

CONFIGURAÇÃO DO ATO ILÍCITO EXTRAPATRIMONIAL

Autor: Gustavo Mehmeri Gusmão dos Santos

Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (2002). Atuou como conciliador da Justiça Federal Seção Judiciária da Bahia (2003). Atuou como advogado empresarial com especialização em contratos (2004-2011).

Atualmente, é assessor de magistrado no Tribunal de Justiça da Bahia.

I – INTRODUÇÃO:

Com o advento da Carta Magna de 1988 (Art. 5º, X), o direito brasileiro deu um importante passo na tutela dos valores inerentes à personalidade humana. Consagrou-se em nosso ordenamento jurídico a reparabilidade de danos causados à honra, à intimidade, à privacidade, bem como a outros valores decorrentes do espírito humano considerado em sua perspectiva subjetiva.

Aos poucos, nossos Tribunais passaram a acolher cada vez mais a noção de uma reparação decorrente dos chamados “danos morais”, numa construção jurisprudencial que evoluiu juntamente com a conscientização dos operadores do Direito, bem como dos diversos setores da sociedade. Assim, hodiernamente, a demanda indenizatória deduzida em face de um ato ilícito causador de danos extrapatrimoniais é admitida da mesma forma que uma lide decorrente de uma lesão patrimonial qualquer, sobre a qual recairá a prestação jurisdicional sem qualquer restrição ou obstáculo.

Contudo, da mesma forma que proporcionou incontáveis avanços na tutela jurisdicional dos valores humanos, a evolução do entendimento construído em torno da reparabilidade do dano moral também trouxe alguns problemas com os quais a comunidade jurídica ainda está aprendendo a conviver.

Dentre tais questões, está o problema de identificar a ilicitude de um ato colocado em juízo como causador de danos morais, revelando-se uma tarefa inundada de subjetivismo e que, por vezes, nos leva ao equívoco ou até mesmo à injustiça.

Malgrado tenha inserido a ofensa de ordem moral no rol dos atos ilícitos (art. 186), o nosso Código Civil não estabeleceu parâmetros a serem seguidos por aqueles que se encontram diante de uma determinada conduta dita como lesiva a algum direito extrapatrimonial, deixando a tarefa aos Tribunais bem como à doutrina dedicada ao assunto.

E, como a noção de *ato ilícito civil* sempre encontrou seu principal alicerce em condutas causadoras de danos de ordem material, surgiu a discussão sobre qual o critério a ser observado quando da definição da ilicitude de uma determinada conduta deduzida como violadora de direitos extrapatrimoniais, tendo em vista a impossibilidade de constatação concreta de danos que não se revelam para o mundo exterior.

É verdade que nossas Cortes Judicantes procuraram solucionar o problema concentrando suas conclusões na presunção da ocorrência de danos sobre os quais não se pudesse investigar qualquer tipo de materialidade (dano *in re ipsa*), desde que causados por algum ato dito ilícito. Entretanto, apesar dos esforços, não se chegou a uma solução efetiva para o problema, especialmente sob o prisma científico.

Assim, continua-se a indagar: como atribuir o caráter ilícito a um determinado ato que supostamente deu origem a um dano que não se pode visualizar, tampouco demonstrar, se a própria lei define como critério de ilicitude civil a ocorrência e verificação de um dano efetivo?

A intenção do presente trabalho, ainda que de forma singela, é abordar o tema sob um prisma objetivo, de maneira que, ao final, tenhamos traçado algumas diretrizes às quais possamos nos prender a fim de enfrentar a questão.

Não se pretende, aqui, sob nenhuma hipótese, propor uma solução definitiva para o problema, e sim, apenas contribuir para o alargamento das discussões em torno do mesmo, que não podem ser banalizadas ou minimizadas, sob pena de se cancelar o desvirtuamento de uma construção legal, doutrinária e jurisprudencial que tanto concorreu para a evolução do nosso direito.

