

A AMEAÇA AO DIREITO COMPREENDE UM DANO

FERNANDA IVO PIRES

Advogada, mestre e doutora em Direito Civil pela PUC de São Paulo, professora de Direito na UCSal, na Faculdade Social da Bahia, na Unijorge e no Brasil Jurídico. fipires@uol.com.br

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo demonstrar que a ameaça a um direito pode compreender um dano, pressuposto da responsabilidade civil. Buscando demonstrar a sua viabilidade, promoveu-se um estudo dos demais pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, o fato lesivo, o nexo causal e a imputação, bem como das suas principais consequências. Também investigou-se a fundamentação principiológica e social da responsabilidade civil no intuito de demonstrar o seu papel preventivo, o que corrobora com o objetivo pretendido.

Palavras chaves: Dano. Ameaça a direito. Prevenção. Responsabilidade civil

ABSTRACT: The purpose of this study is to demonstrate that the threat to a right can comprises a damage, presupposition of the civil liability. Endeavoring to demonstrate the feasibility, examined the other presupposition of the civil liability: prejudicial fact, causality and imputation, both of its main consequences. Investigated the principles and the social foundation of the civil liability for demonstrate their preventive role, which corroborates with the intended purpose.

Keywords: Damages. Threatens the right. Prevention. Civil liability

1. INTRODUÇÃO

Na análise do dano como pressuposto da responsabilidade civil deve haver uma ponderação acerca da abrangência do mesmo, particularmente com o intuito de se verificar se a ameaça a um direito comporta um dano passível de responsabilização.

Obviamente que, nesta perspectiva, há de se perquirir não apenas as nuances que envolvem a definição de dano como também os fundamentos e a função social da responsabilidade civil.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

Etimologicamente, a palavra responsabilidade tem presente, na sua raiz, a expressão latina *sponsio*, da figura *stipulatio*, em que o devedor solenemente confirmava ter com o credor, nos contratos verbais de Direito romano, uma obrigação, que era, então, garantida por uma caução ou *sponsor*.¹

A definição e a compreensão da responsabilidade, contudo, passam por inúmeras transformações ao longo dos tempos.

Imagina sair de um contexto em que a dívida estava unida à pessoa do devedor, como um elo indissolúvel², e adentrar no universo atual, onde há de se considerar, por exemplo, que a responsabilização ocorre não apenas como consequência do descumprimento de uma obrigação, mas também em decorrência de uma determinada situação jurídica, em que, visando à solidariedade dos prejuízos sociais, alguém responde pelo fato de outrem.

Michel Villey³ não esconde a preferência pelo sentido etimológico da palavra, mas ressalta que, hodiernamente, em uma concepção jurídica, são responsáveis “todos aqueles que podem ser convocados diante de um tribunal, porque pesa sobre eles uma determinada obrigação, proceda ou não a dívida de um ato de sua vontade livre”.

Álvaro Villaça de Azevedo⁴ entende que a responsabilidade é o “dever de indenizar o dano”, o que encontra garantia no patrimônio do devedor.⁵

Diferentemente expõe Hans Kelsen⁶ que a responsabilidade não é um dever “mas a relação do indivíduo contra o qual o ato coercitivo é dirigido com o delito por ele ou por outrem cometido”.

A responsabilidade civil, dessa maneira, é o tratamento que recebe o fato lesivo, não importando ainda se proveniente de um ato em que concorreu o fator culpa, se a mesma é presumida, ou até mesmo ignorada.

¹ VILLEY, Michel. Esboço histórico sobre o termo responsável. Trad. André Rodrigues Corrêa. *Revista Direito GV*. São Paulo. v. 1, n. 1, maio/2005, p. 136.

² Cf. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. tomo I. Trad. y notas Jaime Santos Briz. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 34.

³ Op. cit., p. 141.

⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Teoria geral das obrigações*. 9. ed. rev. e atua. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 273.

⁵ LARENZ, K. Op. cit., p. 36-37.

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 138.

Objetivando não tornar exaustivo o tratamento do tema, transcreve-se a apreciação de Jorge Bustamante Alsina⁷, o qual trata da responsabilidade civil na atualidade, em seu aspecto finalístico:

[...] Responsabilidade como categoria do pensamento ético concerne o dever de responder; isto é, o dever de dar cada um conta de seus atos. No âmbito do direito, a responsabilidade civil significa a instrumentação de um sistema jurídico que permita a determinação de um responsável, ou seja, de quem tem o dever de dar resposta ao reclame da vítima inocente de um dano injusto, seja este causado por culpa daquele ou por qualquer outro fator de atribuição objetiva do dano que com fundamento na equidade, a seguridade, a solidariedade e a justiça o imponha o dever de reparar.

2.1 PRESSUPOSTOS

Os pressupostos para a responsabilidade civil são expostos das mais variadas formas, haja vista as diferentes legislações e modificações tempo / espacial produzidas neste campo. Sobretudo quando observadas as exigências que se fazem para as responsabilidades civis subjetiva e objetiva.

Fato lesivo

Como primeiro dos requisitos, tem-se o fato lesivo, posto que seja gênero do qual o ato ilícito e demais tipos de fatos lesivos sejam espécies.

Cumprido esclarecer que não se está a afastar a ideia de ato ilícito. Pelo contrário, tal ato como conduta comissiva ou omissiva, contrário ao direito, atrelado à noção de dolo ou culpa, continua caracterizando um pressuposto da responsabilização, porém apenas na modalidade subjetiva.

Ao considerar a responsabilidade objetiva, não há que se perquirir a culpa e nem mesmo necessariamente quem praticou o ato, o que conseqüentemente a afasta da compreensão de ato ilícito. Nesse caso, será responsável quem objetivamente “se encontra na posição mais adequada a conduzir a análise custo-benefício”, assumindo, inclusive, a possibilidade de evitar o dano.⁸

Daí a explicação pela adoção da locução *fato lesivo* em detrimento de *ato ilícito* como pressuposto geral da responsabilidade civil. Ou seja, busca-se com este apontamento

⁷ ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoria general de la responsabilidad civil*. 3.ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, p. 101-102.

⁸ CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. Seconda edizione. Milano: Giuffrè, 1997, p. 65.

atender aos dois sistemas de responsabilidade civil que coexistem atualmente no ordenamento jurídico brasileiro: responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva.

Culpa

Embora a culpa seja um pressuposto afeto apenas à responsabilidade subjetiva, discorrer-se-á sobre a mesma em razão da proximidade que possui com a problemática que envolve o tema da ameaça a direito como dano.

Para Orlando Gomes⁹, a culpa é o “termo geral com que se designa o elemento subjetivo da injúria em Direito Civil”. Sendo que, em sentido amplo, compreende o dolo. Ou pode-se dizer, como Erik Frederico Gramstrup¹⁰, que a culpa em sentido lato é o estado psicológico que abrange tanto a situação em que o sujeito se afasta do dever geral de cautela, como a circunstância em que o mesmo consciente e voluntariamente se dirige ao resultado antijurídico (dolo).

Já a culpa em sentido estrito pode ser decomposta em: 1) voluntariedade do comportamento do agente; 2) previsibilidade; 3) violação de um dever de cuidado. Podendo apresentar-se de três formas: 1) negligência (falta de observância de dever de cuidado); 2) imprudência (o sujeito atua contra as regras básicas de cautela); 3) imperícia (falta de habilidade específica para a realização de uma atividade técnica ou científica).^{11 e 12}

Historicamente a doutrina diferencia o “delito” do “quase delito”, dá-se este quando o agente age por culpa (negligência, imprudência ou imperícia), e naquele quando age intencionalmente a violar um dever jurídico, aproximando-se do dolo.¹³ Naquele caso, a culpa ainda pode ser desdobrada em graus: grave, leve e levíssima.

