

Considerações sobre a noção de dano

Marcelo Benacchio¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. Introdução

Há inúmeras possibilidades de que uma pessoa venha sofrer alguma alteração desfavorável em seu plexo de relações sociais e econômicas de maneira a configurar um prejuízo, entretanto, para o Direito, este fato somente terá relevância se houver a constituição de um fenômeno jurídico, ou seja, a caracterização de um *dano*.

A dispensa lícita de um prestador de serviço, o encerramento de uma relação contratual de trato sucessivo e mesmo a atuação de uma empresa em conformidade às regras de concorrência no mercado, efetivamente, pode repercutir em perda econômica de outrem, contudo, não haverá a noção jurídica de dano ante a atuação conforme ao Direito (lícita), no que pese o prejuízo causado.

A atuação da norma de responsabilidade civil exige a presença de um dano, o qual será transferido do patrimônio da vítima ao responsável indicado pelo ordenamento jurídico.

A evolução da tecnologia, a sociedade da informação e colocação do ser humano no centro da ordenação jurídica da sociedade repercutiu na ampliação e multiplicação dos interesses juridicamente protegidos, com consequência direta no amento da possibilidade de danos.

É difuso na doutrina o fenômeno da despatrimonialização e desmaterialização do dano, tornando árdua a tarefa de unir os traços fundamentais da compreensão jurídica do dano em decorrência do aumento exponencial e das constantes possibilidades de danos.

A valorização dos bens extrapatrimoniais, normalmente ligados à dignidade humana, ao lado da tecnologia e dos novos limites da sociedade em rede, repercute na criação de novas situações jurídicas

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Mestrado em Direito e Graduação da Universidade Nove de Julho. Professor Titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

passíveis de lesão – dano – a demandar a necessidade da recompensação da noção de dano.

Da mesma maneira, o abandono da culpa como único critério de imputação de responsabilidade civil dificultou a compreensão jurídica do dano; impondo a necessidade da criação de novos paradigmas científicos para seu exame.

O presente estudo teve por objeto o estudo da noção de dano na responsabilidade civil com a finalidade de permitir a fixação de seus contornos científicos de modo a permitir o exame da pluralidade de situações passíveis de serem qualificadas como dano.

Para tanto, establecerei considerações acerca da evolução e da noção de dano com breves percursos sobre o dano patrimonial e extra-patrimonial.

A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica e documental, sob uma abordagem dedutiva acerca do tema.

2. Noção de dano

Segundo Adriano De Cupis² o dano tem sua estrutura constituída de dois elementos: (i) o elemento material ou substancial representado pelo fato físico (considerado em seu aspecto dinâmico ou estático) e; (ii) o elemento formal decorrente da indicação do elemento material na norma jurídica; portanto, a noção de dano jurídico será uma valoração, expressa ou não, do Direito frente a determinado fenômeno danoso, daí a dificuldade em sua exata compreensão ante a constante modificação das hipóteses de danos como se depreende da análise da base legislativa (de indiscutível importância em um sistema de *civil law*, como o brasileiro), doutrina e jurisprudência; cuja interpretação e aplicação está em constante evolução, a exemplo do que ocorre na aplicação do 186 do Código Civil no âmbito da responsabilidade civil no direito de família.

Diante disso, o dano não é uma figura pré-jurídica, nem provinda da teoria geral, mas normativa, que somente pode ser completamente descrita por meio da interpretação e aplicação das normas jurídicas em situações concretas, apenas o sistema legal pode estabelecer a qualificação de um fato como um dano, determinando, por conseguinte, a atuação da norma de responsabilidade civil³.

² *Il danno*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966. v. I, p. 8.

³ SALVI, Cesare. *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1998. p. 41.

A existência do pressuposto do dano, seja qual for o critério de imputação ao responsável (responsabilidade objetiva ou subjetiva), é indispensável⁴ para que a norma de responsabilidade civil determine a obrigação de indenizar como forma de repressão e eliminação de uma situação não desejada pelo ordenamento jurídico; porquanto, sem dano não se cogita de responsabilidade civil⁵.

