclui que “em tais circunstâncias, comprovado o dano da autora e a concorrência da falta de cuidado da ré para o fato a configurar a perda da chance e não a causa principal e determinante da conseqüente perda da visão, impõe-se a responsabilidade mitigada da ré a título de reparação dos **danos morais** em R\$10.000,00” (grifo nosso).

Na verdade, como se observa da decisão, a perda de uma chance, para o relator, não seria uma espécie de dano-conseqüência, mas apenas uma circunstância relacionada ao fato lesivo. Portanto, muito mais relacionada ao dano-evento e ao direito ou interesse violado, ou seja, como o direito violado foi não patrimonial a indenização teria essa natureza. Da mesma forma, se fosse o caso de haver um direito patrimonial violado, a indenização teria o caráter econômico¹⁴⁴.

¹⁴¹ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 102.

¹⁴² Empregado no acórdão com a expressão dano moral.

¹⁴³ TJRJ. Ap. Cível. 8.137/2006. Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva.

“Responsabilidade Civil consumerista. Clínica de olhos. Deslocamento de retina. Perda de visão. Atendimento tardio. Perda da chance. Reparação.

Inequívoca a responsabilidade civil da autora por perpetrar a autora perda da chance de salvar a sua visão evidenciada pela conduta omissiva médica na primeira consulta marcada para 29/12/1999, por falta de profissional disponível na ocasião, transferindo-se, a consulta e a atuação médica para o dia 3/01/2000, quando a lesão da mácula na retina já se consolidara, tornando ineficaz a tardia autorização do SUS e procedimento cirúrgico, nessa ocasião, sem a mínima possibilidade de sucesso. A questão da perda da chance se afigura na situação fática definitiva de perda da visão de olho direito que nada mais modificará, visto que o fato do qual dependeu o prejuízo está consumado, por não oferecer à autora o socorro tempestivo por meio de uma intervenção médico-cirúrgica que lhe proporcionasse, ao menos, possibilidade de sucesso e salvaguarda de sua visão. Provimento parcial do segundo recurso e desprovimento do primeiro apelo”.

¹⁴⁴ Essa posição comete alguns equívocos. O principal deles é confundir o direito violado com a conseqüência lesiva. Nada impede que a violação de um direito não patrimonial gere um dano de caráter econômico.

Os que a enquadram como lucro cessante apenas partem da idéia do ganho possível¹⁴⁵ ou diminuição da perda¹⁴⁶. Consideram um resultado que necessariamente poderia ou deveria ocorrer no futuro. Como não há um desligamento completo da conduta em relação ao resultado, não se consegue diferenciar o lucro cessante da perda de oportunidade.

Finalmente, parte da doutrina entende que não se trata a hipótese nem de lucro cessante e nem de dano emergente. Para tanto, fazem críticas ao pretense enquadramento. Os argumentos levantados são relevantes e demonstram realmente não se tratar de lucro cessante e nem mesmo de dano emergente.

Ao se considerar que a perda da chance é dano emergente ou lucro cessante, quer-se afirmar que não fosse a existência da conduta, o resultado necessariamente ocorreria, o que, evidentemente, é impossível.

Quanto à impossibilidade de se tratar de lucros cessantes, Sérgio Savi é bastante preciso ao afirmar que “o autor deverá fazer prova não do lucro cessante em si considerado, mas dos pressupostos e requisitos necessários para a verificação deste lucro. Já nas hipóteses de perda de uma chance, permanece-se no campo do desconhecido, pois em tais casos, o dano final é, por definição, indemonstrável, mesmo sob o aspecto dos pressupostos de natureza constitutiva”¹⁴⁷.

Não seria também dano emergente, embora se faça alusão. Um exemplo resolve essa questão. Pela demora na falta de diagnóstico de um câncer, o paciente perdeu a oportunidade de ter um tratamento adequado e eventualmente a cura da doença. Como quantificar, sob um foco meramente econômico, essa hipótese? Não é possível. Essa “perda da chance” não é dano emergente.

Entretanto, parece equivocada a tentativa de classificar a perda de oportunidade como dano-consequência. Ela é apenas uma previsão doutrinária de uma conduta típica que poderia ou não ensejar a responsabilidade civil do agente¹⁴⁸. A análise da consequência danosa

É o que se observa de BRAGA, Armando. *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 111-159.

¹⁴⁵ Por exemplo, um cavalo de corrida que deixa de competir e não concorre ao prêmio relacionado ao páreo.

¹⁴⁶ É a hipótese de um advogado que por não entrar com um recurso impede que o cliente tente diminuir a perda que sofreu na primeira instância.

¹⁴⁷ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 18.

¹⁴⁸ Seria algo semelhante ao que ocorre com algumas disposições específicas do Código Civil brasileiro, como, por exemplo, o art. 931, que trata da responsabilidade por fato do produto. O dano, nesse dispositivo, poderá ser patrimonial ou não patrimonial como em qualquer caso de responsabilidade civil. Mas o

com vistas à pretensão indenizatória é apenas um momento de apuração do dano. Assim, as consequências não mudarão sua natureza, poderão ser patrimoniais e não patrimoniais. Sendo patrimoniais, poderão ser dano emergente e lucro cessante.

De qualquer forma, essa será uma análise posterior. A perda da chance é apenas um estudo concreto de algumas situações específicas muito mais relacionadas ao dano-evento e mesmo assim para a violação de uma norma protetora de interesse e não de um direito subjetivo. As consequências advindas dessa violação poderão ter a natureza patrimonial ou não.

Para perceber-se a perda de oportunidade é necessário que se faça uma análise específica do dano-prejuízo daí advindo. Ele será um dano presente relacionado a uma realidade atual. O dano-prejuízo será o valor da oportunidade perdida (estatisticamente comprovável) e não o benefício esperado¹⁴⁹. Nem sempre nesta análise será possível a avaliação econômica objetiva da consequência. Pode ser que esse dano seja meramente não patrimonial, e caberá ao juiz fixar o quantum indenizatório¹⁵⁰.

No Brasil, o caso paradigmático foi o do chamado “Show do Milhão”¹⁵¹. Versava sobre um programa televisivo em que os participantes respondiam várias perguntas e, à medida que acertasse, o valor do prêmio aumentava. Até que, finalmente, respondiam a pergunta cabal no valor de R\$500.000,00. Caso acertasse o participante ganharia um milhão de reais, caso errasse perderia tudo. Se, por outro lado, desistisse, levaria o prêmio acumulado de R\$500.000,00. No caso em tela, nenhuma das quatro alternativas apresentadas pelo programa era correta, o que fez com que a participante ingressasse na Justiça pleiteando a indenização de

dispositivo não deixa de ser uma previsão de uma hipótese de incidência, que, se verificada no caso concreto, poderá ensejar a indenização.

¹⁴⁹ BRAGA, Armando. *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 125-126. “O denominado dano da perda de chance tem sido classificado como um dano presente. Este dano consiste na perda da probabilidade de obter uma futura vantagem sendo, contudo, a perda de chance de uma realidade actual e não futura. Considera-se que a chance de obter um acréscimo patrimonial é um bem jurídico digno de tutela. A vantagem em causa, que poderia surgir no futuro, deve ser aferida em termos de probabilidade. O dano da perda da chance reporta-se ao valor da oportunidade perdida (estatisticamente comprovável) e não ao benefício esperado”.

¹⁵⁰ É claro que a afirmação não é pacífica. Há aqueles como BENABENT, Alain. *La Chance et Le Droit*. Paris: LGDJ, 1973, que afirmam ser o dano pela perda da chance somente relevante quando avaliável economicamente.

¹⁵¹ STJ. Resp. 788.459 - BA (2005/0172410-9). Rel. Min. Fernando Gonçalves.

“RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE.

1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.
2. Recurso conhecido e, em parte, provido”.

R\$500.000,00. O STJ, com base na teoria da perda de oportunidade, entendeu que a autora tinha razão na demanda, mas o valor deveria ser correspondente a probabilidade de o participante acertar uma questão aleatoriamente, isto é, 25%. Logo, fixou-se a indenização em R\$125.000,00.

Por fim, a jurisprudência brasileira também não firmou entendimento sobre a natureza jurídica da perda de oportunidade. “Ora a indenização pela perda de uma chance é concebida a título de dano moral, ora a título de lucro cessantes e, o que é pior, ora pela perda da própria vantagem e não pela perda da oportunidade de obter vantagem, com o que se acaba por transformar a chance em realidade”¹⁵².

2.2. Dano não patrimonial.

Atualmente está superada a controvérsia acerca do caráter ressarcível do dano não patrimonial.

Inicialmente, os intérpretes do Código de Napoleão já admitiam a possibilidade de indenização pelo chamado dano moral. Nos séculos XVII e XIX, principalmente por conta da filosofia da ilustração, não se permitia a indenização, porque se pensava que a resposta do direito penal era suficiente para esses prejuízos¹⁵³.

¹⁵² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 78. Finalmente o autor retoma a análise da responsabilidade civil do médico e das atividades relacionadas à prática da medicina.

O autor sustenta que “Aplicada à atividade médica, a teoria ficou conhecida como teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, em que o elemento que determina a indenização é a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento. O que se perde, repita-se, é a chance da cura e não a continuidade da vida. A falta, destarte, reside em não se dar ao paciente todas as chances de cura ou de sobrevivência”.

Relacionada à atividade médica há outro problema, talvez o mais relevante, que é o de se verificar o nexo de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o resultado danoso, porque a conduta, neste caso, geralmente é omissiva. Porém, esse é um problema relacionado ao nexo e não ao dano em si, o que foge da alçada da pretensa pesquisa.

¹⁵³ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado*. In Revista dos Tribunais. v. 667. São Paulo: RT, 1991, pp. 13-14. O autor continua a análise histórica ao afirmar

Todavia, para entender a controvérsia que existia até não muito tempo, é imprescindível levantar os principais argumentos dos opositores da matéria¹⁵⁴.

A primeira objeção afirmava que não seria moral atribuir um valor pecuniário a bens imateriais, como a vida ou a integridade moral.

A segunda, de extrema relevância, salienta não se poder extrair de bens imateriais o equivalente pecuniário, inviabilizando todo o cálculo de uma pretensa indenização.

O terceiro argumento, relacionado à prova, defendia que danos não patrimoniais têm a sua prova dificultada e falível, maximizando as ocorrências de fraude.

A esses, José de Aguiar Dias lembra mais quatro. Trata-se da extensão do arbítrio concedido ao juiz, da indeterminação do número de pessoas lesadas, da falta de efeito penoso durável e da incerteza do direito violado¹⁵⁵.

Todos eles são facilmente rebatíveis. A falta de efeito penoso durável é rebatida por Alfredo Minozzi¹⁵⁶. O autor observa que a duração da “dor” somente terá influencia na avaliação do dano-prejuízo para a indenização, mas não para a sua caracterização. Para a sua existência, não importa se ele é demorado ou não. Isso somente será relevante como critério de avaliação.

A assertiva de que há incerteza quanto à lesão ao direito é rebatida por um argumento preciso de José de Aguiar Dias. “O dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão, abstratamente considerada”¹⁵⁷. É claro que o autor emprega o termo

que “em certas regiões da Europa, onde o Código de Napoleão foi recebido havia, por vezes, uma resistência à reparação do prejuízo moral; não se tratava somente da dificuldade em estimá-lo, mas também de uma repugnância em admitir que o pagamento de uma soma pudesse desfazer o prejuízo causado à honra de um indivíduo. Se tomarmos como exemplo a Alemanha, verificaremos que em certas regiões o Código de Napoleão era aplicado e a reparação desapareceu completamente e de modo imediato”.

¹⁵⁴ BRAGA, Armando. *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 161. O autor nessa passagem resume os principais argumentos levantados para os doutrinadores que não admitiam a responsabilidade civil em decorrência de danos não patrimoniais.

¹⁵⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. II. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 860-861. “Os argumentos dos adversários do ressarcimento do dano moral podem ser metodicamente resumidos a este esquema: a) falta de efeito penoso durável; b) incerteza do direito violado; c) dificuldade em descobrir a existência do dano moral; d) indeterminação do número de pessoas lesadas; e) impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro; f) imoralidade da compensação da dor com o dinheiro; g) extensão do arbítrio concedido ao juiz”.

¹⁵⁶ MINOZZI, Alfredo. *Studio sul danno non patrimoniale*. Milano: Società Editrice Libreria, 1901, pp. 44 e ss.

¹⁵⁷ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. II. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 861.

dano moral como sinônimo de dano não patrimonial, que, como se verá, atualmente, não é o mais adequado.

No tocante à impossibilidade de se estabelecer a sua existência, é refutável pela prova *per se* do dano não patrimonial¹⁵⁸. É o uso da presunção para a verificação do dano não patrimonial. A lesão a direitos de caráter não econômico podem, pela jurisprudência, levar a presunção de violação não patrimonial, permitindo a contra prova.

Quanto à indeterminação das pessoas lesadas, com o pretense perigo de se atribuir a responsabilidade a pessoas que não sejam subjetivamente responsáveis, não merece acolhida nos tempos atuais. Primeiro, pela análise prudente do juiz¹⁵⁹. Segundo, por se considerar atualmente a possibilidade de danos não patrimoniais de caráter social ou coletivo¹⁶⁰.

A objeção relacionada à concessão de demasiado arbítrio ao juiz não merece acolhida, porque o mesmo ocorre com o dano patrimonial¹⁶¹. Ademais, o juiz está limitado à motivação como determina o art. 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁶².

Finalmente, as duas últimas refutações, que se relacionam ao fato de não se poder estabelecer o equivalente pecuniário de conseqüências não econômicas, isto é, não haveria equivalência entre o dano e o ressarcimento, e seria imoral tentar estabelecer esta compensação, não podem prevalecer.

São várias as razões para tanto. A primeira delas é que seria muito mais idealista e iníquo não permitir qualquer reparação, deixando o patrimônio do causador do dano incólume¹⁶³.

¹⁵⁸ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. II. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 862.

¹⁵⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. II. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 862.

¹⁶⁰ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Do Dano Moral Coletivo no Atual Contexto Jurídico Brasileiro*. In *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 12, Outubro/Dezembro, 1994, pp 44 e ss. Vide também AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Responsabilidade civil ambiental. Reestruturação societária do grupo integrado pela sociedade causadora do dano. Obrigação solidária do causador indireto do prejuízo e do controlador de sociedade anônima. Limites objetivos dos contratos de garantia e de transação. Competência internacional e conflito de leis no espaço. Prescrição na responsabilidade civil ambiental e nas ações de regresso*. In *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 395 e ss.

¹⁶¹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. II. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 864-865.

¹⁶² Art. 93, IX, da CRFB. “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado não prejudique o interesse público à informação”.

¹⁶³ ANDRADE, Manuel Antônio Domingues de. *Teoria Geral das Obrigações*. v. I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1966, nº 41, III.

O não entendimento desta forma poderia gerar um benefício ao causador em detrimento dos interesses do lesado¹⁶⁴.

A segunda que a “dificuldade eventualmente sentida na tradução em dinheiro do dano não patrimonial seria susceptível de ser ultrapassada mediante a concessão de poderes de decisão, segundo critérios de prudência e bom senso, aos julgadores”¹⁶⁵.

A terceira diz que a equivalência, em matéria de reparação de danos, não significa perfeita igualdade, mas uma mera aproximação do estado ideal das coisas¹⁶⁶.

A quarta parte da evolução das teorias relacionadas ao dano-prejuízo. Com a teoria subjetiva ou real-concreta, não há mais óbices para a reparabilidade do dano não patrimonial, porque ela não utiliza critérios meramente objetivos, econômicos e valores de mercado para o ressarcimento.

O quinto e último argumento rechaça a objeção à reparação de danos não patrimoniais trabalha com as funções da indenização. R. von Jhering atribui três funções para o dinheiro: a função de equivalência, a de penalidade e a de satisfação. A primeira dá-se com a determinação em dinheiro da utilidade que o adimplemento da prestação representará ao credor. A segunda ocorre se houver cláusula penal pactuada e se for aplicada como meio coercitivo pelo magistrado. A terceira é evidenciada pelo não adimplemento da prestação e a atribuição, pelo magistrado, de um valor monetário visando à compensação ou a reparação decorrida do não cumprimento da prestação, quando não ambos¹⁶⁷. A essa pode ser levantada mais uma função, a de prevenção, que busca evitar a novas ocorrências de danos¹⁶⁸. R. von Jhering e C. Scuto¹⁶⁹, observando estas duas últimas funções, concluem que não se pode considerar nelas a existência do caráter econômico para a prestação indenizatória, pois, em seu fundamento, não há avaliação econômica da prestação, isto é, quando não se utiliza a função da equivalência, a prestação pode

¹⁶⁴ BRAGA, Armando. *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 161.

¹⁶⁵ BRAGA, Armando. *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 161.

¹⁶⁶ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. II. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 863.

¹⁶⁷ JHERING, Rudolf von. *Oeuvres Choisies*. v. II. s. c: s. e., 1893, p. 145.

¹⁶⁸ KERN, Bernd- Rüdiger. (sem o título em alemão). Trad. port. de Lélío Candiota de Campos. *A função de satisfação no indenização do dano pessoal: um elemento penal na satisfação do dano?* In Revista de Direito do Consumidor, nº 33, Janeiro-Março, São Paulo: RT, 2000, p. 15. “Na verdade, a função de prevenção em certos casos pertence também à indenização, mas apenas como um bem-vindo subproduto, cabível no dever de indenizar”.

¹⁶⁹ SCUTO, Carmelo. *Teoria generale delle obbligazioni con riguardo al nuovo codice civile*. v. I. 3ª ed. Napoli: Internazionale Treves di Leo Lupi, 1950, pp. 59-80.

não ser suscetível de avaliação patrimonial. O correspondente valor econômico somente ocorre pela possibilidade de equivalência entre a prestação e o valor de mercado, o que somente ocorre na primeira função¹⁷⁰.

São por essas objeções que diversos ordenamentos restringiram a reparação de danos não patrimoniais, o que foi com o tempo modificado, até mesmo por motivos históricos, que exigiram uma adequação da mentalidade do pensador do direito às novas exigências¹⁷¹. É o caso, por exemplo, do já analisado § 254, do BGB. Ele somente admitia a reparação de danos não patrimoniais para as hipóteses previstas em lei¹⁷².

O Código Civil brasileiro de 1916 já previa disposições relativas a danos não patrimoniais. O art. 1.547, parágrafo único, previa a reparação de conseqüências não patrimoniais advindas de casos de injúria e difamação¹⁷³. O 1.548, por outro lado, tratava da mulher agravada em sua honra em razão de casamento não realizável¹⁷⁴. O 1.549 trata de crimes relacionados à violência sexual, ou ultraje ao pudor¹⁷⁵. O 1.550 fala da ofensa à liberdade pessoal¹⁷⁶. Finalmente, o 1.553 prevê a indenização para casos não previstos no Capítulo II¹⁷⁷. Esta última previsão estabeleceu uma cláusula geral da matéria que deveria ser adequada com o

¹⁷⁰ SCUTO, Carmelo. *Teoria generale delle obbligazioni con riguardo al nuovo codice civile*. v. I. 3º ed. Napoli: Internazionale Treves di Leo Lupi, 1950, p. 77.

¹⁷¹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado*. In Revista dos Tribunais. v. 667. São Paulo: RT, 1991, p. 14.

¹⁷² COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado*. In Revista dos Tribunais. v. 667. São Paulo: RT, 1991, 14.

¹⁷³ O critério utilizado para tanto era uma espécie de mescla entre os sistemas de arbitramento e tarifação como se verá a seguir.

Art. 1.547. A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se este não puder provar o prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva (art. 1550).

¹⁷⁴ O critério aqui utilizado foi o do arbitramento ao prever um dote correspondente à condição e estado da noiva.

Art. 1.548. A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à sua própria condição e estado:

I – se, virgem e menor, for deflorada;

II – se, mulher honesta, for violentada, ou aterrada por ameaças;

III – se for seduzida com promessas de casamento;

IV – se for raptada.

¹⁷⁵ Mais uma vez está prevista indenização por arbitramento.

Art. 1.549. Nos demais crimes de violência sexual, ou ultraje ao pudor, arbitrar-se-á judicialmente a indenização.

¹⁷⁶ Aqui há um misto de indenização por arbitramento e tarifada.

Art. 1.550. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e no de uma soma calculada nos termos do parágrafo único do art. 1.547.

¹⁷⁷ Estabeleceu-se o arbitramento como a regra para o direito brasileiro em caso de não previsão legislativa expressa.

Art. 1.553. Nos casos não previstos neste Capítulo, se fixará por arbitramento a indenização.

art. 159¹⁷⁸, verdadeira previsão genérica sobre responsabilidade civil e elaborada com base no direito francês¹⁷⁹.

Alguns diplomas posteriores ao Código Civil de 1916 também previram a reparação para o dano não patrimonial¹⁸⁰. A Lei nº 4.117/62, em seu art. 81, dispôs sobre a indenização por ofensa à honra gerada por meio de radiodifusão¹⁸¹. Da mesma maneira, a Lei nº 5.250/67, em seu art. 53, tratou da reparação pecuniária por meio de imprensa¹⁸².

Comparativamente, o direito alemão faz uma previsão (em princípio taxativa) de hipóteses delituais. O direito francês traz uma noção mais genérica o que permite, em tese, o desenvolvimento livre dos deveres de conduta.