⁹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. rev. atua. e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 439.

¹⁰ GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Responsabilidade civil na engenharia genética*. São Paulo: Federal, 2006, p. 28.

¹¹ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, Pablo Stolze; Rodolfo. *Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil*. v. III. 6 rev. e atua. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 126-129.

¹² O Código Civil, em seu artigo 186, apenas menciona negligência e imprudência. Contudo, entende-se que a opção do legislador foi simplesmente exemplificativa.

¹³ JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*. v. II. 3. ed. Paris: Recueil Sirey, 1933, p. 210-211.

Caio Mário da Silva Pereira¹⁴ afirma que pela culpa grave, embora não seja intencional, seu autor “comportou-se como se o tivesse querido”, o que inspirou o adágio “*culpa lata dolo aequiparatur*”. Já a culpa leve é a falta de diligência média que o homem normal teria, e a culpa levíssima é a “falta cometida em razão de uma conduta que escaparia ao padrão médio, mas que um *diligentissimo pater familias*, especialmente cuidadoso, guardaria”.

Carlo Castronovo¹⁵ ressalta que, embora haja uma tendência moderna a desconsiderar a culpa, esta não pode ser descartada haja vista que ela é necessária para que se fixe a imputação, sob pena de não se assegurar a responsabilização. Ademais, a responsabilidade civil baseada na culpa é mais condizente com os casos em que não há desequilíbrio entre as partes.

É bem verdade que um sistema baseado apenas na culpa tem como um dos efeitos colaterais transmitir às pessoas a ideia de que elas apenas se devem preocupar quando incorrem em culpa, o que é reprovável moralmente.¹⁶

O posicionamento mais razoável, portanto, é aquele em que se pode harmonizar a responsabilidade civil baseada na culpa inclusive com a possibilidade de presumi-la ou ignorá-la em alguns casos –, com a responsabilidade civil objetiva.

Dano

Considerando a particularidade do tema proposto, o pressuposto dano será tratado pormenorizadamente no próximo tópico.

Nexo de causalidade

Normalmente ao ingressar no tema do nexo causal, não há uma preocupação em definir a causa, passa-se imediatamente ao exame do contingente da mesma. Em sentido inverso, Erik Frederico Gramstrup¹⁷, ao investigar a origem da palavra causa, descobre que, surpreendentemente, a mesma tem origem grega e era empregada com sentido jurídico,

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 79.

¹⁵ Op. cit., p. 64-65.

¹⁶ VILLEY, Michel. Op. cit., p. 145.

¹⁷ *Responsabilidade civil na engenharia genética*, p. 107.

significando “acusação” ou “imputação”, o que teria dado origem ao verbo latino *caveo*, “precavejo-me” ou “defendo-me”.

Importa desde já salientar que o nexos causal não pode ser confundido com a culpa, pois não há a investigação se o sujeito agiu com culpa ou se assumiu o risco para causar a lesão.

Pontes de Miranda¹⁸ afirma que o “nexos causal há de ser verificado entre o *fato* e o *dano*, e não sempre entre o devedor e o dano, porque o ato ilícito não é a única fonte dos deveres de indenizar”.

Segundo Karl Engisch¹⁹, todas as vezes em que se persiste no paralelo entre a causalidade jurídica e a causalidade natural levantam-se para o jurista dificuldades práticas difíceis de serem solucionadas. Assim, entre a hipótese legal e a consequência jurídica existe uma causalidade que não é baseada na natureza, mas na vontade da lei; pois, “o Direito pode coligar a quaisquer factos quaisquer consequências jurídicas”.

Ricardo Luiz Lorenzetti²⁰ ressalta que a pergunta não se situa muito mais em se “causou ou não o dano”, mas em se “é justo ou não que o sujeito responda”.

A dificuldade de compreensão do nexos causal, assim, decorre de um possível efeito cascata, ou seja, um fato desencadeou outro, que por sua vez desencadeou outro, e assim sucessivamente até a ocorrência do dano. Então, qual nexos deverá prevalecer? Ou ainda, um fato ocasionou um dano, que por sua vez desencadeou outro dano, e assim sucessivamente. Dessa forma, até onde há o dever de indenizar?

Diversas teorias foram criadas na tentativa de se solucionarem os problemas. Luiz da Cunha Gonçalves²¹ assim as exemplifica: teoria da culpa inicial; teoria da última condição; teoria da causa eficiente; teoria da equivalência das condições; teoria da causalidade adequada. Sendo que as duas últimas possuem papel de maior relevo.

A teoria da equivalência das condições (*condictio sine qua non*) entende como causa todos os fatores que tenham concorrido para a produção do efeito danoso. Assim, faltando

¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 184.

¹⁹ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Caloste Gulbenkian, 2004, p. 59-60 e 65.

²⁰ LORENZETTI, Ricardo Luís. La responsabilidad civil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 46, p. 41-76, 2003, p. 62-63.

²¹ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso brasileiro*. v. II – Direito das Obrigações. São Paulo: Max Limonad, 1951, p. 576.

qualquer um deles, o evento não ocorreria.²² Como consequência tem-se o risco de criar uma “infinita espiral de concausas”²³.

Na causalidade adequada, não se busca precisar ao certo se um fato produziu determinado dano, mas se possui grau elevado de probabilidade. Ou seja, se a causa em abstrato e isoladamente tiver o condão de ter o dano como consequência natural, será considerada como nexos causal.

Somadas às supracitadas correntes, encontra-se a explicação de Agostinho Alvim²⁴ para o nexos causal. Trata-se da teoria do dano direto e imediato (também chamada de interrupção do nexos causal), a qual estaria presente nos códigos de 1916 e 2002. Esta teoria, segundo o autor, deu origem a diversas escolas doutrinárias, mas a que melhor a explica é a que se reporta à necessidade da causa. Assim,

Suposto certo dano, considera-se causa dêle a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente. Ela é a causa necessária desse dano, porque a êle se filia necessariamente; é causa única, porque opera por si, dispensadas outras causas. Assim, é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano.

Caso, por exemplo, concorram duas ou mais causas de forma simultânea para a verificação do prejuízo, haverá a responsabilidade solidária de todos os agentes.²⁵

Em se tratando de culpa concorrente, prevista no artigo 945²⁶ do Código Civil, este fato não serve para quebrar o nexos de causalidade, mas apenas resulta na possibilidade de redução da indenização.

Dessa forma, no entendimento de Agostinho Alvim, a teoria do dano necessário é a explicação que melhor se encaixa ao atual Código Civil. Todavia, ressalta o autor que esta forma atribuída ao nexos causal (entenda-se relativamente tanto à cadeia de fatos como à

²² Cf. ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 345.

²³ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. *Revista trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, ano 2, v. 6, p. 1-19, abr-jun/2002, p. 6.

²⁴ Op. cit., p. 356.

²⁵ Art. 942, *caput*: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

²⁶ “Art. 945. 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”.

cadeia de danos) deve ser bastante elástica para adequar os casos em que se recomenda a equidade.