Dedicaremos nossa abordagem, num primeiro momento, a uma breve e geral exposição sobre a obrigação de indenizar, passando pela noção tradicional de ilícito civil, discorrendo, ainda, sobre os elementos necessários à sua configuração, para, então, passarmos a enfrentar a questão da caracterização do ato ilícito extrapatrimonial sob a ótica da tutela de valores não mensuráveis de forma material, procurando estabelecer o foco de sua investigação e os critérios de sua avaliação.

É o que propomos com o presente trabalho.

II - BREVE ANÁLISE DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR E SUAS FONTES ELEMENTARES:

Um dos alicerces fundamentais sobre o qual repousa o Direito Civil corresponde justamente à Teoria da Responsabilidade Civil, mediante a qual busca-se extrair a fundamentação necessária ao poder que a lei confere a alguém de exigir a reparação por algum dano sofrido em decorrência de uma conduta ilícita praticada por outrem. É, pois, do instituto da responsabilidade civil que nasce a obrigação imposta ao infrator de determinado preceito jurídico, no sentido de indenizar a vítima pelos danos contra si causados.

Dessa maneira, a responsabilidade civil é, sob uma perspectiva ampla, a sanção imposta pela lei àquele que viola direito subjetivo alheio, causando-lhe danos, ficando então vinculado à obrigação de reparar as mazelas causadas pela conduta praticada.

Buscando sistematizar o estudo e a construção legal e doutrinária acerca do tema, os civilistas procuraram dividir a responsabilidade civil em dois grandes campos de incidência, formulando, assim, as teorias da responsabilidade civil contratual e extracontratual.

Assim, estabeleceu-se como responsabilidade contratual a obrigação imposta ao contratante vinculado a um determinado negócio jurídico, de reparar os danos causados ao seu oponente em decorrência do inadimplemento (total ou parcial) de suas obrigações contratuais, ou até mesmo pela simples mora em seu cumprimento. E, no campo da responsabilidade civil extracontratual, foi inserida a sanção imposta àquele que, pela prática de um comportamento ilícito, causa danos à esfera patrimonial ou moral de alguém,

não interessando a existência ou não de qualquer vínculo jurídico anterior entre autor e vítima do dano.

É especialmente este último grande campo da Teoria da Responsabilidade Civil (responsabilidade extracontratual) que nos interessa no momento, como forma de introduzir a abordagem proposta no presente trabalho.

Pois bem, sabemos que, na dinâmica do convívio social, bem como no desenvolvimento das relações jurídicas travadas entre os homens a cada dia, estamos todos vinculados a um dever abstrato de não lesar ou não causar danos à esfera jurídica daqueles que nos cercam, ou seja, existe entre cada um de nós uma relação geral e inevitável que nos obriga a manter-nos inertes em relação ao conjunto de direitos alheios (patrimoniais ou extrapatrimoniais), não causando nenhum tipo de interferência indesejada ou lesiva aos mesmos.

E, sempre que tal regra de “não lesão” é violada, nasce para o titular do direito lesado o poder de exigir do agente da conduta lesiva a reparação pelos danos porventura causados à sua esfera jurídica, mediante indenização direcionada a sanar os prejuízos sofridos. Estamos, assim, no campo da reponsabilidade civil extracontratual ou aquiliana.

A responsabilidade civil extracontratual é, pois, a obrigação imposta ao autor de um determinado comportamento ilícito de reparar, mediante indenização própria, os danos causados em decorrência de sua conduta, de maneira a sanar os prejuízos sofridos pela vítima de seu ato.

Como já é sabido, existem três elementos essenciais e indispensáveis à configuração da responsabilidade civil extracontratual: conduta ilícita; dano; nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Tem-se como conduta ilícita qualquer comportamento contrário ao ordenamento jurídico, ou seja, praticado em desacordo com as normas jurídicas, podendo consistir numa ação ou omissão que resulte numa ofensa aos ditames esculpidos na lei.

Já o elemento dano consiste num possível resultado proveniente do comportamento ilícito do agente, fazendo nascer, quando presente, o ilícito civil propriamente dito. Isto é assim

porque, como veremos adiante, nem todo ato ilícito resulta, necessariamente, num dano, podendo passar despercebido no mundo jurídico, hipótese em que deixará de interessar ao Direito Civil.