É claro que a jurisprudência, mesmo na Alemanha, gradativamente, permitiu a reparação de danos não patrimoniais¹⁸³. No Brasil, com a Constituição de 1988, qualquer pretensão limitação¹⁸⁴ foi abolida com o art. 5º, V¹⁸⁵ e X¹⁸⁶. Estabeleceu-se nova amplitude ao

¹⁷⁸ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

¹⁷⁹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado*. In Revista dos Tribunais. v. 667. São Paulo: RT, 1991, p. 14. “Esta disposição permite a indenização dos danos morais e constitui uma “cláusula geral” desta matéria. Esclareça-se que a enumeração do Código Civil não é taxativa, pois menciona apenas os casos nos quais a reparação deverá ser estimada por via de arbitramento. Além disso, o art. 1.533 relaciona-se com o princípio constante do art. 159 do CC, o que pode ser considerado como uma “cláusula geral”, situação que não difere, em suas linhas gerais, do sistema adotado pelo Código Civil francês”.

¹⁸⁰ ANDRADE, André Gustavo C. de. *A Evolução do Conceito de Dano Moral*. In Revista Forense. v. 375. Rio de Janeiro: Forense, Setembro/Outubro, 2004, p. 4.

¹⁸¹ Art. 81. Independentemente da ação penal, o ofendido pela calúnia, difamação ou injúria cometida por meio de radiodifusão, poderá demandar, no Juízo Cível, a reparação do dano moral, respondendo por este solidariamente, o ofensor, a concessionária ou permissionária, quando culpada por ação ou omissão, e quem quer que, favorecido pelo crime, haja de qualquer modo contribuído para êle.

O dispositivo foi revogado pelo Decreto-lei nº 236, de 28 de fevereiro de 1967.

¹⁸² Art. 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II - A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.

Mais uma vez previu-se a indenização por dano não patrimonial por arbitramento.

¹⁸³ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado*. In Revista dos Tribunais. v. 667. São Paulo: RT, 1991, p. 14. “O Tribunal Federal alemão (BGH), em diversas decisões, criticou esta disposição, e permitiu, pelo menos, a partir da decisão de 14.2.68, a reparação deste tipo de dano, no caso que se tornou célebre, do “Herrenreiter”, hipótese de utilização abusiva de uma fotografia de uma pessoa conhecida, de um desportista, num anúncio de um elixir revitalizante”.

¹⁸⁴ Apenas como exemplo, podem-se citar algumas decisões do Supremo Tribunal Federal:

Responsabilidade civil. Indenização por dano moral. Embora cabível em hipóteses específicas, não é cumulável com a indenização por lucros cessantes. Precedentes do STF (STF RE 2ª Turma – Rel. Min. Carlos Madeira – julgado em 08.11.1985 – RTJ 116/861).

princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional¹⁸⁷. A partir da nova regra, o princípio da não cumulatividade entre danos patrimoniais e não patrimoniais foi superado¹⁸⁸. Aliás, cabe ressaltar que se se aceitar a não cumulação de danos com caráter econômico e não econômico, a última não seria propriamente uma indenização, pois representaria uma simples medida punitiva¹⁸⁹.

A previsão constitucional influenciou diversos outros textos legislativos, como a Lei 8.078/90, art. 6º, VI¹⁹⁰, que, juntamente com o art. 1º, da Lei 7.347/85 (redação dada pela Lei 8.884/94)¹⁹¹, tratou de danos não patrimoniais decorrentes da violação de interesses

“A reparação moral não se acumula, sendo considerada embutida na indenização civil. Recebida a indenização pelo dano patrimonial, inclusive com a concessão de pensão vitalícia, não cabe a cumulação com a relativa ao dano moral, se não demonstrada a existência de defeitos físicos ou alterações psíquicas acarretados pelo acidente, nem o prejuízo à parte social ou afetiva do patrimônio moral” (STF RE 116.381 -0- RJ – 2ª T. Rel. Min. Carlos Madeira – j. 21.6.1988 – DJU 159:2.269, 19.08.1988).

¹⁸⁵ Art. 5º, V. É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

¹⁸⁶ Art. 5º, X. 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.

¹⁸⁷ ANDRADE, André Gustavo C. de. *A Evolução do Conceito de Dano Moral*. In Revista Forense. v. 375. Rio de Janeiro: Forense, Setembro/Outubro, 2004, p. 3.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional é ressaltado no inc. XXXV, do art. 5º, da CF ao prever que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹⁸⁸ Para tanto, basta observar:

“É acumulável a indenização por dano moral coma indenização por dano patrimonial” (STJ – Resp. - 3ª T. – Rel. Min. Waldemar Zveiter – j. 10.6.1991 – RSTJ 33/526).

“A indenização por dano moral é admitida de maneira acumulada com o dano material, uma vez que têm pressupostos próprios, passando pelo arbítrio judicial tanto na sua aferição quanto na sua quantificação”. (STF – RE 192.593 – 1ª T. – Rel. Min. Ilmar Galvão – j. 11.5.1999 – RTJ 17/964).

“A cumulação das indenizações por dano patrimonial e por dano moral é cabível, porquanto lastreadas em fundamentos diversos, ainda que derivados do mesmo fato”. (STJ Resp – 2ª T. – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – j. 29.11.1993 – RSTJ 71/183).

¹⁸⁹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado*. In Revista dos Tribunais. v. 667. São Paulo: RT, 1991, pp. 14-15. “Se for o caso de adotar o princípio da não cumulação do dano patrimonial e moral, não será possível considerar a indenização do dano moral como uma verdadeira indenização, pois ela será uma simples medida punitiva”.

¹⁹⁰ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (...).

¹⁹¹ Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III – à ordem urbanística;

IV – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

V - por infração da ordem econômica e da economia popular;

VI - à ordem urbanística.

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

metaindividuais, e o art. 108, da Lei 9.610/98¹⁹², que fixou o direito à indenização por danos não patrimoniais advindos da violação de direitos autorais.

Atualmente, o entendimento da cumulação está pacificado e sumulado nos tribunais brasileiros. Tanto que a súmula 37 do STJ expressamente dispõe que “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” e o art. 186 do Código Civil de 2002, também prevê a cumulação¹⁹³. A súmula 491 do STF não é tão enfática quanto a do STJ, mas tem o mesmo sentido¹⁹⁴.

Todavia, sendo superada a noção de não reparação do dano não patrimonial, o mesmo não se pode dizer do seu conceito. Isso ocorre porque muitas vezes emprega-se o termo dano moral como sinônimo de dano não patrimonial o que não pode prevalecer. O dano moral é apenas uma espécie de dano não patrimonial e o estudo do seu conceito é imprescindível.

2.2.1. Dano não patrimonial e dano moral (gênero e espécie)

¹⁹² Art. 108. Quem, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar-lhes a identidade da seguinte forma:

I - tratando-se de empresa de radiodifusão, no mesmo horário em que tiver ocorrido a infração, por três dias consecutivos;

II - tratando-se de publicação gráfica ou fonográfica, mediante inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos, sem prejuízo de comunicação, com destaque, por três vezes consecutivas em jornal de grande circulação, dos domicílios do autor, do intérprete e do editor ou produtor;

III - tratando-se de outra forma de utilização, por intermédio da imprensa, na forma a que se refere o inciso anterior.

¹⁹³ A análise das formas de indenização do Código Civil de 2002 será feita com o estudo da liquidação do dano não patrimonial.

¹⁹⁴ Súmula 491, do STF. É indenizável o acidente que causa a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado.

De acordo com ANDRADE, André Gustavo C. de. *A Evolução do Conceito de Dano Moral*. In Revista Forense. v. 375. Rio de Janeiro: Forense, Setembro/Outubro, 2004, p. 13, “a construção jurisprudencial partiu da consideração de que a morte do filho causava uma frustração de expectativa de ganhos futuros por parte de seus pais. Mas, se essa expectativa é admissível em se tratando de família economicamente modesta ou de baixa renda, o mesmo não se pode dizer em caso de família abastada, de grande poder aquisitivo, em relação à qual não é presumível que o filho menor viesse a constituir força de trabalho em prol do grupo familiar. Nessa última situação, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, não há direito à indenização por dano patrimonial, ‘em face da absoluta ausência de expectativas futuras’ de que o filho viesse a prestar ajuda econômica a seus pais. Os lucros cessantes, inseridos no conceito amplo de perdas e danos, abrangem apenas aquilo que razoavelmente a vítima deixou de lucrar”.

Se o direito à indenização por dano não patrimonial é inquestionável, atualmente, o mesmo não se pode dizer quanto ao conceito e amplitude do termo. “A doutrina ainda não assentou, em bases sólidas, o conceito de dano moral”¹⁹⁵.

Grande parte da brasileira trata o dano não patrimonial como sinônimo do dano moral¹⁹⁶. Tanto que José de Aguiar Dias categoricamente afirma que “quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral”¹⁹⁷.

A assertiva é tão evidente que Antônio Junqueira de Azevedo, ao explicar a diferença de natureza entre o dano-evento e o dano-prejuízo, expressamente utiliza as duas expressões com o mesmo significado ao dispor que “pode haver lesão à integridade física de uma pessoa e as principais conseqüências não serem de ordem pessoal, e sim patrimonial - por exemplo, se a vítima perdeu total ou parcialmente sua capacidade laborativa; ou, inversamente, a lesão pode ser numa coisa que está no patrimônio de alguém e a conseqüência ser principalmente um prejuízo não-patrimonial (dano moral)”¹⁹⁸.

O pensamento jurídico, extremamente dicotômico, acentua a problemática. As dicotomias permitem uma sistematização, no sentido dogmático, tópico, favorecendo a compreensão do conteúdo do dano-prejuízo¹⁹⁹. Uma das grandes dicotomias do dano-prejuízo, diz respeito ao dano patrimonial e não patrimonial.

Segundo CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 99-100, a construção jurisprudencial originou-se em uma forma de indenizar os pais pela morte do filho sem precisar recorrer à noção de dano moral, controvertida até então.

¹⁹⁵ ANDRADE, André Gustavo C. de. *A Evolução do Conceito de Dano Moral*. In Revista Forense. v. 375. Rio de Janeiro: Forense, Setembro/Outubro, 2004, p. 5. O autor também não faz a distinção entre dano não patrimonial e dano moral.

¹⁹⁶ Por exemplo: ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1949, nº 157, p. 195. “Dano moral ou não patrimonial é o dano causado injustamente a outrem, que não atinja ou diminua o seu patrimônio”.

¹⁹⁷ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. II. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 852.

¹⁹⁸ Azevedo, Antônio Junqueira de. *Cadastros de Restrição ao Crédito: Dano Moral*, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 36, São Paulo: RT, 2000, p. 46-47.

¹⁹⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 130.

Assim, toda vez que um autor ou julgador utilizar o termo dano moral em contraposição ao dano patrimonial (ou material), na realidade, quer empregá-lo no que nesse trabalho se denomina dano não patrimonial.

Essa distinção é imprescindível, pois somente com ela poder-se-á encontrar um conceito de dano moral aceitável, isto é, que não comporte exceções a ponto de inviabilizar qualquer enquadramento teórico.

O dano não patrimonial é, portanto, definido por exclusão, porque ele faz parte de uma dicotomia. Não faz sentido defini-lo com base em outro critério que não seja o mesmo utilizado para o seu contraposto dano patrimonial. Qualquer tentativa em contrário é um equívoco.

As dicotomias no direito são conceituadas e dispostas pela exclusão. Basta observar o tratamento dado aos bens na Parte Geral do Código Civil brasileiro. Os bens imóveis, por exemplo, são “as coisas que se não podem transportar, sem destruição, de um para outro lugar, calcada num critério distintivo natural”. Os móveis, por outro lado, são “aqueles bens suscetíveis de deslocamento, por força própria ou alheia”²⁰⁰.

A noção de exclusão é tão latente que o Código Civil italiano de 1942, no art. 812²⁰¹, apenas conceitua os imóveis, acrescentando que todos os outros são móveis.

Ora, se ao conceituar o dano patrimonial, resumidamente, fala-se em possibilidade de avaliação econômica do prejuízo²⁰², o dano não patrimonial será aquele não suscetível de avaliação. Aquele em que não se pode estipular uma indenização por equivalência.

São vários os autores que percebem isso. Adriano de Cupis, por exemplo, sustenta categoricamente que o dano não patrimonial somente pode ser definido em contraposição ao dano patrimonial²⁰³. Todavia, comete um equívoco ao partir para a análise da lesão a um

²⁰⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil, Teoria Geral de Direito Civil*. v. I. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 261 e 265.

²⁰¹ **Art. 812. *Distinzione dei beni.*** Sono beni immobili il suolo, le sorgenti e i corsi d'acqua, gli alberi, gli edifici e le altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio, e in genere tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo.

Sono reputati immobili i mulini, i bagni e gli altri edifici galleggianti quando sono saldamente assicurati alla riva o all'alveo o sono destinati ad esserlo in modo permanente per la loro utilizzazione.

Sono mobili tutti gli altri beni (grifo nostro).

²⁰² É claro que utilizando as teorias supramencionadas.

²⁰³ CUPIS, Adriano de. *Il danno*. trad. esp. de Ángel Martínez Sarrión. *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*. Barcelona: Bosch, 1975, p. 122. “El daño no patrimonial no puede ser definido más que en contraposición al daño patrimonial. Daño no patrimonial, en consonancia con El valor negativo de su misma

interesse ou bem jurídico de caráter não econômico. Como já se afirmou, a lesão a interesse ou ao direito subjetivo são conteúdos do dano-evento e apenas são correlatos ao dano-prejuízo. O dano-prejuízo é o efeito, o que se analisa para preencher a pretensão ressarcitória, e nada impede que a natureza do dano-evento seja diversa da natureza do dano-prejuízo²⁰⁴.

Francisco Cavalcante Pontes de Miranda comete o mesmo deslize que Adriano de Cupis ao afirmar que “dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio”²⁰⁵.

É justamente pelo caráter dicotômico que a Súmula 37, do STJ, faz a contraposição entre dano patrimonial e “dano moral”²⁰⁶.

Tal noção também é útil para a jurisprudência brasileira, porque ora ela emprega o termo dano moral como sinônimo de dano não patrimonial²⁰⁷, ora como espécie²⁰⁸. Uma perfeita diferenciação de ambas resolverá essa divergência.

Tendo esta noção preliminar do dano não patrimonial, faz-se imprescindível ainda a diferenciação do dano não patrimonial em relação ao dano moral.

expresión literal, es todo daño privado que no puede comprenderse en El daño patrimonial, por tener por objeto un interés no patrimonial, o sea, que guarda relación a un bien no patrimonial”.

²⁰⁴ Azevedo, Antônio Junqueira de. *Cadastros de Restrição ao Crédito: Dano Moral*, Revista de Direito do Consumidor, n. 36, São Paulo: RT, 2000, p. 46-47.

²⁰⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. XXVI. 2ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 30.

No mesmo sentido: SILVA, Wilson de Mello. *O dano moral e a sua reparação*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, nº 1. “São lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”.

²⁰⁶ O termo “dano moral” aqui empregado significa dano não patrimonial.

²⁰⁷ Indenização. Fazenda Pública – Responsabilidade civil. Dano moral. Cumulação com dano estético. Dupla reparação. Inadmissibilidade. Lesão estética que se submete no conceito de dano moral. Recursos não providos. – “O dano estético subsume-se no dano moral” (TJSP – Ap 43.391-5 – 3ª C. Dir. Público – Rel. Rui Stoco – j. 5.10.1999 – JTJ – LEX 225/96).

Responsabilidade civil. Dano moral. – “O dano estético subsume-se no dano moral. Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial não conhecido” (STJ – Resp. 56.101-9 – 4ª T. – Rel. Min. Fontes de Alencar – j. 25.04.1995 – RSTJ 77/246).

²⁰⁸ Somente com a idéia de dano moral como espécie de dano não patrimonial é aceitável a cumulação entre dano moral e dano estético, porque ambos são danos não patrimoniais.

Responsabilidade civil. Indenização devida. Dano moral e estético. Reparação. Embargos rejeitados. – “Indeniza-se o dano inteiro, inclusive, pois, o moral, que se não confunde com o material e o estético”. (TJRJ – Einfrs. – 4º Gr. C. Cíveis – Rel des. Ebert Chamoun – j. 09.06.1976 – RT 500/216).

Dano estético. Dano moral. – “O dano estético, em si mesmo considerado, constitui modalidade de dano moral. Seu ressarcimento, entretanto, não significa, sempre necessariamente, o esgotamento do que seria devido a título de dano moral. Além da dor decorrente da lesão estética, pode a lesão acarretar restrições que importem também sofrimento moral. Ambas as manifestações são indenizáveis”. (STJ Resp. 94.569 – 3ª T. – Rel. min. Eduardo Ribeiro – j. 24.11.1998 – RSTJ 115/258).

Todo dano moral é um dano não patrimonial, o mesmo não se pode dizer do contrário. A relação entre as expressões de dano-prejuízo é de gênero e espécie. O dano moral nada mais é do que uma espécie de dano não patrimonial. Daí a grande confusão da doutrina e da jurisprudência ao empregar os termos como sinônimos.

Somente com a visão de que o dano não patrimonial não corresponde à expressão dano moral é que se compreende um conceito deste último. Com a noção de dano moral como espécie de dano não patrimonial, pode-se afastar da dicotomia dano patrimonial e não patrimonial para adentrar no conteúdo da espécie.

Como se verá também, essa é a única maneira de abarcar todas as situações de danos não patrimoniais atualmente aceitáveis, pois se se utilizar a noção mais usual de dano moral para algumas situações específicas, o enquadramento torna-se impossível²⁰⁹.

2.2.2. O conceito de dano moral.

O dano moral é uma espécie de dano não patrimonial. Logo, representa uma idéia de consequências não suscetíveis de avaliação econômica. Resta, contudo, saber qual a sua especificidade.

Como não faz parte de uma dicotomia, o critério para a sua aferição pode ser outro que a simples comparação com o dano patrimonial. É justamente por isso que o seu conceito vem sendo aprimorado ao longo do tempo.

Parte da doutrina apresenta definições que tem em comum a referência ao “estado anímico, psicológico ou espiritual da pessoa. Identifica-se, assim, o dano moral com a dor, em seu sentido mais amplo, englobando não apenas a dor física, mas também os sentimentos

²⁰⁹

A afirmação somente é inteligível com a análise dos parágrafos seguintes.

negativos, como a tristeza, a angústia, a amargura, a vergonha, a humilhação. É a dor moral ou o sofrimento do indivíduo”²¹⁰.

Jorge Bustamente Alsina, por exemplo, afirma que “pode-se definir o dano moral como a lesão aos sentimentos que determina dor ou sofrimentos físicos, inquietação espiritual, ou agravo às afeições legítimas e, em geral, a toda classe de padecimentos insuscetíveis de apreciação pecuniária”²¹¹.

No mesmo sentido Silvio Rodrigues defende ser o dano moral a “dor, mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem”²¹².

A indenização, para essa concepção de dano moral, seria o preço da dor (*pretium doloris*)²¹³. Pelo menos essa era a posição inicial. É claro que está superada, pois a tentativa de se atribuir um valor objetivo para algo sem avaliação econômica como é a dor não faz o menor sentido. Aplicar a teoria objetiva e a da diferença para o dano moral não tem sentido lógico.

A função da indenização ao se falar em “preço da dor” é a da equivalência, incompatível com a noção de dano não patrimonial, que somente permite a indenização por compensação, de caráter punitivo ou como prevenção.

É justamente devido a esse fato que o BGB, partindo do direito suíço, retirou a idéia de “satisfação”, sem se ocupar muito com o seu conteúdo. O conceito foi depois utilizado

²¹⁰ ANDRADE, André Gustavo C. de. *A Evolução do Conceito de Dano Moral*. In Revista Forense. v. 375. Rio de Janeiro: Forense, Setembro/Outubro, 2004, p. 6.

²¹¹ ALSINA, Jorge Bustamente. *Teoria General de la Responsabilidad Civil*. 8ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993, p. 97.

²¹² RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, 12ª ed. v. IV. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 206.

No mesmo sentido, CHAVES, Antônio. *Tratado de Direito Civil, Responsabilidade Civil*. v. III. São Paulo: RT, 1985, 607. “Seu elemento característico é a dor, tomando o termo em seu sentido amplo, abrangendo tanto os sofrimentos meramente físicos, como os morais propriamente ditos (...) Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja a dor física – dor-sensação, como a denomina Carpenter – nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento – de causa material.”

Vide também BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1994, p. 31. “Os danos morais se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado”.

²¹³ PORTIGLIATTI-BARROS, Mario. *Danno morale*. In Novissimo Digesto Italiano. v. V. Torino: UTET, s.a., p.147. “Questa è del resto la sfera tradizionalmente riservata al danno morale – nel diritto comune si parlava di *pretium doloris*; nell’ antico diritto tedesco di *Schmerzengeld* - , questa ancora la ragione della sua rilevanza per il diritto, che si riferisce alla esigenza di tener conto, in certi casi anche delle sofferenze, dei patemi d’ animo, ecc., che la vittima può risentire”.

como sinônimo da expressão “*Busze*”, cuja tradução pode ser multa, no sentido de pena, pois mesmo na função de compensação não perderia esse caráter²¹⁴.

