

Reflexões sobre o dano injusto: a concretização da ideia de justiça

Récio Eduardo Cappelari*

Resumo

O presente estudo aborda o dano injusto numa perspectiva de concretização da justiça. O Código Civil brasileiro de 2002 seguiu o que preceitua o art. 2043 do Código Civil italiano, que ressaltou a importância da adoção de uma cláusula geral de injustiça, adequando-se à tendência de diferenciar os requisitos da antijuridicidade, que é pressuposto autônomo da responsabilidade civil, com os da injustiça do dano. Nessa senda, a configuração da injustiça do dano demonstra a preocupação do legislador em se concentrar na natureza dos interesses lesados, no evento danoso, que feriu benefícios legítimos da vítima diretamente ou por ricochete, exigindo, quando for o caso, a indenização dentro das novas modalidades de prejuízos, no campo dos danos pessoais. Esse enfoque possibilita o entendimento de que a injustiça do dano deve ser passível de indenização, uma vez que violou um

dos mais consagrados princípios constitucionais: o da dignidade humana.

Palavras-chave: Dano injusto. Princípio da reparação integral. Princípio da solidariedade social. Tutela da pessoa humana.

* Mestre em Direito pela Unisinos; professor universitário, desempenhando suas funções como professor Assistente III, na UPF - Universidade de Passo Fundo - RS; advogado em Soledade - RS; relator do Tribunal de Ética e Disciplina na OAB/RS. Endereço: Av. Mal. Floriano Peixoto, 897, Centro - Soledade - RS. E-mail: reciocap@coagrisolnet.com.br

↳ Data aceite: out. 2011 - Data submissão: jan. 2011

Introdução

A teoria do dano constitui-se num assunto complexo em razão dos elementos que o compõem, tornando-se um tema sempre atual e passível de instigar os estudiosos a buscar novos ângulos para investigá-lo. O novo cenário social e econômico trouxe consigo situações inusitadas e surpreendentes, propiciando ao lesado a busca pelos seus direitos no campo da responsabilidade civil, que é uma relação jurídico-obrigacional na qual se defrontam o ofendido, o causador do dano ou o terceiro imputado, com o dever jurídico de reparar o dano, ou seja, “dado o fato dano, deve ser a responsabilidade civil” (BAPTISTA, 2003, p. 150).

Nesse contexto, por se entender que a teoria da responsabilidade civil é um assunto em constante evolução, focaliza-se especificamente o dano injusto, terceiro elemento constitutivo do ilícito civil, conforme Bianca (2006), que se destaca, sobretudo, diante do número elevado e diversificado de conflitos que surgem na sociedade atual, provenientes do progresso desenfreado e rápido do qual a humanidade passou a fazer parte. A modernidade, com todas as novidades e facilidades de acesso tecnológico, não tem auxiliado o homem no sentido de torná-lo melhor eticamente. Pelo

contrário, o que se constata é que, em nome do incremento da produção de bens de consumo, imperam exclusões e injustiças, manifestando-se, concretamente, pela degradação ambiental, da desigualdade social, do egoísmo e de outros sentimentos que deixam de lado valores humanitários, como a solidariedade, a cooperação, a proteção, dentre outros (GOMES, 2010).

Nesse contexto, constata-se a inovação na doutrina, que procura acompanhar as novas situações de riscos que surgem com o avanço tecnológico e, paralelamente, as sequelas deixadas por uma das partes em prejuízo da outra. No entendimento de Stoco (2010, p. 609), “o juiz não tem de examinar o caráter lícito ou ilícito do ato imputado ao pretendo responsável”. Pelo contrário, com a inovação introduzida a partir da atribuição de injusto ao dano, preteriu-se para o ajuizamento da sua intenção, bem como para o seu entendimento e julgamento, o exame minucioso da conduta do agente para que se defina a responsabilidade civil, com base na concepção subjetiva do ato ilícito, que tem como fundamento legal o art. 927 do novo Código Civil brasileiro.