Voltando ao dano, tem-se que pode revelar-se num prejuízo patrimonial (de cunho exclusivamente econômico), ou extrapatrimonial (moral), sendo este último o objeto mais próximo do presente trabalho.

Como terceiro e último elemento caracterizador da responsabilidade civil extracontratual, temos o nexo causal entre a conduta ilícita e o dano sofrido pela vítima, sem o qual não se pode falar em responsabilização pelos prejuízos alegados. Ou seja, o nexo de causalidade consiste numa “ponte” que liga o ilícito civil ao dano dele decorrente, de maneira que um não existiria sem o outro, razão pela qual torna-se de vital importância àquele que deduz uma pretensão indenizatória contra outrem provar que a conduta praticada foi a circunstância causadora do prejuízo alegado.

Dessa forma, uma vez fechado a trinômio caracterizador da responsabilidade civil (ato ilícito, dano e nexo de causalidade), pode-se falar em obrigação de indenizar, que surge como um meio encontrado pelo Direito de fazer com que o agente causador do dano possa reparar o mal causado à vítima de sua conduta.

Assim, feitas estas breves considerações sobre a obrigação indenizatória, passemos a abordar, de uma forma mais direcionada, um dos seus elementos fundamentadores, qual seja, o *ato ilícito civil*.

III – O ILÍCITO CIVIL EM SUA PERSPECTIVA MAIS TRADICIONAL:

Quando falamos em ato ilícito, dentro de uma noção mais ampla, podemos dizer que o mesmo ocorre sempre que determinada conduta contrária aos preceitos do ordenamento jurídico revela-se para o mundo do direito. Não importa em que campo de normas o ato se enquadrará, ou qual a natureza do preceito ofendido, tampouco se desse ato resultará ou não algum dano a outrem. Para sua caracterização, somente interessa o fato de que a conduta praticada tenha sido contrária a algum dispositivo ou princípio jurídico.

Dessa forma, podemos caracterizar como “ato ilícito” uma gama bastante ampla de comportamentos humanos, na qual, em algum dia, certamente todos nós já estivemos inseridos. É o caso, por exemplo, de alguém que estaciona seu veículo em local proibido, ou deixa de usar o cinto de segurança, ou não paga um tributo no tempo e forma devidos, etc.

O ato ilícito, assim, é assunto que diz respeito a todos os ramos do direito, que interpretam e sancionam cada comportamento sob sua ótica própria de interesse.

Contudo, quando adentramos na seara do Direito Civil, percebemos que surge um elemento adicional para a configuração do ato ilícito, sem o qual não se pode falar em qualquer obrigação de reparação civil.

Estamos falando do dano, como consequência da conduta praticada pelo agente, elemento que, quando presente, torna tal comportamento ilícito para os olhos do Direito Civil.

Dessa forma, numa ótica mais tradicional, o ilícito civil vem a ser o ato praticado em desacordo com o ordenamento jurídico, violando direito subjetivo alheio, do qual resulta dano (patrimonial ou extrapatrimonial) para outrem, ficando o agente, assim, obrigado a reparar os prejuízos sofridos pela vítima.

Deveras, o Código Civil, em seu art. 186, assim estabelece:

*“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**.”*
(grifos aditados)

O dano (ainda que presumido) revela-se como elemento fundamental à caracterização do ilícito civil, noção que sempre foi acolhida em todas as construções legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais ao longo da trajetória do Direito Civil.

Dessa maneira, um mesmo comportamento ilícito (em sua perspectiva ampla), pode ou não revelar-se um ilícito civil, a depender da ocorrência ou não de um dano à esfera jurídica de

outrem. Tomemos como exemplo a ultrapassagem de um semáforo em sinal vermelho: 1) caso o automóvel simplesmente ultrapasse e prossiga seu percurso sem interferir no ambiente ao seu redor, tratar-se-á de um ilícito restrito às normas de trânsito, cabendo as sanções previstas na legislação própria; 2) contudo, se em decorrência da ultrapassagem ilícita ocorrer uma colisão com outro veículo, estaremos diante de um dano patrimonial à esfera jurídica de terceiro, razão pela qual o Direito Civil chama o fato para si, transformando-o, sem prejuízo dos demais enquadramentos legais, em *ato ilícito civil*, ficando o agente obrigado a reparar os prejuízos causados pela sua conduta.