Está para além deste estudo o aspecto da atuação da norma de responsabilidade civil antes da eclosão do dano (responsabilidade civil preventiva). Seja como for, por insistir na necessidade do dano para haver responsabilidade civil, deixando para a tutela inibitória a solução da situação de inexistência de dano, merece destaque o entendimento de Daniel Andrede Levy⁶:

Assim, de duas uma: seja o dano ainda não ocorreu, caso em que o requerente poderá demandar uma tutela inibitória para evitar a sua realização, seja já houve lesão, caso em que o autor pedirá, além de uma indenização, a imediata cessação do ilícito. Como se vê, não há qualquer espaço para uma indenização com caráter preventivo, com o fito de prevenir, ou bem fazer cessar, o ilícito.

O contraste existente entre o dano e a disposição normativa a determinar a consequência jurídica cabível encerra sua antijuridicidade⁷,

⁴ João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 7. ed., Almedina, 1993, v. I., p. 591, explicitando a imperiosa necessidade da presença do dano para que se possa falar em dever de indenizar expõe os seguintes exemplos: “Se o vigilante não cumpriu o seu dever, mas o incapaz não agrediu quem quer que fosse; se o automobilista transgrediu as regras do trânsito, mas não atropelou ninguém nem danificou coisa alheia; se o proprietário não observou as precauções devidas na conservação do prédio e este ruiu, mas não atingiu nenhuma pessoa nem outros bens, não chega a pôr-se nenhum problema de responsabilidade”.

⁵ Interessante e pertinente é a colocação de Paolo Gallo, *Pene Private e Responsabilità Civile*, Giuffrè, 1996, p. 8, acerca da possibilidade da existência de responsabilidade civil sem dano, o que faz nos seguintes termos: “In Italia Carnelutti sostenne energicamente la tesi in virtù della quale non vi sarebbe violazione di diritto soggettivo altrui senza la prova del danno. In dottrina ha però assunto prevalenza la tesi che la violazione del diritto non necessariamente implica la prova di un danno conseguente; si pensi per esempio a chi utilizza abusivamente i beni altrui, sfoglia l’altrui libro, attraversa il fondo del vicino senza causare danni. In tutti questi casi la lesione dell’altrui diritto è indubbia nonostante l’assenza di danni veri e propri”, entretanto, em meu entender, em todos esses casos há dano em razão de que houve a lesão a um interesse juridicamente tutelado ainda que não tenha ocorrido uma alteração da realidade material.

⁶ *Responsabilidade civil*: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012. p. 157.

⁷ Dano injusto. Acerca da contrariedade entre o dano e o ordenamento jurídico é interessante a acepção, não expressamente prevista no ordenamento jurídico pátrio, do dano injusto. O art. 186 do Código Civil brasileiro, seguindo a orientação do Código francês, somente coloca a necessidade da

considerada em sentido objetivo e subjetivo, tido por superada a noção teórica que identificava o ilícito civil culposo com o fato danoso e, assim, estabelecia a responsabilidade objetiva como responsabilidade civil por ato lícito.

A irrelevância da culpa para estabelecer a responsabilidade civil objetiva não significa que o ordenamento jurídico comprehende o dano como um fato lícito.

Evolução e pluralidade do instituto do dano

Ao iniciar a conceituação do dano, Jaime dos Santos Briz⁸ assevera: “No puede darse del daño un concepto unitario por la diversidad de matices que abarca”, assim é de se reconhecer a dificuldade em uma exata concepção de dano, justamente, pelo fato de sua natureza normativa e a consequente multiplicidade de suas espécies.

