

## INTRODUÇÃO

No tocante à responsabilidade civil como instituto do direito civil, as influências nela operadas foram profundas de modo a harmonizar os mandamentos constitucionais aos seus elementos e pressupostos, cuja essência é eminentemente de direito privado, mas que ganharam uma interpretação constitucional, o que se convencionou denominar de constitucionalização do direito civil.

Esse fenômeno visa atender às crescentes mudanças sociais ultimamente ocorridas e às profundas transformações operadas pela globalização, mormente no mundo ocidental.

Nessa esteira, aliados ao fenômeno da constitucionalização do direito civil, houve uma relativização do patrimônio, no tocante à responsabilidade civil, em detrimento dos direitos da pessoa humana. O que proporcionou a possibilidade de tratar, hoje, de outras espécies de danos, como o injusto e o extrapatrimonial.

Justifica-se, por sua vez, a investigação do tema proposto visto existirem, ainda, inúmeras lacunas normativas a respeito desse assunto – novos danos –, principalmente, no tocante aos chamados danos injustos e extrapatrimoniais. Daí a necessidade de os estudiosos do Direito contribuírem para uma construção normativa sólida capaz de suprir as inúmeras lacunas ainda existentes sobre esse assunto. Aliás, esse é o objetivo geral da pesquisa.

Para tanto, visando analisar de modo percuciente a matéria e partindo de uma metodologia de pesquisa teórica faz-se necessário que se verifique a ocorrência, para que haja a responsabilidade civil, não apenas a ocorrência do dano, mas que esse seja injusto, ou seja, que tenha ocorrido lesão a interesses juridicamente tutelados, pouco importando se o fato é ilícito ou não, desde que haja prejuízo material ou moral.

Quanto aos critérios para o ressarcimento dos danos extrapatrimoniais destaque para o instituto da compensação como meio de proporcionar ao ofendido alguma satisfação pelo abalo sofrido, embora esse não seja o único mecanismo para que referida reparação se concretize a contendo pelo ofendido.

Nessa perspectiva, a responsabilidade civil contemporânea não se restringe a um mero instrumento jurídico na solução dos conflitos individuais, ao contrário, com as mudanças perpetradas no instituto, ela funcionalizou-se e hoje se revela como um verdadeiro instrumento de tutela da pessoa humana, apto a solucionar os conflitos, tanto individuais como os coletivos, atendendo, na sua plenitude, às diretrizes do solidarismo, seguidas pelo Código Civil e pela Constituição Federal que servirão de bases de fundamentação para o presente artigo.

## **1. O DANO INJUSTO COMO ELEMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

O dano ganha especial relevância quando nos debruçamos sobre a responsabilidade civil, pois constitui em si mesmo o fator determinante do dever de reparação, haja vista que o pressuposto da responsabilização civil é o desequilíbrio social que a conduta do agente acarreta à vítima e ao Estado, sob a perspectiva do objetivo de prevenção geral da atividade de governabilidade.

Sob a ótica estatal e de acordo com os ensinamentos de GHERSI (1997), o dano seria o produto da frustração da atuação do Estado por parte da governabilidade social que objetiva prevenir a ocorrência de danos e promover a pacificação social.

Nessa perspectiva, é válido lembrarmos que, dentro de uma ótica contratualista, cada ser humano, que se encontrava no estágio de selvageria, opta por outorgar parcela de suas liberdades com a finalidade de organizar o meio social e possibilitar a convivência pacífica e, por meio do que se denominou de vontade geral, concebe o Estado.

Sob o aspecto das relações sociais modernas e diante da complexidade que elas suscitam – ante os interesses antagônicos que permeiam o capital e o trabalho – o dano ocorre pela dialética entre a proteção do ser humano – objetivo do Estado – e o interesse econômico dos agentes financeiros que almejam desenvolver-se sem assunção de riscos e mediante a transferência de encargos (GHERSI, 1997).

Nesse contexto, o dano possui como causa única, a dialética social dos interesses antagônicos dos atores sociais, porém, pode se manifestar de formas variadas. E diante da inevitabilidade da ocorrência de danos, nessa perspectiva, o Direito trabalha com a realidade de riscos e danos toleráveis, cuja imprescindibilidade precisa ser alvo da reflexão para que a convivência social seja possível e que a instabilidade das relações humanas e das lesões que dela se originam sejam vislumbradas sob a perspectiva da responsabilidade civil e do ressarcimento.

Nesse ponto, é válido nos licenciarmos para uma breve explanação sobre os direitos fundamentais, em suas variadas dimensões, e que, em síntese, constituem-se valores substanciais e amparam as pretensões de ressarcimento.