No ordenamento suíço, a satisfação é um termo ambíguo, abrange tanto a compensação como o elemento “*Busze*”. Este último termo compreende tanto elementos de direito civil como de direito penal. Posteriormente, a satisfação inclui também a função preventiva, que desloca a indenização do binômio causador do dano/vítima, para incluir terceiros, pretensas vítimas e responsáveis²¹⁵.

Afastada a noção de dano moral como preço da dor, pois a indenização pelo dano moral não representa a função de equivalência, mas de satisfação (abrangendo a compensação, punição e prevenção), resta ainda a análise das críticas que são feitas à aproximação do dano moral como dor.

A primeira crítica que se faz à definição de dano moral como alteração negativa do estado psíquico, psicológico espiritual ou anímico ou à assertiva que considera não haver essa modalidade de dano sem dor, sofrimento ou padecimento é a que menos merece acolhida. Ela sustenta que essas alterações não constituem um dano em si, mas conseqüências ou repercussões do dano e vai mais longe ao afirmar que se confunde “o dano com o resultado por ele provocado”. A justificativa complementa-se como argumento de que as perdas patrimoniais também podem provocar padecimento ou sofrimento²¹⁶.

²¹⁴ KERN, Bernd- Rüdiger. (sem o título em alemão). Trad. port. de Lélío Candiota de Campos. *A função de satisfação no indenização do dano pessoal: um elemento penal na satisfação do dano?* In Revista de Direito do Consumidor, nº 33, Janeiro-Março, São Paulo: RT, 2000, pp. 12-13.

²¹⁵ KERN, Bernd- Rüdiger. (sem o título em alemão). Trad. port. de Lélío Candiota de Campos. *A função de satisfação no indenização do dano pessoal: um elemento penal na satisfação do dano?* In Revista de Direito do Consumidor, nº 33, Janeiro-Março, São Paulo: RT, 2000, p. 13. “No direito suíço, a satisfação abrange tanto o elemento compensação como o elemento ‘*Busze*’, significando, pois, ambas as funções, enquanto o antigo direito alemão conhecia basicamente o termo no sentido de ‘prestação liberatória, indenização’, não no sentido de ‘*Busze*’. Uma dissertação de Leipzig do ano de 1909, sob o título ‘A Pretensão de Satisfação no Código Civil’, descreveu a indenização por dano pessoal com função unicamente de compensação. Ao tempo do surgimento do BGB, no entanto – em adesão a v. Ihering – vinculavam-se a esse conceito exclusivamente conteúdos penais. A exposição de motivos do BGB utilizava-o somente em oposição à compensação: ‘Ainda quando o ‘dinheiro da dor’ (*Schmerzensgeld*) não deva ser visto como satisfação da ofensa à vítima, ainda assim é indenização por alguma coisa’. Analogicamente, também Otto Von Gierke faz uma distinção: no delito a prestação substituta pode visar à satisfação ou à restauração, e ser elaborada, respectivamente, como pena privada ou indenização por perdas e danos. tais enfoques não foram acolhidos pelo Grande Senado, embora este haja se aproximado muito deles.

Quanto à ‘*Busze*’, um amplo campo de conceitos se apresenta, abrangendo elementos tanto do direito penal como do direito civil. essa escassa tentativa de alargar o conceito já mostra que, nesta via, o problema dificilmente pode ser resolvido a contento. O que vem a ser satisfação, só pode ser determinado a partir do seu conteúdo e não com frases brilhantes. Até aqui, o BGB utilizou o termo simplesmente como um conceito natural de ‘*Busze*’, que melhor expressa aquilo a que ele se refere.”

²¹⁶ ANDRADE, André Gustavo C. de. *A Evolução do Conceito de Dano Moral*. In Revista Forense. v. 375. Rio de Janeiro: Forense, Setembro/Outubro, 2004, p. 7. “Tais estados psicológicos, porém, constituem não o

Ora, o dano-prejuízo é a consequência correlata ao dano-evento. É o segundo momento da ocorrência do dano. Sem as repercussões do dano não há o que se indenizar. Elas são essenciais para a caracterização do dano²¹⁷. Sem o dano-prejuízo, o dano-evento é irrelevante para a responsabilidade civil. A afirmação de que o “dano” é “fato logicamente antecedente” não é plausível. Como fato jurídico, a hipótese de incidência da responsabilidade civil abrange a conduta, o nexo de causalidade e o dano como algo único, o que não significa dizer que os elementos tenham que ocorrer no mesmo instante. É perfeitamente possível que a conduta ocorra em um momento e o seu resultado (dano) em outro. Da mesma forma, os dois momentos do dano (dano-evento e dano-prejuízo) não precisam ser simultâneos.

Antônio Junqueira de Azevedo é categórico neste sentido. Quanto aos dois momentos de ocorrência do dano, o autor afirma que “O ideal seria sempre se referir a dano-evento (1º momento) e a dano-prejuízo (2º momento); o dano-evento pode ser ou na pessoa ou no patrimônio ou na figura social ou, até mesmo, em terceiro, enquanto o dano-prejuízo, como consequência daquele, somente pode ser patrimonial ou não patrimonial (dano moral)”. Já quanto à necessidade do dano-prejuízo como consequência lesiva, critica um acórdão que não percebe a sua necessidade ao sustentar que “posteriormente, posto diante de embargos de declaração, o acórdão afirmou, contra tudo e contra todos, em matéria de responsabilidade civil patrimonial, que ‘a lesividade decore da própria ilegalidade da ausência de licitação, pouco importando tivesse havido ou não prejuízo financeiro ao erário público’. Ora, isso não é verdade; que a ‘lesividade’, como dano-evento, resulta da própria ilegalidade quando esta ocorre, não há dúvida, mas que a lesividade, como dano-prejuízo, é dispensável na responsabilidade civil, é falso. A lei (item n. 18), a doutrina (item n. 19) e a jurisprudência (item n. 20) negam essa afirmação”²¹⁸.

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

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

²¹⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *O Direito como Sistema Complexo e de 2ª Ordem; sua Autonomia, Ato nulo e Ato Ilícito, Diferença de Espírito entre Responsabilidade Civil e Penal, Necessidade de Prejuízo para Haver Direito de Indenização na Responsabilidade Civil*. In Antonio Junqueira de Azevedo, *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 32 e ss.

²¹⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *O Direito como Sistema Complexo e de 2ª Ordem; sua Autonomia, Ato nulo e Ato Ilícito, Diferença de Espírito entre Responsabilidade Civil e Penal, Necessidade de*

Não é porque o primeiro argumento não merece ser acolhido que não se possa fazer críticas à concepção de dano moral apresentada. Ela peca pela insuficiência ao tratar de alguns pontos. Como avaliar, por exemplo, a dor de um nascituro pela morte do pai que não conheceu. Qualquer espécie de avaliação, mesmo que compensatória somente poderá ser feita posteriormente. Não há como preconizar o dano para este caso concreto. O principal argumento, também casuístico, refere-se ao dano moral sofrido por uma pessoa jurídica. Ela, por óbvio, não pode sentir dor, mágoa, etc.

A Súmula 227, do STJ, é expressa nesse sentido ao prescrever que “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. A jurisprudência é pacífica nesse sentido²¹⁹.

Claro que os adeptos da concepção de dano moral como dor ou angústia da vítima não aceitam essa possibilidade de indenização até mesmo por questão de lógica. Mas essa é a posição minoritária da jurisprudência, apenas julgados isolados a aceitam²²⁰.

Não se quer afastar aqui a importância da dor e do sofrimento para o dano moral. Elas podem ser consequências não patrimoniais do dano, mas não são as únicas. A perda de prestígio de uma associação sem fins lucrativos pode ser um dano-prejuízo não econômico sem ser uma angústia pessoal.

Modernamente, diversos autores tentam definir o dano moral partindo da violação do direito ou de certas categorias de direitos. Os indivíduos seriam titulares “de direitos personalíssimos que integram suas personalidades e não detêm qualquer conotação econômica. Os danos a esses direitos foram chamados de morais, pois ‘atingem atributos valorativos, ou

Prejuízo para Haver Direito de Indenização na Responsabilidade Civil. In Antonio Junqueira de Azevedo, *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 33-34.

²¹⁹ Para tanto, vários julgados podem ser obtidos:

“No Brasil, está hoje assegurada constitucionalmente a indenizabilidade do dano moral à pessoa (art. 5º, X, da CF). O mesmo dano moral, de que pode ser vítima também a pessoa jurídica, é reparável através da ação de indenização, avaliado o prejuízo por arbitramento” (STJ – Resp – 4ª C. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j. 09.08.1995 – RT 727/123).

“Cabível a ação de indenização, por dano moral, sofrido por pessoa jurídica, visto que a proteção dos atributos morais da personalidade não está reservada somente às pessoas físicas” (STJ – Resp 58.660/7 – eª T – Rel. Min. Waldemar Zveiter – j. 03.06.1997 – RSTJ 103/173 e RT 747/221).

“A evolução do pensamento jurídico, no qual convergiram jurisprudência e doutrina, veio a afirmar, inclusive nesta Corte, onde o entendimento tem sido unânime, que a pessoa jurídica pode ser vítima também de danos morais, considerados esses como violadores da sua honra objetiva”. (STJ – Resp. 134.993/0 – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo – j. 03.02.1998 – Bol. STJ 7/22, maio 98).

²²⁰ “A pessoa jurídica não pode ser sujeito passivo de dano moral. O elemento característico do dano moral é a dor em sentido amplo, abrangendo todos os sofrimentos físicos ou morais, só possível de verificada nas pessoas físicas. O ataque injusto ao conceito da pessoa jurídica só é de ser reparado na medida em que ocasiona prejuízo de ordem patrimonial” (TJRJ – Eínfrs. – 4ª Gr. Cs. – Rel. Des. Miguel Pachá – j. 27.04.1994 – RT 716/258).

virtudes, das pessoas como ente social, ou seja, integrada à sociedade'. Desta forma, considerou-se que o dano moral dizia respeito exclusivamente à reparação de violações causadas a direitos da personalidade. Foram, então, os danos morais conceituados como as lesões sofridas pela pessoa humana em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal o conjunto de tudo o que não suscetível de avaliação econômica"²²¹.

Com os direitos da personalidade em vista, algumas distinções são feitas. Carlos Roberto Gonçalves distingue os chamados danos morais diretos dos indiretos. Os primeiros seriam lesões a interesses que visam à satisfação ou gozo de um bem jurídico não patrimonial contidos nos direitos da personalidade. Os últimos seriam lesões a interesses tendentes a satisfações ou gozos de bens jurídicos patrimoniais ou não patrimoniais não compreendidos nos direitos da personalidade²²².

²²¹

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 155. A autora, contudo, atribui a concepção de dano moral como lesão a direitos da personalidade a autores que não o fazem expressamente. Francisco Cavalcante Pontes de Miranda, por exemplo, é citado como adepto da corrente, mas afirma que o dano moral é a **desvantagem** no corpo, vida, etc. (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. XXII. Rio de Janeiro: Borsoi. 1968. p. 181. "Sempre que há dano, isto é, desvantagem no corpo, na psique, na vida, na saúde, na honra, ao nome, no crédito, no bem-estar, ou no patrimônio, nasce o direito à indenização".), não a lesão ao direito em si.

São, porém, exemplos de adeptos da corrente no direito brasileiro Sérgio Cavalieri Filho, Carlos Alberto Bittar e André Gustavo C. de Andrade.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 80. "Nessa perspectiva, o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade.

Com essa idéia abre-se espaço para o reconhecimento do dano moral em relação a várias situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como se dá com doentes mentais, as pessoas em estado vegetativo ou comatoso, crianças de tenra idade e outras situações tormentosas. Por mais pobre e humilde que seja essa pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja o seu estado biopsicológico, ainda junto de bens integrantes de sua personalidade, mais precioso que o patrimônio. É a dignidade humana, que não é privilégio apenas dos ricos, cultos ou poderosos, que deve ser por todos respeitada. Os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar de dano moral. Essa constatação, por si só, evidencia que o dano moral não se confunde com o dano material; tem existência própria e autônoma, de modo a exigir tutela jurídica independente".

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1994, p. 41. "Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social)".

ANDRADE, André Gustavo C. de. *A Evolução do Conceito de Dano Moral*. In Revista Forense. v. 375. Rio de Janeiro: Forense, Setembro/Outubro, 2004, pp. 9-10. "Válido, portanto, concluir que o dano moral está relacionado à violação de uma classe especial de direitos: os direitos da personalidade ou personalíssimos".

²²²

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil, Parte Especial do Direito das Obrigações, Responsabilidade Subjetiva, Responsabilidade Objetiva, Responsabilidade por Fato de Outrem, Responsabilidade Profissional, etc.; Preferências e Privilégios Creditórios (arts. 927 a 965)*. v. 11. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 340. No mesmo sentido: Zannoni, Eduardo Antônio. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1982. pp. 234-235.

Maria Celina Bodin de Moraes faz outra distinção, os chamados danos morais subjetivos e objetivos. Os primeiros representam um mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade. Os últimos seriam lesões a direitos da personalidade²²³.

A autora complementa, concluindo que “no momento atual, doutrina e jurisprudência dominantes têm como adquirido que o dano moral é aquele que, independentemente de prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros. O dano é ainda considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas. Neste último caso, diz-se necessário, outrossim, que o constrangimento, a tristeza, a humilhação, sejam intensos a ponto de poderem facilmente distinguir-se dos aborrecimentos e dissabores do dia-a-dia, situações comuns a que todos se sujeitam, como aspectos normais da vida cotidiana”²²⁴.

Embora seja o conceito dominante na doutrina e jurisprudência brasileira, a concepção não está livre de críticas.

A definição de dano moral como violação do direito (*damnum in re ipsa*) relaciona-se apenas ao dano-evento. Acontece que o dano-evento, por si só, não é suficiente para

²²³

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 156-157. “Modernamente, no entanto, sustentou-se que cumpre distinguir entre danos morais subjetivos e danos morais objetivos. Estes últimos seriam os que se refeririam, propriamente, os direitos da personalidade. Aqueles outros ‘se correlacionariam com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferíveis [...]’. Dessa maneira, acabaram interligando-se as duas teorias antes referidas: tanto será dano moral reparável o efeito não-patrimonial de lesão a direito subjetivo patrimonial (hipótese de dano moral subjetivo), quanto a afronta a direito da personalidade (dano moral objetivo, sendo ambos os tipos admitidos no ordenamento jurídico brasileiro”.

Com a mesma opinião: REALE, Miguel. *O dano moral no direito brasileiro*. In Temas de Direito Positivo. São Paulo: RT, 1992, p. 23 e SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Da legitimidade para postular indenização por danos morais*. In Ajuris. v. XXIV. n. 70, 1997, pp. 186-189.

²²⁴

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 158.

No mesmo sentido é a definição de dano moral de GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil, Parte Especial do Direito das Obrigações, Responsabilidade Subjetiva, Responsabilidade Objetiva, Responsabilidade por Fato de Outrem, Responsabilidade Profissional, etc.; Preferências e Privilégios Creditórios (arts. 927 a 965)*. v. 11. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 339. “**Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa**, não lesando seu patrimônio. É a lesão de BM que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e **que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação**” (grifo nosso).

a caracterização do dano. Sem o prejuízo não se verifica o fato típico de responsabilidade civil²²⁵.

Sendo o dano moral uma espécie de dano não patrimonial, faz-se mister a ocorrência do prejuízo²²⁶. Assim, não assiste razão para a dispensa do prejuízo na caracterização do dano moral como pretendem Maria Celina Bodin de Moraes²²⁷ e alguns julgados²²⁸.

²²⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *O Direito como Sistema Complexo e de 2ª Ordem; sua Autonomia, Ato nulo e Ato Ilícito, Diferença de Espírito entre Responsabilidade Civil e Penal, Necessidade de Prejuízo para Haver Direito de Indenização na Responsabilidade Civil*. In Antonio Junqueira de Azevedo, *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 34.

²²⁶ A necessidade do prejuízo para o dano não patrimonial é tão evidente que algumas assertivas são constantes na jurisprudência. É bastante comum, por exemplo, dizer que a “simples violação do contrato não gera dano moral” (sobre o tema, CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 84. “Outra conclusão que se tira desse novo enfoque constitucional é a de que mero inadimplemento contratual, mora ou prejuízo econômico não configuram, por si sós, dano moral, porque não agredem a dignidade humana”).

Para tanto, vide:

“O inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante – e normalmente o traz – trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade. Com efeito, a dificuldade financeira, ou a quebra da expectativa de receber valores contratados, não tomam a dimensão de constranger a honra ou a intimidade, ressalvadas situações excepcionais” (STJ – Resp 202.564 – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 02.08.2001 – DJU 01.10.2001 e RSTJ 152/392).

“O inadimplemento contratual implica a obrigação de indenizar os danos patrimoniais; não, danos morais, cujo reconhecimento implica mais do que os dissabores de um negócio frustrado. Recurso especial não conhecido” (STJ – Resp. 201.414 – 3ª T. – Rel. Min. Ari Pargendler – DJU 05.02.2001 e Informativo Incijur, ano 3, n. 27, out./2001).

Ora, quando se faz a afirmação não se quer dizer que não é possível a indenização por dano não patrimonial na responsabilidade contratual, mas que é imprescindível a verificação concreta das consequências. Se elas estiverem presentes a pretensão poderá ser exigida.

²²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 155 e ss e 327.

A afirmação mais categórica da autora está na conclusão de sua obra: “Para que exista dano moral, não é preciso que se configure lesão a algum direito subjetivo da pessoa da vítima, ou a verificação de prejuízo por ela sofrido. A violação de qualquer situação jurídica subjetiva extrapatrimonial em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora da tutela jurídica, será suficiente para gerar a reparação”.

²²⁸ “A concepção atual da doutrina orienta-se no sentido de que a responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação (*damnum in re ipsa*). Verificado o evento danoso, surge a necessidade de reparação, não havendo que se cogitar da prova do prejuízo, se presentes os pressupostos legais para que haja a responsabilidade civil (nexo de causalidade e culpa)” (STJ – Resp 23.575-DF – 4ª T. – Rel. Min. César Asfor Rocha – j. 09.06.1997 – DJU 1.09.1997 – Repert. IOB de Jurisp. 2/97, Caderno 3, p. 395, n. 13.678, RSTJ 98/27 e RT 746/183).

Civil. Dano moral. Registro no cadastro de devedores do Serasa. Irrelevância da existência de prejuízo. “A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que na concepção moderna da reparação do dano moral prevalece a orientação de que na responsabilidade do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto. A existência de vários registros, na mesma época, de outros débitos dos recorrentes, no cadastro de devedores do Serasa, não afasta a presunção de existência do dano moral, que decorre *in re ipsa*, vale dizer, do próprio registro inexistente. Hipótese em que as instâncias locais reconheceram categoricamente que foi ilícita a conduta da recorrida em manter, indevidamente, os nomes dos recorrentes, em cadastro de devedores, mesmo após a quitação da dívida. Recurso conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido.” (STJ Resp 196.24 – 4ª T. – Rel. Min. César Asfor Rocha – j. 2.03.1999 – Repert. IOB de Jurisprudência 18/99, Caderno 3, 2ª quin. Set./99, p. 429).

Antônio Junqueira de Azevedo percebe o equívoco dos adeptos do *damnum in re ipsa* ao afirmar que o “máximo que pode ocorrer é: a) nos casos ditos de dano moral, dispensa da prova do ‘prejuízo moral’, por óbvia a presunção de sua existência, em certas situações; e b) nos casos de inadimplemento contratual, quando se trata de juros de mora ou cláusula penal, dispensa de prova efetiva do prejuízo, porque há presunção legal dele. Até mesmo, nesses dois casos, em que claramente a dispensa não é do prejuízo, e sim da prova do prejuízo, a dispensa a rigor não é nem mesmo da prova do prejuízo; é dispensa de outra prova – eis que a prova já está feita por presunção, que é meio de prova”²²⁹.

Como é possível perceber, o dano-prejuízo não é dispensado no dano moral. Ele é apenas presumido. Logo, não se quer aqui afastar a concepção de que o dano moral seria decorrente de uma violação de um direito da personalidade, mas, como espécie de dano não patrimonial, não é possível a dispensa do dano-prejuízo.

A única solução possível, portanto, é presumir o prejuízo quando da violação de um direito da personalidade. Isso não significa dizer que da violação de um direito da personalidade necessariamente haverá uma consequência não patrimonial, mas que essa é presumida²³⁰.

Aliás, nada impede que da violação de um direito da personalidade advenha consequências patrimoniais. Só que a essa hipótese não será dado o nome de dano moral. Essa expressão é reservada para uma hipótese específica, os danos não patrimoniais que tem como correlatos uma violação a um direito da personalidade.

A importância da classificação é justamente o efeito de se presumir o prejuízo não patrimonial. Isso não impede, contudo, que o pretendo causador do dano faça a contraprova, extremamente difícil, é claro.

²²⁹

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *O Direito como Sistema Complexo e de 2ª Ordem; sua Autonomia, Ato nulo e Ato Ilícito, Diferença de Espírito entre Responsabilidade Civil e Penal, Necessidade de Prejuízo para Haver Direito de Indenização na Responsabilidade Civil*. In Antonio Junqueira de Azevedo, *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 34.