Assim, sob o prisma da noção mais tradicional de ilicitude civil, podemos afirmar que a verificação do dano sempre esteve em destaque quando a função do julgador era a de verificar a existência ou não da obrigação de indenizar a ser imputada ao agente de determinada conduta ilícita.

A antijuridicidade da conduta aliada ao dano por ela causado forma, assim, o que se chama de ilícito civil, seja como conduta pertencente exclusivamente ao Direito Civil, seja como ato compartilhado com outros ramos normativos, mas que não deixa de interessar ao campo de incidência das normas civis.

Dessa forma, construiu-se a noção de *ato ilícito civil*, como elemento indispensável à caracterização da obrigação de indenizar, mas que, ao nosso entender, merece um redirecionamento no foco de sua concepção.

IV - O ILÍCITO CIVIL DENTRO DA PERSPECTIVA DA TUTELA DE DIREITOS EXTRAPATRIMONIAIS:

Como vimos em linhas anteriores, a presença do *dano* sempre se revelou indispensável à caracterização do *ato ilícito civil*, de maneira a canalizar as atenções daquele que encontrava-se debruçado diante da verificação de uma conduta deduzida como ilícita na seara civil, a fim de concluir a existência ou não de obrigação de indenizar.

Contudo, não podemos olvidar que esta noção de *ilícito civil* resultou de uma experiência legislativa, doutrinária e jurisprudencial construída num mundo em que pouco se falava de

direitos da personalidade, ou tutela civil extrapatrimonial. O elemento “dano”, quase sempre, remetia à ocorrência de prejuízos materiais, perceptíveis aos sentidos humanos, tornando a atividade judicante direcionada à verificação da existência ou não de tais prejuízos.

Dessa forma, configurar o ato ilícito civil, bem como a obrigação de indenizar, era tarefa que não exigia grandes esforços daqueles que se dedicavam a tal mister, bastando verificar a presença do dano alegado, a antijuridicidade (contrariedade à determinada norma jurídica) da conduta praticada, bem como o nexo causal entre tal conduta e os prejuízos verificados.

Entretanto, com a crescente difusão da noção de direitos da personalidade (especialmente aqueles ligados à honra, privacidade e intimidade – CF/88, art. 5º, X), bem como da tutela jurisdicional conferida a tais direitos, surgiu um contratempo a ser enfrentado pelos estudiosos do assunto, bem como pelos órgãos responsáveis pela apreciação judicial de demandas desta natureza.

Tal problema consistia justamente em como configurar o ato ilícito diante da impossibilidade de se verificar, de forma concreta e inexorável, uma espécie de dano que não poderia se revelar no plano externo, ou seja, não poderia jamais ultrapassar os limites interiores do ofendido.

Assim, solução encontrada pelos Tribunais consistiu na chamada “presunção do dano moral”, mediante a qual o julgador desvincula-se da obrigação de verificar a existência concreta do dano produzido, desde que diante de determinada conduta ilícita.

Num primeiro momento, tal solução parecia pôr um fim ao problema, de maneira que, diante da impossibilidade de se demonstrar em juízo a efetiva ocorrência do dano alegado, bastaria ao julgador concluir pela ilicitude da conduta para então, presumir a existência do dano e aplicar a sanção cabível.

Contudo, existe um detalhe que acabou passando despercebido aos olhos daqueles que construíram a referida idéia: *dentro do plano tradicional do ilícito civil, a verificação da ilicitude de uma conduta reside, justamente, na ocorrência do dano, circunstância que*

condiciona o caráter ilícito de um comportamento à existência efetiva de um prejuízo indenizável.

Ora, considerando esta noção tradicional de ato ilícito civil, ao presumir um dano, passaríamos também a “presumir o ato ilícito”, o que acaba nos fazendo cair num verdadeiro “sofisma jurídico”, deveras perigoso para a atividade judicante.