Segundo Gustavo Tepedino²⁷, este entendimento chamado de nexos causal dentro da teoria da causalidade direta ou imediata – também conhecida como teoria da interrupção do nexos causal –, é o que prepondera no Supremo Tribunal Federal. Aliás, na jurisprudência brasileira,

diante de uma pluralidade de causas, a investigação do magistrado realiza-se mediante três indagações: (1.º) Cuida-se de causas sucessivas (uma direta e as demais indiretas, que lhe deram causa) ou simultâneas (todas diretas e concorrentes)? Se todas as causas são diretas, evidenciando-se, pois, o vínculo de necessariedade de todas elas em relação ao dano, procedendo-se em seguida à valoração da preponderância, de modo a excluir algumas delas, ou à repartição do dever de indenizar entre seus responsáveis, quando não é possível estabelecer a preponderância.

Em se tratando, ao revés, de causas sucessivas, pergunta-se? (2.º) Há necessariedade entre o conjunto de causas e o evento danoso? Se a resposta for negativa, exclui-se o dever de indenizar. Se positiva, passa-se à terceira indagação: (3.º), relativamente à preponderância ou equivalência de uma ou de algumas causas indiretas. Em se tratando da pluralidade de causas necessárias (concorrentes ou sucessivas), a solução se desloca para o critério da preponderância das causas ou, considerando-as equivalentes, para a repartição do dever de reparar.

Erik Frederico Gramstrup²⁸ ressalta que a responsabilidade civil e a responsabilidade penal também se aproximam quanto à solução eclética que envolve o nexos de causalidade. Pois, como bem lembrado, o Código Penal, em seu artigo 13 adota a teoria da equivalência de condições, que, porém, é temperada, no § 1.º, pela teoria da causalidade adequada.²⁹ Sendo que “a perquirição do que seja causa obedece a considerações de valor e equidade que se impõem em inevitável casuística”.

Imputação

Antes de adentrar o estudo da imputação, último pressuposto da responsabilidade civil, convém esclarecer que a mesma não se confunde com a imputabilidade.

²⁷ TEPEDINO, G. Op. cit., p. 4.

²⁸ *Responsabilidade civil na engenharia genética*, p. 116 e 120-121.

²⁹ “Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. §1.º A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado, os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou”.

A palavra imputabilidade, quando assim empregada, traz como seu significado as condições pessoais (consciência e vontade) daquele que praticou o ato lesivo. Para que ocorra é necessário que haja capacidade de entendimento e de autodeterminação do agente.³⁰ Sendo que, a imputabilidade não serve para definir a culpa como um de seus elementos, pois se trata apenas de uma das suas consequências.³¹

Segundo Pontes de Miranda³²:

A noção de *imputação* tem aqui lugar próprio para ser precisada e esclarecida. Imputar, *imputare*, é oriundo de *puto*, *putare*, que é cortar; imputar é cortar de modo que fique algo dentro, é marcar. Quem amputa retira o que corta. Quem reputa lembra o corte. Tudo se passa objetivamente. Por isso, pode-se imputar ao devedor, ou ao credor, a responsabilidade ou carga dos riscos. Não importa quem o causou, nem a imputação depende de dolo ou culpa. [...] Imputar não é inculpar.

Modernamente a obrigação é entendida como um processo, ou seja, um complexo de fatos direcionados a um fim. Assim, a responsabilidade civil, como fonte de obrigação, também deve ser situada como processo. Para tanto, tem-se que a responsabilidade civil é imputação do dever de reparar o dano causado, ainda que o nexo de causalidade tenha ocorrido em virtude da equidade. Dessa maneira, não haveria de se falar de responsabilidade civil se não houvesse uma sanção para a conduta indevida.

A imputação vem exatamente neste sentido de encerrar o ciclo da responsabilidade civil, ou seja, atribuir a alguém o dever de cumprir a sanção que estabelecida em lei.

Novamente se fala de um liame e de um corte nas contingências, mas este nexo não deve ser confundido com o causal.

Conforme já salientado, o nexo causal relaciona o fato lesivo ao dano em concreto, ao passo que a imputação promove o liame entre aquele que recebe a configuração de devedor e o dever de cumprir uma sanção estabelecida.

Kelsen³³ também observa que a imputação não é a ligação de uma determinada conduta com a pessoa que assim se conduz. Neste caso, não seria necessária uma norma

³⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 7: responsabilidade civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47.

³¹ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delectuelle et contractuelle*. t. 1. 3. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1938, p. 461-462.

³² Op. cit., p. 70.

³³ Op. cit., p. 91 e 102-103.

jurídica para dizê-lo, pois "a conduta de modo algum se deixa separar do homem que a realiza". E mais:

Quando, na hipótese de um homem praticar um ato meritório, um pecado ou um crime, se põe a questão da imputação, esta não é a questão de saber quem praticou o ato meritório, o pecado ou o crime. Essa é uma questão de fato. A questão moral ou jurídica da imputação põe-se assim: quem é responsável pela conduta em apreço? E essa questão significa: quem deve por ela ser premiado, fazer penitência ou ser punido? São a recompensa, a penitência e a pena que são imputadas, como consequências específicas, a um específico pressuposto. E o pressuposto é a conduta que representa o mérito, o pecado ou o crime. A imputação da recompensa ao mérito, da penitência ao pecado, da pena ao crime inclui em si a imputação à pessoa – única imputação que é posta em evidência no uso corrente da linguagem.

Por fim, das lições de Machado Neto³⁴ se depreende que a causalidade situa-se na lógica do ser, “que é categoria específica do mundo natural (se é A, é B), enquanto que a imputação é uma categoria peculiar da normatividade, a qual trata de um enlace normativo entre o suposto normativo e sua consequência (dado A deve ser B)”.

2.2 CRÍTICA À REDAÇÃO DO ARTIGO 186 DO CÓDIGO CIVIL

O termo ilícito³⁵ é proveniente do latim (*illicitus = il + licitus*), o que traduz a ideia daquilo que é contrário à lei. Também corresponde às expressões *torto* em italiano, e *entuerto* no espanhol. O que deixa clara a ideia do que não é certo, daquilo que contém uma distorção e não necessariamente o que produz um dano.³⁶

Orlando Gomes³⁷ obtempera que a conduta ilícita e o ato ilícito não se confundem, o que, conseqüentemente, demonstra que o ato ilícito não é sinônimo de antijurídico. E mais, “[à] ação humana contrária ao Direito denomina-se, *lato sensu*, *ato ilícito*, mas toda conduta ilícita do indivíduo não configura *necessariamente* ato ilícito”.

A explicação para este pensamento é que o ato ilícito em sentido estrito seria uma infração direta e imediata de um preceito jurídico, somado à consciência pelo sujeito de que

³⁴ MACHADO NETO, Antônio Luís. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 137.

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Da ilegitimidade. *Jornal Carta Forense*. Divulgado em 04 set. 2006. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=475>>. Acesso em: 21 abr. 2010.

³⁶ MEIRA, José de Castro. O ilícito civil e o ilícito penal. *BDJur*. Brasília - DF, 26 mar. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16730>>. Acesso em: 01 fev. 2010, p. 2. Cf. ainda GOMES, O. Op. cit., p. 438.

³⁷ GOMES, O. Op. cit., p. 437.

estava procedendo ilicitamente. Ainda segundo Orlando Gomes³⁸, se não houver estes dois fatores, o “ato que pratica não é, nesse caso, *ato ilícito*, apesar de ser antijurídico”.