violação de direito para que surja o dever de indenizar, destarte, nada menciona acerca do chamado dano injusto, antijurídico ou ilícito, não obstante, tem de se entender como implícita em seu texto tal condição em virtude de que o dano que não afronta a lei não permite reparação, nessa linha mencionem-se os clássicos exemplos de uma pessoa que leva para almoçar em sua casa um grupo de amigos que encontrou no restaurante, poderá ter causado ao dono deste um prejuízo, todavia, não será considerado responsável por este efeito danoso ou prejudicial; e ainda, a pessoa que quer montar uma pequena indústria numa região onde já existe uma outra fábrica dos mesmos artigos, poderá lesar os interesses do dono desta, mas não será obrigada a indenizá-lo por não ter cometido nenhuma violação de lei. O Código Civil português, em seu art. 483, estabelece: “1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação. 2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei” (grifo nosso), da mesma forma, o art. 2043 do Código Civil italiano, prevê: “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)” (grifo nosso), assim, esses ordenamentos prevêem, expressamente, a necessidade da injustiça do dano, ou seja, uma valoração do dano frente a disposição normativa. Salvi Cesare, op. cit., p. 62-63, expõe que “è ingiusto il danno che presenti la duplice caratteristica di essere non iure (ossia ‘proveniente da un fatto che non sia altrimenti qualificato dall’ordinamento giuridico’ ovvero ‘in assenza di cause di giustificazione’) e contra ius (ossia ‘produto da un fatto che leda una situazione giuridica riconosciuta e garantita dall’ordinamento’). Perspicaz é a crítica de Antunes Varela acerca da concepção de dano injusto na doutrina italiana, a qual me permito transcrever: “Mas o seu principal defeito, como justamente observa Petrocelli, está em ela colocar o acento tônico da ilicitude sobre o dano (o efeito da conduta) e não sobre o facto (a conduta em si mesma considerada). Uma coisa é, com efeito, a calúnia ou a injúria (a afirmação de um facto que fere a honra ou afecta o bom nome de uma pessoa) e outra o dano que a calúnia ou a injúria causou (o despedimento do empregado; a perda da clientela; o rompimento do noivado; etc.). E a ilicitude reporta-se ao facto do agente, à sua atuação, não ao efeito (danoso) que dele promana, embora a ilicitude do facto possa prover (e provenha até as mais das vezes) do resultado (lesão ou ameaça de lesão de certos valores tutelados pelo direito) que ele produz”.

⁸ Op. cit., p. 146.

Nos últimos dois séculos a evolução do conhecimento humano redundou no aparecimento de tecnologias que determinaram a ocorrência de danos outrora desconhecidos a exigir novas interpretações da legislação e da própria noção de dano, além disso, a valorização da pessoa humana desde a melhor concretização da dignidade humana determinou a concepção do dano de natureza extrapatrimonial que não se amoldava ao clássico conceito no que se referia à ocorrência de uma diminuição patrimonial mensurável em pecúnia. Mencionem-se, ainda, as novas formas de organização econômica com o aumento do valor patrimonial dos bens imateriais e das relações destes com outros, bem como o reconhecimento dos direitos difusos e coletivos de maneira a modificar radicalmente o ideário tradicional, concernente às relações jurídicas entre os sujeitos de direito e os bens.

A par disso, também houve várias modificações no pensamento jurídico atinente aos modos de mensuração, e portanto, da definição do dano, oscilando entre um critério objetivo (*aestimatio rei*) e outro subjetivo (*id quod interest*), cuidando-se o primeiro do valor objetivo do bem ou direito lesado, e o segundo, da valoração do interesse do titular do direito em relação ao bem lesado⁹.

Desse modo, seja pelas modificações de ordem material ou do pensamento jurídico, atualmente, torna-se difícil estabelecer uma específica definição de dano frente a sua extensão e complexidade, impondo a necessidade da criação de um arquétipo com amplitude bastante para acomodar as particularidades e pluralidade das situações jurídicas passíveis de lesão - dano; assim, de maneira a facilitar a exposição da noção e acompanhando a evolução do instituto, comento as principais compreensões, discorrendo, brevemente, a respeito de sua aplicabilidade atual.

Dano como alteração da realidade material – dano concreto ou real

A concepção do dano como alteração da realidade material, de ordem objetiva, é a mais antiga¹⁰, tendo sido substituída, no direito moderno, quase totalmente pelas concepções subjetivas¹¹, as quais,

⁹ DE CUPIS, Adriano, op. cit., p. 292-293 e FRANZONI, Massimo, op. cit., p. 277.

¹⁰ SAVIGNY, *Sistema*, traduzione italiana di V. Scialoja, Torino, 1893, v. apud Adriano De Cupis, op. cit., p. 293, nota (5).

¹¹ FRANZONI, Massimo. *Il danno al patrimonio*. Milano: Giuffrè, 1996.

conforme De Cupis¹² já se encontravam em alguns fragmentos do Digesto (L. 21, parág. 2 D.9,2; L. 22 parág. 1 D.9,2; L. 9, parág. 8 D.10,4). Essa noção inicial de dano refere a sua ocorrência diante da lesão a determinado bem material que deve ser reparado de forma específica (*in natura*), pela reconstituição do bem lesado, ou, na impossibilidade, por meio da entrega de outro com as mesmas características.