Dessa forma, aderindo à corrente doutrinária que percebe no dano injusto a desvinculação da antijuridicidade, enfatiza-se e se resguarda o interesse do lesado diante do ato pra-

ticado por outrem, que vai de encontro a uma norma legal, prejudicando o interesse suscetível de tutela, segundo o princípio da solidariedade social (BIANCA, 2006).

Desse modo, o dano injusto passa a fazer parte do ordenamento jurídico sob um novo prisma, interpretando-o e aplicando-o numa ótica personalista do direito civil, no que tange à concretização da justiça diante de um dano sofrido injustamente.

A respeito da principiologia, o princípio que articula a responsabilidade civil é o da reparação integral, que associa ao valor fundante dessa disciplina o valor sistemático e o dogmático. A respeito desse valor, o fundante, ele explica o porquê da existência da responsabilidade civil, ao passo que o sistemático organiza “o campo jurídico da indenização por danos em torno de um critério unificador ou harmonizador”, de modo a construir um sistema que facilite a unidade do ordenamento jurídico (MARTINS-COSTA, 2010).

Nessa senda, com base valorativa do direito de danos, busca-se reunir neste artigo algumas colaborações iniciais a respeito do dano injusto, salientando-se o princípio da reparação integral e da solidariedade social, ambos remetendo à cláusula de tutela da pessoa humana como sua ensejadora.

O dano injusto – conceituação

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, p. 43). Conforme Martins-Costa (2010, p. 9), “o conceito de dano não tem essência, pois não é um dado inscrito de uma vez por todas na natureza das coisas”, contudo representa a formulação de uma ideia situada num determinado espaço cultural e num tempo axiológico.

A palavra “dano” apresenta duas concepções, que muitas vezes podem se confundir. Se, por um lado, o dano pode ofender ou violar o interesse próprio de uma pessoa, seja esse de interesse material ou moral, por outro, também pode representar o resultado jurídico dessa ofensa. Nessa vertente, sempre que ocorrer um dano, no qual uma pessoa tenha um interesse ultrajado, um direito violado, no ordenamento jurídico ela estará resguardada pela legislação. Nessa situação, exige-se do Estado a atuação legal, posicionando-se diante da ofensa indevida ao interesse da vítima, direta ou por ricochete, a aplicação do ordenamento jurídico (MULLHOLLAND, 2009).

No mesmo sentido é o entendimento de Gomes (1980, p. 298):

[...] a ressarcibilidade estende-se à lesão de todo bem jurídico protegido, e dilata a esfera da responsabilidade civil e espicha o manto da sua incidência. Ressarcíveis passam a ser, por exemplo, na área dos direitos da personalidade, os danos provenientes de lesão ao direito, à intimidade, na esfera dos direitos de família, o dano moral puro, no setor dos direitos de crédito nos quais há “perda de uma utilidade econômica que já fazia parte da própria esfera jurídica patrimonial do credor”, e, no campo dos interesses legítimos, os danos ocasionados aos particulares pelo Estado na sua política interventiva, ou por empresas privadas que poluem o ambiente ou produzem de-feituosamente seus artigos.

Logo, de forma ampla, o dano apresenta uma denotação abrangente, compreendendo tanto os danos corporais, à saúde, à propriedade como a outros bens patrimoniais. Nesse sentido, tradicionalmente, a obrigação de indenizar se assenta em dois pilares: a) no fato de o obrigado agir antijurídica e culposamente de forma a ter a sua conduta punida (ato ilícito); b) da obrigação onde o obrigado responde diante da lei pelos riscos relacionados à exploração ou uma coisa determinada, mesmo que ele não concorra para que essa situação tenha se configurado. É a responsabilidade de risco (BAPTISTA, 2003).