A terminologia aqui adotada – dimensões – em detrimento de outras constantes em textos diversos (gerações, eras ou fases) objetiva apenas traduzir a concepção de um processo de integralização e contextualização entre esses direitos e afasta-se de uma ideia de substituição ou reinvenção desses direitos e a divisão elaborada a seguir inspira-se naquela adota por WOLKMER (2012).

Os direitos de primeira dimensão, que representam a vitória da classe burguesa nos séculos XVIII e XIX, são os direitos civis e políticos e caracterizam-se pela individualidade. São vinculados à liberdade, à propriedade, à segurança, e à resistência às diversas formas de opressão.

Os direitos de segunda dimensão, que são os direitos sociais, econômicos e culturais, são fundados nos princípios da igualdade e com alcance positivo, pois não são contra o Estado, mas ensejam sua garantia e concessão a todos os indivíduos por parte do poder público.

Os direitos de terceira dimensão são metaindividuais, direitos coletivos e difusos, direitos de solidariedade e direito ao desenvolvimento, pois dizem respeito à proteção de categorias ou grupos de pessoas.

Os direitos de quarta dimensão também denominados de *novos direitos* referem-se à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética e tratam dos direitos específicos que têm vinculação direta com a vida humana.

Os direitos de quinta dimensão são direitos advindos da sociedade e das tecnologias da informação, do ciberespaço e da realidade virtual em geral.

A configuração do dano nasce da ofensa a um direito subjetivo de outrem, motivo pelo qual o ressarcimento se constitui quando há descumprimento de um dever objetivo que corresponde ao direito subjetivo protegido e que pode ser sintetizado no dever de não causar dano a outrem.

No entanto, além desse contexto, pode haver dano sem que haja ofensa a direito subjetivo, na hipótese em que a lesão se consolida em relação a um interesse juridicamente relevante.

O interesse que pode ser alvo de lesão e, portanto pode ser tornar objeto de ressarcimento é aquele que, a despeito não constituir direito subjetivo, figura como destinatário da tutela jurídica ante a afirmação das exigências que a dialética social inaugura e que, por integrarem o conteúdo das necessidades humanas – que se afasta de uma concepção abstrata meramente retratada em institutos jurídicos e se desloca para uma concepção concreta ligada aos sujeitos e às relações – tornam-se relevantes para o Direito.

A tutela desses interesses relevantes para o Direito se dá, entre outras formas, por meio do reconhecimento da possibilidade de dano injusto quanto este interesse for lesionado e da necessidade de ressarcimento, ainda que ausente um direito subjetivo violado.

Nesse sentido, o que caracteriza a injustiça do dano e impõe a sua ressarcibilidade não se aloja, apenas, na ofensa a direitos subjetivos, mas configura-se também pela lesão de uma situação juridicamente relevante, e compõe o ilícito.

De acordo com as lições de ZWEIGERT e KÖTZ (2002) a tarefa da teoria que se aloja sobre o dano está em selecionar aquelas situações que se tornam relevantes para o ordenamento jurídico diante de seus valores fundamentais e que possam justificar o ressarcimento, diante da infinidade de situações que compõem o organismo social.

Antes que nos adentremos ao conceito de dano injusto, se faz necessário que se compreenda o que é o dano justo. Por este dano, entende-se aquele que traz com ele uma causa excludente da responsabilidade civil, isentando o causador do ato da obrigação de ressarcir a vítima. Existem hipóteses em que um dano, que seria indenizável, é causado, mas dele não nasce o dever de reparação, por exemplo, nos casos em que ocorre fortuito – sem possibilidade de previsibilidade ou também denominado fortuito externo – ou um caso de força maior.

Portanto, dano injusto é aquele dano que gera a obrigação de ressarcimento por uma lesão causada, sem que haja uma causa capaz de romper o nexo de causalidade, é o dano indenizável. Nesse sentido, para que haja responsabilidade civil não basta que haja dano, mas este tem que ser injusto.

Outros doutrinadores diferenciam dano justo do dano injusto ao considerarem o dano justo como o que é justificado por princípios constitucionais e o dano injusto se caracterizaria pela lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela. Portanto, é preciso fazer uma ponderação entre os interesses da vítima e os do ofensor.

Assim, partindo-se desse prisma, os elementos do dano seriam: a) a certeza; b) a imediatidade e c) a injustiça do dano.

Corroborando o entendimento acima, a respeito do conceito de dano injusto SANSEVERINO (2010) ensina que o terceiro elemento seria, portanto, a injustiça do dano, exigindo-se, dessa forma, a ofensa indevida a um interesse da vítima, direto ou por ricochete, tutelado pelo ordenamento jurídico. Em outras palavras, o fato gerador da responsabilidade civil fere interesses legítimos da vítima ou de terceiros.

