

As variações de significado do termo ‘dano indenizável’: desambiguação essencial

Rafael Peteffi da Silva

Professor da Faculdade de Direito da UFSC.

Mestre em Direito (UFRGS).

Doutor em Direito Civil (USP).

Estágio pós-doutoral na Universidade de Girona/ES e na Universidade de Oxford.

Coordenador do Grupo de Pesquisas do CNPQ “Direito Civil na Contemporaneidade”.

Editor da Revista de Direito Civil Contemporâneo (RT/ Thomson Reuters).

Coordenador Regional (Santa Catarina) do Comitê Brasileiro de Arbitragem (Cbar).

RESUMO

O artigo analisa as diferentes acepções do termo “dano indenizável” na responsabilidade civil, distinguindo entre os sentidos amplo e estrito. No sentido amplo, o dano indenizável relaciona-se aos demais requisitos da responsabilidade civil – culpa, antijuridicidade e nexo causal –, funcionando como elemento que possibilita o nascimento do dever de indenizar. Já na concepção estrita, o dano possui conteúdo normativo próprio, independentemente desses outros elementos, podendo ser compreendido como lesão a interesse juridicamente tutelado. O estudo defende que ambas as abordagens são úteis: a ampla, para identificar os limites do dever de reparar; e a estrita, para conferir autonomia e eficácia conceitual ao dano como requisito da responsabilidade civil. O autor conclui que a precisão terminológica é essencial para evitar confusões teóricas e garantir coerência no sistema indenizatório.

Palavras-chave: Dano indenizável. Responsabilidade civil. Antijuridicidade. Conceito normativo.

ABSTRACT

This article analyzes the different meanings of the term “compensable damage” in civil liability, distinguishing

between the broad and strict senses. In the broad sense, compensable damage relates to the other requirements of civil liability – fault, unlawfulness, and causal link – functioning as an element that enables the emergence of the duty to compensate. In the strict sense, damage has its own normative content, independent of these other elements, and can be understood as harm to a legally protected interest. The study argues that both approaches are useful: the broad, to identify the limits of the duty to compensate; and the strict, to grant autonomy and conceptual effectiveness to damage as a requirement of civil liability. The author concludes that terminological precision is essential to avoid theoretical confusion and ensure coherence in the compensation system.

Keywords: Compensable damage. Civil liability. Unlawfulness. Normative concept.

Sumário : Introdução; 1. O dano indenizável em sentido amplo; 2. Amplitude da doutrina sobre as acepções amplas e estritas do conceito de dano indenizável: exposição e crítica; Conclusão; Referências.

Introdução¹

A função central da responsabilidade civil é selecionar, por intermédio de um rol de requisitos, os danos resarcíveis, afastando os prejuízos, ainda que efetivamente sofridos pela vítima, que não se apresentam como indenizáveis. Essa imposição de filtros ou balizamentos ao dever de indenizar coaduna-se com a noção contemporânea de responsabilidade civil, harmonizando-se com a ideia de autonomia dos sujeitos de direito e evitando o “alargamento desmesurado da responsabilidade perante cada actuação concreta” (BARBOSA, 2006. p. 194).

O dano, considerado como o *alfa* e o *ômega* da responsabilidade civil,² apresenta-se como um dos requisitos fundantes do

¹ Honra-me a possibilidade de homenagear o Ministro Antonio Carlos Ferreira com este singelo artigo jurídico. A atuação do homenageado é conhecida de todos e representa um fator essencial para o desenvolvimento da melhor jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sempre embasada em diálogo franco e respeitoso que o homenageado mantém com a doutrina nacional e internacional.

² Usando-se exatamente esta expressão, confira-se LE TOURNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. 11 ed. Paris: Dalloz, 2019-2020, p. 503 e YZQUIERDO TOLSADA. Mariano. *Responsabilidad civil extracontractual: parte general*. Madrid: Dykinson, 2015, p. 159 “que el daño o perjuicio se presenta como primer elemento constitutivo de la responsabilidad civil es

instituto, essencial para o nascimento do dever de indenizar. É nesse contexto que Clovis do Couto e Silva (1997, p. 217) afirma que só se conhece a responsabilidade civil em um determinado ordenamento jurídico conhecendo-se o seu conceito de dano. A precisão da linguagem utilizada para desenhar a moldura conceitual desse instituto é fundamental para propiciar um debate racional sobre o tema³.