Em decorrência dessa situação insere-se o princípio da reparação integral dos danos em geral. Os elementos do dano indenizável passam pela concorrência de três elementos deter-

minantes, cuja divisão é objeto de divergência doutrinária, tal qual todos os assuntos pertinentes ao ramo da interpretação subjetiva. Nessa senda, optou-se pela delimitação adotada por Sanseverino (2009), entendendo-a adequada à fundamentação do assunto em pauta – dano injusto. Assim, desse prisma, os elementos do dano seriam: a) a certeza; b) a imediatidade; c) a injustiça do dano, foco deste artigo.

A respeito do conceito de dano injusto, Sanseverino (2009, p. 178) ensina que

o terceiro elemento é a injustiça do dano, exigindo-se a ofensa indevida a um interesse da vítima, direta ou por ricochete, tutelado pelo ordenamento jurídico. Em outras palavras, o fato gerador da responsabilidade civil fere interesses legítimos da vítima ou de terceiros.¹

Giovanna Visintini (apud SANSEVERINO, 2009), ao lapidar o conceito de dano injusto, aponta a imprescindível condição de que sobrevenha uma violação de direito de âmbito jurídico alheio, motivando lesão patrimonial ou extrapatrimonial. Salaria que para a existência do dano injusto não basta somente a constatação de lesão a direitos subjetivos absolutos, uma vez que para tal é suficiente a ocorrência de ofensas a interesses legítimos.

Para Mulholland (2009), o dano injusto consiste numa disposição geral por meio da qual os aplicadores

do direito, os juízes, no caso, tornam viáveis as situações de dano ressarcível, examinando a conjuntura onde ocorreu a transgressão do dever de não lesar, originando, dessa forma, a hipótese de reparação.

O direito civil, em sede de dano injusto, preocupa-se com a vítima. Dessa forma, a responsabilidade civil passa a pôr em prática o princípio da solidariedade, ou seja, a reparação dos danos sofridos pela vítima passa a ganhar importância.

A respeito do princípio da solidariedade, nesse amplo contexto, Gomes (2010, p. 261) discerne-o sob três aspectos: a) como um sentimento humano que aflora no relacionamento interpessoal; b) no campo da moral, sob forma de preceito, que vai além da subjetividade, criando quadro sociais essenciais para a integração das pessoas em seu meio de convivência; c) “a solidariedade comparece em sociedades complexas, transcendendo sobremodo as dimensões anteriores para ser compreendida como calor inspirador da organização social e das instituições que a compõem”.

A solidariedade é invocada como fundamento para alguns institutos do direito privado, como é o caso da boa-fé objetiva e da responsabilidade sem culpa. No entanto, tem sido figura constante em outras sendas, juntamente com outros princípios ou

valores, como a cooperação, a precaução, que passaram a funcionar como “princípios hermenêuticos”, influenciando diretamente na aplicação do direito e, pois, na definição da regra a ser observada em caso prático.

A grande transformação normativa pela qual passaram os princípios em todas as fases da evolução da responsabilidade civil, em sede de dano, aporta na atualidade na ótica da solidariedade, como uma forma de proteger a vítima, de ampará-la. No entanto, no contexto socioeconômico de profundas disparidades em todos os sentidos, muitas vezes poderá ser imposta a reparação de danos injustos a quem não tem sequer o suficiente para si mesmo. É um aspecto que desponta como merecedor de estudo e também necessário para o estabelecimento da relação entre a solidariedade e a cooperação, de um lado, e a responsabilidade, de outro (GOMES, 2010).

Oportunamente, Giovanna Visintini (apud SANSEVERINO, 2009, p. 179), discorrendo sobre a caracterização do dano injusto, preleciona que

[...] uma alteração na concepção tradicional acerca da relação entre o elemento subjetivo (imputabilidade: culpabilidade) e o objetivo (*iniuria*: lesão do direito de outrem) do fato ilícito, pois a culpabilidade deixou de ser o único critério de imputação (v. g., responsabilidade objetiva) e, especialmente, a lesão a direito subjetivo deixou de ser a única *fattispecie* do dano injusto.