²³⁰

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Cadastros de Restrição ao Crédito: Dano Moral*. In *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 36, 2000, pp. 46-47. “Pode haver lesão à integridade física de uma pessoa e as principais consequências não serem de ordem pessoal, e sim patrimonial - por exemplo, se a vítima perdeu total ou parcialmente sua capacidade laborativa [...] Portanto, o dano-evento, ou lesão, pode ser no corpo ou no patrimônio e, quer numa hipótese quer noutra, o dano-prejuízo ser patrimonial ou não-patrimonial: um dano ao corpo pode ter consequências patrimoniais ou não-patrimoniais e um dano ao patrimônio também pode ter consequências patrimoniais ou não-patrimoniais”.

Vide também: BRAGA, Armando. *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 111 e ss.

Essa tese já vem sendo adotada pela jurisprudência brasileira em alguns julgados e parece ser a posição mais acertada:

“Indenização. Responsabilidade civil. Dano moral. Comprovação pelo ofendido. Desnecessidade. Existência do ato ilícito apto a ocasionar sofrimento íntimo. Suficiência. Prova negativa a cargo do ofensor. Verba devida. Recurso provido”. (TJSP – Ap. 72.739-4 – 2ª C. Dir. Privado – Rel. Des. Vasconcellos Pereira – j. 23.2.1999 – JTJ – LEX 216/191)

Assim, o dano moral nada mais é do que a repercussão não patrimonial correlata a uma violação de direito da personalidade²³¹.

Resta ainda a análise da liquidação do dano não patrimonial e do sistema adotado pelo direito brasileiro.

2.2.3. A fixação da indenização do dano não patrimonial.

²³¹ Tal proposta, no entanto, não salva algumas situações em que se usa a expressão “dano moral” corriqueiramente. Trata-se do chamado dano moral coletivo e do dano moral ambiental.

A expressão dano moral coletivo não é a mais feliz (sobre o tema vide BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Do Dano Moral Coletivo no Atual Contexto Jurídico Brasileiro*. In Revista de Direito do Consumidor, nº 12, Outubro-Dezembro, São Paulo: RT, 1994, pp. 44-61). Ela, como se verá, representa um dano social não patrimonial e não a simples violação de um interesse difuso ou coletivo.

Da mesma forma, não se pode falar em dano moral ecológico, porque o meio ambiente não tem personalidade jurídica. Melhor seria falar em dano social não patrimonial. Para tentar sustentar o argumento, os defensores da expressão recorrem a malabarismos teóricos como violação de um direito social presente na esfera jurídica da personalidade das pessoas, que o meio ambiente faz parte da dignidade da pessoa humana, etc etc.

Superada a necessidade de indenização por dano não patrimonial, a constatação de que o dano moral é apenas uma espécie desse dano, o conceito de dano moral como a consequência não patrimonial correlata a uma violação de um direito da personalidade, resta ainda saber como é fixada a indenização por dano não patrimonial.

Primeiramente, como já afirmado, a indenização na responsabilidade civil pode ter quatro funções: equivalência, compensação, punição e valor de desestímulo. Somente as três últimas relacionam-se ao dano não patrimonial²³². Não se pode atingir a equivalência econômica em algo que por definição não é suscetível de avaliação pecuniária.

Do mencionado, desde logo, já se pode concluir que o art. 944, *caput*, do Código Civil, não se refere à indenização pelo dano não patrimonial²³³.

É claro que a afirmação não é pacífica. Antônio Junqueira de Azevedo, por exemplo, sustenta que “o advento do novo Código Civil trouxe, pelo menos aparentemente, uma modificação no quadro anterior; introduziu regra sem correspondência no Código de 1916, o art. 944 (‘A indenização mede-se pela extensão do dano’) que, numa primeira leitura, impede qualquer acréscimo na indenização. Esta, segundo o artigo, somente poderá ser nos limites do dano. e o dano, dizem, é patrimonial ou moral. Logo, não seria mais possível qualquer imputação de ‘*punitives damages*’, no sentido próprio, nem como punição nem como desestímulo. Obviamente, não estamos cogitando de decisões que, dissimuladamente, aumentem as indenizações, carregando no valor dos danos da vítima, sem declarar que esse aumento é punição ou desestímulo – isso não deve ocorrer, é mau direito. Perante a lei, então, continuando nosso raciocínio sobre a primeira leitura, os danos, especialmente os morais, não poderiam ser aumentado como um *plus*, a título de pena ou de dissuasão, porque essas verbas não são, evidentemente, cobertura dos danos da vítima. Têm outras finalidades; basta pensar, aliás, que estão centradas no agente do dano, e não na vítima”²³⁴.

²³² KERN, Bernd- Rüdiger. (sem o título em alemão). Trad. port. de Lélío Candiota de Campos. *A função de satisfação no indenização do dano pessoal: um elemento penal na satisfação do dano?* In Revista de Direito do Consumidor, nº 33, Janeiro-Março, São Paulo: RT, 2000, pp. 9-32.

²³³ Art. 944. “A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

²³⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 377-378. O autor complementa ao afirmar que “à moda medieval, depois de pasta a seguinte proposição: ‘a indenização visa cobrir o dano e somente pode ser fixada no limite do dano, o que impede acréscimos de verbas punitivas e de quantias devidas a título de desestímulo’, passaremos a expor dialeticamente um novo ponto de vista, no sentido de que é cabível o que parecia proibido. Isto se fará pela admissão de uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social”.

Acontece que somente a indenização por dano patrimonial tem como finalidade a equivalência e pode ser “medida” pela extensão do dano. O dano não patrimonial, pela sua própria natureza, não tem esse limite. Não é possível quantificar a equivalência e a extensão do dano não patrimonial. Logo, a indenização por essa modalidade de dano continua a ter como função a compensação, a punição e o desestímulo.

Como falar que um dano não patrimonial vai até tal extensão? Como “medir” a extensão do dano correlato à violação de um direito à vida? Não há como usar o parâmetro “medida”, “equivalência”.

Para reforçar o afirmado, o art. 947 estabelece que caso não seja possível a prestação em espécie será fixado um valor em moeda corrente²³⁵. A extensão do dano neste caso será o montante correspondente, ou seja, na indenização pelo dano patrimonial será o equivalente ao dano. Qual será a função de um valor econômico de algo não suscetível de avaliação econômica? Não pode ser a “medida” do dano, porque a natureza da indenização e do dano para o caso é diversa.

É justamente por isso que no IX Encontro dos Tribunais de Alçada, realizado em São Paulo, buscando fixar critérios para a determinação do dano não patrimonial aprovou a seguinte recomendação “Na fixação do dano moral, deverá o juiz, atentando-se ao nexo de causalidade inscrito no art. 1.060 do Código Civil [de1916], levar em conta critérios de proporcionalidade e razoabilidade na apuração do quantum, atendidas as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado”²³⁶.

Aliás, cabe salientar que já há uma proposta de alteração legislativa que visa deixar esse entendimento claro e preciso:

“Art. 944 (...)

§1º Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

²³⁵ Art. 947. “Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”.

²³⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 96.

§2º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”²³⁷.

Outro fator que merece ser observado com atenção é tomar o *caput*, do art. 944, como uma inovação. É, como bem afirma Antônio Junqueira de Azevedo, uma novidade legislativa brasileira²³⁸. Isso não se pode negar. Todavia, não se pode tomar a assertiva como algo absoluto. Já era corriqueira na doutrina e jurisprudência essa medida para a extensão do dano. Tanto que Giorgio Giorgi afirma que se falta o dano, não há sequer matéria para o ressarcimento²³⁹.

O dano sempre foi a base da indenização tanto que o próprio art. 927 fala que o dever de indenizar consiste na reparação do dano²⁴⁰. Da mesma maneira, o Código de 1916 afirmava que quem causa dano a outrem fica obrigado a repará-lo²⁴¹. Daí a desnecessidade do *caput*, do art. 944.

Em verdade, a única verdadeira inovação do art. 944 está no parágrafo único. Ela permite que a indenização seja reduzida se houver “excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”. Nesse caso, só é permitida a redução, porque o parágrafo único é uma exceção e tem que ser interpretado restritivamente. Cabe salientar também que o termo culpa empregado no artigo é estrito, isto é, no caso de dolo não será possível a redução da indenização²⁴².

²³⁷

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil, Parte Especial do Direito das Obrigações, Responsabilidade Subjetiva, Responsabilidade Objetiva, Responsabilidade por Fato de Outrem, Responsabilidade Profissional, etc.; Preferências e Privilégios Creditórios (arts. 927 a 965)*. v. 11. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 518-519. O autor é enfático ao afirmar que “a inclusão do §2º não nos parece necessária. O desestímulo ao lesante está insito na condenação. A reparação do dano moral tem caráter compensatório e sancionatório porque a condenação já, por si, fator indireto de desestímulo”.

²³⁸

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 377.

²³⁹

GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel moderno diritto italiano*. v. II. Firenze: Fratelli Cammelli, 1907, p. 137

²⁴⁰

Art. 927. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

²⁴¹

Art. 159. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553”.

²⁴²

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 30. “Por essa ótica é possível que o agente na esfera penal sofre pena muito maior pela prática de um crime doloso cujo resultado não foi grave, do que por um crime culposos de resultado gravíssimo. O agente que tenta matar

Não se respondeu ainda como se fixará a indenização em caso de impossibilidade de tutela específica²⁴³. As duas soluções legislativas básicas sobre o tema são o arbitramento e a tarificação.

Já se expôs que no Código de 1916 a regra era o arbitramento. A maioria dos dispositivos fazia remissão a essa idéia. Daí porque não assistir razão para aqueles que argumentavam pela dificuldade de quantificar o dano moral.

Na verdade, o arbitramento é o meio mais eficiente para se fixar o dano moral. “Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral”²⁴⁴.

O atual Código Civil, no art. 946²⁴⁵, para Carlos Roberto Gonçalves²⁴⁶, faz a mesma previsão do art. 1.533, do Código de 1916²⁴⁷. Essa assertiva, contudo, precisa ser mais bem explicada. O Código de 1916 previa que nos casos não especificados seria adotado o

alguém com vários disparos de arma de fogo mas não o atinge terá pena maior que aquele que culposamente atropela e mata alguém ou o deixa tetraplégico. No Cível a situação será o inverso: a indenização pelo atropelamento terá valor superior à devida pela tentativa de homicídio (se houver), porque o juiz levará em conta a gravidade do dano sofrido pela vítima. O Código inovou neste ponto, permitindo ao juiz reduzir equitativamente a indenização se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano (art. 944, parágrafo único). O dispositivo só fala na culpa; logo, quando a responsabilidade fundar-se no dolo – hipótese em que o laço que prende o fato à vontade do agente é mais forte – o montante da indenização terá que corresponder sempre ao valor do dano, não podendo o juiz arbitrar indenização inferior”.

²⁴³ A tutela específica é a preferível no direito brasileiro e mesmo quando se tratar de dano não patrimonial ela poderá ser utilizada. Isso fica claro em FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *O caráter patrimonial como requisito de validade da prestação*. In Revista do Instituto dos Advogados do Paraná. Curitiba:s.e. n. 34, 2006, p. 383-400. “Válida também será a obrigação que possibilitar execução específica ou restauração natural, mesmo que a prestação não tenha natureza econômica. O já citado exemplo da obrigação cujo objeto é uma fotografia de um ascendente querido demonstra esta ressalva. Basta imaginar que o devedor se negue a entregar a foto. Neste caso, o credor pode pleitear execução específica”.

Vide também: ANDRADE, Manuel Antônio Domingues de. *Teoria Geral das Obrigações com a Colaboração de Rui de Alarcão*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1966, pp. 164-173.

Sobre o argumento de que a tutela específica é a preferível, pois é a que satisfaz plenamente a noção de reparação é relevante a obra de MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001.

²⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 91. “Não há, realmente, outro meio mais eficiente para se fixar o dano moral a não ser pelo arbitramento judicial”.

²⁴⁵ Art. 946. “Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar”.

²⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil, Parte Especial do Direito das Obrigações, Responsabilidade Subjetiva, Responsabilidade Objetiva, Responsabilidade por Fato de Outrem, Responsabilidade Profissional, etc.; Preferências e Privilégios Creditórios (arts. 927 a 965)*. v. 11. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 361. “Predomina entre nós o critério do arbitramento pelo juiz, a teor do disposto no art. 1.533 (sic) do Código Civil de 1916. O atual mantém a fórmula ao determinar, no art. 946, que se apurem as perdas e danos na forma que a lei processual determinar. Prevê esta a liquidação por artigos e por arbitramento, sendo a última forma a mais adequada para a quantificação do dano moral”.

arbitramento. O de 2002 determina a aplicação da lei processual civil, caso a obrigação for indeterminada ou na lei ou contrato não tiver o modo como deverá ser fixada.

A primeira noção que deve ser ressaltada é de que caso seja possível a tutela deverá ser específica, caso não seja, dever-se-á adotar a liquidação por cálculo, arbitramento ou artigos. Carlos Roberto Gonçalves fala apenas na liquidação por artigos ou arbitramento e atribui à última a adequação maior com o dano não patrimonial²⁴⁸.

Nada impede, porém, que seja feita por cálculo para hipóteses pré-fixadas de critérios.

É o que acontece para algumas situações no direito português relacionadas à dor (*quantum doloris*). Por meio de peritos médico-legais em escalas compostas de vários graus (geralmente de 5 a 7), fixa-se qual a quantidade de dor sofrida. Devido à extrema subjetividade, a avaliação depende muitas vezes do que é relatado pela própria vítima. O perito, por óbvio, deverá analisar todos os fatores externos “(gestos, gritos, postura), de forma a elaborar um juízo devidamente alicerçado e que traduza, tanto quanto possível, a realidade sentida pela vítima. Acresce que a dor que a mesma vítima sente é suscetível de variar, de acordo com as circunstâncias, atitudes e gestos (por exemplo, a dor pode fazer-se sentir quando a vítima se encontra deitada ou quando caminha, ou em dias particularmente húmidos)”²⁴⁹.

Armando Braga afirma ainda que os 7 graus da escala mais usadas são os seguintes: “1 – muito ligeiro; 2 – ligeiro; 3 – moderado; 4 – médio; 5 – considerável; 6 – importante; 7 – muito importante”. Para o traumatismo, a dor seria fixada em quatro graus: “1) pouco importante (sintoma secundário, carecendo de tratamento, mas não gerador de

²⁴⁷ Art. 1.553. “Nos casos não previstos neste Capítulo, se fixará por arbitramento a indenização”.

²⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil, Parte Especial do Direito das Obrigações, Responsabilidade Subjetiva, Responsabilidade Objetiva, Responsabilidade por Fato de Outrem, Responsabilidade Profissional, etc.; Preferências e Privilégios Creditórios (arts. 927 a 965)*. v. 11. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 361.

²⁴⁹ BRAGA, Armando. *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 165. Na nota 249, o autor acrescenta que “distintas metodologias podem ser empregues na avaliação do *pretium doloris*: a) o método descritivo, em que se analisa e avalia a cronologia clínica até a consolidação; b) o método qualitativo, com recurso a escalas numéricas; c) o método qualificativo, em que a dor é adjectivada; d) o método numérico, em que se atribui um número ao grau de dor. Um dos métodos mais completos de avaliação da dor consiste no Questionário McGill da Dor (*McGill Pain Questionnaire* – MPQ), que se encontra dividido em 3 partes: a primeira consiste numa escala descritiva numérica e adjectivada com números a que correspondem um adjectivo: 1 (moderada), 2 (desconfortável), 3 (aflictiva), 4 (horrível) e 5 (martirizante); a segunda parte inclui o desenho da figura humana, de frente e de costas, na qual a vítima deverá indicar os locais onde sente dor; a terceira parte, é constituída por um conjunto de termos que traduzem dor, de acordo com vários parâmetros de avaliação (sensitivo, afectivo, cognitivo, devendo a vítima escolher o adjectivo que traduz a sua situação”.

incapacidade); 2) moderada (dor com reflexos na incapacidade, mas aliviável com analgésicos; 3) importante (dor que, em resultado da sua intensidade ou duração, se repercute na incapacidade e não é susceptível de atenuação mediante analgésicos); 4) muito importante (dor que, devido à sua intensidade ou persistência, impede toda a actividade social, requerendo o uso da morfina ou similares)”²⁵⁰.

Se o juiz de antemão fixar o valor para grau da escala e basear a sentença apenas na perícia, a liquidação neste caso será por cálculo. Logo, não se pode afastar de antemão qualquer forma de apuração do dano estabelecido na legislação processual civil.

Assim, a solução do Código Civil de 2002 não é a exatamente a mesma da do Código de 1916, mas as duas mantêm o arbitramento como o principal mecanismo para a fixação do dano não patrimonial.

Mesmo o arbitramento está sujeito a críticas. A principal delas é o excessivo poder dado ao juiz. “A crítica que se faz a esse sistema é que não há defesa eficaz contra uma estimativa que a lei submeta apenas ao critério livremente escolhido pelo juiz, porque, exorbitante ou ínfima, qualquer que seja ela, estará sempre em consonância com a lei, não ensejando a criação de padrões que possibilitem o efetivo controle de sua justiça ou injustiça”²⁵¹.

É justamente por isso que se tenta limitar a subjetividade do juiz e se fixam critérios para a atuação do magistrado. Os critérios para a fixação do arbitramento podem ser legais, jurisprudenciais e doutrinários. Os tribunais brasileiros não fixaram critérios relevantes para tanto. Apenas falaram em razoabilidade e proporcionalidade na apuração dos critérios, mas não os fixaram²⁵². Os legais não são corriqueiros. São exemplos: a Lei n. 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações) fixou a indenização entre 5 e 100 salários-mínimos, conforme as circunstâncias e até mesmo o grau de culpa do lesante, e a Lei n. 5.250/67 (Lei de Imprensa) elevou o teto da indenização para 200 salários-mínimos²⁵³. Já os doutrinários podem ser

²⁵⁰ BRAGA, Armando. *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 165-166.

²⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil, Parte Especial do Direito das Obrigações, Responsabilidade Subjetiva, Responsabilidade Objetiva, Responsabilidade por Fato de Outrem, Responsabilidade Profissional, etc.; Preferências e Privilégios Creditórios (arts. 927 a 965)*. v. 11. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 361.

²⁵² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 96.

²⁵³ Os dispositivos foram revogados pelo Decreto-Lei n. 236, de 28 de fevereiro de 1967. Mesmo assim, de acordo com GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil, Parte Especial do Direito das Obrigações, Responsabilidade Subjetiva, Responsabilidade Objetiva, Responsabilidade por Fato de Outrem, Responsabilidade Profissional, etc.; Preferências e Privilégios Creditórios (arts. 927 a 965)*. v. 11. São Paulo:

resumidos na enumeração de Maria Helena Diniz, que propõe as seguintes regras para o arbitramento:

- “a) evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa, ilícito ou injusto da vítima. A indenização não poderá ter valor superior ao dano, nem deverá subordinar-se à situação de penúria do lesado; nem poderá conceder a uma vítima rica uma indenização inferior ao prejuízo sofrido, alegando que sua fortuna permitiria suportar o excedente do menoscabo;
- b) não aceitar tarificação, porque esta requer despersonalização e desumanização, e evitar porcentagem do dano patrimonial;
- c) diferenciar o montante indenizatório segundo a gravidade, a extensão e a natureza da lesão;
- d) verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas;
- e) atentar às peculiaridades do caso e ao caráter anti-social da conduta lesiva;
- f) averiguar não só os benefícios obtidos pelo lesante com o ilícito, mas também a sua atitude ulterior e situação econômica;
- g) apurar o real valor do prejuízo sofrido pela vítima;
- h) levar em conta o contexto econômico do país. No Brasil não haverá lugar para a fixação de indenizações de grande porte, como as vistas nos Estados Unidos;
- i) verificar a intensidade do dolo ou o grau de culpa do lesante;
- j) basear-se em prova firme e convincente do dano;

Saraiva, 2003, p. 362, o critério serviu de norte para o arbitramento das indenizações em geral por algum tempo, mas caiu com a Constituição de 1988.

k) analisar a pessoa do lesado, considerando a intensidade de seu sofrimento, seus princípios religiosos, sua posição social ou política, sua condição profissional e seu grau de educação e cultura;

l) procurar a harmonização das reparações em casos semelhantes;

m) aplicar o critério do *justum* ante as circunstâncias particulares do caso *sub judice* (LICC, art. 5º), buscando sempre, com cautela e prudência objetiva, a equidade”²⁵⁴.

Embora o arbitramento seja recomendável, há alguns projetos de lei que tentam implantar a tarifação no direito brasileiro. Por esse mecanismo, o quantum da indenização é prefixado.

O Projeto de Lei 7.124/02, por exemplo, no art. 7º, determina que

“Art. 7º. Ao apreciar o pedido, o juiz considerará o teor do bem jurídico tutelado, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a possibilidade de superação física ou psicológica, assim como a extensão e duração dos efeitos da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juiz fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes níveis:

I – ofensa de natureza leve: até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais);

II – ofensa de natureza média: de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 90.000,00 (noventa mil reais);

III – ofensa de natureza grave: de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) a R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais).

²⁵⁴

DINIZ, Maria Helena. *O problema da liquidação do dano moral e dos critérios para a fixação do “quantum” indenizatório*. In *Atualidades Jurídicas 2*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 266-267.

§ 2º Na fixação do valor da indenização, o juiz levará em conta, ainda, a situação social, política e econômica das pessoas envolvidas, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, a intensidade do sofrimento ou humilhação, o grau de dolo ou culpa, a existência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa ou lesão e o perdão, tácito ou expresso.

