

CRITÉRIO JURÍDICO DO QUANTO DO DANO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Regnoberto Marques de Melo Júnior¹

RESUMO: O quanto do dano indenizatório é “o” problema juriscientífico da relação jurídica responsabilizante. A primeira razão do nó górdio é empírica: a dificuldade de visão organicista do ordenamento jurídico donde defluiu a lógica de que inexistente critério tarifado (no direito legal) para a fixação de quanto indenizatório. Sobretudo em dano moral. A segunda razão é jusfilosófica: a orientação hermenêutica neoconstitucional internacionalista que atribui à relação jurisdicional judiciária o poder de criar parâmetros objetivos fixativos sob o color de equidade. O texto situa a questão nas relações jurídico-privadas e propõe solução generalista que contribua para a sua reflexão zetética.

PALAVRAS CHAVES: Quantificação; Dano; Indenização.

1 CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O Direito Romano é lucubração de aproximadamente 26 séculos.

No final do penúltimo período, a República (509-28 a.C.), a pressão “popular” assentou a tríade axiológica que orientaria o futuro impressionante monumento jurídico do Império (27aC-1453 d.C.), que até hoje baliza a civilística, selando (o Direito Romano) como proeminente:

(1º) “Positivista”, i.e., pragmático, realista, avesso às arengas subjetivas e apegado à forma da vontade, além de laico, como seja, fático, secular, não eclesiástico, não significando antirreligioso;

(2º) “Conservador”, i.e., de tradição adaptável ao desafio do tempo e equilibradamente xenófobo (em relação aos direitos dos povos conquistados); e

(3º) “Individualista”, i.e., não reconhecia o caráter social do direito mas apenas a vontade formal emanada da pessoa humana.

¹ Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Notário e Registrador em Fortaleza, CE. Docente do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da UFC. Vice-diretor da Faculdade de Direito da UFC. *E-mail*: regnoberto@ufc.br

Deste cenário “republicano”, sobressaiu a *Lex Aquilia de Damno*, de autoria presumida ao tribuno Aquilius (c.. 286 a.C), que teria embrionado a responsabilidade chamada “delitual” (também nominada: “extracontratual”, “extranegocial” ou “aquiliana”), através do fato denominado *damnum iniuria datum*.

Este equivaleria ao fato “dano” em sentido geral, e seria pressuposto da hoje equivalente ação judicial responsabilizante, então nominada *actio legis aquiliae* dès que albergasse dois requisitos: a injúria (o ato antijurídico e destituído de excludente, e.g., de legítima defesa); e o citado dano em si, o *damnum*, vale dizer, o prejuízo fático, concreto.

A culpa, dolosa ou não, não era pressuposto explícito. Era presumido.

Isto porque, desde sempre, se lhe conceituou (a culpa) como lesão a dever jurídico.

Deste pano de fundo até hoje se ensina que a “Lex Aquilia de Damno” estatuiu a doutrina da responsabilização extracontratual, pois fixou a reparação pecuniária do dano pelo valor (patrimonial) da coisa lesada, e pioneiramente presumira os dois primeiros pressupostos da relação jurídica de responsabilidade civil, como sejam, o dano (*damnum iniuria datum*) e a culpa (lesão a dever jurídico, presumido).

O fato é que o Direito Romano não conheceu o que hodiernamente chamamos de sistema jurídico, embora seja absolutamente inverídica a ideia de desconhecimento (pelos romanos) de institutos jurídicos como o negócio jurídico, que teria tido a evolução que hoje se lhe atribui a partir do Código Civil alemão de 1900 (BGB).

Os romanos não somente conheciam como criaram o negócio jurídico essencialmente conhecido como a construção de fato jurídico a partir de uma pluralidade de vontades, no caso, romano, de vontades formalmente expressadas.

Deste piso histórico, passando pelo imprescindível trabalho de amalgamação feito pelo Direito Canônico, que ritmizou os Direitos Romano e Germânico, criando-nos as fórmulas que ao azo em que nos assegurava a instrumentalização segura dos documentos jurídicos, nos permitia crescer

na construção das relações jurídicas em todos os matizes, desde as relações processuais judiciais até as relações notariais.

Daí, até a construção dogmática de Jean Domat, que sustenta até hoje o cartesianismo do Código Civil francês de 1804, em vigor, nada mudou em termos “dogmáticos” quanto ao conceito de Responsabilidade Civil.

Responsabilidade Civil é uma relação jurídica que tem como objeto uma prestação obrigacional indenizatória. Esta prestação obrigacional indenizatória provém de culpa (lesão a dever jurídico) que causa um dano (prejuízo) material ou moral a um bem jurídico do lesado.