Assim, relativamente à redação do Código, encontram-se as pertinentes críticas de José Carlos Moreira Alves³⁹, José de Aguiar Dias⁴⁰ e João de Matos Antunes Varela⁴¹ quanto à opção de incluir o dano na configuração do ilícito, presente na redação do artigo 186. Pois, na verificação da ilicitude não há a necessidade de verificação do efeito que a mesma produz.⁴²

2.3 CONSEQUÊNCIAS

Já que a imputação consiste em promover a relação entre o devedor e a atribuição da sanção imposta em virtude do ato indevido, cumpre, em primeiro plano, esclarecer quais são as possíveis sanções jurídicas para, só então, passar às modalidades que se apresentam na responsabilidade civil.

Segundo Maria Helena Diniz⁴³, a sanção está sempre ligada à possível violação de uma norma. A norma moral pode ter uma sanção individual e interna (arrependimento, vergonha). A norma de trato social pode comportar sanção externa (desconsideração social). Quanto ao ordenamento jurídico, cumpre esclarecer que a sanção é a consequência prevista na norma, e a coação é a sua aplicação efetiva.

Não existem ordens sociais completamente desprovidas de sanção. Poder-se-ia dar como exemplo a moral, que, por isso mesmo, costuma-se distinguir do Direito, como ordem instituidora de sanção. Mas o próprio Kelsen⁴⁴ fala do caráter retributivo que também pode estar contido no sistema moral, já que Deus evidentemente oferece recompensas celestiais. Ou mesmo a desaprovação ou aprovação moral, por parte dos semelhantes, constitui uma espécie

³⁸ Op. cit., p. 437. Ainda no mesmo sentido JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 62.

³⁹ ALVES, José Carlos Moreira. Conferência Inaugural da I Jornada de Direito Civil, (Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr.). Brasília: CJP, 2003, p. 24-25.

⁴⁰ Op. cit., p. 33-34.

⁴¹ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. v. I, Coimbra: Almedina, 2005, p. 532.

⁴² Cf. também Paolo Gallo: “il danno non costituisce infatti un presupposto essenziale dell’illecito civile”. (*Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 8).

⁴³ *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 372-374.

⁴⁴ Op. cit., p. 30.

de sanção. "A única distinção de ordens sociais a ter em conta não reside em que umas estatuem sanções e outras não, mas nas diferentes espécies de sanções que estatuem".

A sanção jurídica, no entendimento de Norberto Bobbio⁴⁵, se distingue da sanção moral por ser externa, assim como também se diferencia da social por estar institucionalizada, ou seja, "por estar regulada com as mesmas formas e por meio das mesmas fontes de produção das regras primárias" Tal institucionalização, sem dúvida, confere uma maior eficácia normativa a qual está relacionada à sanção.

Evidentemente a moral reforça a imperatividade jurídica, mas a maioria das normas jurídicas possui suas próprias sanções, as quais são "consequências desfavoráveis" previstas na norma para o caso de infração do regramento desta. Entretanto, as sanções não são fatos, mas o "conteúdo de uma regra jurídica que prevê a violação de uma regra de conduta".⁴⁶

Machado Neto⁴⁷, seguindo a doutrina de Cossio, expõe que são dois os enunciados presentes na norma jurídica. O primeiro, chamado de endonorma, é o pressuposto básico do direito cujo conteúdo refere-se à prestação ou ao dever jurídico. O outro enunciado, denominado perinorma, está ligado à consequência pelo descumprimento do dever jurídico, ou seja, contém uma sanção.

As normas jurídicas podem ser classificadas quanto à previsão de uma sanção da seguinte forma: *leges perfectae* (a sanção é a inexistência ou nulidade do ato contrário à disposição endonormativa); *leges plus quam perfectae* (possui uma sanção que além de retornar a situação ao *stato quo ante* ilícito, pode acarretar um castigo); *leges minus quam perfectae* (não anula o ato, apenas castiga o seu autor) e *leges imperfectae* (não possuem sanções estabelecidas).⁴⁸

Nas lições de Francesco Carnelutti⁴⁹, de modo geral, um preceito é a formulação da regra ética para um caso específico, ou seja, é a fórmula de aplicação desta regra. Sendo que, na maioria das situações, para que tal preceito seja atendido, o mesmo precisa de uma

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá – Colombia: Temis, 1999, p. 110-113. Tradução livre de: "por estar regulada com las mismas formas y por medio de las mismas fuentes de producción de las reglas primarias".

⁴⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira*. 4. ed. rev. Ed. Verbo, 1987, p. 30-31 e 51.

⁴⁷ MACHADO NETO, A. L. Op. cit., p. 144-145.

⁴⁸ Ibid., p. 137.

⁴⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999, p. 111-116. Neste mesmo sentido ver BOBBIO, Norberto. Op. cit, p. 105.

imposição. Assim, ou o preceito é atendido ou pode haver uma imposição para o seu descumprimento, a qual pode ser física ou econômica. “Estes meios de diferente natureza em que se resolve a imposição do preceito recebem o nome de sanções. Sancionar significa precisamente tornar, qualquer coisa que é o preceito, inviolável ou sagrada”.

Para José de Aguiar Dias⁵⁰, embora as sanções se subdividam em repressiva e restitutiva, fundamentalmente as mesmas se identificam pela finalidade que se lhes impinge, a de preservar a norma estabelecida.

A sanção, no entendimento de Carnelutti⁵¹, se subdivide em:

- 1) restituição – restabelecimento da situação anterior à observância do preceito;
- 2) pena – alude ao mal que deve afligir o transgressor, “denuncia o caráter econômico da sanção, a qual coloca quem tenha a tentação de transgredir, entre dois males: o mal da observância [...] e o mal da inobservância do preceito”;

Na diferenciação entre a restituição e a pena, aduz Carnelutti: “a restituição resolve-se no sacrifício de um interesse idêntico, e a pena no sacrifício de um interesse diverso do interesse a sacrificar segundo o preceito; correlativamente, a restituição tem caráter de satisfação e a pena, caráter aflitivo”.

3) ressarcimento – espécie híbrida entre a restituição e a pena, a qual se constitui “no sacrifício de um interesse diferente do interesse sacrificado pelo preceito, mas a ele equivalente”;

4) reparação⁵² – também é uma forma híbrida, já que possui ao mesmo tempo caráter aflitivo e satisfatório, porém, trata-se do “sacrifício de um interesse compensativo desse mesmo interesse”.

José de Oliveira Ascensão⁵³ destaca a necessidade de se estudar os tipos de sanção para que se possa alcançar o sentido da coercibilidade, já que esta desemboca sempre na suscetibilidade de aplicação de sanções. Assim sendo, o citado autor complementa a sua ideia:

As várias espécies de sanções não se distinguem entre si por traços estruturais, ou por representarem específicas figuras jurídicas: distinguem-se pela *função* que desempenham. Propõem-se sempre impor uma consequência desfavorável em

⁵⁰ Op. cit., p. 109.

⁵¹ Op. cit., p. 115.

⁵² João Casilo entende que “reparar” traz a ideia de pôr aos pares, igualar. (CASILO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 50).