O dano, portanto, se configura pela ofensa ao bem ou lesão na sua disponibilidade¹³ de maneira a frustrar o titular da propriedade no que respeita às utilidades efetivas daquele. O fato de a lesão produzir modificações sensíveis, materiais no bem, redundou em que também se denominasse esse posicionamento de dano concreto ou real.

Ainda que se cuide de uma noção mais antiga, Cesare Salvi¹⁴ propugna por sua atualidade quanto aos danos ambientais ante a forma ideal da reparação específica em tais casos de maneira à reconstituição do meio ambiente lesado. Além disso, por exceção, no direito atual aplica-se essa compreensão de dano (*aestimatio rei*) na hipótese de o bem lesado ser improdutivo, tenha mercado e de natureza fungível, porquanto, neste caso, o valor do bem é coincidente ao interesse que representa ao proprietário (*id quod interest*).

Dano como a diminuição de um patrimônio – dano patrimonial/teoria da diferença

A concepção do dano real, com a evolução da sociedade e do pensamento jurídico, passou a mostrar sinais de insuficiência por não permitir a completa reparação ocasionada pelo dano, pois, a indenização representada pelo valor do bem atingido, na maioria das vezes, era insuficiente à justa solução da questão em razão de a lesão também atingir outras relações do proprietário com seus bens, de modo a determinar montante econômico superior à mera avaliação do bem diretamente atingido pelo dano.

Essa situação fica evidenciada no caso de um dano sofrido por um veículo, cujo proprietário dele se utiliza para atividade econômica, porquanto, o dano não pode ser concebido somente em relação ao valor do automóvel, mas, sim, pela repercussão no patrimônio da vítima,

¹² Op. cit., p. 294-295.

¹³ JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 383.

¹⁴ Op. cit., p. 41.

que sofrerá uma diminuição superior ao valor do bem lesado pelo fato de impedi-la de exercer seu labor.

Daí a necessidade da concepção subjetiva do dano, de modo a se estabelecer a real extensão do dano perante o patrimônio da vítima, afastando-se de qualquer parâmetro objetivo em virtude de que a mensuração do dano dependerá da importância do bem lesado no patrimônio da vítima. Portanto, a lesão ao patrimônio, o chamado dano patrimonial, tornou-se a antítese do dano concreto de caráter romanista pelo fato de o dano atingir os interesses da vítima em seu patrimônio e não apenas o bem lesado.

Desse modo, entende-se o dano como sendo o menosprezo não a um bem material em si, mas, sim, a um patrimônio, ou seja, o complexo das relações jurídicas de uma pessoa economicamente valorável¹⁵; portanto, para a aferição da ocorrência do dano e de sua mensuração basta a verificação da diferença entre o patrimônio (situação real) e o valor que ele teria se não tivesse havido a lesão (situação hipotética)¹⁶, a tal procedimento denominou-se teoria da diferença¹⁷.

Alguns autores¹⁸ ainda ampliam essa posição para encampar também a lesão de um interesse representado pelo interesse subjetivo da vítima a tutela da situação prejudicada, entretanto, a noção do dano é sempre é ligada à aplicação da teoria da diferença sobre o patrimônio lesado.

Essa proposição, apesar de suficiente aos danos de natureza estritamente patrimonial, oferece vários inconvenientes, mercendo destaque¹⁹: a) necessidade de excessiva abstração para a realização das operações de identificação do dano e sua mensuração de maneira a tornar inseguros os parâmetros de sua definição, sobretudo o de patrimônio;

¹⁵ Alberto Trabucchi, *Instituciones de Derecho Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, v. I, p. 401, conceitua patrimônio da seguinte forma: “El patrimonio no es considerado como objeto unitario del derecho, sino como el conjunto de relaciones jurídicas con directa relevancia económica, de las que una persona es titular; como tal, el patrimonio está compuesto de derechos y obligaciones, cada uno de los cuales tiene su propio objeto. En sentido ‘jurídico’ el patrimonio comprende también el aspecto pasivo, la titularidad de las obligaciones varolables pecuniariamente, además los derechos.”

¹⁶ JORGE, Fernando Pessoa. Op. cit., p. 381.

¹⁷ Enneccerus, Kipp e Wolf, *Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Bosch, 2. ed., t. II - 1º, p. 61, sob essa concepção, definem dano e sua reparação ensinando que: “Entre el patrimonio actual del prejudicado y el estado que su patrimonio tendría de no haberse producido el acontecimiento que funda la pretensión de indemnización, media, si prescindimos de la pretensión de indemnización, una diferencia. Esta diferencia constituye el daño patrimonial o el interés patrimonial que, en general, se denomina brevemente daño o interés. La prestación de la indemnización equilibra o nivela esta diferencia. Prestación de indemnización y prestación del interés son la misma cosa.”