O Código Civil, por meio de seu artigo 186, regulou as consequências dos danos injustos, extrapolando o campo da compensação por dano moral, como ocorria até então, tomando-se como base o que prescrevia a Constituição Federal de 1988.

Aliás, quando se discute a injustiça do dano nessa perspectiva, não se examina se o fato imputado ao agente é lícito ou ilícito, mas, sim, a natureza dos interesses que foram lesados. Na verdade, está em julgamento a ocorrência de um fato que causou uma ofensa a interesses de outra pessoa, devendo, pois, verificar-se se esses são, ou não, juridicamente relevantes para efeitos de sua proteção com o ressarcimento dos prejuízos causados.

O dano injusto, portanto, passa a ser considerado um novo elemento da responsabilidade civil contemporânea, advinda de conduta ilícita e lícita.

Desse modo, não é suficiente a constatação de um prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial para que o dano seja qualificado como injusto e a vítima faça jus ao ressarcimento. Assim, faz-se necessária uma ofensa a interesse juridicamente tutelado.

GOMES (1980) qualificava como:

[...] a mais interessante mudança” na teoria da responsabilidade civil o que ele chamou de “giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto”, que permite “detectar outros danos ressarcíveis que não apenas aqueles que resultam da prática de um ato ilícito. Substituindo-se, em síntese, a noção de ato ilícito pela de dano injusto, mais amplo e mais social.

Modernamente, assinala MORAES (2003) que se procurou desvincular a ideia de injustiça da ideia de antijuridicidade, estabelecendo critérios mais amplos capazes de englobar, também, interesses que são dignos de tutela jurídica e, que, por isso, ao serem lesionados passam a fazer incidir sobre o infrator o direito deste de ressarcir a vítima pelos prejuízos causados a ela.

Dentre várias conceituações a mais consistente considera dano injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto extrapatrimonial e patrimonial fundamental da dignidade humana, há necessidade que haja ressarcimento, eis que não se aceita, nesses casos, que a vítima permaneça sem ressarcimento.

Assim, importante ressaltar que a injustiça do dano extrapatrimonial, que o torna indenizável, não pode estar vinculada a sentimentos negativos, grandes ou pequenos, da vítima, mas deve ser inferida por meio da vinculação, direta, ao bem jurídico tutelado, ao interesse ou direito da pessoa humana, merecedor de tutela jurídica.

## **2. O DANO PATRIMONIAL E EXTRAPATRIMONIAL**

A doutrina e jurisprudência têm admitido uma maior valorização de um dos pressupostos da responsabilidade civil, o dano, que ganha maior importância, além do campo probatório, onde antes se restringia.

O dano se define como *“um fato jurídico gerador da responsabilidade civil, em virtude do qual o ordenamento atribui ao ofendido o direito de exigir a reparação, e ao ofensor a obrigação de repará-lo”* (BAPTISTA, 2003).

Para STOCO (1997), o dano que interessa ao estudo da responsabilidade civil é:

o que constitui requisito da obrigação de indenizar. Sendo assim, o dano será indenizável sempre que criar a obrigação jurídica de reparação em que o lesado é credor, e o causador do dano ou terceiro são os devedores.

Com maior precisão, DINIZ (1997) elencou seis requisitos para que se possa configurar o dano como sendo indenizável. São os seguintes:

i – diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa; ii – efetividade ou certeza do dano; iii – causalidade; iv – subsistência do dano; v – legitimidade e vi – ausência de causas excludentes de responsabilidade.

Há, atualmente, uma tendência de flexibilização na estrutura da responsabilidade civil, de modo que o dano, antes arraigado na visão materialista, exigível numa demonstração palpável, vem gradualmente ganhando espaço na doutrina e jurisprudência como elemento capaz de, por si só, ainda que seja ele imaterial, fundamentar as decisões judiciais voltadas ao ressarcimento dos prejuízos causados às vítimas em razão dos mais diversos tipos de danos – chamados pela doutrina de novos danos.

O direito civil, de um direito-proprietário, passa a ser visto como uma regulação de interesses do homem que convive em sociedade, que deve ter um lugar apto a propiciar o seu desenvolvimento com dignidade. Fala-se, portanto, em uma despatrimonialização do direito civil, como consequência da sua constitucionalização o que influi diretamente na teoria da responsabilidade civil.

Aliás, BARROSO (2006) adverte:

A constitucionalização do direito privado deve provocar uma reformulação na arquitetura dos principais institutos jurídicos que ele congrega, permeados historicamente pelo individualismo patrimonialista, sem se ocupar em sua transposição político-cultural da proteção da pessoa humana e da solidariedade social.