§ 3º A capacidade financeira do causador do dano, por si só, não autoriza a fixação da indenização em valor que propicie o enriquecimento sem causa, ou desproporcional, da vítima ou de terceiro interessado.

§ 4º Na reincidência, ou diante da indiferença do ofensor, o juiz poderá elevar ao triplo o valor da indenização”.

O Projeto de Lei 1.443/03, no art. 2º, estipula que:

Art. 2º “A indenização do dano moral será fixada em até duas vezes e meia os rendimentos do ofensor ao tempo do fato, desde que não exceda em dez vezes o valor dos rendimentos mensais do ofendido, que será considerado limite máximo.

§ 1º Na ocorrência conjunta de dano material, o valor indenizatório do dano moral não poderá exceder a dez vezes o valor daquele apurado.

§ 2º A autoridade judicial deverá levar em consideração, para a fixação do montante indenizatório, o comportamento do ofendido e se houve retratação por parte do ofensor, podendo reduzir a indenização e, até mesmo, cancelá-la se houver anuência do ofendido.

§ 3º O ressarcimento pelos danos moral e material são independentes e não se excluem”.

Todas as hipóteses dos Projetos de Lei supramencionados trabalham com uma pré-fixação que permite ao causador do dano saber de antemão quanto terá que despende em caso da prática da conduta lesiva.

Ela é extremamente inconveniente, pois permite uma pré-avaliação das conseqüências da prática do ato ilícito e o confronto das vantagens e desvantagens da prática do fato. Com a análise poder-se-ia chegar a cogitar a prática de um fato antijurídico, pois as vantagens compensariam, o que é absolutamente imoral²⁵⁵.

Para a análise do dano-prejuízo é preciso ainda o estudo do segundo critério de classificação. Trata-se da observância de quem sofre a lesão.

3. Dano-prejuízo em relação a quem sofre a lesão.

Em relação a quem sofre a lesão o dano-prejuízo pode ser individual e social. É mais uma dicotomia basilar na análise das conseqüências lesivas representativas do resultado da conduta.

De acordo com Antônio Junqueira de Azevedo, ela ajuda a solucionar um dos problemas basilares da responsabilidade civil dos anos 90, o dos danos morais, porque, apesar de inúmeros trabalhos e jurisprudência farta sobre o tema, não se chegou a um critério uniforme para a quantificação²⁵⁶. O presente trabalho fez alguns apontamentos sobre o tema da quantificação, mas não esgotou o assunto.

²⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil, Parte Especial do Direito das Obrigações, Responsabilidade Subjetiva, Responsabilidade Objetiva, Responsabilidade por Fato de Outrem, Responsabilidade Profissional, etc.; Preferências e Privilégios Creditórios (arts. 927 a 965)*. v. 11. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 361.

²⁵⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 377. “O grande tema,

Para a perfeita compreensão do tema e ajudar no que deve ser quantificado, uma completa noção das modalidades de dano é imprescindível e é isso que se passa a fazer com o dano individual e social.

3.1. Dano Individual

As teorias clássicas a respeito do dano-prejuízo (teoria da diferença, objetiva e subjetiva ou real-concreta) tratam do dano individual. Aqui não se vai repetir o que já foi exposto, apenas tratar de suas características relevantes.

Em verdade, elas não expõem que o dano possa ocorrer a apenas uma pessoa, a um indivíduo, mas que ele permite uma análise específica, particularizada. Nada impede que o dano afete mais de uma pessoa. Pode ser inclusive várias. Isso não importa.

O relevante é saber que o dano individual é o que permite uma apuração particulariza em relação a quem sofre as conseqüências danosas, isto é, possibilita a identificação singular dos prejuízos.

em matéria de responsabilidade civil, na década de noventa, foi o dos danos morais. Apesar, porém, do tempo decorrido, da intensa produção doutrinária e da vasta jurisprudência, não se chegou a nenhum critério que pudesse pacificar o debate sobre sua quantificação. Se essa questão, hoje, parece menos vibrante, isso deve antes ao cansaço dos contendores que ao fato de terem encontrado uma solução. Certamente uma das grandes dificuldades para essa não-conclusão dos juristas brasileiros foi a falta de acordo sobre os exatos fundamentos da responsabilidade pelos danos morais, ou seja, sobre se a indenização constituía somente uma espécie de compensação por sofrimentos psíquicos e lesões a direitos da personalidade, inclusive de pessoas jurídicas, ou se devia também incluir um *plus*, os chamados '*punitive damages*', grande parte da doutrina brasileira, à semelhança da norte-americana, ora tinha em vista uma punição do agente ora uma dissuasão, ou desestímulo, à prática de atividades nocivas. Neste artigo, não trataremos exatamente de quantificação, e sim, mais exatamente, do que pode ser coberto pela indenização, isto é, das várias categorias de dano, porque pensamos que há, sobre o assunto, coisas novas a dizer".

Assim, por exemplo, um acidente de trânsito pode gerar um dano a mais de uma pessoa, pode afetar todos os ocupantes dos veículos envolvidos, os pedestres, etc. O dano não deixará de ser individual, pois a verificação particularizada do fato permite a apuração singular dos prejuízos.

É o que afirma José de Aguiar Dias ao afirmar que a ação de reparação de danos não cabe “somente ao lesado, mas a todos os lesados, isto é, todas as pessoas prejudicadas pelo ato danoso. Corresponde a esse entendimento o art.159 [do Código de 1916] do nosso Código Civil, que, sem distinção de nenhuma espécie, quanto às pessoas prejudicadas, obriga à reparação do dano quem quer que cause o prejuízo a outrem. Dos seus termos se evidencia que a ação cabe a toda pessoa que tenha sido vítima de um dano”²⁵⁷.

Isso fica claro também nos teóricos sobre a análise do conteúdo da pretensão ressarcitória e do dano-prejuízo.

A teoria da diferença, por exemplo, ao afirmar que o dano seria a diferença existente entre o valor do patrimônio **do sujeito** antes da ocorrência do evento lesivo e a estimativa de seu valor caso não houvesse a presença do acontecimento gerador de dano²⁵⁸, analisa um indivíduo particular com o seu patrimônio.

Da mesma maneira, para a teoria objetiva, o dano-prejuízo será equivalente ao valor objetivo ou de mercado do bem lesado **de determinado sujeito**²⁵⁹.

A teoria subjetiva ou real-concreta é ainda mais incisiva ao observar o lesado para a apuração do prejuízo. Ela conclui que a observância das circunstâncias concretas, subjetivas, relacionadas à vítima, aproxima o dano-prejuízo do montante ideal a ser indenizável. Ele seria mais real justamente por levar em conta as **situações específicas do sujeito que sofre o dano**.

A legislação brasileira e estrangeira não são menos claras neste ponto. O art. 186, por exemplo, ao falar em “dano a outrem” passa justamente a idéia de subjetividade que deve

²⁵⁷ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. II. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 924-925.

²⁵⁸ NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, p. 63. Vide também: MOMMSEN, Friedrich Von. *Zur Lehre von dem Interesse*. Braunschweig: Schwetschke, 1855, pp. 3 e ss., *apud* RAVAZZONI, Alberto. *La riparazione del danno non patrimoniale*. Milano: Giuffrè, 1962. p. 37, nota 32.

²⁵⁹ NAVEIRA ZARRA, Maita Maria. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006, p. 68.

estar presente no dano. O art. 2.043, do Código italiano, da mesma maneira, fala em dano a outros. A redação passa justamente a noção de vítimas singulares e passíveis de identificação.

Essa concepção essencialmente individualista não pode prevalecer. Ela não está excluída, mas uma nova concepção de dano é imprescindível para a análise completa da responsabilidade civil.

O estudo do dano social vai proporcionar isso que sem excluir o dano individual atenderá à realidade de uma sociedade pós-moderna.

3.2. Dano Social

O dano social como nova categoria de dano-prejuízo surgiu com os estudos de Antônio Junqueira de Azevedo. É mais uma espécie de dano-prejuízo que pode ser coberta pela indenização²⁶⁰.

Antes, porém, de adentrar nos pormenores dessa nova categoria, algumas considerações precisam ser feitas. A socialização da responsabilidade civil é uma tendência. Aliás, esse é um fenômeno do direito como um todo. O direito civil não é uma exceção, ele sofre profundas e paulatinas mudanças sob o impacto da “tecnologia em geral e das alterações constantes havidas no tecido social”²⁶¹.

²⁶⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 377.

²⁶¹ FILHO, Carlos Alberto. *Do Dano Moral Coletivo no Atual Contexto Jurídico Brasileiro*. In *Revista de Direito do Consumidor*, nº 12, Outubro-Dezembro, São Paulo: RT, 1994, p. 49. “Todas as considerações expendidas sobre o dano moral, até agora, se referem à pessoa física, ao homem, ao indivíduo. Mas o Direito vem passando por profundas transformações, que, podem ser sintetizadas pela palavra ‘socialização’. Efetivamente, o Direito Civil não tem sido uma exceção – está sofrendo, ao longo do presente século, profundas e paulatinas mudanças, sob o impacto da evolução da tecnologia em geral e das alterações constantes havidas no tecido social”.

As mudanças sociais afetam profundamente o direito, pois, como já foi dito, o sistema de segunda ordem (sistema jurídico) depende do de primeira (social). A existência do sistema jurídico está em função do sistema maior, o social. Mesmo assim, tem identidade própria o que lhe atribui relativa autonomia, há autonomia operacional. “O direito, há séculos, constitui, no mundo ocidental, um campo especial de conhecimento e atividade; ao contrário de outras grandes civilizações, como a egípcia, a chinesa ou a hindu, a romana separou o sistema jurídico de outros sistemas, como a religião, e deu-lhe identidade própria. Posteriormente, o mundo ocidental prosseguiu no mesmo caminho e separou o sistema jurídico de sistemas diversos, como os da política e da economia”²⁶².

Felippe Augusto de Miranda Rosa também observa que os condicionamentos socioculturais influenciam a normatividade jurídica de modo que as modificações nesses sistemas implicam alteração da ordem jurídica²⁶³.

O inverso também é verdadeiro. O direito também influencia o sistema social. Os elementos do sistema jurídico (normas, instituições, operadores do direito, doutrina e jurisprudência) se retroalimentam (há o chamado *feed-back*)²⁶⁴ e também ajudam a alterar a realidade social.

Tudo isso deve ser levado em conta para o entendimento do dano social. Mas não só, é preciso o estudo dos fatores sociais e jurídicos que influenciam na sua ocorrência.

O primeiro ponto levantado por Antônio Junqueira de Azevedo é o já comentado art. 944, do Código Civil. Para o autor, haveria, pelo menos aparentemente, uma modificação no quadro anterior, que, ao limitar a indenização à medida da extensão do dano, no caso específico do dano não patrimonial, não permitiria as funções de punição e de desestímulo por implicar um *plus* à indenização²⁶⁵.

²⁶² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *O Direito como Sistema Complexo e de 2ª Ordem; sua Autonomia, Ato nulo e Ato Ilícito, Diferença de Espírito entre Responsabilidade Civil e Penal, Necessidade de Prejuízo para Haver Direito de Indenização na Responsabilidade Civil*. In Antonio Junqueira de Azevedo, *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 26-27.

²⁶³ ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Sociologia do Direito: o Fenômeno Jurídico como Fato Social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1974, pp. 54-55.

²⁶⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *O Direito como Sistema Complexo e de 2ª Ordem; sua Autonomia, Ato nulo e Ato Ilícito, Diferença de Espírito entre Responsabilidade Civil e Penal, Necessidade de Prejuízo para Haver Direito de Indenização na Responsabilidade Civil*. In Antonio Junqueira de Azevedo, *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 26.

²⁶⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 378.

Ao tratar do tema no Capítulo III, item 2.2.3., observou-se que, sem o dispositivo, já era possível utilizar o dano como basilar para a indenização. É o que se depreende do art. 927, do Código Civil de 2002 e 159, do Código Civil de 1916. Além disso, o termo “mede-se” só pode ser atribuído ao dano patrimonial, porque ele passa a idéia de equivalência, que é a base da indenização dessa espécie de dano. Para reforçar o argumento, o art. 947, cujo correspondente no Código de 1916 era o art. 1.534, estabelece que se não for possível a prestação na espécie, substituir-se-á a prestação pelo valor em moeda corrente, ou seja, a análise conjunta do art. 944, *caput*, com o 947 tem o seguinte entendimento: no caso de não ser possível a prestação na espécie, a indenização será pelo equivalente em moeda corrente. Acontece que de um dano-prejuízo não patrimonial não se pode estabelecer um “equivalente” nem mesmo uma “medida” do dano, o que leva a crer que o limite para a indenização no caso específico do *caput*, do art. 944 só é aplicável para o dano patrimonial. Aliás, para deixar a situação clara, a proposta de alteração do Código Civil visa incluir o §2º ao dispositivo, tornando evidente a funções de desestímulo para o dano não patrimonial. Assim, em que pese a brilhante argumentação de Antônio Junqueira de Azevedo, não parece haver impedimento para a aplicação das funções de compensação, penalidade e desestímulo.

Salienta-se que não é porque nesse trabalho não se aceita o primeiro fundamento levantado por Antônio Junqueira de Azevedo para o dano social que ele é menos relevante. Ele é uma realidade em si, decorrente da socialização do direito e forma a segunda grande dicotomia relacionada ao dano-prejuízo.

A segunda constatação é a profunda insegurança por que passa o Brasil que leva os cultores do direito, em todas as áreas, a refletir, sempre buscando resultados para se evitar crimes, contravenções e ilícitos em geral, inclusive os de ordem civil²⁶⁶.

No campo da teoria geral da responsabilidade, tradicionalmente o direito penal cuida das penas e o civil da reparação. Não se pode tomar isso como uma verdade absoluta, muito pelo contrário. Não é porque a função primordial do direito civil não seja aplicar penas como resposta ao comportamento dos violadores da ordem jurídica que ela não possa ser aplicada para situações específicas. Muitas vezes, a função punitiva vem “maquiada” com outros termos, mas cuja idéia sancionatória é evidente. Em outras passagens, não se faz qualquer

²⁶⁶

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 378-379.

“cerimônia” e o legislador utiliza o termo “pena” para passar a idéia subsidiária de aplicação de sanção²⁶⁷.

Fernando Noronha é bem claro nesse sentido ao afirmar que “as obrigações de responsabilidade civil têm essencialmente, mas não exclusivamente, uma finalidade estática, de proteção da esfera jurídica de cada pessoa, através da reparação de danos por outrem causados. Elas tutelam um interesse do lesado que se pode chamar de expectativa na preservação da situação atual (ou de manutenção do *status quo*). Esta finalidade, dita função reparatória, ressarcitória ou indenizatória, é a primacial [...] Essa, todavia, não é a única função reconhecida à responsabilidade civil. Atualmente reconhece-se que, a par dela, a responsabilidade civil desempenha outras importantes funções, uma sancionatória (ou punitiva) e outra preventiva (ou dissuasória)”²⁶⁸.

São exemplos de utilização do termo pena pelo legislador brasileiro os arts. 1.992²⁶⁹ e 1.993²⁷⁰, que tratam da “pena” cominada ao herdeiro que sonega bens da herança (perda do direito sobre eles), e os arts. 939²⁷¹, 940²⁷² e 941²⁷³, que abordam a situação de credor que cobra dívida antes do vencimento, já paga ou que pede mais do que lhe for devido. (No primeiro caso a pena é a perda dos juros até o vencimento, ainda que ajustados, e pagamento de custas em dobro; no segundo caso, a pena será o dobro do valor cobrado para dívida já paga e o equivalente para dívida cobrada a mais).

Outros dispositivos, porém, mesmo não utilizando o termo “pena”, têm nítido caráter sancionatório e os exemplos são variados e listados por Antônio Junqueira de Azevedo. O

²⁶⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 379.

²⁶⁸ NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil*. In Revista dos Tribunais, v. 761, São Paulo: RT, 1999, p. 40.

²⁶⁹ Art.1.992. “O herdeiro que sonegar bens da herança, não os descrevendo no inventário quando estejam em seu poder, ou, com o seu conhecimento, no de outrem, ou que os omitir na colação, a que os deva levar, ou que deixar de restituí-los, perderá o direito que sobre eles lhe cabia”.

²⁷⁰ Art. 1.993. “Além da **pena** cominada no artigo antecedente, se o sonegador for o próprio inventariante, remover-se-á, em se provando a sonegação, ou negando ele a existência dos bens, quando indicados” (grifo nosso).

²⁷¹ Art. 939. “O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro”.

²⁷² Art. 940. “Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição”.

²⁷³ Art. 941. “As **penas** previstas nos arts. 939 e 940 não se aplicarão quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide, salvo ao réu o direito de haver indenização por algum prejuízo que prove ter sofrido” (grifo nosso).

art. 1.336²⁷⁴ prevê os deveres dos condôminos e uma multa pelo não cumprimento. O art. 1.814²⁷⁵ prevê a exclusão da sucessão para os que houverem sido autores de homicídio doloso, acusação caluniosa ou usarem de violência contra a liberdade de testar²⁷⁶.

De acordo com o autor, alguns casos são tão evidentes que nem mesmo se percebe o caráter sancionatório. É o caso da *perpetuatio obligationis*. Trata-se da hipótese de o devedor em mora que responde não apenas pelas consequências da situação, perdas e danos, como também por eventual impossibilidade decorrente de caso fortuito e força maior (art. 399²⁷⁷)²⁷⁸.

Ao se falar em função sancionatória, o que está em evidência é justamente uma aproximação com a finalidade retributiva da responsabilidade penal, o que aproxima as hipóteses supramencionadas de verdadeira pena privada. O mesmo acontece com a função preventiva, igualmente similar à penal. A indenização pode servir de parâmetro para evitar que o mesmo

²⁷⁴

Art. 1.336. “São deveres do condômino:

I - contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção;

II - não realizar obras que comprometam a segurança da edificação;

III - não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas;

IV - dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.

§ 1º O condômino que não pagar a sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, os de um por cento ao mês e multa de até dois por cento sobre o débito.

§ 2º O condômino, que não cumprir qualquer dos deveres estabelecidos nos incisos II a IV, pagará a multa prevista no ato constitutivo ou na convenção, não podendo ela ser superior a cinco vezes o valor de suas contribuições mensais, independentemente das perdas e danos que se apurarem; não havendo disposição expressa, caberá à assembléia geral, por dois terços no mínimo dos condôminos restantes, deliberar sobre a cobrança da multa”.

²⁷⁵

Art. 1.814. “São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade”.

²⁷⁶

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 379. Além desses, o autor menciona ainda os arts. 1.962, 1.219 e 1.220, todos do Código Civil brasileiro.

²⁷⁷

Art. 399. “O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada”.

²⁷⁸

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 379. “Alguns casos são tão comuns na vida civil, que o caráter penal de certas disposições legais passa despercebido. O devedor em mora responde não apenas pelas consequências dessa situação (perdas e danos), mas também arca com eventual impossibilidade da prestação resultante de caso fortuito ou força maior (*perpetuatio obligationis* – há, pois, agravamento da situação resultante da mora, que é ilícito contratual, art. 399). Situação semelhante se encontra no art. 667 e seu parágrafo primeiro, quando o procurador substabelece seus poderes, apesar da proibição do mandante”.

causador do dano pratique novamente atos danosos (prevenção especial), como impedir que quaisquer outras pessoas pratiquem novos atos lesivos (prevenção geral)²⁷⁹.

Não se quer aqui falar que as funções punitiva e preventiva são sinônimas, mas sim que têm a mesma origem, a noção penal. Em verdade, o fundamento é oposto. Enquanto a pena tem em vista um fato passado, a prevenção ou desestímulo visa influenciar comportamentos futuros. As duas, no entanto, tem o mesmo fundamento, o dano. a segunda diferença entre ambas é que tipologicamente a punição relaciona-se a pessoas físicas e a prevenção a pessoas jurídicas. Todavia, cabe evidenciar que essa última diferença é apenas tipológica, nada impede que haja punição de pessoa jurídica e prevenção para pessoa ou pessoas físicas²⁸⁰.

Como se vê, não há qualquer empecilho para o uso da função punitiva para a o direito civil e muito menos para a responsabilidade civil. Nesse ponto, porém, algumas considerações ainda precisam ser feitas. O agravamento da indenização traz consigo alguns problemas. Primeiro, a punição somente seria possível nos casos de responsabilidade subjetiva, pois somente nela levar-se-ia em conta o dolo e a culpa. Segundo, haveria um impedimento, de acordo com Antônio Junqueira de Azevedo, por força do *caput* do art. 944²⁸¹.

²⁷⁹ NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil*. In Revista dos Tribunais, v. 761, São Paulo: RT, 1999, p. 41. “Quando se fala numa função sancionatória, faz-se evidente aproximação com a finalidade retributiva da responsabilidade penal. A maior ou menor censurabilidade da conduta do responsável tem alguns reflexos na obrigação de reparar os danos causados, aproximando muitas vezes a “indenização” de uma “pena privada”. Algumas vezes faz crescer o montante a ser pago, que reverte em benefício do ofendido, e outras vezes fá-lo reduzir, representando agora um menor sacrifício para o lesante. [...] A função preventiva da responsabilidade civil também é similar a igual função da pena criminal. A responsabilidade civil também visa a dissuadir outras pessoas e ainda o próprio lesante da prática de atos prejudiciais a outrem. Obrigando o lesante a reparar o dano causado, contribui-se para coibir a prática de outros atos danosos, tanto pela mesma pessoa (prevenção especial), como por quaisquer outras (prevenção geral). Isso é importante sobretudo no que se refere a danos que podem ser evitados (danos culposos). Na multa cominatória, há pouco referida, esta finalidade assume especial relevo: coagir o devedor a reparar prontamente o dano causado é também evitar que os danos se vão agravando. Esta é mesmo uma das razões que explicam o ‘crescimento’ dessa sanção”.