⁵³ Op. cit., p. 50-51.

reacção à violação duma regra, podendo ter finalidade: - compulsoria; - reconstitutiva; - compensatória; - preventiva; - punitiva.⁵⁴

A compulsória visa restabelecer a ordem que foi descumprida, o mais próximo possível antes da violação. Assim, tende a levar o infrator a adotar a conduta devida, ainda que tardiamente. Citam-se como exemplos: a prisão, no caso de prisão por dívida, e o direito de retenção.⁵⁵

De maneira mais frequente, aparecem as reconstitutivas, entendidas como reconstituição em espécie, *in natura*, do estado anterior.⁵⁶

Por outro modo, se a reconstituição natural não for possível, ou não for equitativa, surge a compensação como um possível remédio em substituição àquela ou em concomitância com a mesma. Ocorre sempre através de uma indenização pelos danos sofridos. “Com esta não se procura chegar a uma identidade da fotografia final com a que se verificaria se tivesse havido a observância da regra, antes se visa constituir uma situação que, embora diferente, seja todavia, valorativamente equivalente à primeira”.⁵⁷

A sanção punitiva, por sua vez, possui um carácter simultâneo de sofrimento e de reprovação para o infrator. É uma pena que pode representar não apenas penas criminais, mas também penas civis, como no caso da indignidade, e ainda na esfera administrativa, como as penas disciplinares.⁵⁸

Por fim, a sanção preventiva objetiva – como indica a própria nomenclatura –, evitar violações futuras. Por exemplo, a liberdade condicional ou vigiada, vencimento antecipado de dívida parcelada por falta de pagamento de uma das parcelas etc.⁵⁹

Diante das variadas formas em que a sanção se apresenta, importa salientar que uma sanção não exclui a outra, ou seja, pode haver a cumulação de variadas sanções em relação a uma única violação.⁶⁰

⁵⁴ O autor faz uma ressalva quanto às sanções premiaias, as quais se constituem em vantagens e não em desvantagens. (Ibid., loc. cit.)

⁵⁵ ASCENSÃO, J. de O. Op. cit., p. 52.

⁵⁶ Ibid., p. 54.

⁵⁷ Ibid., p. 58. No mesmo sentido cf. MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delectuelle et contractuelle*. t. 3. 4 ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1950, p. 413 e 427.

⁵⁸ ASCENSÃO, J. de O. Op. cit., p. 60.

⁵⁹ Ibid., p. 61.

⁶⁰ Ibid., p. 51.

Particularmente quanto ao tema em apreço, observa-se que a responsabilidade civil, ainda que em princípio vise compensar os prejuízos sofridos pelas vítimas, não fecha os olhos quanto à repressão de comportamento indevidos causadores de danos.⁶¹

3. A AMEAÇA A UM DIREITO COMPREENDE UM DANO?

Segundo Mosset Iturraspe⁶² existe uma forte tendência nos Direitos francês, belga e italiano em admitir o dano não apenas sobre a base do direito lesionado, mas também sobre a de interesse suficientemente estável e certo.

O dano como ameaça a um direito não se confunde, contudo, com lucro cessante, nem com a ideia de perda de uma chance: “Lo que importa distinguir, insistimos, es si la situación es ya definitiva, un hecho consumado, o si por el contrario depende de un acontecimiento a devenir futuro e incierto, como es la probabilidad de atenuación o agravación del daño ya ocurrido”.⁶³

Por outro lado, cumpre ressaltar que não se está a tratar de uma simples ameaça ou de uma situação puramente eventual ou hipotética, mas uma ameaça a direito com probabilidade suficiente de uma existência futura.⁶⁴

A resposta ao citado questionamento – a ameaça a um direito compreende um dano? – implica na solução de intrincados problemas da responsabilidade civil contemporânea, como a possibilidade de majoração de quantias reparatórias no intuito de prevenir outros danos que possam ser provocados não apenas pelo próprio agressor, mas também referente a terceiras pessoas.

Ao que parece, o Código Civil e o Código de Processo Civil já responderam parcialmente este questionamento quando viabilizam medidas cautelares protetivas de direitos, os quais ainda não sofreram uma lesão em concreto. Nestes casos, aqueles que

⁶¹ Cf. CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans as fonction de peine privée*. Paris: L.G.D.J, 1995, p.22.

⁶² MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por Daños*. t. I – Parte general. Santa Fé: Rubinzal–Culzoni, 2007, p. 256.

⁶³ Ibid, p. 265.

⁶⁴ Ibid, p. 258-259.

oferecem ameaças a direitos de outrem são chamados a responder civilmente por suas condutas indevidas.

Neste contexto, observando a realidade brasileira acerca dos pressupostos e das consequências da responsabilidade civil é que se discorrerá nos próximos tópicos sobre a abrangência do dano e os objetivos da responsabilidade para, só então responder ao questionamento ora formulado.

3.1 Definição e abrangência de dano

Entre as inúmeras definições ofertadas pela doutrina relativamente ao dano, cita-se aquela que parece ser ao mesmo tempo a mais precisa e demonstra maior concisão. Assim, Antônio Menezes Cordeiro⁶⁵ afirma que o dano é a “supressão ou diminuição de uma situação favorável que estava protegida pelo ordenamento”.

Em respaldo à definição retro citada, transcreve-se a advertência de Clóvis do Couto e Silva⁶⁶: “[a] importância da noção jurídica de interesse é que ela determina a extensão do dano que alguém esteja obrigado a indenizar”.

O dano, tanto quanto o fato lesivo e o nexo de causalidade, é elemento imprescindível para a responsabilização, ainda que seja considerado de forma presumida.⁶⁷ Dessa maneira, o mesmo não pode ser considerado como o único elemento ou o mais importante para a responsabilidade civil.

Alguns exemplos comumente são citados como exceção à regra da imprescindibilidade do dano, tais como juros, cláusula penal, multa penitencial, arras etc. Trata-se de equívoca interpretação, pois não se tratam de casos em que necessariamente falte o dano, mas sim de dispensa de comprovação do mesmo, pela presunção da sua ocorrência.

Neste mesmo sentido, Agostinho Alvim⁶⁸ elogia a redação do artigo 927⁶⁹ do Código de 1916, reproduzida no atual artigo 416, quando menciona que para a exigência da pena

⁶⁵ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português*. v. I - Parte geral, tomo I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 419.

⁶⁶ O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 667, 1991, p. 8.

⁶⁷ Cf. GOMES, O. Op. cit., p. 440.

⁶⁸ *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, p. 180.

⁶⁹ “Art. 927. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo”.

convencional independe de alegação de prejuízo e não “independente de prejuízo” como se poderia pensar.

A doutrina oferece diversas classificações para o dano. Exemplificativamente tem-se o rol apresentado por Antônio Menezes Cordeiro⁷⁰: a) lícito e ilícito (dependendo do tipo de atuação que lhe deu origem); b) naturais e humanos; c) ressarcíveis e compensáveis (dependendo da possível indenização); d) emergente e lucro cessante (varia se a utilidade já era existente ou se estava por vir); e) patrimonial e moral (dependendo da natureza do bem lesado).

Nos dois primeiros casos, não parece haver tipos diferentes de danos. Ora, lícita ou ilícita é a conduta que deu origem ao dano, mas não o dano em si. Igualmente ocorre com a classificação do dano em natural e humano, já que se está referindo à causa do dano, e não a uma modalidade de dano.

No Brasil, o dano patrimonial não está ligado à noção de previsibilidade. A regra é que o devedor responde por todos os danos decorrentes de sua conduta, previsíveis ou não.⁷¹ Para tanto, o artigo 402⁷² determina que na quantificação do dano deve-se observar não apenas aquilo que se perdeu, como também o que razoavelmente se deixou de ganhar.