Contudo, a multiplicidade de acepções relacionadas com o termo ‘dano indenizável’ gera, em muitos aspectos, a já denunciada ‘plurivocidade cacofônica’ (MARTINS-COSTA, 2020, p. 392), impedindo um denominador comum linguístico. A advertência de Donal Nolan (2017, p.275) é necessária: uma terminologia imprecisa ao mesmo tempo reflete e gera um pensamento impreciso.

A definição, por parte dos mais variados ordenamentos, sobre o que seria um dano passível de reparação vem atraindo crescente atenção dos juristas com acentuada visão comparatista (WINIGER; KOZIOL; KOCH; ZIMMERMANN, 2011). A busca pelos limites do chamado ‘dano indenizável’ em um determinado ordenamento jurídico, contudo, é comumente investigada de uma maneira ampla, utilizando-se todos os requisitos clássicos da responsabilidade civil.

De acordo com essa abordagem, poderiam colmatar a moldura do ‘dano resarcível’ requisitos como os fatores de atribuição (culpa, risco e defeito do produto, por exemplo), a antijuridicidade da conduta do agente e, de forma muito destacada em ordenamentos com cláusula geral de responsabilidade civil extracontratual, o nexo de causalidade.

Entretanto, também é possível encontrar, na doutrina jurídica de inúmeros países, o enfrentamento do conceito de “dano indenizável” de maneira estrita, alinhado a uma tentativa de fornecer um conteúdo eficacial próprio à categoria, capaz de exercer papel decisivo na definição das fronteiras da criação do dever de indenizar em determinado ordenamento jurídico. Para tanto, o ‘dano indenizável’ deveria ostentar significado ou conceito normativo próprio, independentemente das inúmeras interfaces com os outros requisitos da responsabilidade civil.

algo fora de toda duda. Em efecto, si se trata de reparar, es necesario que exista algo que reparar”.

³ Para um desenvolvimento mais aprofundado a respeito do conceito normativo de dano, confira-se PETEFFI DA SILVA, Rafaely. Conceito normativo de dano: em busca de um conteúdo eficacial próprio. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 38. ano 11. p. 33-107. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2024.

A partir dessas considerações, este trabalho dedicar-se-á a analisar as manifestações mais importantes do mosaico de significados que a expressão ‘dano indenizável’ pode apresentar. No primeiro capítulo, será desenvolvida a abordagem de dano indenizável denominada de ‘ampla’, delineando a sua caracterização, a sua utilização por alguns modelos jurídicos e sublinhando a sua necessária dependência conceitual em relação a outros requisitos ou elementos da responsabilidade civil.

Em um segundo capítulo, analisar-se-ão algumas linhas doutrinárias que se utilizam da aludida abordagem ampla para traçar um conceito jurídico de dano. Ainda no mesmo capítulo, serão realizados comentários críticos a essas linhas doutrinárias, enfatizando que, para conferir um conteúdo eficacial próprio ao dano, será necessária uma abordagem estrita.

O presente estudo não defenderá a utilização exclusiva de apenas uma acepção de “dano indenizável”, reconhecendo a utilidade de ambos os caminhos semânticos possíveis. Entretanto, entende-se que uma das acepções é mais adequada para sustentar um conceito normativo de dano com conteúdo eficacial próprio⁴.

1 O dano indenizável em sentido amplo

O delineamento de um panorama geral terminológico⁵ das expressões utilizadas na construção da teoria do dano, mormente no que se refere aos termos ‘dano indenizável’ e ‘dano resarcível’, é o primeiro passo para a construção de um pensamento preciso.

O termo “dano resarcível” ou “dano indenizável”, em uma de suas acepções possíveis, pode traduzir a preocupação geral com os limites impostos ao dever de indenizar, relacionando-se diretamente com os múltiplos requisitos da responsabilidade civil. Aqui, a observação do dano indenizável pode ser entendida como a criação da relação jurídica obrigacional entre agentes e vítima,

⁴ Para uma análise ampla do presente tema, consulte-se PETEFFI DA SILVA, Rafael. Conceito normativo de dano: em busca de um conteúdo eficacial próprio. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 38. ano 11. p. 33-107. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2024.