¹⁸ A exemplo de Geneviève Viney e Patrice Jourdain, *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*, 2. ed., L.G.D.J., 1998, p. 11-12.

¹⁹ FRANZONI, Massimo. *Il danno al patrimonio*. Milano: Giuffrè, 1996. p. 285-286.

b) limitação aos bens de valor econômico, o que oferece dificuldades quando se cuidam de bens sem tal acepção como os Direitos da Personalidade, ou seja, quando não há propriedade; c) dificuldade para a exata valoração do patrimônio, em razão da evolução da economia de maneira a dificultar a expressão do valor absoluto de certo bem por força das complexidades que encerram a economia de mercado a determinar a constante modificação dos valores dos bens que compõem o patrimônio.

Não obstante a isso, a doutrina tem solucionado o problema relativo à reparação do dano extrapatrimonial, em tal concepção, ao entendê-lo como dano moral-subjetivo resarcível por meio da fictícia equivalência entre diminuição do patrimônio e a diminuição do bem-estar psicofísico, por meio de equiparação, expressada na ideia do *preium doloris*²⁰.

Dano como lesão a um interesse juridicamente tutelado

O interesse do ponto de vista jurídico refere-se à relação existente entre uma necessidade humana (pessoa) e o ente idôneo a satisfazê-la (bem), permitindo ao primeiro a utilização da capacidade do segundo para a satisfação de sua necessidade; portanto, ao Direito não cabe a tutela dos bens, ou seja, os objetos necessários à satisfação das necessidades humanas, mas, sim, dos *interesses*, isto é, a possibilidade que as necessidades de determinadas pessoas venham a ser satisfeitas pelos bens correspondentes, portanto, a caracterização do dano envolve a lesão aos interesses e não aos bens²¹.

Desse modo, o dano é representado pela lesão ao interesse juridicamente tutelado, de maneira que há uma ampliação do conceito de forma a abranger diversas situações não suficientemente amparadas pelas posições acima expostas, principalmente os danos que recaem sobre bens sem acepção econômica.

Desse modo, as pessoas, titulares de direitos, terão relações jurídicas com vários bens, tais relações se caracterizam por serem interesses humanos juridicamente tutelados, quando houver lesão a esses interesses haverá dano.

Cesare Salvi²² critica essa concepção de dano por considerá-la insuficiente por compreender que o resarcimento se refere à reparação

²⁰ SALVI, Cesare. Op. cit., p. 40.

²¹ DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 293.

²² Op. cit., p. 41.

de uma situação jurídica lesada, assim, há hipóteses em que a lesão de interesse juridicamente tutelado não repercutirá em indenização, mas em outro remédio jurídico, a exemplo de tutela inibitória de determinado ato ou restitutória. Com todo o respeito a tal entendimento, penso de forma diversa, haja vista que a inibição da atividade do lesador ou a restituição do bem, em verdade, cuida-se de reparação do interesse lesado de forma específica.

Aproximação das teorias expostas na busca da síntese da noção de dano

Do exame e exposição das concepções supra, aclara-se que todas, mesmo a mais primitiva (dano real), tem seus acertos e equívocos na medida em que focam o aspecto mais relevante do dano em dado momento histórico.

Seja como for, não se pode perder de vista o caráter normativo da noção de dano (ilicitude), destarte, atos ou fatos conformes à ordem jurídica não encerram dano.

De outro lado, sempre haverá um prejuízo de ordem material ou ideal (relativamente aos bens insusceptíveis de valoração econômica) a ser experimentado pelo titular da situação jurídica que envolve o bem lesado, cuja reparação compete ao responsável pela lesão ou indicado pelo ordenamento a tanto (responsabilidade indireta).

A teoria da diferença e a do dano real estão presas a uma concepção excessivamente econômica do dano, a qual foi muito útil até o início do século XX, todavia, atualmente, é insuficiente à exata compreensão do fenômeno jurídico do dano, em razão do grande número de bens sem possibilidade de aferição econômica.

Nessa ordem de ideias, a conceituação de dano como lesão a um interesse juridicamente tutelado é a de melhor conteúdo e utilidade ao atual desenvolvimento da Ciência do Direito.