De acordo com os ensinamentos de TEPEDINO (2001), o que se verificou foi uma inserção no texto constitucional de princípios relacionados a temas que antes não integram-se na constituição, mas eram reservados às codificações privadas como, por exemplo, a função social da propriedade; os limites da atividade econômica; a organização da família e outras problemáticas que, a despeito de constituírem conceitos de direito civil são reportados ao texto constitucional.

Feitas essas observações iniciais, necessário se faz traçar as caracterizações, as quais nos permitirão classificar um dano em patrimonial ou extrapatrimonial.

De acordo com as lições de GHERSI (1997) o dano se classifica em dano patrimonial e extrapatrimonial. Essa classificação representa, para ele, apenas a recepção dos interesses e aspirações burguesas, sendo melhor representada por uma conceituação de danos econômicos e danos extraeconômicos.

Na categoria dos danos econômicos (patrimoniais) são espécies, segundo artigo 402 do Código Civil, dano emergente (dano positivo) e o lucro cessante (dano negativo).

Por lucro cessante entende-se como sendo a redução da capacidade instrução laborativa ou profissional e da capacidade de gerar riquezas no processo de acumulação. Ou seja, seria tudo o que razoavelmente se deixou de lucrar.

Já por dano emergente entende-se como o decréscimo patrimonial consequente à lesão, isto toda perda econômica em razão da lesão.

Nesse sentido, os danos patrimoniais ou materiais constituem prejuízos ou perdas que atingem o patrimônio corpóreo de alguém. Pelo que consta nos artigos 186 e 403 do Código Civil não cabe reparação de dano hipotético ou eventual, necessitando tais danos de prova efetiva, em regra.

Os danos extraeconômicos são lesões aos atributos da pessoa humana considerada em si mesma e podem se subdividir em danos morais, psíquicos, biológicos e estéticos, conforme veremos a seguir.

Ou seja, o dano moral é aquele em que a lesão agride os sentimentos humanos (dor; sofrimento) e sua reparação encontra-se dentro de um critério de compensação e satisfação da vítima, pois a indenização e o retorno ao *status quo* é inalcançável.

Ao conceituar o dano moral, MORAIS (2003) define como sendo uma lesão aos direitos personalíssimos que integram a personalidade do indivíduo e que não detém qualquer conotação econômica (patrimônio ideal).

Em outras palavras, a mesma autora define danos morais como aqueles que atingem atributos valorativos, ou virtudes, da pessoa como ente social, ou seja, integrada à sociedade.

Ocorre que a maioria dos autores, que se ocupam em distinguir dano moral do patrimonial, assim como a jurisprudência majoritária, vem divergindo do conceito de dano moral, eis que este não mais se restringe aos direitos da personalidade.

Dessa forma, tanto será dano moral reparável o efeito não-patrimonial de lesão a direito subjetivo patrimonial – dano moral subjetivo, quanto à afronta a direito da personalidade – dano moral objetivo. Sendo, ambos admitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Importante frisar, com a edição da Sumula nº. 37 do Superior Tribunal de Justiça – STJ reconheceu-se a possibilidade de cumulação, em uma mesma ação, de pedido de ressarcimento de danos materiais e de morais. Além disso, a Constituição Federal em seu artigo 5º também fez menção à reparação moral, sem que esta precise estar atrelada à indenização material.

Por fim, destaca-se, além disso, com relação ao dano moral que este independe de provas para sua configuração. Isso, porque a violação se dá na personalidade da vítima. Nesse caminho, segue-se a concepção moderna da reparação do dano moral no sentido de tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto. Bastando, assim, para sua configuração, a violação.

Já o dano psíquico é aquele em que a lesão acarreta uma modificação da personalidade e conduz a alterações psicopatológicas.

O dano estético seria aquele que impõe uma lesão à beleza física, em suas variadas formas, e danifica a autoimagem do ser humano e sua apresentação em sociedade.

Por dano biológico entende-se como sendo a lesão à integridade psicofísica, genética ou que implicar em danos à saúde.

O autor GHERSI (1997) enumera, ainda, o dano espiritual, como nova categoria de dano, que atinge o núcleo íntimo do ser humano e que se relaciona com a subjetividade da fé e da espiritualidade.

### **3. O GÊNERO DANO EXTRAPATRIMONIAL E A ESPÉCIE DANO MORAL**

O dano extrapatrimonial é aquele cuja lesão não atinge um direito ou interesse com conteúdo econômico, mas afeta à vítima em seus atributos da personalidade e pode ter como consequências o transtorno e o sofrimento, em regra.