⁵ Realizou-se semelhante esforço de identificação de um panorama geral terminológico, mas em relação à antijuridicidade, em PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, p. 169-214, 2019, p. 172 e seguintes.

ou seja, equivale à verificação dos elementos da responsabilidade civil para propiciar que a vítima, querendo, possa exercer sua pretensão indenizatória contra o causador do prejuízo.

De acordo com essa abordagem, o termo “dano indenizável” ultrapassa os limites da teoria do dano e desloca o seu centro de atenção para os demais elementos da responsabilidade civil. Pode-se observar a inexistência de um “dano indenizável” simplesmente porque falta para a vítima, por exemplo, a comprovação da antijuridicidade da conduta do agente ou de um vínculo causal entre esta e o prejuízo sofrido pela vítima.

Em hipóteses regidas pela responsabilidade subjetiva, a ausência do requisito culpa poderá fazer com que o prejuízo sofrido pela vítima não seja um dano indenizável. Em muitas situações, a ação ou omissão do médico que causa prejuízo ao paciente não gerará dever de indenizar se o erro médico, caracterizando a conduta culposa, não for configurado, exatamente pela falta do fator de atribuição aplicável à espécie⁶.

Apesar da importância dos requisitos já referidos para a configuração dessa noção ampla do chamado dano indenizável, inegável que a antijuridicidade possui papel destacado neste cenário. Em nosso ordenamento, os sujeitos de direito sofrerão inúmeras consequências negativas, causadas por condutas ex-

⁶ Apesar da expressão “fatores de atribuição” não ser tão comum em grande parte da doutrina brasileira, ela expressa as maneiras de justificar a atribuição de responsabilidade civil, verificadas, de acordo com o caso concreto, em elementos como a culpa, o defeito do produto e o risco da atividade. Para a identificação de autores que se utilizam expressamente desta expressão, consulte-se PAPAYANNIS, Diego. *Manual de Daños Extracontractuales*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022, p. 14. Para o autor: “Además de haber sufrido un daño jurídicamente relevante, este debe haber sido causado por una acción, actividad o riesgo perteneciente a la esfera de la parte demandada que pueda subsumirse en alguna de las categorías de condiciones a las cuales el ordenamiento atribuye responsabilidad. La manera en que los sistemas jurídicos identifican el tipo de acción apropiada a este respecto es mediante normas que definen lo que llamaré “factores de atribución” (Idem, p. 14). Judith Martins-Costa aponta que, apesar de admitir a utilização do termo “fatores de atribuição” utilizar-se da expressão “fatores de imputação”, admitindo que o termo “nexo de imputação” também é utilizado pela doutrina (MARTINS-COSTA, 2020, p. 391). O atual Código Civil argentino utiliza-se da expressão fatores de atribuição em inúmeras passagens, veja-se “Artículo 1721. Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.”

pressa ou implicitamente autorizadas pelo Direito, sem que essas consequências gerem danos indenizáveis.

Danos causados por regular exercício de direitos - como a concorrência leal, o lícito protesto de um determinado título cambial e o normal rompimento de uma relação amorosa - possuem o potencial de causar consideráveis prejuízos, sem que esses se configurem em "danos indenizáveis", exatamente pela falta de conduta antijurídica por parte do causador do prejuízo. Mesmo os prejuízos observados quando da lesão a direitos ou interesses largamente protegidos, como a vida, poderão não ser reparados se alguma pré-excludente da antijuridicidade (ilicitude)⁷ se fizer presente, tal como a legítima defesa (GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, 2013, p. 1539).

Em países do sistema da *Common Law*, a tradição jurídica centrou sua preocupação nas condutas antijurídicas (*injúria*), gerando um desenvolvimento atrofiado da teoria do dano, o que também propiciou destacada relevância aos demais requisitos da responsabilidade civil. Assim, a falta de desenvolvimento de um sofisticado conceito específico de dano acabou por intensificar o protagonismo de requisitos como o nexo de causalidade e a ilicitude (antijuridicidade).⁸

⁷ Peteffi da Silva, Rafael. *op. cit.* 190 Em relação ao termo "pré-excludente de ilicitude" sustentou-se o seguinte "Com efeito, o termo "excludentes" de ilicitude ou antijuridicidade, apesar de largamente utilizado, não é totalmente adequado, uma vez que não se pode excluir algo que nunca existiu, pois a conduta nasce justificada". Com pensamento semelhante consulte-se BUERES, Alberto. *Derecho de Daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001, p. 500. Pontes de Miranda alinha-se com essa ideia, pois denomina categorias jurídicas como a legítima defesa e o estado de necessidade como "pré-excludentes" da ilicitude. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Bens. Fatos Jurídicos*. Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial. Tomo II. Atualização de Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 351 e seguintes.