Relativamente ao dano moral, considerável doutrina⁷³ vem entendendo que a nomenclatura mais adequada seria dano extra-patrimonial. Normalmente o fundamento é que o dano moral é espécie do qual o dano extra-patrimonial é gênero, cujo conteúdo além de moral, seria físico⁷⁴, estético⁷⁵ etc.

⁷⁰ Op. cit., p. 419.

⁷¹ ALVIM, Agostinho. Op. cit., p. 212.

⁷² “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 ganhar”.

⁷³ Cf. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Indenização e equidade no Código Civil de 2002. In: CARVALHO NETO, Inácio de. Op. Cit., p. 106. CASILO, J. Op. cit., p. 40. Cf. ainda, no mesmo sentido, o Código Civil português (arts. 494 e 496) e o Código Civil alemão (§§ 253, 847 e 1.300).

⁷⁴ Cf. Agostinho Alvim, o qual defende que o dano moral obviamente abrange a dor física. (op. cit., p. 221).

⁷⁵ “O dano estético é entendido como o prejuízo decorrente da perda, deformação ou diminuição funcional dos órgãos ou membros em virtude de lesão corporal ao indivíduo. Ele é distinto dos sentimentos, sofrimentos, desgostos, amarguras, fenômenos psíquicos, enfim, tudo aquilo que se refere às reações íntimas produzidas na vítima em decorrência de tal lesão e que importam em dano moral indenizável”. (KROETZ, M. C. do A. Considerações acerca da fixação do montante da indenização por dano moral. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 161).

Não há como imaginar, contudo, uma possibilidade de dano extra-patrimonial que, ao mesmo tempo, prescindida da dor.⁷⁶

Ao adotar o entendimento do dano extra-patrimonial, preenchido por diversos tipos de danos, obtém-se como resultado, na verdade, uma exemplificação das diversas faces dos direitos de personalidade.

Jorge Mosset Iturraspe⁷⁷, embora entenda que a terminologia seja inadequada – por existir a possibilidade de confusão entre as obrigações moral e jurídica –, utiliza a designação dano moral pela tradição jurídica em torno da mesma. E quanto à substância deste dano, afirma que “sin sufrimiento no hay daño moral”.

Nesse mesmo sentido coloca-se Agostinho Alvim⁷⁸:

Ainda adotando a locução preconizada por esses autores, *dano não-patrimonial*, vemos logo que são dois elementos nela existentes: 1.º dano e 2.º não-diminuição do patrimônio.

Logo, se o dano, por pressuposto, não diz respeito ao patrimônio; e se por pressuposto, também, não pode haver dor moral nem física [...]; se assim é, não sabemos em que consistirá esse dano moral, que nem é dor, nem prejuízo.

Yussef Said Cahali⁷⁹ explica que a expressão dano moral não se contrapõe ao físico, mas ao patrimônio. E é por este motivo somado à força da tradição com que o “dano moral” se impôs no direito –, que tal autor também prefere esta expressão.

Rosa Maria de Andrade Nery⁸⁰ opta pela terminologia dano moral, até mesmo pela compreensão que tem de patrimônio. Este não deve ser entendido como um composto econômico formado por ativo e passivo; mas como o conjunto daquilo que é susceptível de se tornar objeto de direito os “bens”. Então, conclui que os direitos em tela fazem parte, em uma linguagem coloquial, do patrimônio “moral” de alguém. Aliás, chega mesmo a afirmar que não é correta a diferenciação entre dano moral e dano material.⁸¹

Ainda acerca dos danos morais, cabe a afirmação de que os mesmos também podem ser oriundos de uma relação negocial. Obviamente não se trata de qualquer desconforto

⁷⁶ ALVIM, Agostinho. Op. cit., p. 220.

⁷⁷ *Responsabilidad por Daños*. t. V – El daño moral, p. 10-12. Segundo o autor, melhor seria dano à pessoa.

⁷⁸ *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, p. 220.

⁷⁹ CAHALI, Yussef Said. *Dano e indenização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 7.

⁸⁰ NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Dano moral e patrimonial: fixação do valor indenizatório. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 21, p. 11-22, 2005, p. 15.

⁸¹ Em sentido semelhante, Ricardo Luis Lorenzetti denomina danos patrimoniais e danos à pessoa. (Op. cit., p. 55).

causado pelo simples inadimplemento, mas refere-se à situação em que verdadeiramente o sujeito é atingido na sua personalidade em virtude de extrapolar a função social do negócio jurídico.

Com o objetivo de afastar as críticas referentes às reparações milionárias fixadas em razão de danos morais nos Estados Unidos, Catherine Sharkey⁸² apresentou uma nova categoria de dano/reparação: a compensação por danos sociais; os quais são os prejuízos materiais ou imateriais que atingem a coletividade como um todo.

A referida autora defende ainda, que a distribuição deve ser mediante um fundo especializado em benefício das pessoas atingidas pelo dano, ou que sejam distribuídas indenizações diretamente aos prejudicados, ou até mesmo com soluções outras que atendam à mesma finalidade. Como exemplo desta última possibilidade, cita a decisão criativa de um juiz no Estado de Ohio que – ao apreciar o caso de um marido viúvo que litigava contra uma companhia de seguro, a qual maliciosamente deixou de prestar cobertura para tratamento de câncer da sua esposa –, determinou que o montante vultoso fixado como *punitive damages*⁸³ poderia ser destinado à pesquisa do câncer ao invés de ser atribuído a um fundo.

Em posicionamento semelhante, Antônio Junqueira de Azevedo⁸⁴ entende que a categoria de “dano social” é a melhor forma de fugir à limitação presente no *caput* do artigo 944, *in verbis*, “A indenização mede-se pela extensão do dano”. Posto 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 toda a sociedade, num rebaixamento imedido do nível de vida da população. Causa o dano social. Isto é particularmente evidente quando se trata da segurança, que traz diminuição da tranqüilidade social, ou de quebra da confiança, em situações contratuais ou para-contratuais, que acarreta redução da qualidade coletiva da vida.

3.2 Diferença entre dano e prejuízo

Importante observação a ser formulada na contemplação do dano é quanto à sua relatividade. Assim, pergunta Agostinho Alvim⁸⁵: “o devedor está obrigado a indenizar o dano abstratamente considerado, ou o dano que o credor efetivamente sofreu?”

⁸² SHARKEY, Catherine. Punitive Damages as Societal Damages. *The Yale Law Journal*, v. 113:347, 2003. Disponível em: <www.yale.edu/yalelj>. Acesso em: 1 abr. 2010.

⁸³ Indenização punitiva.

⁸⁴ Op. cit.. 371 e 374

Daí há quem faça a diferenciação entre o dano e o prejuízo, na qual o dano se situa no plano material e o prejuízo, no campo jurídico.⁸⁶

Neste sentido observa-se o teor do artigo 1069 do Código Civil argentino: “El daño comprende no sólo el perjuicio efetivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que este Código se designa por las palabras pérdidas e intereses”.

Em outros termos, o dano também pode ser analisado sob a perspectiva de uma lesão ao interesse de outrem, ou apenas como um resultado objetivamente considerado. Por isso Juan M. Prévôt⁸⁷ afirma que o dano possui funções polivalentes, podendo ser traduzidas nas seguintes acepções: dano injusto⁸⁸ – relativo ao interesse jurídico (dano evento); e dano como prejuízo, ou seja, as consequências que devem ser reparadas (dano consequência). Salienta, ainda, o citado autor que, há muito, no Direito Penal é feita a distinção entre os crimes de conduta e os crimes de evento, exigindo também modificação da realidade social.