Em face das considerações acima, Giovanna Visintini infere que o dano injusto pode ser entendido como algo que se compara a uma lesão a interesses juridicamente relevantes e, dessa forma, pressupõe a presença da violação a uma situação jurídica proeminente, por mais que ainda não especificamente tipificada em norma legal.

Ao tratar do assunto, Mulholland (2009) acrescenta aos aspectos tradicionais do dano, o dano evento e o dano resultado, um terceiro elemento, que é o dano injusto, introdutor de uma revolução na responsabilidade civil atual, uma vez que tal conceito trouxe consigo a inovação necessária à contemporaneidade do direito na sociedade. Dessa sorte, valendo-se de Maria Celina Bodin de Moraes (apud MULHOLLAND, 2009, p. 25), é o magistério dessa jurista:

[...] o dano será injusto quando ainda que decorrente de conduta ilícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderado os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça não ressarcida.

Assim, aceitando-se o entendimento de que a injustiça do dano surgiu legislativamente no Código Civil Italiano, pela sua adoção como cláusula geral no artigo 2043, depreende-se que tal entendimento amplia o número de situações de danos ressarcíveis, não se limitando mais aos marcos tra-

dicionais estabelecidos para delimitar a ilicitude subjetiva, culposa, da responsabilidade civil.

Aplicando-se essa nova atribuição do dano, o legislador italiano valeu-se da técnica da cláusula geral² para estribar o sistema aberto de responsabilidade civil, fundamentado na atipicidade da eventualidade da ocorrência do dano. Exsurge, pois, que no direito italiano o juízo de responsabilidade não deve se limitar às situações estabelecidas em lei, ou seja, as típicas, devendo ser levado em consideração para as que surgem, completando os componentes que compõem a cláusula geral. Nesse cenário, destaca-se a injustiça do dano que torna obrigatória a indenização. Caberá ao juiz o preenchimento valorativo da cláusula geral mediante a escolha de situações de dano e interesses que necessitem ser tutelados.

Em face dessa nova visão, ou seja, do acolhimento de uma cláusula geral em se tratando de dano injusto, explicita-se a aceitação de uma responsabilidade advinda da conduta ilícita, no sentido de culposa ou lícita, a não culposa, que ofende ou transgredir os princípios e valores constitucionais ou infraconstitucionais e, também, desrespeita o direito à integridade psíquica e física do ser humano, em consonância com o princípio da dignidade humana.

A qualificação do dano como injusto dispensou para a sua interpretação e análise a investigação do comportamento do agente para que se defina a responsabilidade civil, por meio da noção subjetiva do ato ilícito. Assim, conquanto se adote essa nova concepção, ou seja, a construção de um direito de danos, somente a averiguação objetiva de sua injustiça em relação aos bens tutelados é suficiente para pôr em evidência a obrigação de indenizar.

O Código Civil de 2002 regulou as consequências da causação dos danos injustos, extrapolando o campo da indenização por dano moral, como ocorria até então, tomando-se como base o que prescrevia a Constituição Federal de 1988. Nesse sentido,

[...] o Código Civil de 2002 inaugura a já mencionada quarta fase que difere da terceira fase, ao não se limitar a afirmar a indenizabilidade do dano moral, antes pretendendo aliar segurança e porosidade ao porvir e, assim, ensejando ao intérprete (especialmente o juiz) a possibilidade de identificar de modo racionalmente sustentável e ordenado segundo os dados do sistema (novas modalidades de prejuízos) mormente no campo delicado dos danos pessoais que ficam a maior caminho entre os danos puramente patrimoniais e os tipicamente extrapatrimoniais (MARTINS-COSTA, 2010, p. 9).