⁸ Deakin, Simon; Johnston, Angus; Markesinis, Basil. *Markesinis & Deakin's Tort Law*. 6 ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 940. "[t]hough one finds a great deal of case law and literature on damages, little effort has been devoted to defining damage. The common lawyer, unlike the civil lawyer, rarely asks himself the question 'What damage is redressable in a tort action?' since his system, for a long time, concentrated not on *damnum* but on *injuria*. The reason for this different emphasis is historical: damage awards lay, until comparatively recently, within the exclusive control of juries once the defendant's behaviour had been found to be tortious. Only where damage was an element of tort itself could judges formulate rules in terms of damage. So the task of fixing the boundaries of liability had to be achieved through those concepts over which the judge had exclusive control. Causation,

Mesmo em alguns trabalhos de harmonização da Responsabilidade Civil, observa-se a utilização dessa abordagem ampla de dano indenizável, em que a impossibilidade da vítima exigir reparação pelas consequências negativas sofridas ocorre pela falta de outros requisitos da responsabilidade civil.

O *Draft Common Frame of Reference*, de 2009, utiliza a noção de dano indenizável ou do “dano juridicamente relevante” (*legally relevant damage*) em uma abordagem em que dano e antijuridicidade aparecem imbricados. Ao dedicar o seu art. VI-2:101⁹ ao chamado dano juridicamente relevante, Menezes Cordeiro aponta que, no DCFR, ocorreu o “hábil” (MENEZES CORDEIRO, 2010, p. 352) deslocamento dos questionamentos ínsitos à antijuridicidade para o conceito de dano (PETEFFI DA SILVA, 2024, p. 193). Pelas dificuldades do tratamento da antijuridicidade em trabalhos de harmonização de vários ordenamentos jurídicos, a escolha justifica-se, ainda que os substitutos do instituto da antijuridicidade contem com menor tradição jurídica (REGLERO CAMPOS; BUSTO LAGO, 2014, p. 80).

Pode-se encontrar um panorama semelhante em relação aos Princípios de Direito Europeu de Responsabilidade Civil. Neste diploma de harmonização da Responsabilidade Civil, utilizou-se o conceito de “dano resarcível” (*recoverable damage*), encontrado no artigo 2:101. A tradução portuguesa para este arti-

remoteness and, later, duty, were the obvious devices. This inheritance has still left its mark on modern law with the result that many issues of damages still receive – and have received in this book – their main attention under the general heading of causation”.

⁹ VON BAR, Christian; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans. *Op. cit.*, VI. - 2: 101: Meaning of legally relevant damage: (I) loss, whether economic or non-economic, or injury is legally relevant damage if: (a) one of the following rules of this Chapter so provides; (b) the loss or injury results from a violation of a right otherwise conferred by the law; or (c) the loss or injury results from a violation of an interest worthy of legal protection. VI.-2:101 (2) In any case covered only by sub-paragraphs (b) or (c) of paragraph (I) loss or injury constitutes legally relevant damage only if it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention, as the case may be, under VI. - I; *!D!* (Basic rule) or I: 102 (Prevention). (3) In considering whether it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention regard is to be had to the ground of accountability, to the nature and proximity of the damage or impending damage, to the reasonable expectations of the person who suffers or would suffer the damage, and to considerations of public policy. (4) In this Book: (a) economic loss includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property; (b) non-economic loss includes pain and suffering and impairment of the quality of life.

go dispõe que “o dano consiste em uma lesão material ou imaterial a um interesse juridicamente protegido”¹⁰.

Helmut Koziol enfatizou que a lesão a interesses protegidos se relaciona diretamente com o campo da antijuridicidade e cumpre um papel fundamental na sistemática dos “Princípios”, pois representa solução adequada para resolver a dificuldade em traduzir, em um documento de harmonização, as inúmeras diferenças e nuances que a antijuridicidade desempenha nos mais variados países¹¹. A ideia de que a antijuridicidade é fundamental para a observação de uma noção ampla de “dano resarcível” é inafastável em qualquer ordenamento jurídico europeu.¹² Resta claro que, nesse diploma, a noção de interesse protegido não se presta para demarcar os contornos dos prejuízos indenizáveis ou de seu remédio específico, mas para “*delimitar o campo de proteção, com uma função próxima da ‘ilicitude’*” (MOTA PIN-TO, 2008, p. 503).