²⁸⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 380. “[...] a pena tem em vista um fato passado enquanto que o valor de desestímulo tem em vista o comportamento futuro; há punição versus prevenção. O desestímulo é tanto para o agente quanto para outros que fiquem tentados a repetir o mesmo ato lesivo. Nesse sentido, a indenização dissuasória é didática. Como todo ensinamento, projeta-se no futuro. O valor de desestímulo, por outro lado, voltando à comparação com a punição, é especialmente útil quando se trata de empresa, pessoa jurídica, agindo no exercício de suas atividades profissionais, em geral atividades dirigidas ao público, como no caso de consumidores. Portanto, apesar do mesmo fundamento – dano social –, as verbas devem ser discriminadas; as diferenças entre verbas de punição e desestímulo se apresentam nas razões justificadoras (fatos passados e fatos futuros) e, em linha de princípio, também quando se põe a atenção nas pessoas visadas (pessoas físicas na punição e pessoas jurídicas na dissuasão). Embora se admita punição de pessoa jurídica e desestímulo à pessoas física, os casos de exceção pouco contam no raciocínio tipológico que estamos desenvolvendo”.

²⁸¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 379-380.

O primeiro problema não é verdadeiro. Mesmo na responsabilidade objetiva, a culpa e o dolo podem ser observados para a função punitiva e preventiva. A responsabilidade objetiva não elimina a culpa e o dolo, elementos subjetivos da conduta, apenas os dispensa para a indenização por equivalência ou compensatória. Aliás, mesmo a função preventiva dispensa o dolo e a culpa²⁸².

Embora haja quem sustente ser a responsabilidade objetiva como a regra do Código Civil de 2002, tal posição não é verdadeira²⁸³. O art. 927, *caput*, deixa claro que a responsabilidade regra é a baseada na culpa e somente nos casos expressos utiliza-se a objetiva. Ademais, a cláusula geral de responsabilidade objetiva prevista no parágrafo único do artigo é específica para a hipótese do risco criado pela atividade e a boa técnica legislativa trabalha com a regra no *caput* dos artigos e a exceção nos parágrafos únicos.

Para Antonio Junqueira de Azevedo, o ponto central da discussão é o impedimento gerado pelo art. 944 de se aplicar as funções de penalidade e de desestímulo. Acontece que o ato grave, doloso ou gravemente culposos não é lesivo somente à vítima, “mas sim, atinge toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população. Causa dano social. Isto é particularmente evidente quando se trate da segurança, que traz diminuição da tranquilidade social, ou de quebra da confiança, em situações contratuais ou para-contratuais, que acarreta redução da qualidade coletiva de vida”²⁸⁴.

Ao limitar a indenização, o art. 944 não impediria a indenização por dano social. Tal indenização, segundo Antônio Junqueira de Azevedo, visa restaurar o nível social ao *status quo ante* diminuído pelo ilícito. Como se vê, a indenização não seria um *plus*, seria a “medida da extensão do dano”, a medida do dano social.

²⁸² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 380.

²⁸³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 22; 150. “O Código Civil de 2002 fez profunda modificação na disciplina da responsabilidade civil estabelecida no Código anterior, na medida em que incorporou ao seu texto todos os avanços anteriormente alcançados [...] podemos afirmar que, se o Código de 1916 era subjetivista, o Código atual prestigia a responsabilidade objetiva. [...]”

“O Código Civil de 1916 era essencialmente subjetivista, pois todo seu sistema estava fundado na cláusula geral do art. 159 (culpa provada), tão hermética que a evolução da responsabilidade civil desenvolveu-se ao largo do velho Código, através de leis especiais. O Código de 2002, conforme já ressaltado, fez profunda modificação nessa disciplina para ajustar-se à evolução ocorrida na área da responsabilidade civil ao longo do século XX. Embora tenha mantido a responsabilidade subjetiva, optou pela responsabilidade objetiva [...]”.

²⁸⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 380-381.

Todavia, alguns acréscimos precisam ser feitos. Primeiro, o dano social faz parte de uma nova dicotomia: danos individuais e danos sociais. “Os danos individuais são os patrimoniais, avaliáveis em dinheiro – danos emergentes e lucros cessantes – e os morais, - caracterizados por exclusão e arbitrados como compensação para a dor, para lesões de direito de personalidade e para danos patrimoniais de quantificação precisa impossível. Os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição de sua qualidade de vida”²⁸⁵.

O segundo acréscimo relaciona-se aos parâmetros para se fixar a dicotomia. O dano social diferencia-se do individual em relação à pessoa que sofre a lesão, não quanto ao conteúdo ser patrimonial ou não. Assim, um dano social pode ser patrimonial (no caso, por exemplo, de uma lesão na bolsa de valores que gere perda de divisas e a economia de um país) como pode ser não patrimonial (no caso de uma consequência não patrimonial como é a extinção de uma espécie) com as mesmas características já expostas só que agora a análise partirá da teoria subjetiva pós-moderna já exposta.

Como é possível perceber, o dano social aqui exposto tem uma pequena divergência em relação à teoria de Antônio Junqueira de Azevedo, pois aqui se considera que o dano social pode ser patrimonial ou não patrimonial. Os fundamentos das duas dicotomias (dano patrimonial e não patrimonial de um lado e individual e social de outro) são diversos. Essa divergência fica clara com a impossibilidade de se enquadrar o dano ambiental como dano social (o fundamento seria diverso), enquanto, para nossa modesta contribuição, seria plenamente possível, como se verá a seguir.

Aliás, parece haver um pequeno problema em assim não se considerar, porque o fundamento da posição contrária é justamente a medida da indenização pelo dano, seja ele patrimonial ou não. O mesmo deveria ocorrer com o social. Se assim não fosse como justificar que haveria o limite inclusive para o dano não patrimonial e fazer a afirmação de que “os danos sociais são causa, pois, de indenização punitiva por dolo ou culpa grave [...] e de indenização dissuasória, se atos em geral de pessoa jurídica, que traduzem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população”²⁸⁶?

²⁸⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 382.

²⁸⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 382-383. O autor

O terceiro aspecto a ser levantado é que o dano social é integrante do dano prejuízo. Assim, não assiste razão aos que o identificam em relação à natureza da norma protetora de interesses ou direito subjetivo lesado²⁸⁷. Até o termo dano moral ecológico ou dano moral coletivo não é dos mais convenientes. Como se relaciona a uma consequência danosa e não ao evento lesivo, afeta a coletividade, a sociedade como um todo, melhor seria se falar em dano social decorrente de uma violação a normas protetoras do meio ambiente²⁸⁸.

Finalmente, resta ainda saber a quem incumbe a possibilidade de se pleitear a indenização, quem poderá ser parte em um processo judicial. De acordo com Antonio Junqueira de Azevedo, por um critério de política legislativa, deveria ser atribuído à vítima, tal qual acontece no direito americano com os *punitive damages*. O particular exerceria um múnus público, que alguns autores chamam de *private attorney general*. “O autor, vítima, que move a ação age também como um ‘promotor público privado’ e por isso, merece a recompensa”²⁸⁹.

Sobre este último tema, cabe ressaltar que o Anteprojeto de Código Processual Coletivo prevê a legitimidade ampla para se pleitear consequências sociais, desde que o agente tenha representatividade adequada (*Adequacy of Representation*) para estar em juízo. Caso se sagsse vencedor, teria um “prêmio” pelo trabalho apresentado em juízo. O restante da indenização seria destinado a um fundo em decorrência do chamado *fluid recovery*²⁹⁰.

também deixa claro que não permite a inclusão do dano ambiental na categoria de dano social, por afirmar que o primeiro seria um dano material, apurável pela biologia e ecologia, enquanto o segundo seria social, verificado pela sociologia e estatística.

Tal concepção, em nossa visão, pode ser superada pelo fato de se tratar o dano-prejuízo de uma consequência lesiva. Os critérios para a apuração do dano (seja o uso da biologia, seja o uso da sociologia) não são suficientes para modificar a sua natureza e nem o fundamento observado para a dicotomia.

²⁸⁷ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Do Dano Moral Coletivo no Atual Contexto Jurídico Brasileiro*. In Revista de Direito do Consumidor, nº 12, Outubro-Dezembro, São Paulo: RT, 1994, pp. 44-61. “O dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos”.

²⁸⁸ Sobre o tema ver a diferença entre o dano não patrimonial e dano moral. Leia-se também CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile: regola e metafora*. Milano: Giuffrè, 1991, pp. 161-162. No trabalho o autor evidencia o fato de o dano ambiental de caráter social poder ser enquadrado na noção de dano não patrimonial por ser uma consequência lesiva.

²⁸⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 382-383.

²⁹⁰ O esquema de legitimação rígido do processo individual imposto pelo art. 6º, do CPC, é repudiado no processo coletivo. Ele passa a adotar legitimação autônoma e concorrente, aberta, múltipla e composta. Utiliza-se também a representatividade adequada, desconhecida do processo individual. Ela exige do portador em juízo dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos as condições imprescindíveis de seriedade e idoneidade. Justifica-se essa necessidade por ser o legitimado o sujeito do contraditório, do qual não participam diretamente os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas.

Sobre o tema vide: <http://www.projjustica.com.br/viewcontent.php?m=mainlist&cod=80> e http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalhe.asp?campo=2897.

3.3. Dano Indireto (por ricochete ou reflexo)

O direito francês e depois a maioria dos sistemas jurídicos reconheceu o dano indireto, por ricochete ou reflexo²⁹¹. O início da discussão aconteceu com a jurisprudência francesa, principalmente, a partir de uma decisão de 27 de fevereiro de 1970. Adotou-se uma orientação mais favorável à vítima. Permite-se a quem tenha sofrido um prejuízo indireto o direito de propor a ação em juízo²⁹².

É recorrente a situação de um prejuízo causado a algumas pessoas que se reflete em outras. Sustenta-se que os danos sofridos pelas últimas são danos “por ricochete” ou “reflexos”, “como o dos filhos que, em razão da morte do pai, deixam de contar com o sustento que este lhe proporcionava”²⁹³.

A situação é comum nos danos causados a determinada pessoa que a impede de pagar alimentos a quem deveria fazer. Se existe o parentesco, permite-se ao alimentado o direito de pleitear em juízo em face do causador do dano. Em algumas situações o direito faz-se mister para deixar clara a situação²⁹⁴.

Observa-se também GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo, MULLENIX, Linda S.. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2008.

²⁹¹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado*. In Revista dos Tribunais, v. 667. São Paulo: RT, 1991, pp. 10-11.

²⁹² ANDRADE, André Gustavo C. de. *A Evolução do Conceito de Dano Moral*. In Revista Forense, v. 375. Rio de Janeiro: Forense, Setembro/Outubro, 2004, pp. 20-21.

²⁹³ ANDRADE, André Gustavo C. de. *A Evolução do Conceito de Dano Moral*. In Revista Forense, v. 375. Rio de Janeiro: Forense, Setembro/Outubro, 2004, p. 21.

²⁹⁴ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado*. In Revista dos Tribunais, v. 667. São Paulo: RT, 1991, pp. 10-11.

O principal problema, portanto, reside na legitimidade para a propositura da ação indenizatória²⁹⁵ e isso tem inúmeras conseqüências, como a apontada por Sérgio Cavalieri Filho sobre “até que ponto é possível reclamar pelo reflexo de um dano patrimonial causado a outra pessoa [...] a dificuldade está em colocar um limite para o dano indireto”²⁹⁶.

A distinção entre o dano-evento e o dano-prejuízo pode ajudar a solucionar essa problemática. Primeiramente ela torna claro o que seja o dano indireto, pois esclarece a divisão entre todos os elementos do fato típico de responsabilidade civil. A conduta pode recair sobre determinada pessoa ou bem, o resultado da conduta (dano) pode ser em outra. Ademais, mesmo quanto ao dano, o dano-evento pode recair sobre alguém e o dano-prejuízo a pessoa totalmente diversa.

Os exemplos são inúmeros. Pode acontecer de uma pessoa dirigir em alta velocidade e atingir o veículo de uma empresa, lesionando também o funcionário, que fica impedido de trabalhar na empresa e no segundo trabalho como vendedor ambulante nos finais de semana. Tal fato impede que ele pague os alimentos devidos a seu filho. A direção em excesso de velocidade configura a conduta. Ela recai sobre o trabalhador e o veículo da empresa. Isso configura o dano-evento. As conseqüências patrimoniais e não patrimoniais vão ser diversas, para a empresa, para o funcionário e para o filho. Esses resultados perfazem o dano-prejuízo.

Como se vê, a mesma conduta gera mais de um dano-evento e mais de um dano-prejuízo. Quando o dano-prejuízo recair sobre pessoa diversa da do dano-evento, estar-se-á diante do dano indireto ou por ricochete.

Sobre este ponto, portanto, discorda-se de Sérgio Cavalieri Filho para quem o problema do dano indireto seria resolvido pelo nexo de causalidade, mais precisamente pela teoria do dano direto e imediato com fundamento no art. 403 do Código Civil²⁹⁷.

As razões para as objeções são basicamente duas. A primeira delas está na pretensa adoção da teoria do dano direto e imediato pelo legislador brasileiro do Código de 2002.

²⁹⁵ ANDRADE, André Gustavo C. de. *A Evolução do Conceito de Dano Moral*. In Revista Forense. v. 375. Rio de Janeiro: Forense, Setembro/Outubro, 2004, p. 21.

²⁹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 103.

²⁹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 103. “Entendo que a solução deva ser buscada, uma vez mais, no nexo de causalidade. O ofensor deve reparar todo o dano que causou, segundo a relação de causalidade. O que importa é saber se o dano decorreu efetivamente da conduta do agente, já que, como vimos, em sede de responsabilidade civil predomina a teoria da causa adequada, ou da causa direta e imediata, consoante o art. 403 do Código Civil”.

Sérgio Cavalieri²⁹⁸, juntamente com Carlos Roberto Gonçalves²⁹⁹, com base na redação do art. 403, afirmam ser essa a teoria adotada pelo legislador brasileiro. Acontece que o dispositivo trata apenas da responsabilidade contratual e a teoria do dano direito e imediato não é propriamente uma “nova” teoria, mas sim uma adaptação da teoria da causalidade adequada. Acresce-se ainda que parte significativa da doutrina considera ter sido adotada pelo direito brasileiro implicitamente a teoria da causalidade adequada³⁰⁰.

A principal crítica, no entanto, não é sobre qual a teoria relacionada ao nexo de causalidade, porque não se trata disso. O dano reflexo é uma hipótese em que o dano-evento ocorre em determinada pessoa e o dano-prejuízo recai sobre outra. Neste caso, não se trata de uma discussão sobre o nexo de causalidade, pois tal liame liga a conduta ao resultado. Quando se fala entre os momentos do dano, fala-se apenas do resultado. Não há uma relação de causa e efeito. O que existe é uma ligação de correlação, o chamado nexo de correlação. O dano-evento e o dano-prejuízo são correlatos porque estão baseados em uma mesma conduta. Esse é o ponto comum. Como os dois são gerados pela mesma conduta, são os resultados do fato típico. A lesão a direito ou à norma que protege interesses é resultado imediato. As consequências lesivas os imediatos. Todos correlatos por decorrerem de uma mesma conduta.

Verificado o dano-prejuízo correlato a um dano-evento haverá o dever de indenizar. Por conseguinte, a crítica que se faz a previsões legislativas que fazem remissões a terceiros que possam sofrer o prejuízo, como acontece nos chamados direitos da personalidade, não significam, como pretende atribuir André Gustavo C. de Andrade, que somente esses podem pleitear o prejuízo³⁰¹. A previsão legislativa gera apenas uma presunção de que aquela determinada pessoa possa sofrer o dano-prejuízo correlato a um dano-evento de outra pessoa. Nada impede que o caso concreto demonstre uma situação diversa.

²⁹⁸

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008,

p. 50.

²⁹⁹

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil, Parte Especial do Direito das Obrigações, Responsabilidade Subjetiva, Responsabilidade Objetiva, Responsabilidade por Fato de Outrem, Responsabilidade Profissional, etc.; Preferências e Privilégios Creditórios (arts. 927 a 965)*. v. 11. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 272. “Das várias teorias sobre o nexo causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403”.

³⁰⁰

NORONHA, Fernando. *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*. In RTDC. v. XIV. Rio de Janeiro: Padma, 2003, p. 65. “É essa teoria, cujas linhas essenciais foram traçadas no final do século XIX pelo filósofo alemão Von Kries, mas que se desenvolveu sobretudo no séc. XX, que passamos e examinar”.

³⁰¹

ANDRADE, André Gustavo C. de. *A Evolução do Conceito de Dano Moral*. In Revista Forense. v. 375. Rio de Janeiro: Forense, Setembro/Outubro, 2004, p. 21.

CONCLUSÕES

Síntese das Conclusões do Capítulo I

1. O dano exerce o papel central na responsabilidade civil. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não há responsabilidade sem dano. As mudanças sociais são relevantes para essa configuração, pois, como o Direito é um sistema complexo e de segunda ordem, sofre influência do de primeira, o sistema social.

2. Para se entender o termo dano é preciso deixar claro que existe uma noção comum que não equivale com a noção jurídica.

3. A noção comum preconiza que qualquer consequência prejudicial seria dano, mesmo que gerado pela própria pessoa que o sofre ou até por um fenômeno natural, independentemente de qualquer ação ou omissão humana. Não há limite também para o bem que possa sofrer essa lesão. Poderia ser até mesmo um que não satisfaça à necessidade humana.

4. A noção naturalística não coincide com a jurídica. A primeira diferença refere-se ao caráter imprescindível de haver um sujeito que sofre o dano diverso daquele que o causou.

5. Resta saber também se basta o prejuízo para haver ressarcimento. A idéia de prejuízo, para a visão naturalística, diz respeito a uma modificação para pior da situação do lesado. Essa noção depende claramente de um juízo de valor que diga respeito ao lesado e uma alteração do mundo externo. A noção jurídica de dano parte de uma intrínseca relação entre o objeto da modificação externa, que teve sua situação alterada pelo fato causado por terceiro, e o lesado.

6. O dano, em sentido jurídico, seria também diretamente ligado ao conceito de interesse juridicamente relevante. Isso é representado pela relação intercorrente entre

dois entes, sendo um deles o sujeito que tem uma necessidade legítima e o bem idôneo a satisfazê-la.

7. Contudo, outra acepção do termo dano também tem relevância para o direito. O dano pode ser encarado como consequência da lesão descrita acima que se refletirá no objeto da indenização. Neste ponto, ele seria tudo aquilo que pode ser reparado.

8. O dano é o resultado dessa conduta e se expressa de duas formas: lesiona um direito ou interesse juridicamente relevante e gera uma consequência que será objeto de reparação. É neste ponto que a distinção entre o dano-evento e o dano-prejuízo mostra-se relevante. Ela precisará os dois momentos da análise do dano e guiará o interprete na compreensão e na aplicação de toda a responsabilidade civil.

9. O dano é o resultado da conduta para a responsabilidade civil e com ela não se confunde. Um ato ou uma atividade podem ser lícitos ou ilícitos. O dano é o resultado desse ato ou dessa atividade.

10. É nesse contexto que se insere a noção de dano-evento e de dano-prejuízo. Dano-evento, portanto, é a lesão ao direito subjetivo ou ao interesse protegido por uma norma. Já o dano-prejuízo é a consequência dessa lesão. Para a caracterização do fenômeno jurídico do dano, pressuposto da responsabilidade civil, e do dever de ressarcir, ambos precisam estar presentes.

11. A afirmação de dois momentos para o completo entendimento do fenômeno denominado dano não necessariamente significa que entre o dano-evento e o dano-prejuízo ocorrerá um lapso. É perfeitamente possível que a ocorrência de um e outro seja simultânea.

12. A natureza do dano-evento pode não corresponder à do dano-prejuízo. Pode existir lesão a um direito não patrimonial e as principais consequências serem econômicas. O inverso também é verdadeiro.

13. A distinção é relevante não só para o perfeito entendimento do fenômeno do dano, mas também para solucionar inúmeros problemas práticos. A prescrição na ação de reparação, a competência, o conceito de dano moral, o dano social, o dano indireto e a perda de oportunidade são exemplos de aplicações possíveis da distinção para a solução de problemas.

14. O dano-evento e o dano-prejuízo são ligados por um nexo de correlação, um liame diverso da causalidade. Esta última, baseada em uma relação de causa e efeito, pressupõe a ligação de um resultado com um fato basilar. A relação entre os dois momentos do fenômeno dano não tem essa característica, porque um não é fato para o outro. Ambos são resultados da conduta. O ponto em comum é justamente esse: por serem baseados em um mesmo fato, são correlatos.

Síntese das Conclusões do Capítulo II

1. O dano-evento é o primeiro momento da ocorrência do dano. É o dano imediato. Ele está intimamente ligado com a ilicitude.