Portanto, a partir da construção de um direito de danos, expressão usada modernamente para referir o estágio atual da teoria da responsabilidade civil nesse aspecto, o entendimento dessa responsabilidade se encontra

relacionado à ideia moralizadora e delimitadora da autonomia individual, nascida juntamente com as novas invenções, inovações e desafios do século XIX, que exigiram outro posicionamento do legislador diante dos novos fatos passíveis de serem indenizáveis. Nesse contexto, o dano injusto encontra terreno fértil em todos os sentidos, a partir da noção de que o estabelecimento de uma relação direta entre dano e injustiça deve priorizar o atendimento à vítima, ampará-la social e constitucionalmente. Quando se discute a injustiça do dano, concordando-se com Sanseverino (2010), não se examina se o fato imputado ao agente é lícito ou ilícito, mas, sim, a natureza dos interesses que foram lesados. E esses interesses também podem ser ilícitos ou ilegítimos. 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 a reparação dos prejuízos causados.

O dano injusto como novo elemento da responsabilidade civil contemporânea

A procedência dos institutos jurídicos e sua trajetória histórica e como a sua aplicação devem ser analisadas

sob um enfoque de limitações temporais e históricas.³

Cronologicamente, a reparação de danos estava mais relacionada à moralização dos comportamentos dos indivíduos, não tanto à segurança de que as vítimas teriam reparados os seus prejuízos. No entanto, com o passar dos tempos e a reavaliação de valores e princípios de humanização pelo ordenamento jurídico, a exemplo do solidarismo social, houve uma alternância na principiologia da responsabilidade civil, de modo a demonstrar a evolução que houve através dos tempos, passando-se da punição do ofensor pelo dano causado à compensação da vítima pelo dano sofrido. Diante dessa nova forma de se perceber a responsabilidade, da ideia inicial de punir o ofensor, retribuindo o que ele fez, evoluiu-se para a reparação do ato praticado de alguma forma que compensasse a vítima que sofreu o dano⁴ (MULHOLLAND, 2009).

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 inaugurou uma nova fase, caracterizada pela flexibilidade que associa o método das cláusulas gerais de responsabilidade subjetiva, expressas no artigo 186,⁵ e de responsabilidade objetiva, constante no artigo 927,⁶ ao método da tipificação dos efeitos principais atos ilícitos, incluindo na parte final dos artigos 948⁷ (dano morte) e 949⁸ (lesões corporais) elos normati-

vos que oportunizam a expansão referente às violações contra a natureza corporal da vítima. Desse modo, sustentando-se que as indenizações podem sofrer alterações conforme o entendimento do legislador (MARTINS-COSTA, 2010).⁹

Para alguns, a responsabilidade é a consequência da atribuição de autonomia ao indivíduo: sem a liberdade de atuar, não há responsabilidade, na medida em que esta cumpre a função de limitar esta autonomia. Para outros, a responsabilidade é o resultado necessário da existência da sociedade e da convivência social: enquanto o ser humano viver em sociedade, ele será responsável por si e pelos outros. Para outros ainda, ser responsável simboliza a crença na solidariedade e na ética social: responsável é todo aquele que atua em prol de outros. De uma forma ou de outra, a responsabilidade é ideia inerente ao livre desenvolvimento e à liberdade do ser humano. É esta noção que nos impede de agir como bem queiramos sem refletir nas consequências de nossa atuação. Não mais como um ente isolado, na metáfora de Robinson Crusóé, mas socialmente delimitado o homem responde por seus atos, na medida em que é livre para atuar e agir em sociedade.

Infere-se que a responsabilidade ainda é vista de forma extremamente individualista, embora se reconheça que não existem maneiras de separar “a função jurídica da responsabilidade civil da base patrimonialista sobre a qual foi erguida” (MULHOLLAND, 2009, p. 13), uma vez que é pela reposição do patrimônio daqueles que foram lesados a forma mais usual de se

ressarcir os danos sofridos pela parte vulnerável da relação jurídica.