Classicamente não se admite o dano evento isoladamente, já que para configurar-se a principal função da responsabilidade civil, o ressarcimento, far-se-ia necessária a presença do prejuízo.⁸⁹

Em posição diametralmente oposta, existe o entendimento de que o ilícito civil pode subsistir independentemente de algum prejuízo em concreto.⁹⁰

Juan Prévôt afirma que a corrente intermediária demonstra maior plausibilidade no contexto atual, já que entende ser necessária a distinção das hipóteses de danos patrimoniais e danos morais. Neste caso, a lesão por si própria já é danosa para a vítima, ao passo que naquele caso, faz-se necessária a consequência danosa. Assim, muitas vezes, quando se fala

⁸⁵ *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, p. 213.

⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil: dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da Decadência. Da prova.* v. III, t. II (arts. 185-232). 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 35.

⁸⁷ PRÉVÔT, Juan M. La polivalente función del daño y sus concomitancias con la relación de causalidad. Publicado em 2008. Disponível em: <<http://www.astrea.com.ar/frames.php?what=/files/articles/doctrina0233.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2010, p. 1.

⁸⁸ Art. 2043 do Código Civil italiano: “Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno (Cod. Pen. 185)”.

⁸⁹ PRÉVÔT, J. M. Op. cit., p. 3-4.

⁹⁰ Ibid., loc. cit.

de dano presumido em lesões morais, em concreto, trata-se do ressarcimento do dano evento em si (o que servirá de fundamento para a indenização por perda de uma chance).⁹¹

3.3 O princípio *neminem laedere* e a função social da responsabilidade civil

Voltando os olhos para a origem histórica da responsabilidade civil, salienta-se que não é fácil precisá-la. Aliás, conforme já mencionado, parece ser inerente ao ser humano a necessidade de reação perante uma lesão.

A ideia de proporcionalidade – implícita no princípio *neminem laedere* –, pode ser situada antes mesmo de Cristo, através dos ensinamentos gregos. Pois, embora não tenham construído uma ciência do Direito, nem muito menos uma sistematização do direito privado, os gregos foram os primeiros a elaborar uma ciência política, a qual acabou por influenciar os regimes políticos das civilizações ocidentais.⁹²

Na perspectiva da proporcionalidade, os ensinamentos de Aristóteles (385-322 a.C.) destacam-se sobremaneira, para quem o Direito Natural é “aquele conjunto de prescrições, emanadas da natureza do homem, e que este deve seguir, a fim de atingir a sua finalidade na existência, que é a realização de suas potencialidades”. Ou seja, tais atributos se encontram em cada homem, e iguais proporcionalmente por terem as mesmas prescrições e possibilidades de exercício.⁹³

E assim completa Carlos Nicolau Galves⁹⁴ acerca dos pensamentos de Aristóteles:

Mas o homem vive em sociedade: é um ‘animal político’. Isto impõe que se precise mais o assunto. O Direito é um conjunto de regras de conduta que os homens devem obedecer em sua vida social, a fim de possa ser nela respeitada a sua natureza. Assim, o fim do Direito é assegurar que, na vida social, cada homem possa encontrar aquelas condições para realizar o seu ser: o Direito procura dar a cada um o seu. Ora, dar a cada um o seu é a definição da Justiça. O Direito tem por objetivo a Justiça. Esta é, como vimos, algo vinculado à natureza humana, serve a esta.

Precisamente, o princípio *neminem laedere* encontra-se nas lições de Ulpiano, no Digesto:

⁹¹ Ibid., p. 5.

⁹² GRAMSTRUP, Erik Frederico. Evolução histórica do direito privado – sistemas jurídicos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coordenadores). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 73.

⁹³ GALVES, Carlos Nicolau. *Manual de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 114.

⁹⁴ Ibid., p. 115.

ULPIANUS, LIBRO PRIMO REGULARUM

Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, **alterum non laedere**, suum cuique tribuere. Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia. (sem destaque no original)

Tradução:

A justiça é a vontade constante e perpétua de atribuir a cada um o seu. Os preceitos do direito são os seguintes: viver honestamente, não prejudicar outrem, atribuir a cada um o seu. A jurisprudência é a ciência do justo e do injusto, baseada num conhecimento das coisas divinas e humanas.⁹⁵

Alterum non laedere é expressão sinônima do conhecido princípio *neminem laedere* e significa o imperativo de que as pessoas não podem prejudicar as demais.

Miguel Reale⁹⁶, ao realçar a alta compreensão moral que os jurisconsultos romanos tiveram da vida jurídica, assim caracteriza os preceitos fundamentais do Direito: "viver honestamente" – inspiração estoica, segundo o ideal de alcançar felicidade com fiel subordinação à natureza, aos ditames da razão; "não prejudicar a outrem" – de forma negativa, não impondo o dever de fazer algo, mas a obrigação de não causar dano; "dar a cada um o que é seu" – lição aristotélica da justiça distributiva, como proporção do homem para homem segundo seus méritos.

Tradicionalmente entende-se que este segundo preceito do direito, qual seja, o *neminem laedere* é o princípio inspirador para a responsabilidade civil.

Atualmente é possível compreender que a amplitude do *neminem laedere* permite consequências como medidas repressivas, bem como preventivas de dano, como se depreende da sua positivação na Constituição Federal, especialmente, artigo 5º, incisos X e XXXV:

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.

XXXV - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Pietro Perlingieri⁹⁷ destaca que a única possibilidade de efetivação da democracia na sociedade bilateral é o respeito recíproco, a igualdade moral e jurídica, em que há um

⁹⁵ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 97-98.

⁹⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 630-631.

⁹⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 40.

direcionamento para a dignidade da pessoa humana. E, certamente, um dos meios a serem utilizados para alcançá-la é através de medidas sócio educativas e punitivas.

Outro aspecto constitucional que integra essa tratativa é a preservação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental. Nesse sentido, a Constituição Federal traz consigo o dever de respeito mútuo entre todos os cidadãos como um direito inato e vital, no sentido de não violação.⁹⁸

Também, Luigi Ferri⁹⁹ aponta que a dignidade da pessoa humana pressupõe a existência de uma sociedade jurídica na qual a pessoa possa realizar-se em si mesma. Assim, a lesão à individualidade dos outros é negar a própria individualidade.¹⁰⁰

Paralela à dignidade, encontra-se a solidariedade, a qual se refere ao interesse superior do pleno desenvolvimento do homem, ou seja, ao princípio fundamental de ordem pública¹⁰¹, o que vem ao encontro da finalidade preventiva e até mesmo punitiva da responsabilidade civil.

Assim, embora haja uma ideia inicial de que a função social da responsabilidade civil se circunscreva unicamente às possibilidades de indenização e reparação; com uma visão crítica sobre tal função conclui-se que, além de tais objetivos, abrange também as possibilidades de prevenção e punição.

Neste sentido, a Constituição Federal quando estatui que o direito de resposta será proporcional ao agravo além da indenização, indubitavelmente considera que ao aferir o *quantum debeatur*, a gravidade da conduta lesiva deve ser considerada.

Não é demais ressaltar que entre os direitos e liberdades fundamentais encontram-se o princípio da prevenção de danos e a integridade da pessoa, inclusive tendo eficácia e efetividade nas relações de direito privado¹⁰². Dessa forma, uma de suas consequências é a possibilidade da punição de quem quer que ameace ou lesione o direito de outrem.