Isto é assim porque, como vimos em oportunidade anterior, de acordo com a construção sistemática da idéia de ilícito civil, um determinado comportamento humano, ainda que considerado contrário ao ordenamento jurídico, somente poderia interessar ao Direito Civil caso resultasse num dano à esfera jurídica de alguém, sendo tal prejuízo condição precípua à caracterização da ilicitude civil do ato. Daí, então, resultaria a obrigação de indenizar.

Voltemos ao exemplo dado em linhas anteriores, quando imaginamos a hipótese da invasão de um semáforo fechado. A simples invasão em si configuraria apenas um ato ilícito administrativo, em nada interessando ao Direito Civil; contudo, em ocorrendo uma colisão com outro veículo, com um conseqüente prejuízo material, tal conduta passa a ser configurada como ato ilícito civil, gerando conseqüências jurídicas ao seu agente. É justamente o dano que dá ao ato o caráter ilícito sob a ótica tradicional da ilicitude civil.

A partir do momento em que passamos a presumir a existência do dano (necessário à existência do ilícito civil), deveríamos, necessariamente, presumir a ilicitude civil do ato. Não estamos falando em presunção da materialidade ou autoria do fato, e sim de seu caráter ilícito diante das normas civis.

Por ex., *A* ingressa em juízo contra *B* aduzindo que este lhe provocou um dano de ordem moral, pela prática de determinada conduta. O fato em si, bem como sua autoria estão suficientemente provados em juízo, entretanto, tal não quer dizer que a conduta praticada seria ilícita sob a ótica das normas jurídicas civis. Então, como se verificaria a ilicitude civil do comportamento praticado por *B*? Seguindo a regra esculpida no art. 186 do Código Civil, o julgador passaria a verificar a ocorrência do dano alegado por *A*. Contudo, trata-se de dano invisível, imperceptível aos sentidos humanos. Assim, conclui o julgador pela

presunção de sua ocorrência, concluindo, de forma quase sistemática, pela ilicitude civil do ato praticado, o que seria um erro grave.

Tentando evitar este tipo de equívoco, a jurisprudência dos melhores Tribunais edificou-se no sentido de admitir a presunção do dano somente quando o julgador estiver diante de um *ato ilícito*. Contudo, ao nosso entender, esta orientação em nada resolve o problema, por uma simples razão: *a verificação da ilicitude de um determinado ato depende justamente da constatação do dano (CC, art. 186), que, in casu, não pode ser verificado em sua forma material.*

Não estamos, aqui, condenando nem mesmo criticando a presunção judicial do dano de natureza moral, até porque, em sendo o mesmo invisível ao mundo exterior, torna-se-ia extremamente difícil ou até mesmo impossível provar sua ocorrência em juízo, a fim de justificar a reparação pleiteada.

Não podemos, contudo, incorrer no equívoco de justificar a ilicitude de um determinado ato com base na presunção (ainda que inconsciente) da ocorrência de um dano, devendo buscar outros meios de verificar sua caracterização dentro do plano da ilicitude civil.

Então, em se tratando de tutela de direitos extrapatrimoniais, como verificar o caráter ilícito de um ato? Como atribuir a um determinado comportamento a marca de ofensivo a direitos subjetivos morais? Como considerar que uma determinada conduta causou danos que são invisíveis e imperceptíveis ao mundo exterior?

A questão não é simples e tampouco será esgotada com as presentes considerações, merecendo uma reflexão cada vez mais ampla daqueles que se dedicam ao estudo desta área do direito, e, especialmente, dos que se debruçam diariamente sobre a tão importante atividade judicante.

Num primeiro momento, devemos nos afastar da idéia de verificação da ocorrência de um dano, pois é materialmente impossível observar um prejuízo que se encontra depositado no espírito de uma determinada pessoa. Diferentemente do que ocorre na seara patrimonial,

quando tratamos da tutela de um determinado direito de ordem moral, torna-se inviável recorrer ao dano a fim de caracterizar a ilicitude civil de um ato deduzido como lesivo.

Como já expusemos acima, presumir o dano não pode, também, ser o ponto de partida para configuração da ilicitude da conduta, sob pena de estarmos, de igual modo, presumindo o caráter ilícito do ato, o que não se pode admitir.