Da união dessas ideias, o dano é entendido como a lesão contrária ao ordenamento jurídico sofrida pelo titular de um interesse juridicamente tutelado a ser reparada por outra pessoa²³.

²³ Nessa linha de ideias também é a definição formulada por Antunes Varela, op. cit., p. 591, nos seguintes termos: “O dano é a perda *in natura* que o lesado sofreu, em consequência de certo facto, nos interesses (materiais, espirituais ou morais) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar”.

3. Dano patrimonial e extrapatrimonial

Entre as diversas classificações de dano a de maior importância é a relativa aos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, assim, de forma breve e pelo fio condutor da compreensão da noção de dano, passo a tratar destas duas espécies fundamentais.

A divisão dos danos em patrimoniais e extrapatrimoniais ou morais refere-se à repercussão do interesse lesado, assim, se aquele envolve em uma ofensa passível de quantificação econômica, competindo sua reparação de forma direta (reparação *in natura* por meio da reconstituição específica da situação lesada) ou indireta (entrega de um bem equivalente ou indenização pecuniária), o dano é patrimonial ou material; de outro lado, se a lesão vier a atingir uma situação jurídica sem possibilidade de avaliação econômica, no mais das vezes um direito da personalidade²⁴, sem possibilidade de reparação por sua natureza ideal, o dano é extrapatrimonial ou moral.

Dante disso, aclara-se o caráter negativo do dano moral frente ao material, no sentido de não ser patrimonial. Agostinho Alvim²⁵ ressalta esse pensamento, da seguinte forma: “Nós pensamos que o dano moral há de ser não patrimonial. Aquele que for patrimonial não é moral”.

Conforme as raízes romanas, transmitidas aos códigos civis modernos, no dano material estão compreendidos o dano emergente ou perda

²⁴ Personalidade jurídica é uma qualidade das pessoas, ou um atributo jurídico, consubstanciado na capacidade de adquirir direitos e contrair obrigações, intimamente ligada ao direito subjetivo (poder que o ordenamento jurídico concede para a satisfação dos interesses humanos) pelo fato deste pressupor a existência de um direito, o qual, sempre será titulado por uma pessoa. No âmago da personalidade encontram-se os Direitos da Personalidade (José Puig Brutau, *Compendio de Derecho Civil*, 2. ed., Bosch, 1994, v. I., p. 170, comenta o surgimento da expressão direitos da personalidade nos seguintes termos: “‘Derechos humanos’ y ‘Derechos de la personalidad’ son denominaciones que pueden haber aparecido con preferencia en unos u otros acontecimientos históricos, pero sustancialmente coinciden por su propio valor y consistencia frente al poder público. El primer texto político que los reconoció fue la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, que según dice Bernard Schwarz protegió por primera vez los derechos individuales en una Constitución adoptada por una asamblea de elección popular. La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, en Francia, mencionó la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión como derechos naturales e imprescriptibles del hombre. En nuestros días la reafirmación decisiva de los derechos fundamentales se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por las Naciones Unidas el 10 diciembre 1948, y la Convención de Roma para la Protección Del Hombre y Libertades Fundamentales de 4 noviembre 1950”) que por inerentes ao homem não foram criados pelo Direito, mas reconhecidos, ante sua indissociabilidade do conceito humano. O conteúdo dos Direitos da Personalidade envolve o direito à vida, à liberdade, à honra, ao bom nome, entre outros, ou seja, os direitos essenciais, tutelados pelo ordenamento jurídico, a fim de assegurar existência digna com igualdade entre as pessoas na busca do ideal de justiça.

²⁵ Op. cit., p. 216.

patrimonial (*dannum emergens, la perte éprouvée*) e o lucro cessante ou lucro frustrado (*lucrum cessans, le gain manqué*), ou seja, o prejuízo (econômico) ocasionado nos bens e direitos existentes no patrimônio do lesado à época do dano e os benefícios (econômicos) que deixou de auferir por força da lesão sofrida não existentes no momento da sua ocorrência, respectivamente.

A disposição relativa aos danos emergentes e lucros cessantes é prevista em nosso ordenamento jurídico com a expressão perdas e danos, como se depreende do art. 402 do Código Civil. Não obstante, essa não seria a melhor técnica ante a sinonímia dos termos perdas e danos que acabam por designar unicamente o dano emergente, melhor seria seguir o Código Civil francês que utiliza as palavras danos e interesses (*dommages et intérêts*), por abarcar os danos emergentes e lucros cessantes; seja como for, firmou-se entre nós a utilização da terminologia da lei²⁶.