Não restam dúvidas que o instituto do *danno ingiusto*, arquitetado pelo legislador italiano do Código Civil de 1942, poderia ilustrar a utilização do “dano indenizável” em seu sentido amplo, isto é, utilizando-se dos demais requisitos da responsabilidade em sua caracterização. Contudo, pelo destaque que a importação da figura do dano injusto recebeu da doutrina brasileira nas últimas décadas, a sua análise em muito ultrapassaria os limites do presente trabalho.

No delineamento da noção de “dano indenizável” em seu sentido amplo, realizada neste capítulo, restou evidente a sua capacidade de realizar a operação de seleção dos prejuízos passíveis de indenização. Entretanto, essa abordagem do “dano indenizável” parece apenas ter o papel de destacar as conexões do dano com os outros requisitos da responsabilidade civil, propiciando a gênese do dever de indenizar, mas colocando em dúvida a existência de uma relevância eficial própria do requisito dano.

¹⁰ Artigo 2:101. Recoverable Damage: Damage requires material or immaterial harm to a legally protected interest.

¹¹ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of European Tort Law*. Viena: Springer, 2005, p. 26, comentários por KOZIOL, Helmut.

¹² Idem, p. 25. Texto original: “The idea behind placing the emphasis on ‘legally protected interest’, is of importance for the understanding of the fundamental concept of the Principles. Underlying the notion of interference with protected interests is one aspect of the concept which the European Group on Tort Law in its discussions has called ‘wrongfulness’.” Em sentido semelhante, REGLERO CAMPOS, Luís Fernando. *Op. cit.*, p. 80.

No próximo capítulo, portanto, observar-se-á a crítica a essa abordagem, na tentativa de demonstrar a possibilidade da teoria do dano, em seu caráter estrito, contribuir de forma efetiva para esse trabalho de seleção de prejuízos indenizáveis.

2 Amplitude da doutrina sobre as acepções amplas e estritas do conceito de dano indenizável: exposição e crítica

São muitos os autores que se valem da acepção ampla de dano indenizável para formatar o seu conceito normativo de dano, isto é, para apresentar uma visão restrita de dano indenizável. Realizando críticas específicas às ideias carneluttianas sobre o dano como lesão a interesse, José de Aguiar Dias (1997, p. 715) leciona que

Como, para nós, é possível, como já insinuamos, exigir-se que a noção de dano se restrinja à ideia de prejuízo, isto é, o resultado da lesão, só por isso se mostra mais adequada do que a de Carnelutti a definição de Fischer, que considera o dano nas suas duas acepções, a) vulgar, de prejuízo que alguém sofre, na sua alma, no seu corpo ou seus bens, sem indagação de quem seja o autor da lesão de que resulta ; b) a jurídica, que, embora partindo da mesma concepção fundamental, é delimitada pela sua concepção de pena ou dever de indenizar, e vem a ser o prejuízo sofrido pelo sujeito de direitos em consequências da violação destes por fato alheio.

Resta claro que o autor citado comprehende o dano como consequência prejudicial e, ato contínuo, empreende a distinção entre um conceito vulgar e um conceito jurídico de dano.

Interessa notar que autores que se afastam do pensamento de Aguiar Dias, pois adotam a ideia de lesão a interesses protegidos como central para o conceito jurídico de dano, também podem se alinhar a uma noção ampla de dano indenizável. Nessa linha, pode-se observar a posição de De Cupis (1975, p. 82), que igualmente realiza a diferenciação entre um elemento material e substancial do dano, relacionado a uma manifestação fenomênica ou vulgar, e o elemento formal, advindo da norma jurídica. A junção desses dois elementos faria com que o dano consubstanciasse verdadeiro fato jurídico, apto a atrair a atenção do jurista (DE CUPIS, 1975, p. 81). Com efeito, De Cupis

afirma que nem todo dano receberá a atenção do Direito e, portanto, somente serão considerados como fatos jurídicos aqueles danos físicos que normalmente advêm de atos antijurídicos (DE CUPIS, 1975, p. 83-84).