Deve-se voltar os olhos, assim, para o ato em si, observado em seu prisma objetivo; primeiro, de forma isolada e, posteriormente, aliado a determinados fatores de ordem jurídica, social, moral, religiosa, e até aos costumes do local onde foi praticado.

Com isso, devemos analisar a conduta primeiramente de forma isolada, objetiva. Após, dando-lhe um caráter subjetivo, devemos inserí-la num contexto social amplo, aliando-a a fatores diversos, analisando, inclusive, as pessoas envolvidas na relação discutida, extraindo, assim, o *potencial lesivo* do comportamento do agente.

Quando nos referimos a “potencial lesivo” de um ato, estamos propondo a análise, por parte do julgador, da capacidade ofensiva ou do grau de violação que uma determinada conduta, quando praticada, possa acarretar no interior de uma pessoa normal (homem médio).

E, ao nosso entender, é nesse *potencial lesivo* que reside a ilicitude ou não do ato supostamente causador de um dano extrapatrimonial.

Mas, como poderia ser medido o “potencial lesivo” de uma conduta humana?

Naturalmente, não existe uma fórmula pronta a ser aplicada de maneira geral, devendo o julgador analisar, caso a caso, o comportamento do agente para, com o amadurecimento de suas conclusões, poder extrair a medida correta de verificação do grau de lesão que uma determinada conduta poderia acarretar à esfera moral da vítima.

Como sugerido acima, inserir a conduta no contexto social do autor e da vítima, seria uma das formas de avaliar o potencial de lesão que o comportamento poderia trazer à sua esfera jurídica. Aliás, este já é um artifício utilizado para medir a quantificação do dano e da indenização a ser aplicada. Contudo, sua utilização não deve cingir-se ao momento final da

tutela jurisdicional, e sim estender-se também à verificação da própria ilicitude do ato praticado. Por ex., o ato de divulgar imagens privadas de uma pessoa sem a devida autorização não deve ser levado em conta apenas quando da quantificação da indenização, e sim, deve ser encarado como a própria justificativa da ilicitude da conduta do agente, na medida em que, no caso em concreto, o comportamento revelou-se potencialmente lesivo à esfera jurídica do ofendido.

Outra forma de avaliar o poder de lesão de uma conduta consiste na aferição dos comandos jurídicos envolvidos no comportamento do agente, ou seja, se o ato praticado se deu em decorrência de outras exigências incidentes sobre a esfera do seu autor, o que tornaria sua prática inevitável diante das circunstâncias envolvidas. É o caso, por ex., do travamento de portas detectoras de metais em agências bancárias. Ora, todos nós sabemos que a instalação deste tipo de equipamento nas dependências bancárias é um dever imposto às referidas entidades, que tem a obrigação de zelar pelo patrimônio, segurança e até mesmo pela vida de seus clientes e funcionários. Dessa forma, o simples travamento da porta ao detectar uma massa metálica em alguém que deseja entrar, impedindo seu acesso até que se livre do objeto detectado, é um dever imposto ao agente da conduta (instituição bancária), não podendo ser encarado como um ato potencialmente lesivo à esfera moral de quem quer que seja.

Contudo, ainda que valendo-se de um direito (ou um dever) a si conferido, não pode o agente exceder os limites necessários ao estrito cumprimento de sua função, sob pena de incorrer no que se denomina de “abuso do direito”. Assim, ainda no exemplo esposto acima, caso os prepostos da agência bancária resolvessem, de forma manifestamente excessiva, inquirir, revistar os pertences ou até mesmo as roupas da pessoa suspeita, de maneira a expô-la ao ridículo, estaria inquestionavelmente caracterizado o ato ilícito, uma vez que tal conduta revelar-se-ia potencialmente lesiva à esfera moral de um homem médio.

Levar em consideração os costumes do local onde se deu o fato também pode ser uma medida útil àquele que se incumbe de analisar o grau de ofensividade de uma conduta, pois é possível que um determinado ato seja considerado banal numa localidade e extremamente aviltante em outra. Nessa hipótese, não se deve esquecer de investigar se o ofensor tinha

prévio conhecimento do potencial lesivo de seu comportamento naquele local determinado, ou se, em razão de seu grau de discernimento, deveria conhecer os costumes locais.