Savatier²⁷ definiu o dano moral como sendo “toute souffrance humaine ne résultant pas d'une perte pécuniarie”, portanto, estabeleceu a necessidade da existência de um sofrimento físico e ou psicológico para a sua configuração, todavia, ainda que a maioria dos danos morais ocasione tal sofrimento, há aqueles em que isto não ocorre, a exemplo da lesão ao nome de uma pessoa jurídica²⁸ ou do patrimônio histórico de uma cidade.

Nos casos de seres humanos, é comum o dano moral resultar em aflição psíquica, entretanto, pelas razões expostas no parágrafo anterior, não é possível essa limitação nas situações de ausência de centro psíquico, destarte, é de maior adequação técnica a compreensão do dano moral no sentido do que lesiona um bem sem possibilidade de avaliação econômica.

4. Conclusão

A noção de dano é uma escolha do ordenamento jurídico, desde sua interpretação jurisprudencial, acerca das situações jurídicas passíveis de tutela jurídica.

Pode ocorrer, como é frequente, uma mudança legislativa em razão da qual determinado fato, antes sem a condição de dano, passe a tê-la; consoante as necessidades e valores em voga na sociedade.

²⁶ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1965. p. 175.

²⁷ *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*, 2. ed., LGDJ, 1951, v. 2, p. 92.

²⁸ DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 52.

O pressuposto do dano é indispensável para, ao lado de outros elementos tratados no critério de imputação, permitir a atuação da norma de responsabilidade civil de modo a transferir a repercussão do dano da esfera da vítima ao responsável indicado pelo ordenamento jurídico.

A evolução tecnológica e a sociedade em rede repercutiram na criação de várias situações jurídicas lesadas – doravante danos – que passaram a ser objeto da atuação da norma de responsabilidade civil, forte no caráter da desmaterialização e despatrimonialização do dano.

Esse aumento quantitativo e qualitativo do dano determina a necessidade de acurado exame de sua noção científica, especialmente para solução dos casos difíceis, nos quais há dúvidas na qualificação de determinado fato como dano.

Prejuízo não se confunde com dano, aquele permanece na esfera da vítima pela ausência de norma jurídica que possibilite sua transferência para um terceiro; este, diversamente, permite a transferência ao responsável indicado pelo ordenamento jurídico.

A noção de dano é um conceito normativo por depender de sua indicação pelo ordenamento jurídico desde critérios de imputação com a definição do demais pressupostos, por exemplo, responsabilidade subjetiva ou objetiva.

A amplitude das espécies de dano determina sua compreensão desde a noção da lesão ao interesse juridicamente tutelado, assim, a lesão é ao direito protegido acerca de sua disponibilidade perante o titular.

Não obstante, também são relevantes aspectos de compreensões passadas, a exemplo da reparação *in natura* nos casos de dano ambiental, bem como a aplicação da teoria da diferença para as hipóteses de dano material por meio da consideração do montante econômico do patrimônio antes e depois do dano.

O dano material e moral são compreendidos e diferenciados a partir do interesse juridicamente tutelado, assim, havendo um valor econômico, aferível no mercado, o dano é material. De outra parte, não sendo o interesse lesado passível de valoração econômica, o dano é moral ou extrapatrimonial.

Bibliografia

- ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1980. v. 1 e 2.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1965.
- BRUTEAU, José Puig. *Compendio de derecho civil*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1994. v. I.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1997.
- DE CUPIS, Adriano. *Il danno*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966. v. I.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. I e II.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. 2. ed. Traducción española. Barcelona: Bosch, 1954. v. 1º, t. II. e II, v. 2º: Derecho de obligaciones.
- FRANZONI, Massimo. *Il danno al patrimônio*. Milano: Giuffrè, 1996.
- GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1996.
- GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel élémentaire de droit romain*. 4. ed. Paris: A. Rousseau, 1906.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995.
- JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1998.
- LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012.
- SALVI, Cesare. *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1998.
- SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil*. 7. ed. Madrid: Montecorvo, 1993. v. I.
- SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1951. t. I.

TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de derecho civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1967. v. II.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993. v. I.

VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil – introduction à la responsabilité*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1995.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998.