Em virtude da importância atribuída à pessoa pelo direito civil atual, as possibilidades dos danos pessoais são ampliadas e as escalas indenizatórias sofrem alterações frequentemente. No entanto, em nome da segurança jurídica é preciso que existam normas capazes de nortear e uniformizar as decisões legislativas. O Código Civil de 2002 buscou preencher essa lacuna através do

[...] modelo de tipificação rígida das principais parcelas indenizatórias permitindo, expressamente, à jurisprudência, modelar a reparação de danos oriundos do homicídio e de lesões corporais, sem deixar, contudo, de prever as principais espécies típicas. No modelo legislativo vigente existe a possibilidade de inclusão no montante total da indenização de outras parcelas, inclusive relativas a prejuízos extrapatrimoniais ensejados pelo evento danoso que, no Código de 2002, estão expressamente incluídos no conceito de ato ilícito (art. 186), desenhando, assim, uma nova cláusula geral de responsabilidade civil no Direito brasileiro ligada à reparação dos danos pessoais (MARTINS-COSTA, 2010, p. 10).

A grande transformação por que passou a análise da responsabilidade civil, do ato ilícito para o dano ilícito, ensejou o surgimento de novas situações de danos, desde que se caracterizem por serem lesivas juridicamente à pessoa e sua dignidade, permitindo, dessa forma, a obrigação de indenizar fundamentada na conceituação

abrangente do que “para todo o dano, a sociedade sente necessidade de encontrar um causador e obter dele a compensação para a vítima” (PEREIRA, 2001, p. 18). O fundamento da reparação integral do dano está presente no art. 944 do Código Civil brasileiro de 2002 e constitui-se no princípio da justiça cumulativa ou corretiva.¹⁰

Tal afirmação corrobora o reconhecimento pelos tribunais de situações novas e ou inusitadas que estão em condições de obter a tutela jurídica. Nesse sentido, paralelamente ao crescente número de demandas que buscam no Judiciário o direito a que fazem jus, prolifera

a expansão qualitativa, na medida em que novos interesses, sobretudo de natureza existencial, passam a ser considerados pelas cortes como merecedores de tutela, consubstanciando-se a sua violação em um novo dano ressarcível (SCHREIBER, 2005, p. 59).

A respeito da reparação de danos injustos, Mulholland (2009) refere que, diferentemente do que vinha ocorrendo em senda jurídica, fundada no elemento culpa daquele que lesionava o direito de alguém, a visão atual deve ser reinterpretada e conduzida por caminhos que busquem responsabilizar também aquele que propicia um risco de dano, fundamentando a responsabilidade no princípio da solidariedade social. Esclarece, todavia, que este posicionamento não

afasta a noção de culpa do âmbito da responsabilidade civil nem a retira da configuração da obrigação de indenizar. Pelo contrário, a culpa continua fazendo parte dos elementos que devem ser analisados pelo juiz, mas num mesmo grau de relevância que os demais elementos, não se sobrepondo aos demais. Com isso, aproxima-se cada vez mais a responsabilidade civil de um processo social e jurídico de desculpabilização.

Sanseverino (2010), referindo-se aos estudos realizados por Maria Celine Bodin de Moraes, pondera que a autora recomenda que a injustiça do dano seja alcançada por meio de um raciocínio jurídico mais conexo com a avaliação dos interesses em questão. Outrossim, afirma que o dano será injusto se for decorrente de conduta lícita, comprometendo feição essencial da dignidade humana, não for aceitável, avaliados os interesses contestados, e que a vítima não seja ressarcida.

Especificamente em se tratando da reparação integral do dano injusto, Mulholland (2009) preleciona a transformação por que passa a responsabilidade civil e os estudos que surgem a cada dia que passa na busca da edificação de bases principiológicas para fundamentar o assunto em discussão. Pondera o autor que, dando lugar à indenização por culpa que gerou dano à vítima, nos dias de hoje o dever repa-

ratório se pauta em outros princípios, embora mantenha o risco da atividade e a solidariedade social. Com isso, a construção de uma teoria da presunção da causalidade oportunizaria a caracterização do dano e da sua qualificação através de uma tipicidade em relação à atividade desenvolvida. Por meio da investigação de possibilidades, poder-se-ia determinar se uma conduta foi a causa razoável de determinado dano. Essa teoria contaria com o auxílio de outros elementos da responsabilidade civil, como é o caso da conduta ou atividade e dano.