O autor italiano está correto em afirmar que os prejuízos advindos de atos lícitos, na imensa maioria das hipóteses, não gerarão sanção jurídica, isto é, não estarão aptos a gerar o dever de indenizar em favor da vítima¹³, exatamente por não preencherem a integralidade do suporte fático das normas que regulam o sistema de responsabilidade civil, como, por exemplo, os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil brasileiro. Resta perquirir, porém, se o dano poderá ter um sentido jurídico, mesmo se considerado somente como elemento do suporte fático de uma norma jurídica.

Diante das delimitações conceituais que foram realizadas no capítulo anterior, pode-se verificar que o conceito jurídico de dano apontado por esses autores relaciona-se com o sentido amplo de "dano indenizável". O próprio Aguiar Dias admite que o seu conceito jurídico de dano parte da "*mesma concepção fundamental*" da noção de dano vulgar e centra sua diferenciação entre essas duas noções exatamente na possibilidade do dano gerar o dever de indenizar. Exemplificando uma hipótese de dano em sentido vulgar, o autor assevera que, como não há norma jurídica que proíba os sujeitos de direito de diminuir o seu próprio patrimônio, estar-se-ia diante de um mero dano vulgar na hipótese de uma diminuição patrimonial a partir do próprio titular de bens e direitos¹⁴.

Opina-se que essa situação jurídica seria verificada exatamente porque a conduta do sujeito de direito que diminui o seu pró-

¹³ Nesse sentido, PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, p. 169-214, 2019 e MARTINS-COSTA, Judith. A linguagem da responsabilidade civil. In: BIANCHI, José Flávio; MENDONÇA PINHEIRO, Rodrigo Gomes de; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coords.). *Jurisdição e Direito Privado: Estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

¹⁴ AGUIAR DIAS, José de. Op. cit. p. 715; DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 84 O autor italiano utiliza-se, para realizar a diferenciação de dano em sentido vulgar e dano em sentido jurídico, exatamente do mesmo exemplo lembrado por Aguiar Dias. "*El perjuicio que se sufre por causa de uno mismo, se considera daño, en la acepción usual de la palabra; pero fácilmente se descubre que tal perjuicio no tiene el valor de daño (entiéndase, por supuesto, en sentido jurídico)*"

prio patrimônio não se reveste, na maioria das vezes, de antijuridicidade ou, dependendo do contexto, por agasalhar uma das hipóteses de excludentes de causalidade (fato exclusivo da vítima) e é incapaz, portanto, de gerar o dever de indenizar, por ausência de outros requisitos da responsabilidade civil, diferentes do dano (GAMARRA, 1992, p. 332-336). Assim, pode-se dizer que a visão estrita de dano, defendida por Aguiar Dias, restringe-se aos prejuízos ou consequências negativas suportadas pelas vítimas.

Não se pode defender que a visão estrita de dano indenizável, considerada como meramente vulgar pelo autor, não se revista de caráter jurídico ou normativo. Existem categorias jurídicas que, analisadas isoladamente, podem não preencher a integralidade do suporte fático de determinada norma jurídica e, consequentemente, não atrair sanção jurídica de nenhuma espécie. Ainda assim, parece evidente que cada elemento integrante da hipótese de incidência de uma norma jurídica somente pode ser analisado de acordo com o seu conceito jurídico ou normativo, afastando-se de noções vulgares ou naturalísticas (MOTA PINTO, 2008, p. 540).

São inúmeros os exemplos que poderiam ser fornecidos, mas é eloquente a análise do termo “defeito” do produto ou do serviço, que se coloca como elemento essencial de algumas normas do Código de Defesa do Consumidor brasileiro e tem o significado construído juridicamente pela doutrina e pela jurisprudência, afastando-se de qualquer noção vulgar. A conceituação de defeito, inclusive, é objeto de sofisticados “testes” e modelagens de verificação¹⁵. O preenchimento da hipótese de incidência dessas normas e as suas consequentes sanções indenizatórias somente ocorre com a observância, *ex ante*, da categoria de defeito, normativamente construída pela ciência jurídica para ser o fator de atribuição da responsabilidade civil por fato do produto¹⁶.