2. A ilicitude importa a contrariedade ao direito. Isso ocorre, porque é consubstanciada na não-realização dos fins da ordem jurídica, implicando violação de suas normas.

3. No campo dos fatos ilícitos, há basicamente dois elementos essenciais: a contrariedade ao direito e a imputabilidade da conduta ao agente. O primeiro deles é objetivo e expressa uma contrariedade a ordem jurídica. O segundo, por sua vez, é subjetivo e expressa a capacidade de a pessoa praticar o ato previsto e de determinar a sua conduta nesse sentido.

4. Na conduta, para a caracterização do ilícito, exige-se tanto a contrariedade ao direito como a imputabilidade. No resultado (dano), basta o elemento objetivo.

5. No que se refere à ilicitude do dano, não se pode considerar o elemento subjetivo. O resultado da conduta, seja ele o dano-evento seja o dano-prejuízo, é essencialmente objetivo e para a sua ilicitude basta a contrariedade ao direito. O dano-evento sempre será anti-normativo.

6. Um dos grandes problemas do Código Civil brasileiro é que a doutrina em geral não se atenta é saber se o fato de o art. 186 se referir apenas à violação do direito limitaria a proteção do direito apenas às hipóteses de direitos subjetivos.

7. O art. 1.382, do Código Civil francês, prevê que responde pelo dano aquele que age com *faute*. O termo é o único pressuposto da imputação delitual para o direito francês, mas, por ser ambíguo, abrange no seu funcionamento, a ilicitude, a culpa e o nexo causal.

8. O art. 483, nº 1, primeira parte, do Código Civil português determina a ilicitude quando da violação de um direito de outrem; já a segunda parte do art. 483, nº 1, por sua vez, defende a ilicitude como violação de um dispositivo legal destinado a proteção de interesses alheios. A solução é oposta à do direito francês.

9. O §823, do BGB, prescreve as espécies de direito e interesses que podem gerar resposta em caso de violação.

10. O Código italiano desloca a ilicitude para o dano (dano injusto) e recebe muitas críticas pela inovação.

11. Os debatedores não percebem que o legislador italiano com a previsão demonstra haver duas espécies de contrariedade ao direito, a da conduta e a do dano, sendo que somente a última deve estar presente em todas as hipóteses de responsabilidade civil.

12. Superado o debate acerca da ilicitude e da possibilidade de se observar a contrariedade ao direito no dano, resta saber quando ocorre o dano-evento direto.

13. Ele pode ocorrer por dois fatores: a lesão a um direito subjetivo ou a uma norma que protege interesses alheios.

14. A razão é simples. A teoria clássica e usual sobre direito subjetivo não abrange todas as hipóteses de interesses juridicamente relevantes. O principal exemplo são os interesses difusos e coletivos que não podem ser enquadrados na tipologia por não apresentarem apreensão individual e particular.

15. Não é, todavia, qualquer interesse que, violado, gerará um dano-evento. Apenas aqueles protegidos por normas. A esses será atribuída uma qualificadora, serão interesses juridicamente relevantes.

16. Essa interpretação tem mais um fundamento. Não há dúvidas que as violações a direitos subjetivos possam gerar consequências jurídicas. Isso, aliás, está previsto expressamente para a conduta no art. 186. Igual situação deve ocorrer com a violação de normas protetoras de interesses e a resposta jurídica nesse caso não precisa sequer vir da lei. A doutrina e a jurisprudência podem atuar neste caso tal qual ocorreu para a conduta.

17. Isso fica claro ao se atentar à legislação estrangeira. Ainda quando da vigência do Código de Seabra em Portugal, quando não se fazia remissão à proteção de interesses, mas apenas de direitos, doutrina e jurisprudência se voltaram contra a regra e estabeleceram respaldo jurídico a demandas judiciais.

Síntese das Conclusões do Capítulo III

1. Não basta o dano-evento, é imprescindível o dano-consequência, porque ele será o objeto da pretensão ressarcitória.

2. O dano-prejuízo é o segundo momento da ocorrência do dano. Como é consequência da lesão a um direito ou a uma norma que protege interesses, será mediato.

3. Sem a consequência danosa pode haver até responsabilidade penal, a civil jamais. Uma indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito e não teria fundamento.

4. Quatro teorias básicas tentam explicar o dano-prejuízo: teoria da diferença, teoria objetiva, teoria subjetiva ou real-concreta e teoria subjetiva pós-moderna ou real-concreta pós-moderna.

5. A teoria da diferença preconiza a realização de um cálculo matemático sobre o patrimônio do sujeito, contemplando-o como entidade abstrata, no momento anterior ao evento lesivo e o que supostamente teria sem a sua ocorrência.

6. A primeira crítica que se faz relaciona-se ao fato de a teoria tratar o patrimônio como entidade abstrata, fazendo a operação, praticamente matemática, de subtração entre os patrimônios hipotéticos, sendo que, em realidade, o prejuízo afetaria bens concretos ou específicos.

7. A segunda crítica feita à teoria da diferença diz respeito à exclusiva abrangência dos efeitos patrimoniais para a consequência danosa. Ao se referir à diferença de valor existente entre patrimônios abstratos excluem-se efeitos não patrimoniais da consequência do evento causador de dano-prejuízo.

8. A terceira relaciona-se a fatores que impedem a aplicação prática da teoria. Trata-se da “relevância exoneradora das causas hipotéticas do dano” ou “causalidade alternativa hipotética” e da *compensatio lucri cum damno*.

9. A quarta objeção à teoria da diferença diz respeito às formas de reparação do dano. Ela é levantada, porque, à medida que o dano consiste em uma diminuição do patrimônio, a indenização somente poderia ser a entrega de uma quantia em dinheiro por parte do causador (pelo menos essa seria a regra).

10. O dano-prejuízo, para a teoria objetiva, será equivalente ao valor objetivo ou de mercado que corresponda ao bem lesado.

11. Ela também sofre críticas. A primeira diz que o simples prejuízo ou destruição de um bem não constitui por si só um dano, no sentido jurídico do termo, se não é acompanhado de uma afetação a um interesse juridicamente protegido.

12. A concepção objetiva de dano, na sua forma pura, somente permite a admissão de prejuízos patrimoniais, com exclusão, tal qual acontecia na teoria da diferença, dos não patrimoniais.

13. Finalmente, ao se adotar a concepção objetiva, nem sempre se repara o prejuízo efetivamente causado, porque o valor do prejuízo pode não corresponder ao valor objetivo dos bens lesados ou destruídos. Ele pode ser superior ou inferior em função da utilidade concreta para o indivíduo.

14. Para a teoria subjetiva, o dano ressarcível tem que levar em conta o interesse humano lesionado. É a idéia de interesse humano que faz com que se considere as circunstâncias concretas e pessoais ao redor da vítima. Salienta-se que o foco de análise do interesse é diverso ao se examinar o dano-evento e o dano-prejuízo. Enquanto para o dano-evento basta a violação objetiva do interesse violado, sem qualquer carga valorativa, para o dano-prejuízo, a análise do interesse é um dos critérios de avaliação do prejuízo causado. É uma espécie de critério quantitativo, uma baliza para a pretensão ressarcitória. Ela demonstra que o valor comercial (concepção objetiva do dano) é o preponderante, mas não o único critério.

15. Um conceito de dano (dano-prejuízo) que além de subjetivo, seja real-concreto faz com que o dano seja um fato concreto da realidade. Ao se observar as circunstâncias concretas, subjetivas, relacionadas à vítima, poder-se-á aproximar o dano-prejuízo do montante ideal a ser ressarcido. Ele será mais real que os obtidos pelas teorias da diferença e objetiva, pois leva em conta as situações específicas do sujeito que sofre o dano. Nada impede que o dano apurado seja superior ou até mesmo inferior àquele obtido com uma análise meramente objetiva do valor de mercado do bem lesado, pode também coincidir com aquele. O que importa é saber que o valor real e o valor de mercado são entidades distintas, pois os critérios para a sua aferição são distintos

16. A teoria subjetiva ou real-concreta, contudo, não é livre de críticas. A principal delas é sua visão extremamente individualista do lesado e conseqüentemente do dano. Atualmente, faz-se mister uma visão social da teoria. Essa é a visão pós-moderna.

17. As mudanças sociais e o surgimento de novas modalidades de danos que não atingem somente o sujeito individual, mas também a coletividade e faz surgir uma adaptação da teoria subjetiva.

18. A teoria subjetiva ou real-concreta é útil para a solução de alguns problemas relativos à responsabilidade civil, principalmente, os que se referem à apuração de danos que afetam um indivíduo isoladamente considerado. Todavia, em sua forma pura não se incluem os danos que afetam a coletividade, os chamados danos sociais. Para essas situações, a teoria subjetiva pura não é mais útil o que demonstra ser imprescindível uma releitura pós-moderna.

19. A teoria subjetiva ou real-concreta pós-moderna significa que na análise do dano-conseqüência com caráter coletivo a situação concreta a ser observada é a do

grupo ou coletividade. Somente com isso chegar-se-á a um valor real ou ideal para a pretensão ressarcitória. Assim, o valor da indenização não será a simples soma dos danos individuais, mas uma síntese das conseqüências geradas para o grupo ou coletividade.

20. Passado o estudo das teorias sobre o dano prejuízo é preciso o aprofundamento das suas espécies. Para isso, baseou-se a análise em dois critérios: o conteúdo do dano prejuízo e a quem ele afeta.

21. Quanto ao conteúdo do prejuízo, o dano pode ser patrimonial ou não patrimonial. O dano patrimonial é aquele que atinge os bens integrantes de um patrimônio determinado. O termo patrimônio permite duas acepções, uma ampla e uma restrita. A ampla significa o complexo de bens que representa duas entidades, a entidade patrimonial ativa e a passiva. A restrita é também chamada de conceito econômico de patrimônio. Para ela, patrimônio seria apenas o conjunto de bens econômicos. O dano precisa ser certo e atual. Certo é o dano fundado em um fato preciso e não sobre hipótese. Atual é o dano existente no momento da ação de responsabilidade.

22. O dano patrimonial pode ser dividido em dano emergente e lucro cessante. O primeiro importa a efetiva diminuição do patrimônio da vítima em razão da conduta. É o prejuízo causado nos “bens ou nos direitos já existentes na titularidade do lesado à data da lesão”.

23. O lucro cessante é o reflexo futuro do ato ilícito no patrimônio da vítima. Consiste na perda de um ganho esperável, ou seja, uma frustração de uma expectativa concreta de ganho, diminuindo potencialmente o patrimônio da vítima. O art. 402, do Código Civil, consagrou o princípio da razoabilidade, limite para a apuração.

24. Atualmente, fala-se muito na perda de oportunidade. É uma concepção que parte da análise de casos concretos e abrange situações em que, por determinada conduta, o agente priva outro de obter um ganho ou amenizar uma perda, ainda que este evento futuro não constitua algo absolutamente certo e irrefutável. O causador do dano é responsável não pelo prejuízo direto gerado à vítima, mas pelo fato de tê-la privado da oportunidade de obtenção de um resultado útil ou evitado um prejuízo. Da mesma forma que o lucro cessante, faz-se um juízo de probabilidade. É imprescindível, portanto, que a oportunidade seja real e séria, com aplicação também do critério da razoabilidade já exposto quando da análise do lucro cessante.

25. Uma das principais questões relacionadas à perda de oportunidade versa sobre a sua natureza jurídica. Não há consenso se se trata de dano emergente, lucro cessante, dano não patrimonial ou uma nova categoria avessa à dicotomia. O grande problema da discussão está na imprecisão ao tratar do dano. Se se observar a distinção entre dano-evento e dano-prejuízo, o problema é solucionado. A perda da chance é apenas um estudo concreto de algumas situações específicas muito mais relacionadas ao dano-evento. As conseqüências advindas dessa violação poderão ter a natureza patrimonial ou não.

26. Atualmente não há dúvidas sobre a possibilidade de indenização por dano não patrimonial. Se o direito à indenização por dano não patrimonial é inquestionável atualmente, o mesmo não se pode dizer quanto ao conceito e amplitude do termo. Grande parte da doutrina brasileira trata o dano não patrimonial como sinônimo do dano moral, mas não concordam quanto ao conceito.

27. O dano não patrimonial é definido por exclusão, porque ele faz parte de uma dicotomia. Não faz sentido defini-lo com base em outro critério que não seja o mesmo utilizado para o seu contraposto dano patrimonial. Qualquer tentativa em contrário é um equívoco. Ele faz parte de uma dicotomia. Assim, se ao conceituar o dano patrimonial, resumidamente, fala-se em possibilidade de avaliação econômica do prejuízo, o dano não patrimonial será aquele que não suscetível de avaliação.

28. Todavia, alguns autores tentam estabelecer um conceito baseado no direito ou interesse violado. Se isso fosse tomado de forma absoluta, haveria um erro, porque sendo um contraponto ao dano patrimonial é efeito da lesão ao direito e não a própria lesão.

29. A única compatibilização possível, portanto, é tomar o dano não patrimonial como gênero e o dano moral como espécie. O dano moral seria a conseqüência não patrimonial decorrente da violação de direitos da personalidade. A utilidade de tal conceito é que a prova do prejuízo não é dispensada, mas presumida. Nada impede também que da violação do direito, advenham conseqüências patrimoniais. Contudo, neste caso, a prova é imprescindível.

30. Superada a necessidade de indenização por dano não patrimonial, a constatação de que o dano moral é apenas uma espécie desse dano, o conceito de dano moral como a conseqüência não patrimonial correlata a uma violação de um direito da personalidade, resta ainda saber como é fixada a indenização por dano não patrimonial.

31. A indenização na responsabilidade civil pode ter quatro funções: equivalência, compensação, punição e valor de desestímulo. Somente as três últimas relacionam-se ao dano não patrimonial.

32. O art. 944 ('A indenização mede-se pela extensão do dano'), numa primeira leitura, impede qualquer acréscimo na indenização. Acontece que somente a indenização por dano patrimonial tem como finalidade a equivalência e pode ser "medida" pela extensão do dano. O dano não patrimonial, pela sua própria natureza, não tem esse limite. Não é possível quantificar a equivalência e a extensão do dano não patrimonial. Logo, a indenização por essa modalidade de dano continua a ter como função a compensação, a punição e o desestímulo.

33. O dano sempre foi a base da indenização tanto que o próprio art. 927 fala que o dever de indenizar consiste na reparação do dano. Da mesma maneira, o Código de 1916 afirmava que quem causa dano a outrem fica obrigado a repará-lo. Daí a desnecessidade do *caput*, do art. 944.

34. A única verdadeira inovação do art. 944 está no parágrafo único. Ela permite que a indenização seja reduzida se houver "excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano". Nesse caso, só é permitida a redução, porque o parágrafo único é uma exceção e tem que ser interpretado restritivamente. Cabe salientar também que o termo culpa empregado no artigo é estrito, isto é, no caso de dolo não será possível a redução da indenização. Acresce-se que mesmo na responsabilidade objetiva, que prescinde da culpa para a sua caracterização, pode haver aplicação do dispositivo para reduzir o valor indenizatório.

35. Não se respondeu ainda como se fixará a indenização em caso de impossibilidade de tutela específica.

36. O Código Civil de 2002 determina a aplicação da lei processual civil, caso a obrigação for indeterminada ou na lei ou contrato não tiver o modo como deverá ser fixada, ou seja, liquidação por cálculo, arbitramento ou artigos.

37. Em relação a quem sofre a lesão, o dano-prejuízo pode ser individual e social. É mais uma dicotomia basilar na análise das conseqüências lesivas representativas do resultado da conduta.

38. As teorias clássicas a respeito do dano-prejuízo (teoria da diferença, objetiva e subjetiva ou real-concreta) tratam do dano individual. Nada impede que o dano afete

mais de uma pessoa. O relevante é saber que o dano individual é o que permite uma apuração particulariza em relação a quem sofre as consequências danosas, isto é, possibilita a identificação singular dos prejuízos.

39. O dano social como nova categoria de dano-prejuízo surgiu com os estudos de Antônio Junqueira de Azevedo. É mais uma espécie de dano-prejuízo que pode ser coberta pela indenização.

40. O primeiro ponto levantado por Antônio Junqueira de Azevedo é o já comentado art. 944, do Código Civil. Todavia, a limitação do artigo somente se aplica ao dano patrimonial. Esse não pode ser o fundamento para o dano social.

41. A segunda constatação é a profunda insegurança por que passa o Brasil que leva os cultores do direito, em todas as áreas, a refletir, sempre buscando resultados para se evitar crimes, contravenções e ilícitos em geral, inclusive os de ordem civil. Não é porque a função primordial do direito civil não seja aplicar penas como resposta ao comportamento dos violadores da ordem jurídica que ela não possa ser aplicada para situações específicas.

42. Da constatação de que a função punitiva é possível para o direito civil, verifica-se que o agravamento da indenização traz consigo alguns problemas. Primeiro, a punição somente seria possível nos casos de responsabilidade subjetiva, pois somente nela levar-se-ia em conta o dolo e a culpa. Segundo, haveria um impedimento, de acordo com Antônio Junqueira de Azevedo, por força do *caput* do art. 944.

43. O primeiro problema não é verdadeiro. Mesmo na responsabilidade objetiva, a culpa e o dolo podem ser observados para a função punitiva e preventiva. A responsabilidade objetiva não elimina a culpa e o dolo, elementos subjetivos da conduta, apenas os dispensa para a indenização por equivalência ou compensatória. Aliás, mesmo a função preventiva dispensa o dolo e a culpa.

44. Para Antonio Junqueira de Azevedo, o ponto central da discussão é o impedimento gerado pelo art. 944 de se aplicar as funções de penalidade e de desestímulo. Contudo, alguns acréscimos precisam ser feitos. Primeiro, o dano social faz parte de uma nova dicotomia: danos individuais e danos sociais. O segundo relaciona-se aos parâmetros para se fixar a dicotomia. O dano social diferencia-se do individual em relação à pessoa que sofre a lesão, não quanto ao conteúdo ser patrimonial ou não. Assim, um dano social pode ser patrimonial (no caso, por exemplo,

de uma lesão na bolsa de valores que gere perda de divisas da economia de um país) como pode ser não patrimonial (no caso de uma consequência não patrimonial como é a extinção de uma espécie) com as mesmas características já expostas só que agora a análise partirá da teoria subjetiva pós-moderna.

45. O dano social pode ser patrimonial ou não patrimonial. Os fundamentos das duas dicotomias (dano patrimonial e não patrimonial de um lado e individual e social de outro) são diversos.

46. O terceiro aspecto a ser levantado é que o dano social é integrante do dano prejuízo. Assim, não assiste razão aos que o identificam em relação à natureza da norma protetora de interesses ou direito subjetivo lesado.

47. Resta ainda saber a quem incumbe a possibilidade de se pleitear a indenização, quem poderá ser parte em um processo judicial. Nada impede que seja a vítima, atuando como um *múnus público*.

48. Sobre este último tema, cabe ressaltar que o Anteprojeto de Código Processual Coletivo prevê a legitimidade ampla para se pleitear consequências sociais, desde que o agente tenha representatividade adequada (*Adequacy of Representation*) para estar em juízo. Caso se sagsse vencedor, teria um “prêmio” pelo trabalho apresentado em juízo. O restante da indenização seria destinado a um fundo em decorrência do chamado *fluid recovery*.

49. É recorrente a situação de um prejuízo causado a algumas pessoas que se reflete em outras. Sustenta-se que os danos sofridos pelas últimas são danos “por ricochete”, “reflexos” ou “indiretos”.

50. O dano reflexo é uma hipótese em que o dano-evento ocorre em determinada pessoa e o dano-prejuízo recai sobre outra. Neste caso, não se trata de uma discussão sobre o nexo de causalidade, pois tal liame liga a conduta ao resultado. Quando se fala entre os momentos do dano, fala-se apenas do resultado. Não há uma relação de causa e efeito. O que existe é uma ligação de correlação, o chamado nexo de correlação. O dano-evento e o dano-prejuízo são correlatos porque estão baseados em uma mesma conduta.

BIBLIOGRAFIA

- ALCOZ**, Maria Medina. *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*. Madrid: Dykinson, 2003.
- ALMEIDA**, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *Responsabilidade Civil*. In *Novo Código Civil Brasileiro, O que Muda na Vida do Cidadão*. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2003.
- ALPA**, Guido; **BESSONE**, Mario. *Atipicità dell' illecito, parte prima: I profili dottrinali*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1980.
- _____. *Trattato di diritto civile, la responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1999. v. 4.
- _____. *Responsabilità civile e danno*. Bologna: Il Mulino, 1991.
- _____. In *Giurisprudenza di Diritto Privato Annotata*. Vol. I, Torino, 1991.
- ALVIM**, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*. 3. ed. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965.
- ANDRADE**, André Gustavo C. de. *A Evolução do Conceito de Dano Moral*. In *Revista Forense*. v. 375. Rio de Janeiro: Forense, Setembro/Outubro, 2004.
- ANDRADE**, Manuel Antônio Domingues de. *Teoria Geral das Obrigações com a Colaboração de Rui de Alarcão*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1966.
- ALSINA**, Jorge Bustamante. *Teoria General de la Responsabilidad Civil*. 8. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.
- AZEVEDO**, Antônio Junqueira de. *O Direito como Sistema Complexo e de 2ª Ordem; sua Autonomia, Ato nulo e Ato Ilícito, Diferença de Espírito entre Responsabilidade Civil e Penal, Necessidade de Prejuízo para Haver Direito*

de Indenização na Responsabilidade Civil. In: Antonio Junqueira de Azevedo (org.). *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O Direito Pós-Moderno e a Codificação*. In Revista de Direito do Consumidor, nº 33, Janeiro-Março, São Paulo: RT, 2000.