A partir da determinação de que a conduta é a arriscada, pode-se caracterizar a hipótese de uma responsabilidade civil objetiva, pela qual o dano ocasionado é consequência típica da atividade desenvolvida. Surge, então, o nexos de causalidade. Assim, a valoração do dano passaria, necessariamente, pelo objetivo do direito de danos, que é a plena reparação dos danos sofridos pela vítima.

Portanto, não é suficiente a constatação de um prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial para que o dano seja qualificado como injusto e faça jus à reparação. É necessária uma ofensa a interesse juridicamente tutelado.

Conclusão

A responsabilidade civil teve a sua origem ligada a trajetórias fundadas na conduta dos indivíduos. Essa conduta estava relacionada à liberdade individual, e para manter esse privilégio o homem era obrigado a responder por seus atos. No entanto, a vítima do ultraje não era levada em consideração; ela se limitava a se beneficiar de uma das consequências advindas da vontade do homem em manter a sua liberdade.

Com o passar do tempo o conceito de responsabilidade civil evoluiu, acompanhando as exigências da modernidade, e passou a ser vista como um direito dos cidadãos. Em decorrência dessa inovação conceitual, têm-se dois novos componentes da relação jurídica: a vítima e o dano. Logo, se houver um dano, tem de haver também um responsável, que precisa responder pelos seus atos, de modo a garantir o cumprimento do direito civil.

Levando-se em consideração a conceituação geral de dano, tem-se que pode estar representada pela lesão de um interesse juridicamente protegido, danificação de um bem, ofensa à integridade física, moral ou psíquica do indivíduo. Nesse contexto, amparando-se no artigo 927 do Código Civil de 2002, resguarda-se o direito de que, diante de um ato ilícito

ou injusto, por extensão, existe a obrigação de reparação. O ato injusto e sua relação com o dano privilegia a figura da vítima. Diante disso, o dever de reparar deixa de olhar o fato dano-so pela perspectiva da culpa e passa a analisá-lo na ótica da injustiça, levando em consideração o elemento de conduta do agente causador, não do dano.

A responsabilidade civil contemporânea leva em consideração num mesmo patamar a necessidade de sancionar a conduta culposa e a de amparar a vítima, social e constitucionalmente, pelo dano injusto sofrido, não importando se ele provém de uma atitude culposa ou de uma atitude lícita. A questão central reside em apurar se o fato lesivo se configura ou não no mundo jurídico do dano, se preenche ou não a norma jurídica para se inserir no mundo jurídico como um fato jurídico injusto.

As razões que levam a esse entendimento repousam na conceituação de dano decorrente de ato ilícito ou lícito, mas que deu margem à violação da dignidade humana e, em decorrência disso, a vítima não foi ressarcida de alguma forma. Outrossim, o dano injusto decorre de uma nova visão da responsabilidade civil, que leva em consideração o caráter da ilicitude objetiva do dano e, em razão dessa atualidade, a injustiça do dano traz consigo um número crescente de

casos danosos que merecem ressarcimento, ampliando cada vez mais a jurisprudência a respeito do assunto.

Por fim, a concretização da ideia de justiça diante do dano injusto permite afirmar que essa nova tendência da responsabilidade civil se volta para a solidificação de um novo elemento da responsabilidade, por meio da teoria do risco na responsabilidade civil contemporânea e sua crescente expansão, que, ao lado da culpa, em pé de igualdade, buscam reparar os danos sofridos injustamente e amparar a vítima em relação aos danos sofridos, mesmo na hipótese de o autor não os ter causado culposamente.