¹⁵ É muito interessante a discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito dos critérios para a identificação do defeito nos produtos. A análise das vantagens e desvantagens entre o critério das legítimas expectativas do consumidor e os critérios do *risk-utility test* e do *reasonable alternative design* dão conta da importância do debate prévio sobre o conteúdo normativo de um dos elementos da hipótese de incidência da norma. Para essa discussão, especialmente nos Estados Unidos, veja-se BASTOS, Daniel Deggau. Responsabilidade pelos riscos e o defeito do produto: uma análise comparada com o direito norte-americano. Orientador: Rafael Peteffi da Silva. 2020. 356 p. Tese (Doutorado). Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, p. 89 e seguintes.

¹⁶ SANSEVERINO, 2010, p. 120 e BASTOS, 2020, p. 212.

Aliás, condicionar a existência do dano em sentido normativo ao surgimento do fato jurídico (relação jurídica obrigacional entre ofensor e vítima) esbarra em uma impossibilidade lógica. Se o dano é um dos elementos para o próprio preenchimento da hipótese de incidência das normas encontradas no ordenamento jurídico nacional (designadamente, o art. 927 do Código Civil), que darão sustentação para o surgimento do fato jurídico, o conceito normativo de dano, detentor de conteúdo eficacial próprio, necessariamente precisa ser conhecido *ex ante*, sob pena de nunca se poder verificar a própria ocorrência da hipótese de incidência. Ademais, a aceitação de um conceito vulgar de dano como apto a preencher a hipótese de incidência da norma pode gerar algumas iniquidades evidentes¹⁷.

Pense-se no caso de uma ação indenizatória movida contra uma pessoa que causou a tetraplegia do autor da demanda. Aqui, a juridicidade do dano (tetraplegia) não depende de uma sentença procedente em ação indenizatória. O dano integra o suporte fático das normas mais basilares para a conformação do sistema de responsabilidade civil brasileiro, em especial a norma positivada no art. 927 do Código Civil (situação similar ocorria com o art. 159 do Código de Beviláqua). O preenchimento meramente parcial da *fattispecie* dessas normas, por intermédio da verificação concreta do dano, em sua acepção jurídica ou normativa, pode não ser suficiente para gerar a sua consequência jurídica típica (criação do dever de indenizar), mas não possui o condão de transmutar o dano em elemento meramente vulgar ou naturalístico.

O mesmo poderia ser observado em relação a outros requisitos da responsabilidade civil. O nexo de causalidade, por exemplo, é definido pelas mais diversas teorias jurídicas aptas a conformar um conceito normativo para a categoria. Entretanto, o nexo de causalidade, observado de forma isolada, sem a companhia de outros requisitos da responsabilidade civil, poderá não gerar nenhum efeito ou fato jurídico.

¹⁷ PETEFFI DA SILVA, 2024, p. 75. Veja-se o seguinte exemplo, endossado pela doutrina nacional e internacional, em que se apresenta a situação de uma casa destruída por terceiro um pouco antes de se dar a sua destruição, já previamente contratada pelo seu dono. Neste caso, observam-se todos os elementos do suporte fático da norma do art. 927 do Código Civil, exceto o dano. A existência de um conceito normativo e jurídico de dano, que se afasta de uma mera manifestação fenomênica, é o único fator a impedir o nascimento do dever de indenizar (fato jurídico), exatamente pelo não preenchimento integral da *fattispecie* apontada (art. 927). Portanto, tem-se como necessário o conhecimento, *ex ante*, do conceito normativo de dano.

Ainda dentro da hipótese da ação indenizatória movida por vítima de tetraplegia, poder-se-ia imaginar um nexo etiológico amplamente comprovado, analisado dentro das balizas conceituais estabelecidas pelas teorias jurídicas sobre causalidade. Entretanto, se verificado que o prejuízo sofrido pela vítima ocorreu devido a um ato do réu realizado em legítima defesa, a demanda não geraria nenhuma consequência jurídica.

A pré-excludente de ilicitude (legítima defesa) impede o nascimento da relação jurídica obrigacional entre as partes, caracterizada pelo dever de indenizar do ofensor e o correspondente direito de crédito da vítima. Ainda assim, o nexo de causalidade, analisado pelo julgador no caso concreto, manter-se-ia com o *status* de categoria jurídica, informada por um correspondente conceito normativo. A observância da legítima defesa, portanto, não teria o condão de transformar o nexo de causalidade em uma mera manifestação vulgar ou naturalística.