A barreira criada pela doutrina e jurisprudência brasileiras em torno da possibilidade de ressarcimento dos danos extrapatrimoniais apenas foi definitivamente rompida com o advento da Constituição Federal de 1988. Até lá, foi percorrido um longo caminho que inicia com o rechaço quase geral à reparabilidade do dano moral, pois, entre outros argumentos, considerava-se imoral a compensação da dor com dinheiro.

Ocorre que a quantificação dos danos extrapatrimoniais, uma vez constatada sua existência em um caso concreto, não se submete aos mesmos procedimentos aplicados na quantificação dos danos materiais, como é sabido, e muitas são as dificuldades acerca da correta fixação do *quantum*.

Para melhor compreender as especificidades atinentes à quantificação do dano extrapatrimonial, é conveniente realizar uma breve distinção entre as espécies de dano e suas respectivas formas de indenização.

De maneira geral, encontram-se duas tendências doutrinárias no que tange à distinção entre dano patrimonial e extrapatrimonial. A primeira delas traz como elemento diferenciador a natureza do bem lesado, ou seja, caso o dano incida sobre bens materiais o dano será considerado material ou patrimonial e caso o dano incida somente sobre bens imateriais, tidos como direitos de personalidade, o dano terá natureza extrapatrimonial. Essa conceituação também é chamada de teoria negativa.

A segunda corrente concebe-se a diferença entre dano patrimonial e extrapatrimonial em relação ao efeito da lesão provocada na vítima, conceituando o dano extrapatrimonial como o efeito não-patrimonial da lesão.

A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter de sua repercussão sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a bem não patrimonial, como dano extrapatrimonial por efeito da ofensa a bem material.

Seja em uma ou noutra corrente o que se tem como aceitável é que, de fato, o dano extrapatrimonial seria gênero, do qual o dano moral seria uma das espécies, como foi demonstrado no tópico anterior.

#### **4. O DANO RESSARCÍVEL**

Cumprido destacar, inicialmente, que o termo “dano ressarcível” não especifica o dano, uma vez que ele é utilizado para se referir à responsabilidade civil em geral. Diferentemente, portanto, das expressões dano patrimonial e extrapatrimonial, pois no primeiro caso, fala-se em indenização (reparação), já que houve prejuízos patrimoniais e no segundo, por sua vez, o que se tem é mera compensação, eis que há violação a bens desprovidos de valor econômico.

O ressarcimento de danos, por meio da responsabilização civil, sempre esteve intimamente ligado com dois critérios de seleção: (I) a culpa do agente causador do dano e (II) o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano suportado pela vítima.

No entanto, a contemporaneidade das demandas e reflexões que envolvem a responsabilidade civil acarretaram uma flexibilização desses critérios, cuja função era de classificar a aptidão das demandas para o estabelecimento da necessidade de ressarcimento.

Esse fenômeno de flexibilização se desenvolveu, em especial, por duas razões:

(a) Declínio da necessidade de culpa por meio dos mecanismos de presunção – que objetivavam evitar as injustiças ante a dificuldade de comprovação processual da culpa em determinados casos; da intensificação da teoria do risco da atividade que acabou por consagrar a responsabilidade objetiva e da construção de uma noção de culpa com base em uma conduta específica e concreta, distanciando-se de uma concepção de um modelo de conduta geral e abstrato e

(b) Afrouxamento da necessidade de demonstração do nexo de causalidade a fim de garantir discricionariedade ao julgador para fundamentação que assegure o ressarcimento à vítima.

Essa perspectiva de flexibilização dos critérios de seleção da responsabilidade guarda correspondência com uma sensibilidade íntima dos julgadores diante da necessidade de conferir respaldo à vítima de um evento danoso.

Diante desse contexto, o que se pôde notar foi uma tendência à expansão do dano que pode ser considerado ressarcível e, portanto, objeto da responsabilidade civil.

Esse crescimento se dá, contemporaneamente, em patamares quantitativos e qualitativos. Quantitativamente, pois o número de demandas judiciais que envolvem a responsabilidade civil acentuou-se de forma espantosa nos últimos anos; e qualitativamente porque os interesses sobre os quais se busca a tutela do Poder Judiciário se diversificaram amplamente.

Essa diversidade deve-se em razão da multiplicidade de bens e valores que justificam o respaldo jurídico; da extensão da titularidade de direitos e da concretude e especificidade das necessidades humanas, haja vista que o sujeito humano deixa de ser concebido de forma genérica e abstrata e passa a ser descrito pelo ordenamento jurídico em suas diversas formas de ser na sociedade (WOLKMER, 2012).