⁹⁸ NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Cadernos de direito civil constitucional*: Caderno 2, p. 178.

⁹⁹ FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Tradução espanhola. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1969, p. 243-244.

¹⁰⁰ Segundo José Manuel de Arruda Alvim, pode-se falar de dignidade social para melhor compor a valorização do indivíduo presente na sociedade em que vive. (ALVIM, José Manoel de Arruda. Direitos sociais: qual é o futuro? *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 403, p. 3-30, maio/junho 2009, p. 5).

¹⁰¹ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 37.

¹⁰² DONNINI, R. Ferraz. Prevenção de danos e a extensão do princípio *neminem laedere*. In: *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 494.

Frequentemente se diz que ao Direito Civil não cabe punir, posto que seria voltar no tempo e reunificar as responsabilidades civil e penal. No Brasil talvez este equívoco se dê pela interpretação isolada do artigo 944 do Código Civil¹⁰³, o qual, em seu *caput*, determina que a indenização seja mensurada pela extensão do dano.

Ao interpretar tal artigo, recorde-se que o dano não pode ser compreendido apenas como dano consequência, mas também na acepção dano evento.

José de Aguiar Dias¹⁰⁴ repreende o citado dispositivo, pois em seu parágrafo único, possibilita a redução da indenização quando houver desproporção entre a culpa e o prejuízo. Conforme o autor, “pequenas faltas podem produzir grandes danos, como mostra a fábula da guerra perdida em consequência da ferradura que se soltou do cavalo do guerreiro”.

Por outro lado, também não se pode desconsiderar que existem pequenos danos que foram provocados por atos inescrupulosos e que, nem por isso, deveriam acarretar uma pequena indenização.

Abstraindo-se do texto legal, toda pessoa, em maior ou menor medida, tem ideia da retidão de conduta. Mais do que isso, a criança cresce com a noção de certo e errado, com critérios de culpa. Dessa forma, parece óbvio que uma falta intencional deve ser punida com maior severidade do que aquela involuntária.¹⁰⁵

O próprio Código Civil, ao longo do seu texto, diferencia a gravidade da conduta, o que possibilita o efeito punitivo da responsabilidade civil.¹⁰⁶

Ainda em comentário ao citado artigo 944, o mesmo é alvo do enunciado de número 379 da IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal: “O art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”.¹⁰⁷

4. Considerações finais

¹⁰³ *Caput* do art. 944: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

¹⁰⁴ Op. cit., p. 37.

¹⁰⁵ JOSSERAND, L. Op. cit., p. 223.

¹⁰⁶ Cf. os artigos 392, 416, 418, 768, 769, 929 etc.

¹⁰⁷ Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados?searchterm=jornada>>. Acesso em: 08 fev. 2010.

A responsabilidade civil possui um importante papel na sociedade que é o de apaziguar os conflitos, bem como prevenir eventuais danos que possam advir. Conseqüentemente, não se pode restringir a sua função atribuindo-lhe um caráter meramente indenizatório.

Ao tratar pontualmente do dano como pressuposto da responsabilidade civil, o mesmo deve ser compreendido em seus dois aspectos: o dano evento e o dano consequência.

Assim, o dano entendido como uma lesão a uma situação favorável compreende a ideia de que a ameaça a direito é um dano. Obviamente que não se pretende em todos os casos acarretar uma indenização, mas possibilitar atribuir uma resposta relativamente à conduta indevida, em conformidade com as possíveis modalidades de sanção conferidas pelo ordenamento jurídico. Neste caso, ressalta-se que responder não significa necessariamente dispendir certa soma em dinheiro em benefício da vítima.

REFERÊNCIAS

- ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoria general de la responsabilidad civil*. 3.^a ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997.
- ALVES, José Carlos Moreira. Conferência Inaugural da I Jornada de Direito Civil, (Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr.). Brasília: CJP, 2003.
- ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 1972.
- ALVIM, José Manoel de Arruda. Direitos sociais: qual é o futuro? *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 403, p. 3-30, maio/junho 2009.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. Uma perspectiva luso-brasileira. 4. ed. rev. Ed. Verbo, 1987.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Teoria geral das obrigações*. 9. ed. rev. e atua. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá – Colombia: Temis, 1999.
- CAHALI, Yusef Said. *Dano e indenização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999.
- CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans as fonction de peine privée*. Paris: L.G.D.J, 1995.
- CASILO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. Seconda edizione. Milano: Giuffrè, 1997.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português*. v. I - Parte geral, tomo I. Coimbra: Almedina, 2007.

- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 7: responsabilidade civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DONNINI, R. Ferraz. Prevenção de danos e a extensão do princípio *neminem laedere*. In: *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Caloste Gulbenkian, 2004.
- FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Tradução espanhola. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1969.
- GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, Pablo Stolze; Rodolfo. *Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil*. v. III. 6 rev. e atua. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1996.
- GALVES, Carlos Nicolau. *Manual de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. rev. atua. e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso brasileiro*. v. II – Direito das Obrigações. São Paulo: Max Limonad, 1951.
- GRAMSTRUP, Erik Frederico. Evolução histórica do direito privado – sistemas jurídicos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coordenadores). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. *Responsabilidade civil na engenharia genética*. São Paulo: Federal, 2006.
- JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
- JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*. v. II. 3. ed. Paris: Recueil Sirey, 1933.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KROETZ, Maria Cândida do Amaral. Considerações acerca da fixação do montante da indenização por dano moral. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. tomo I. Trad. y notas Jaime Santos Briz. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. La responsabilidad civil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 46, p. 41-76, 2003.
- MACHADO NETO, Antônio Luís. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delectuelle et contractuelle*. t. 1 e 3. 4 ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1950.
- MEIRA, José de Castro. O ilícito civil e o ilícito penal. *BDJur*. Brasília - DF, 26 mar. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16730>>. Acesso em: 01 fev. 2010.

- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por Daños*. t. I e V. Santa Fé: Rubinzal–Culzoni, 2007.
- NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Cadernos de direito civil constitucional: Caderno 2*.
- NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Dano moral e patrimonial: fixação do valor indenizatório. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 21, p. 11-22, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Da ilegitimidade. *Jornal Carta Forense*. Divulgado em 04 set. 2006. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=475>>. Acesso em: 21 abr. 2010.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.
- PRÉVÔT, Juan M. La polivalente función del daño y sus concomitancias com la relación de causalidad. Publicado em 2008. Disponível em: <<http://www.astrea.com.ar/frames.php?what=/files/articles/doctrina0233.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2010.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Indenização e equidade no Código Civil de 2002. In: CARVALHO NETO, Inácio de. (coord.). *Novos Direitos - Após Seis Anos de Vigência do Código Civil de 2002*. Curitiba: Juruá, 2009.
- SHARKEY, Catherine. Punitive Damages as Societal Damages. *The Yale Law Journal*, v. 113:347, 2003. Disponível em: <www.yale.edu/yalelj>. Acesso em: 1 abr. 2010.
- SILVA, Clóvis do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 667, 1991.
- TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. *Revista trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, ano 2, v. 6, p. 1-19, abr-jun/2002.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil: dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da Decadência. Da prova*. v. III, t. II (arts. 185-232). 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. v. I, Coimbra: Almedina, 2005.
- VILLEY, Michel. Esboço histórico sobre o termo responsável. Trad. André Rodrigues Corrêa. *Revista Direito GV*. São Paulo. v. 1, n. 1, maio/2005.