Como referido anteriormente, cada caso deve ser cuidadosamente analisado, a fim de evitar a atribuição de um potencial lesivo a um comportamento que, se inserido num determinado contexto, estaria livre de tal qualificação.

Assim, diante da impossibilidade de se constatar materialmente um dano de natureza extrapatrimonial, somente com a verificação do *potencial lesivo* da conduta posta em questão é que se pode chegar à conclusão de sua ilicitude aos olhos do Direito Civil, fundamentando-se, assim, a responsabilização do seu agente, com a consequente imputação da obrigação de indenizar a vítima.

Propõe-se, assim, uma modificação no foco de atenção daquele que pretende verificar a ilicitude de um ato supostamente causador de danos de ordem moral, deixando-se de avaliar a ocorrência do dano (ou de simplesmente presumir sua existência), para investigar o potencial lesivo da conduta em si, inserindo-a em diversos fatores de cunho jurídico, social, moral, dentre outros, a fim de, então, concluir se aquele comportamento poderia ter causado o dano alegado pela vítima.

Dessa forma, adotando tal mudança de foco, pode-se fundamentar a caracterização de um ilícito civil extrapatrimonial na medida em que este revelar-se potencialmente causador de danos à esfera moral do homem médio, chegando-se a tal conclusão após a observação de diversos fatores atinentes às circunstâncias em que se deu o ato.

O dano em si torna-se irrelevante, uma vez que se mostra impossível de ser verificado no mundo exterior, devendo o observador concentrar-se exclusivamente na conduta praticada, a fim de, avaliando as circunstâncias em que ocorreu, poder extrair ou seu potencial lesivo, chegando, assim, à sua configuração como ato ilícito extrapatrimonial.

V – CONCLUSÃO:

Não pretendemos, com o presente trabalho, propor nenhuma mudança no conceito de *ato ilícito civil*, tampouco na formação e caracterização de seus elementos essenciais.

Trouxemos, sim, um problema que não pode deixar de ser enfrentado por aqueles que se propõem a estudar a correta aplicação da tutela jurisdicional dos direitos extrapatrimoniais, a fim de que se evite a distribuição injusta de obrigações indenizatórias ou, de outro lado, a equivocada negativa da referida tutela em casos merecedores de sua atenção.

E, como o ato ilícito é o ponto de partida para qualquer investigação de responsabilidade civil, procuramos encará-lo sob a ótica dos direitos de cunho extrapatrimonial, avaliando uma forma de encontrar, de maneira segura, a ilicitude de uma determinada conduta dita como ofensiva a tais direitos.

Como a verificação do dano, em tais casos, torna-se uma atividade extremamente penosa e por vezes até impossível, chegamos ao *potencial lesivo* do ato como um meio de avaliar seu caráter ilícito, encarado como parte de um contexto a ser observado pelo julgador, a fim de justificar a imputação da obrigação de indenizar prevista em lei.

Estamos certos que, não obstante as densas e esforçadas discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, ainda há um longo caminho a ser percorrido, fato que não pode, contudo, servir de desestímulo ou acomodação por parte daqueles que se dedicam ao tema, em especial daqueles que detém a tão importante função jurisdicional.

VI – BIBLIOGRAFIA:

- AMARANTE, Aparecida I.; Responsabilidade Civil por Dano à Honra; Belo Horizonte; Del Rey, 1991.
- DINIZ, Maria Helena; Curso de Direito Civil Brasileiro; Vol. 7; São Paulo; Saraiva, 2004.
- FELIPE, J. Franklin Alves; Indenização nas Obrigações por Ato Ilícito; Belo Horizonte; Del Rey, 1995.

- ZENUN, Augusto; Dano Moral e sua Reparação; 7ª ed.; Rio de Janeiro; Forense, 1998.
- JÚNIOR, Humberto Teodoro; Dano Moral; 2ª ed.; São Paulo; Juarez de Oliveira, 1999.