No entanto, esse fenômeno da flexibilização dos critérios de seleção da responsabilidade civil, de acordo com SCHREIBER (2011), precisa ser encarado com certa cautela, em especial, porque pode conduzir a uma discricionariedade judicial exacerbada e desprovida de parâmetros técnicos – se não meramente criativos – de fundamentação e uma explosão de lesões a interesses e valores, cujo respaldo jurídico se aparenta injustificável.

O que se pretende com essa afirmação não é que seja necessário retornarmos ao império da culpa, mas sim que se faz imperativa uma reflexão acerca de mecanismos de seleção para a definição de ressarcibilidade de dano, o que precisa ser feito com base nos valores constitucionais do ordenamento jurídico.

Essa interpretação à luz do texto constitucional acerca dos valores e interesses a serem tutelados pelo ordenamento jurídico tem o objetivo de enriquecer os princípios fundamentais e evitar a defesa de interesses insignificantes como, por exemplo, meros aborrecimentos e acontecimentos banais.

## **5. CRITÉRIOS PARA O RESSARCIMENTO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS**

Para CALDERALE (2005) é imprescindível que o dano possua relevância e que acarrete prejuízo em decorrência da violação ao direito subjetivo ou ao interesse tutelado para que se possa discutir o ressarcimento.

O critério mais amplo para a valoração do ressarcimento é aquele que objetiva o retorno à situação da vítima antes da ocorrência do dano e no âmbito do dano extrapatrimonial esse conceito se traduz na tentativa de proporcionar ao ofendido alguma satisfação a título de compensar o abalo e sofrimento acarretados. Portanto, a intensidade dessa satisfação deve guardar correlação com a extensão do dano suportado.

Como parâmetro para mensurar o ressarcimento devido, o artigo 944 do Código Civil dispõe sobre o conceito da integralidade da compensação ou indenização, porém este conceito precisa dialogar com a gravidade da lesão, garantindo-se o alcance da proporcionalidade como critério de ressarcimento. Na mesma linha de pensamento, VISINTINI (2001) conceitua o princípio da graduação da culpa, em que se exige uma parcela de gravidade da lesão para que haja responsabilidade de ressarcimento.

Esse diálogo entre a integralidade do ressarcimento e a extensão do dano deve ser feito por meio da análise de cada caso concreto sob apreciação com base em uma parcela de discricionariedade que deve ser conferida ao julgador, exigindo-se deste uma leitura do caso à luz do texto constitucional para a valoração do dano e uma ponderação dos interesses sociais mais relevantes, em observância ao conteúdo do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil.

Entre os critérios para o ressarcimento dos danos extrapatrimoniais, é possível elencarmos a identificação ou prova do dano; a natureza do ressarcimento; as formas de liquidação; o grau de culpa dos envolvidos, em caso de responsabilidade subjetiva, condições socioeconômicas das partes envolvidas; extensão do dano e intensidade da lesão.

A identificação ou prova do dano deve ser vislumbrada de forma flexível, pois enquanto o dano patrimonial exige prova cabal da sua ocorrência para que possa ter lugar posterior indenização, o dano extrapatrimonial não requer prova para configurar a responsabilização.

A natureza da compensação é fator importante como critério de ressarcimento dos danos extrapatrimoniais, tendo em vista que tais danos, em razão da diversidade de prejuízos à personalidade que envolvem e que só têm em comum o fato de não serem suscetíveis de quantificação pecuniária. Isso porque o pagamento do quantum indenizatório não é capaz de eliminar o prejuízo causado pela chamada dor moral, de maneira que a reparação possui natureza apenas satisfatória ou compensatória do dano.

A quantificação pecuniária do ressarcimento por dano extrapatrimonial, a qual está condicionada ao arbítrio do juiz, não estando ele adstrito a qualquer limite legal ou tarifa pré-fixada, traduz o argumento da alta carga de subjetividade das decisões pautadas unicamente pelas convicções pessoais dos julgadores.

A culpa, nos casos de responsabilidade civil subjetiva, que possui sua cláusula geral como resultado da combinação do artigo 927 com o artigo 186 do Código Civil, constituiu-se como um dos pressupostos para sua configuração, a existência de uma conduta culposa imputável a alguém e possibilita a introdução do juízo da culpa maior ou menor do ofensor como critério para a diminuição equitativa da quantificação do ressarcimento quando houver grande desproporção entre o dano e o prejuízo provocado.

A condição econômica e social das partes tem sido um dos critérios mais referidos pela jurisprudência no momento de dimensionar o montante devido a título de compensação por danos, ante a proporcionalidade que deve acompanhar esse arbitramento, a fim de evitar que a ocorrência de danos se traduza em uma modalidade de acumulação de riquezas.