Se posicionamento distinto fosse defendido, o critério para se distinguir a noção vulgar da noção normativa de dano seria exclusivamente dependente de fatores casuísticos e exógenos ao próprio dano, como, no exemplo examinado, a ilicitude (legítima defesa). Ironicamente, o dano específico e concreto (tetraplegia) transitaria entre a noção vulgar e a noção jurídica de acordo com o sabor das opiniões das várias instâncias decisórias a respeito da existência de outros requisitos da responsabilidade civil (ilicitude ou antijuridicidade).

Teorias relacionadas com a acepção estrita de dano indenizável, como a construção da *compensatio lucri cum damno*, demonstram que uma sofisticada teoria do dano, inbricada com um conceito normativo ou jurídico, pode ser desenvolvida sem a dependência lógica e dogmática dos outros requisitos da responsabilidade civil, comprovando a viabilidade teórica de um conceito jurídico de dano afastado da noção ampla de **dano indenizável** (PETEFFI DA SILVA; LUIZ, 2017, p. 281-312).

A doutrina criou muitas teorias para explicar o que aqui se denominou chamar de uma noção estrita do dano indenizável, tais como as teorias que explicam o dano pelas suas consequências e repercussões negativas e as que se dedicam a vincular o dano com a noção de lesão a interesse juridicamente tutelado. O desenvolvimento específico dessas teorias ultrapassa os limites deste trabalho¹⁸.

¹⁸ Para uma análise destas teorias veja-se PETEFFI DA SILVA, Rafaely. Conceito normativo de dano: em busca de um conteúdo eficacial próprio. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 38. ano 11. p. 33-107. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2024.

Conclusão

O presente estudo percorreu alguns caminhos semânticos possíveis para a caracterização da noção de dano indenizável ou de dano resarcível. Observou-se que a noção de dano indezável em sua dimensão ampla pode ser adequada para a identificação da relação jurídica obrigacional entre agente e vítima, permitindo o nascimento do dever de indenizar. Destarte, muitos esforços de harmonização do direito europeu da responsabilidade civil utilizam-se de noções de dano indenizável que gozam de certa amplitude, comprovando a sua utilidade.

Por outro lado, demonstrou-se que uma visão estrita do dano indenizável também pode ser considerada jurídica ou normativa, além de capaz de conferir conteúdo eficacial próprio para o requisito dano, independentemente de sua relação com os outros requisitos da responsabilidade civil. A utilidade da noção estrita de dano indenizável, portanto, restou igualmente comprovada.

Referências

- AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BARBOSA, Mafalda Miranda. **Liberdade v. Responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual?** Coimbra: Almedina. 2006.
- COUTO e SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: FRADE-RA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- DE CUPIS, Adriano. **El Daño: teoría general de la responsabilidad civil**. 2. ed. Barcelona: Bosch. 1975.
- EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. **Principles of European Tort Law**. Viena: Springer, 2005.
- GAMARRA, Jorge. **Tratado de Derecho Civil Uruguayo**. Tomo XIX. Montevideo: Fundacion de La Cultura Universitaria. 1992.
- GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil. **Anuario de Derecho Civil**. Tomo LXVI. Fascículo IV. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2013. Em sentido semelhante veja-se PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, 2012 e BUERES, Alberto, 2001.
- MARTINS-COSTA, Judith. A linguagem da responsabilidade civil. In: BIANCHI, José Flávio; MENDONÇA PINHEIRO, Rodrigo Gomes de; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coords.). **Jurisdição e Direito Privado: Estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

- MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de Direito Civil português.** v. 2. t. 3. Coimbra: Almedina, 2010.
- MOTA PINTO, Paulo. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo.** Coimbra: Coimbra Editora. vol. I, 2008.
- NOLAN, Donal. Rights, **Damage and Loss.** *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 37, Issue 2, Summer 2017.
- PETEIFFI DA SILVA, Rafael; LUIZ, Fernando Vieira. A compensatio lucri cum damno: contornos essenciais do instituto e a necessidade de sua revisão nos casos de benefícios previdenciários, **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 13, ano 4, out.-dez, 2017.
- REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. BUSTO LAGO, José Manuel. (Coord) **Tratado de Responsabilidad Civil.** Atualizado por PEÑA LOPEZ, Fernando. Tomo I. 5. ed. Madri: Arandiz, 2014.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). **Digest of European Tort Law.** Volume 2: essential cases on damage. Berlin: De Gruyter. 2011.