Reflection on the unfair damage: the substantiation of the idea of justice

Abstract

This study approaches the unfair damage in the perspective of substantiation of justice. The Brazilian Civil Code of 2002 followed what is prescribed by the article 2043 of the Italian Civil Code, which highlighted the importance of the adoption of a general clause of injustice. This makes it more appropriate regarding the trend of di-

fferentiating the requirements of the antijuridicity, which is independent presupposition of the civil responsibility, from the ones of the injustice of the damage. Thus the configuration of the injustice of the damage shows the concern of the lawmaker in concentrating on the nature of the harmed interests when legitimate benefits of the victim were directly or indirectly injured, demanding appropriate indemnity considering the new types of personal damage. This focus enables the understanding that the injustice of the damage must be subject to indemnity as it has violated one of the most devoted principles of the Constitution: the Human Dignity.

Key words: Unfair damage. Protection of the human person. Principle of integral compensation. Principle of the social solidarity.

Notas

- ¹ Sanseverino (2009) referencia o direito italiano em se tratando da injustiça do dano e observa que este elemento exerce grande influência no direito daquele país. Outrossim, ressalta a disposição encontrada no artigo 2.043 do CC, onde se encontra que “Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código”. O autor se vale de Giovanna Visintini, que, comentando o artigo mencionado do Código Civil brasileiro de 2002, ressalta a importância da adoção de uma cláusula

geral de injustiça do dano, a qual possibilitou a superação da idéia que predomina na doutrina tradicional, que abordava a anti-juridicidade somente como um componente da conduta do agente, não a estendendo ao dano.

² As cláusulas gerais são usadas na responsabilidade civil dos sistemas francês e italiano, ao passo que no sistema alemão é adotada como regra a tipicidade dos atos ilícitos e como tal são imputáveis somente os danos que resultam da ação dolosa ou culposa que atentem contra a vida, integridade física, liberdade, propriedade ou qualquer outro direito da vítima.

³ Sobre esse assunto, Norberto Bobbio em sua obra *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 62-63, argumenta que não existe direito que não seja relativizado e delimitado histórica e socialmente. Desse modo, mesmo que na sua origem a responsabilidade civil seja individualista e patrimonialista, tendo em vista de que sua finalidade maior é a correção pecuniária e individual de um dano, para seu entendimento não pode se afastar de outros princípios, que levem em conta a solidariedade e o direito de danos.

⁴ Nesse sentido, deixa-se de lado a função retributiva e se adota a justiça distributiva, de modo a conscientizar as pessoas de que são responsáveis pelos seus atos, que, se forem ofensivos a alguém, deverão ser reparados de modo concreto.

⁵ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁶ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁷ Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

⁸ Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

⁹ A respeito deste enfoque, Sanseverino, em sua obra *Princípio da reparação integral*, pontua a quarta fase do que denomina de “modelo legislativo de reparação dos danos pessoais”, culminada com a edição do Código Civil de 2002, comentado no parágrafo que refere os artigos citados acima.

¹⁰ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Referências

ALVIM, Angélica Arruda; CAMBLER, Everaldo Augusto (Coord.). *Atualidades de direito civil: estudos sobre a responsabilidade civil*. Curitiba: Juruá, 2007. v. II.

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

BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile: La responsabilità*. Milano: A. Giuffrè Editore, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 2 set. 2010.

GOMES, José Jairo. Responsabilidade civil na pós-modernidade: influência da solidariedade e da cooperação. In: NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de (Org.). *Doutrinas essenciais responsabilidade civil: teoria geral – dano e causalidade, culpa, risco, abuso de direito, lesão, cláusula de exclusão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1. p. 257-264.

GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: DI FRANCESCO, J. R. P. (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Sílvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1980.

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

MARTINS-COSTA, Judith. Prefácio. In: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

PEREIRA, Régis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: renovar, 2001.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 22, jul./set. 2005. p. 59.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil pela prática de atos ilícitos. In: NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de (Org.). *Doutrinas essenciais responsabilidade civil: teoria geral – dano e causalidade, culpa, risco, abuso de direito, lesão, cláusula de exclusão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1. p. 607-610.