O critério da extensão do dano pode ser entendido como a gravidade do fato em si, ou seja, esse critério trata da dimensão que o dano toma para a vítima - vez que o objetivo da compensação é justamente tornar sem dano, reparando o dano de forma mais completa possível.

A intensidade da lesão e o exame do sofrimento da vítima guarda relação com a avaliação das consequências do dano, ou seja, de que maneira o dano repercutiu na personalidade do ofendido. Sua importância não pode ser desconsiderada, pois ao levar-se em consideração o grau de sofrimento experimentado pela vítima está-se, em verdade, destacando o papel satisfatório ou compensatório do ressarcimento.

Nesse ponto, cabe-nos comentarmos a tendência de despatrimonialização do ressarcimento civil, já que existem outros mecanismos de reparação dos danos extrapatrimoniais, os quais se tornam cada vez mais satisfatórios ante a impossibilidade de pacificação social dos conflitos apenas por meio de instrumentos monetários.

Outro aspecto que desencadeia essa tendência é a meta de educação social e o caráter sancionador do agente causador do dano e que, por vezes, a fixação de somas econômicas não atinge ante o porte financeiro de determinados causadores de danos.

Nesse contexto, é relevante citarmos o instrumento da retratação pública que se torna um meio eficaz para a reconstituição de imagem e reputação de pessoas atingidas por danos à sua imagem, já que tem o condão de alcançar a mesma intensidade de divulgação que o dano atingiu.

A sensibilidade diante do caráter da lesão, principalmente dos danos à intimidade em geral, pode sugerir um retratação privada, ante a necessidade de assegurar o sigilo e confidencialidade dos fatos.

A retratação privada pode se dar nos autos do processo que objetive a responsabilidade civil ou ainda por meio de correspondência endereçada à vítima e torna-se um instrumento eficaz quando se refere a danos que, a despeito de representarem lesão aos direitos da personalidade, não ultrapassaram uma órbita privada ou exigem sigilo.

Inspirando-se no ideal de um sistema de responsabilidade civil que se oriente pela prevenção e precaução, é possível discorrermos também sobre a utilização de tutelas inibitórias – entendidas como formas preventivas de proteção de direitos que visam à contenção da ilicitude e de suas potencialidades lesivas – como modalidades de ressarcimento de danos extrapatrimoniais.

O ideal de precaução desenvolve-se pela concepção de eliminação dos riscos de lesão a direitos subjetivos ou interesses juridicamente relevantes deve ser o objetivo primordial do Estado, cuja função se orienta para a implementação de políticas públicas que permitam essa consolidação.

## **CONCLUSÃO**

De todo o exposto no artigo, objeto desse estudo, podemos chegar às seguintes conclusões.

Para que haja responsabilidade civil, modernamente, não basta que haja dano, mas este tem que ser injusto. Isso significa que se configurará o dano injusto quando houver lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela, o que exige uma ponderação entre os interesses da vítima e os do ofensor.

Nesse sentido, pode-se dizer que para a concretização do dano é preciso que haja o preenchimento de três requisitos, quais sejam a certeza, a imediatividade e, finalmente, o dano injusto. Nessa nova configuração do dano prioriza-se a vítima, já que se considera a natureza dos interesses juridicamente tutelados e lesionados e, não se o fato é lícito ou não, se houve prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial.

Atualmente, o dano tem ganhado posição de destaque na doutrina e na jurisprudência. O dano, objeto de estudo, seria aquele passível de gerar a obrigação de o ofensor reparar a vítima, seja indenizando-a, quando houver dano patrimonial, seja compensando-a, quando houver dano moral. Aliás, essa seria uma das distinções entre ambas as espécies de danos, patrimonial e extrapatrimonial.

Por patrimonial compreende-se o dano que cause prejuízos ou perdas que atinjam o patrimônio corpóreo de alguém. Ao passo em que os danos extraeconômicos seriam lesões aos atributos da pessoa humana considerada em si mesma e que podem se subdividir em danos morais, psíquicos, biológicos e estéticos. Independentemente, dessas definições, importante destacar o processo pelo qual tem passado o atual Código Civil com a despatrimonialização no que tange à configuração do dano.

Os danos extraeconômicos (ou extrapatrimoniais) são lesões aos atributos da pessoa humana considerada em si mesma e podem se subdividir em danos morais, psíquicos, biológicos e estéticos. Ou seja, seria todo aquele cuja lesão não atinge um direito ou interesse com conteúdo econômico, mas afeta à vítima em seus atributos da personalidade e tem como consequências o transtorno e o sofrimento.

Em atenção, a uma das espécies dele decorrente, encontra-se o dano moral, o qual se conceitua como lesão a sentimentos humanos cuja compensação encontra-se dentro de um critério de satisfação da vítima, pois a indenização e o retorno ao *status quo* é inalcançável.