_____. *Cadastros de Restrição ao Crédito: Dano Moral*, In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 36, 2000.

_____. *Cadastros de Restrição ao Crédito: Dano Moral*, In: Antonio Junqueira de Azevedo (org.). *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Desregulamentação do Mercado, Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento, Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana de Terceiro que Contribui para o Inadimplemento Contratual*. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1998. v. 750.

_____. *Incomunicabilidade dos proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge no regime da comunhão parcial dos Códigos Civis de 1916 e 2002. Extensão da incomunicabilidade aos bens móveis e imóveis sub-rogados. Incomunicabilidade de bem imóvel adquirido durante a união estável anterior ao casamento, por ser relativa a presunção do art. 5º da Lei 9.278/96*. In *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Por uma Nova Categoria de Dano: o Dano Social*. In: *O Código Civil e sua interdisciplinaridad*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Por uma Nova Categoria de Dano na Responsabilidade Civil: o Dano Social*. In: RTDC, 2004.

. *Responsabilidade civil ambiental. Reestruturação societária do grupo integrado pela sociedade causadora do dano. Obrigação solidária do causador indireto do prejuízo e do controlador de sociedade anônima. Limites objetivos dos contratos de garantia e de transação. Competência internacional e conflito de leis no espaço. Prescrição na responsabilidade civil ambiental e nas ações de regresso.* In *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BALDASSARI, Augusto. *Il danno patrimoniale*. Padova: CEDAM, 2001.

BARASSI, Ludovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1946.

BARRA, Rodolfo Carlos. *Principios de derecho administrativo*. Buenos Aires: Ábaco, 1980.

BASSI, Augusta Lagostena; **RUBINI, Lucio**. *La liquidazione del danno, tomo primo: il danno in generale e il danno non patrimoniale*. Milano: Giuffrè, 1974.

BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1953.

BAUDOUIN, Jean; **DESLAURIERS**, Patrice. *La responsabilité civile*. 5. ed. Quebec: Yvon Blais, 1998.

BENABENT, Alain. *La Chance et Le Droit*. Paris: LGDJ, 1973.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Subjetivo*. In *Archivo Judiciário* (10), abr-jun-1929.

BIELSA, Rafael. *La culpa en los accidentes del trabajo, su estudio y critica en la ley argentina*. 2. ed. Buenos Aires: Lajovane, 1926.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 3.ed. São Paulo: RT, 1993.

. *Reparação Civil por Danos Morais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Lo individual y lo colectivo en la realidad brasileña*. In *Revista da Faculdade de Direito/Universidade de São Paulo*. v. 91, São Paulo: s.e., 1996.

- _____. *Do Dano Moral Coletivo no Atual Contexto Jurídico Brasileiro*. In Revista de Direito do Consumidor, nº 12, Outubro-Dezembro, São Paulo: RT, 1994.
- BONILINI**, Giovanni. *Danno Morale*. In: *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile*, (s.a.), v. 5.
- _____. *Il danno non patrimoniale*. Milano: Giuffrè, 1983.
- BONVICINI**, Eugenio. *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1971. t. 1.
- _____. *Il danno a persona*. Milano: Giuffrè, 1958.
- _____. *La responsabilità per i danni nel diritto delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1963.
- BORDA**, Guillermo A. *Tratado de derecho civil, parte general*. t. II. 12. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.
- BRAGA**, Armando. *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*. Coimbra: Almedina, 2005.
- BUSNELLI**, Francesco Donato, **PATTI**, Salvatore. *Danno e responsabilità civile*. Torino: Giappichelli, 1997.
- CABRAL**, Rita Amaral. *A tutela Delitual do Direito de Crédito*. In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001.
- CAHALI**, Yussef Said. *Dano Moral*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- CANTERO**, Gabriel Garcia. *El concubinato ante el derecho civil francés*. Madrid-Roma: CSIC, 1965.
- CAPITANT**, Henri. Interesse. In: COUTURE, Eduardo (Org.). *Vocabulário jurídico*. Buenos Aires: Depalma, 1973.
- CARBONE**, Vincenzo. *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*. Napoli: Jovene, 1969.
- CARNELUTTI**, Francesco. *Teoria generale del diritto*. 3. ed. Rome: Foro Italiano, 1951.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1926. v. 1.

CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994.

MENDES, João de Castro. *Do Conceito Jurídico de Prejuízo*. Lisboa: Jornal do Foro, 1953.

CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile: regola e metafora*. Milano: Giuffrè, 1991.

CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1997.

CATALÁ, Lucia Gomes. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Pamplona.: Aranzadi, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil. Das preferências e privilégios creditórios, art. 927 a 965*. 2. ed. vol. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CHAVES, Antônio. *Tratado de Direito Civil, Responsabilidade Civil*. v. III. São Paulo: RT, 1985.

CHIRONI, Giampietro, *La colpa nel diritto civile odierno: colpa extracontrattuale*. 2. ed. vol. II. Torino: Fratelli Bocca, 1906.

COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 1998

COLASSO, Vittorio. *La responsabilità civile*. Rome: Assicurazioni Generali, 1972.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*. Lex: Lisboa, 1997.

_____. *Direito das Obrigações*. v. II. AAFDL: Lisboa, 2001.

_____. *O Cumprimento e o Não Cumprimento das Obrigações*. In Estudos de Direito Civil. Coimbra: Almedina, 1994.

_____. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2000. t. I

_____. *Violação positiva do contrato*. In: Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (org.). *Estudos de Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1994. v. 1

COSTA, Judith Martins. *Notas sobre o princípio da função social dos contratos*. Disponível em: <http://www.realeadvogados.com.br/pdf/judith.pdf>.

COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CRUZ, Branca Martins da. *Responsabilidade Civil pelo Dano Ecológico: Alguns Problemas*. In: *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, 1997, v. 5.

CUPIS, Adriano de. *Il danno, teoria generale della responsabilità civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966.

_____. *Il danno*. trad. esp. de Ángel Martínez Sarrión. *El daño*. Barcelona: Bosch, 1975.

DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Tradução de F. G. Osset. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

DELIYANNIS, Jean. *La notion d'acte illicite, considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle*. Paris: LGDJ, 1952.

DEMOGUE, René. *Traité des obligations en general*. Paris: Rousseau, 1923. t. III.

- DIAS**, João Álvaro. *Dano Corporal – Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, Almedina, Coimbra, 2001.
- DIAS**, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1.
- _____. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.
- _____. *Da responsabilidade civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 2.
- DINAMARCO**, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 1.
- DINIZ**, Maria Helena. *O problema da liquidação do dano moral e dos critérios para a fixação do “quantum” indenizatório*. In *Atualidades Jurídicas 2*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DOMINGO**, Elena Vicente. *El daño*. In: CAMPOS, L. F. Reglero (Coord.). *Tratado de responsabilidad civil*. 2. ed. Aranzadi: Navarra, 2003.
- DROMI**, José Roberto. *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*. Bogotá: Temis, 1980.
- DUGUIT**, Pierre Marie Nicola Léon. *Derecho subjetivo y la función social*. In: *Las transformaciones del Derecho (público y privado)*. Tradução de Carlos Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1975.
- _____. *Traité de Droit Constitutionnel*. 3. ed. t. I. Paris: Bocard, 1927.
- ESPÍNOLA**, Eduardo. *Systema de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1925. v. 1.
- _____. *Direito civil brasileiro. Theoria Geral das Relações Jurídicas de Obrigação*. Rio de Janeiro: Clássica, 1911. v. 2, t. I – Parte primeira.
- FERRAZ JR.**, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2001.

- FILHO**, Carlos Alberto. *Do Dano Moral Coletivo no Atual Contexto Jurídico Brasileiro*. In Revista de Direito do Consumidor, nº 12, Outubro-Dezembro, São Paulo: RT, 1994.
- FISCHER**, Hans Albrecht. Trad. port. de Férrer de Almeida. *A reparação dos danos no direito civil*. São Paulo:Acadêmica, 1938.
- FIÚZA**, César. *Novo direito civil: curso completo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- FLUMIGNAN**, Silvano José Gomes. *O caráter patrimonial como requisito de validade da prestação*. In Revista do Instituto dos Advogados do Paraná. Curitiba:s.e. n. 34, 2006.
- FRADA**, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Contrato de Deveres de Protecção*. Almedina: Coimbra, 1995.
- GENTILE**, Guido. *Danno alla persona*. in ED (11).
- GENTILE**, Guido; **GUERRERI**, Dante; **BASSI**, Augusta Lagostena. *Responsabilità, guida giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè, 1966-1969. item 221, n. 34.
- GERVAIS**, André. *Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts*. In: *Mélanges en honneur Paul Roubier*. Paris: Dalloz, 1961. t. I
- GIAMPIETRO**, Franco. *La responsabilità per danno all'ambiente: profili amministrativi, civili e penali*. Milano: Giuffrè, 1988.
- GIANNINI**, Gennaro, **POGLIANI**, Mario. *Il danno da illecito civile*. Milano: Giuffrè, 1997.
- GIERKE**, Otto Friedrich von. *Funcion social del derecho privado – La naturaleza de las asociaciones humanas*. Tradução de J. M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904.
- GIOLLA**, Piero. *Valutazione del danno alla persona nella responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1957.
- GIORGI**, Giorgio. *Teoria Generale delle obbligazioni*. vol. II. Firenze: Fratelli Cammelli, 1892.

- _____. *Teoria delle obbligazioni nel moderno diritto italiano*. v. II. Firenze: Fratelli Cammelli, 1907.
- GIORGIANNI**, Michele. *L'obbligazione, La parte generale delle obbligazioni*. Catania: Vincenzo Muglia, 1945.
- GONÇALVES**, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil, parte especial, do direito das obrigações, responsabilidade subjetiva, responsabilidade objetiva, responsabilidade por fato de outrem, responsabilidade profissional, etc., preferências e privilégios creditórios (arts. 927 a 965)*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- GORDILLO**, Agustín. *Derecho subjetivo y derecho reflejo (interés legítimo)*. In: *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Buenos Aires: s.e., 1960-III.
- _____. *Princípios gerais de direito público*. Tradução de Marcos Aurélio Greco. São Paulo: RT, 1977.
- GRINOVER**, Ada Pellegrini. *A Tutela jurisdicional dos interesses difusos*. In: *Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, item 7.
- _____. *Comentários ao Anteprojeto de Código de Processo Coletivo*. In <http://www.projustica.com.br/viewcontent.php?m=mainlist&cod=80> e http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalhe.asp?campo=2897
- _____, **WATANABE**, Kazuo, **MULLENIX**, Linda S.. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2008.
- GUASTAVINO**, Elías P. *Derecho subjetivo e interés legítimo en materia civil*, *Jus*, n. 22.
- HARVEN**, Pierre de. *Mouvements généraux du droit civil belge contemporain, étude critique*, Bruxelles: Bruylant, 1928.
- HASENÖHRL**, Victor. *Das österreichische Obligationenrecht*. Wien: Manz, 1892.

JELLINEK, Georg. *Sistema de Diritti Pubblici Subbiettivi*. Milano: Società Editrice Libreria, 1911.

JHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

_____. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Trad. port. de Rafael Benaion. *O Espírito do Direito Romano*. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

_____. *Oeuvres Choiesies*. v. II. s. c: s. e., 1893.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Almedina: Coimbra, 1999.

_____. *Ensaaios sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Lisboa, tese, 1968.

JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1992.

_____. *Les principes de la responsabilité civile*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KERN, Bernd- Rüdiger. (sem o título em alemão). Trad. port. de Lélío Candiota de Campos. *A função de satisfação no indenização do dano pessoal: um elemento penal na satisfação do dano?* In Revista de Direito do Consumidor, nº 33, Janeiro-Março, São Paulo: RT, 2000.

LALOU, Henri. *Traité pratique de la responsabilité civile*. 5. ed. Dalloz: Paris, 1955.

_____. *Traité pratique de la responsabilité civile*. 4ª ed. Paris : Dalloz, 1949.

LEÓN, Luis Maria Díez-Picazo y Ponce de. *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas. 1999.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

LOPES, Teresa Ancona. *O Dano Estético*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

- LÓPEZ**, José María Pena. *Prólogo*. In: *El Resarcimiento del Daño en la Responsabilidad Civil Extracontratual*. Madrid: ER, 2006.
- LUCARELLI**, Francesco. *Tutela dell'ambiente e nuove tecnologie*. Padova: CEDAM, 1995.
- MANCUSO**, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: Conceito e Legitimidade para Agir*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.
- _____. *Interesses Difusos: Conceito e Legitimidade para Agir*. 3. ed. São Paulo: RT. 1994.
- MARINONI**, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001.
- MARX**, Karl Heinrich; **ENGELS**, Friedrich. *Manifesto comunista*. Tradução de Regina Lúcia F. de Moraes. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.
- MAZEAUD**, Henri; **MAZEAUD**, Leon; **TUNC**, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*. Paris: Montchrestien, 1965. t. 1.
- MAZZILLI**, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 4ª ed. São Paulo: RT. 1992.
- MELLO**, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico, Plano da Existência*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MELLO**, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1.
- MENDES**, João de Castro. *Do Conceito Jurídico de Prejuízo*. Lisboa: Jornal do Foro, 1953.
- MESSINEO**, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. 9.ed. Milano: Giuffrè, 1957. v.1
- MICHELON**, Cláudio. *Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado*. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre: Sulina, 2002. v. 21.
- MIRANDA**, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado, parte especial, direito das obrigações, obrigações e suas espécies, fontes e espécies de obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. XXII.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. XXVI. 2. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

MONATERI, Pier Giuseppe, *Danno alla persona*. In: *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile*, (s.a.). v. 5.

_____. *Diritto sogettivo*. In *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile, Diritto Civile, Diritto Processuale Civile, Diritto di Famiglia e Minorile, Diritto Internazionale Privato, Diritto Privato Comparato, Diritto Comunitario, Diritto Agrario Diritto Canonico, Teoria Generale del Diritto*, v. VI. Torino: UTET

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORSELLO, Marco Fábio. *A responsabilidade civil e a socialização dos riscos. O sistema neozelandês e a experiência escandinava*. In: *REPM*. 2006. ano 7, n. 2.

MINOZZI, Alfredo. *Studio sul danno non patrimoniale*. Milano: Società Editrice Libreria, 1901.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. XXII. Rio de Janeiro: Borsoi. 1968.

NERY JR., Nelson; **NERY**, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil*. In *Revista dos Tribunais*, v. 761, São Paulo: RT, 1999.

_____. *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*. In *RTDC*. v. XIV. Rio de Janeiro: Padma, 2003

PARADISO, Massimo. *Il danno alla persona*. Milano: Giuffrè, 1981.

PATTI, Salvatore. *La tutela civile dell' ambiente*. Padova: CEDAM, 1979.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza, libro quarto delle obbligazioni, articoli 1173-1469*. Bolonha: Zanichelli, 1991. t. I.

PETTI, Giovanni Battista. *Il Rissarcimento dei danni: biológico, genetico, esistenziale*. Vol. II. Torino: UTET, 2002.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris: LGDJ, 1900. t. II.

PORTIGLIATTI-BARROS, Mario. *Danno morale*. In *Novissimo Digesto Italiano*. v. V. Torino: UTET, s.a.

POZZO, Bárbara. *Il danno ambientale*. Milano: Giuffrè, 1998.

PRIETO, Fernando Pantaleón. *Comentário al art. 1902 CC*. In *Comentario del Código Civil*. V. II. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991.

PUGLIATTI, Salvatore. *Bene (teoria generale)*, in ED (5).

PUGLIESE, Giovanni. *Actio e diritto subiettivo*. Milano: Giuffrè, 1939.

RAVAZZONI, Alberto. *La riparazione del danno non patrimoniale*. Milano: Giuffrè, 1962.

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 5ª ed. São Paulo: RT, 1999.

REALE, Miguel. *O dano moral no direito brasileiro*. In *Temas de Direito Positivo*. São Paulo: RT, 1992.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, 12ª ed. v. IV. São Paulo: Saraiva, 1989.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil, responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

RORTY, Richard. *Truth and progress*. Cambridge: Cambridge, 1998.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Sociologia do Direito: o Fenômeno Jurídico como Fato Social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1974

SALVI, Cesare. Danno, *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile*, (s.a.). v. 5.

_____. *Il danno extracontrattuale, modelli e funzioni*. Napoli: Jovane, 1985.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris: LGDL, 1939. v. 1 e 2.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Obligationenrecht*. Tradução de Giovanni Pacchioni. *Le obbligazioni*, Torino: Utet, 1912. v. I.

_____. *System des heutigen römischen rechts*. Tradução espanhola de Jacinto Mesía e Manuel Poley. *Sistema del Derecho romano actual*. 2. ed. t. I. Madrid: Góngora, s/d.

SCADUTO, Giachino; **RUBINO**, Domenico. *Illecito (Atto), Diritto moderno, Nuovo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1938. v. 6.

SCHIMIDT, Jean Charles. *Faute civile e faute pénale*. Paris: Recueil Sirey, 1928.

SCOGNAMIGLIO, Renato. *Risarcimento del danno*. In *Novissimo Digesto Italiano*. t. V. Torino: UTET, 1969.

_____. *Appunti sulla nozione di danno*. In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1969.

SCUTO, Carmelo. *Teoria generale delle obbligazioni con riguardo al nuovo codice civile*. v. I. 3° ed. Napoli: Internazionale Treves di Leo Lupi, 1950.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Requisitos da Responsabilidade Civil*. BMJ, nº 92 (1960).

SILVA, Américo Luís Martins da. *Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais*. São Paulo: RT, 2004. v. 1.

- SILVA**, Clóvis Veríssimo do Couto. *O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado*. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1991. v. 667.
- SILVA**, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra: Almedina, 1999.
- SILVA**, Luís Renato Ferreira da. *Da legitimidade para postular indenização por danos morais*. In *Ajuris*. v. XXIV. n. 70, 1997.
- SILVA**, Manuel Gomes da. *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*. Lisboa: s.e., 1944.
- SILVA**, Solange Teles da, *Responsabilidade Civil Ambiental*. In: *Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental*. Barueri: Manole, 2005.
- SILVA**, Wilson de Mello. *O dano moral e a sua reparação*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, nº 1.
- SMITH**, Adam. *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. Tradução de Teodora Cardoso e Luís Cristóvão de Aguiar. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [19--?].
- SOLUS**, Henry; **PERROT**, Roger. *Droit judiciaire privé*. Paris: Sirey, 1966. t. I.
- STIGLITZ**, Gabriel A. *La responsabilidad civil, nuevas formas y perspectivas*. Buenos Aires: La Ley, 1984.
- STOCO**, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Judicial*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1997.
- _____. *Tratado de responsabilidade civil, doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.
- _____. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Judicial*. 3. ed., São Paulo: RT, 1997.
- TELLES JR.**, Gofredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- TESHEINER**, José Maria Rosa. *Ação e direito subjetivo*. In *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, v. 31, Ribeirão Preto, 2002.
- THUR**, Andreas von. Trad. esp. de W. Roces. *Tratado de Derecho de las Obligaciones*. t. I. Madrid: Reus, 1934.

TOLSADA, Mariano Ysquierdo. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson, 2001.

TOURNEAU, Philippe le; **CADIER**, Loic. *Droit de la Responsabilité*. Paris: Dalloz, 1998.

TOURNEAU, Philippe le. *La responsabilité civile*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1976.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
v. 1

VASCONCELOS, Maria João Sarmento Pestana de. *Algumas Questões sobre a Ressarcibilidade Delitual de Danos Patrimoniais Puros no Ordenamento Jurídico Português*. In *Novas Tendências da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo*. Milano: Giuffrè, 1973.

VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*. In: GUESTIN, Jacques (Coord.). *Traité de Droit Civil*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1995. v. 1.

_____. *La responsabilité*. In: GUESTIN, Jacques (Coord.). *Traité de droit civil*. Paris: LGDJ, 1982.

_____. *La responsabilité*. In: GUESTIN, Jacques (Coord.). *Traité de droit civil*. Paris: LGDJ, 1988.

_____. *Le déclin de la responsabilité individuelle*. Paris: LGDJ, 1965.

VISINTINI, Giovanna. *I fatti illeciti: causalità e danno* Padova: CEDAM, 1999. v. 3.

_____. *I fatti illeciti: ingiustizia del danno*. Padova: CEDAM, 1997. v. 1.

_____. *La tecnica della responsabilità civile nel quadro di civil law*. In *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*. Anno XI. 1995. Parte II.

_____. *Trattato Breve della Responsabilità Civile*. 2ª ed. Padova: CEDAM, 1999.

WEIS, Carlos. *Os Direitos Humanos Contemporâneos*, São Paulo, Malheiros, 2006.

WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Tradução de Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. *Diritto delle Pandette*. Torino: Utet, 1925. v. I.

ZANNONI, Eduardo Antônio. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993.

_____. *El Daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1982.

ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1936/1959.

ZARRA, Maita Maria Naveira. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: ER, 2006.