De maneira geral, encontram-se duas tendências doutrinárias no que tange à distinção entre dano patrimonial e extrapatrimonial. A primeira delas traz como elemento diferenciador a natureza do bem lesado. A segunda corrente concebe a diferença entre dano patrimonial e extrapatrimonial em relação ao efeito da lesão provocada na vítima. Seja em uma ou noutra corrente o que se tem como aceitável é que, de fato, o dano extrapatrimonial seria gênero, do qual o dano moral seria uma das espécies.

Por dano ressarcível entende-se o dano em seu sentido generalizado, uma vez que ele é utilizado para se referir à responsabilidade civil em sentido amplo. Diferentemente, portanto, das expressões dano patrimonial e extrapatrimonial. No primeiro caso, fala-se em

indenização (reparação), já que houveram prejuízos patrimoniais. No segundo, por sua vez, o que se tem é mera compensação, eis que há violação a bens desprovidos de valor econômico.

Com a flexibilização dos critérios de seleção da responsabilidade civil, que se efetiva com a sensibilidade dos julgadores diante da necessidade de conferir respaldo à vítima de um evento danoso, houve uma expansão do dano que pode ser considerado ressarcível e, portanto, objeto da responsabilidade civil. No entanto, esse fenômeno da flexibilização precisa ser encarado com certa cautela, em especial, porque pode conduzir a uma discricionariedade judicial exacerbada e desprovida de parâmetros técnicos.

Diante dessa ressalva, torna-se imperativa uma reflexão acerca de mecanismos de seleção para a definição de ressarcibilidade de dano, o que precisa ser feito com base nos valores constitucionais do ordenamento jurídico.

Quanto aos critérios para o ressarcimento dos danos extrapatrimoniais tem-se, como o mais amplo para a valoração do ressarcimento, aquele que se traduz na tentativa de proporcionar ao ofendido alguma satisfação a título de compensar o abalo e sofrimento acarretado. Portanto, a intensidade dessa satisfação deve guardar correlação, na sua grande maioria, com a extensão do dano suportado.

Nesse sentido, faz-se necessário que haja um diálogo entre a integralidade do ressarcimento e a extensão do dano, que deve ser feito por meio da análise de cada caso concreto sob apreciação com base em uma parcela de discricionariedade que deve ser conferida ao julgador, exigindo-se deste uma leitura constitucional para a valoração do dano e uma ponderação dos interesses sociais mais relevantes.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BAPTISTA, Silvio Neves. **Teoria da obrigação geral do dano: de acordo com o novo código civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2003.

BARROSO, Lucas Abreu. **Novas fronteiras da obrigação de indenizar e da determinação da responsabilidade civil**. Questões controvertidas: responsabilidade civil. (coords.) DELGADO, Mario Luiz; Alves, Jones Figueredo. Vol.5. São Paulo. Ed. Método, 2006.

BIANCA, C. Massimo. **Realtà Sociale ed Effettività della Norma. Obbligazione e Contratti Responsabilità**. Milano: Giuffrè Editore, 2002, V.2.

CALDERALE, Alfredo. **Diritto Privato e Codificazione in Brasile**. Milano: Giuffrè, 2005.

DELGADO, Mario Luiz; Alves, Jones Figueredo (coords.) **Questões controvertidas: responsabilidade civil**. São Paulo: Método, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 7º volume, 11ª edição, São Paulo, Saraiva, 1997.

GHERSI, Carlos A. **Teoria general de lareparaciòn**. Buenos Aires: Editorial Astre de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999.

GOMES, Orlando. **Tendências modernas na civil teoria da responsabilidade**. In. Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues. São Paulo.Saraiva, 1980.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte. Del Rey, 2005.

JORGE, Fernando De Sandy Lopez Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1995.

LOTUFO, Renan. **Curso avançado de direito civil**. Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

REALE, Miguel. **O dano moral no direito brasileiro**. In. Temas de direito positivo. São Paulo. RT, 1992.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Principio da responsabilidade Integral – indenização no Código Civil**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2010.

SHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial**, 3ª edição, São Paulo. RT, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VISINTINI, Giovanna. **Dieciiezionedidirittocivile (Decima lesione: principigeneralinella disciplina dei fattiilleciti e nuoveareediapplicazione dela responsabilitàcivile)**. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos novos direitos**. In: WOLKMER, ANTONIO CARLOS. LEITE, JOSÉ RUBENS MORATO (organizadores). **Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZWEIGERT, Konrad. KÖTZ, Hein. **Introducciònderecho comparado**. Trad. Arturo ApariceoVazquez. Hamburgo: Oxford Univerzity Press (México), 2002.