Em suma: Responsabilidade Civil é relação jurídica que se caracteriza pela obrigação de indenizar resultante de dano culposos a patrimônio jurídico do lesado. O que é culpa e o que é dano é o que o ordenamento jurídico politicamente assim o qualifica.

2 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA RELAÇÃO COM O DANO MORAL ENQUANTO ESSÊNCIA NOCIONAL

As funções são apreendidas como finalidades de relação responsabilizante. Em todas, independente da classificação, o elemento catalisador não é o dano, mas a sanção, como seja, o resultado (a indenização) politicamente veiculado pelo direito normatizado. Encara-se como binária as funções da Responsabilidade Civil.

De um lado, a função sancionatória política, que se especia na segurança jurídica que etiologicamente garante constitucionalmente a indenização ao lesado, a teor do Art. 5º (e.g., inciso V, [*“é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”*] [...] inciso X [*“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”*]).

Doutro, a função sancionatória política patrimonial, que ao tempo em que indeniza o dano (pela reparação do prejuízo, recompondo o fato ao *status quo ante*), infringe punição ao lesador a título de desencorajamento à repetição

Tradicionalmente, quanto à natureza da norma violada, a Responsabilidade (isoladamente) pode se apresentar como moral, civil ou penal.

Por amor à objetividade, situemo-nos na primeira tipologia, que se esboça em dois elementos: os direitos da personalidade e a boa-fé dita objetiva.

Os primeiros são o direito de defender qualidades pessoais, atributos da personalidade jurídica da pessoa moral ou física. Evoluiu do *status* individualista patrimonial, dado pela Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, ao de direitos humanos (c. 1948 pela ONU, e.g.).

O segundo elemento, qual seja: a boa-fé dita objetiva, é o direito, baseado na expectativa moral comum, de ser respeitado pela coletividade, à luz do milenar princípio *Alterum non laedere* (a outrem não se prejudique).

A partir dessas noções tem-se que o dano moral é a fática violação da boa-fé objetiva em tal grau de notoriedade que é indisputável o reconhecimento da lesão aos direitos da personalidade.

Por isso se diz que a principal característica do dano moral é a ALTERIDADE da lesão a (quaisquer) direitos da personalidade.

3 DISTINÇÃO FUNDAMENTAL ENTRE OS PRESSUPOSTOS E OS FUNDAMENTOS DA RELAÇÃO RESPONSABILIZANTE

3.1 Pressupostos da relação responsabilizante

Há mui lamentável confusão, na literatura nacional, sobre dois institutos que “explicam” a “existência” duma relação de responsabilidade civil. E é bastante usual se ler que tal indenização se deve à conta de existirem (provados ou presumidos) o dano e o fato (lícito ou não) do lesante conexiados através do que se chamaria “nexo causal”.

A “confusão” está em se atribuir a existência da relação jurídica de responsabilização civil aos seus pressupostos e não aos seus fundamentos constitutivos.

Entendemos por “tríplice condição existencial” de uma relação jurídica de responsabilidade civil o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, da coexistência obrigatória de três elementos estruturais e funcionais que lhe

PERMITEM a existência (desta relação jurídica obrigacional responsabilizadora).

Respeitando o sentido genérico do léxico terminológico do Direito Brasileiro, podemos seguramente adotar a seguinte terminologia (repito “genérica”) para descrever as três condições (elementos, pré-requisitos, pressupostos, requisitos) existências da relação jurídica da Responsabilidade Civil:

O “Fato Gerador do Dano” — ou “Fato Danoso”, “Fato Lesivo”, “Evento Danoso”; “ato danoso”; ou “Ação Danosa” ou simplesmente “Ação” — é o “fato” lícito ou ilícito, — (1) “voluntário” ou presumido —, (2) omissivo ou comissivo, (3) do autor (lesante) ou de terceiro (pessoa ou coisa) a ele juridicamente vinculado, que, por força do ordenamento jurídico, se qualifica juridicamente como apto a gerar a responsabilização civil.

O conceito de fato gerador do dano é de política jurídica.

Depende de estar inserido no sistema constitucional e independe do fato estar ou não dotado de risco ou culpa.

Pode se classificar em (1) fato gerador ilícito e (2) fato gerador lícito. O fato gerador Ilícito se subdivide em (1.1) fato gerador ilícito culposo extracontratual ou aquiliano (CC/2002, arts. 186-188 e 927-954); e (1.2) fato gerador ilícito culposo contratual (CC/2002, arts. 389-407).

Especialmente o fato gerador ilícito é elemento político por natureza: o ordenamento presume o dano e a vontade (dolo ou culpa) e impõe a responsabilização civil.

O resultado danoso — ou simplesmente “dano” — é “o” pressuposto material *sine qua non* da responsabilização civil (contratual ou aquiliana).

Dano consiste em qualquer tipo de detrimento (destruição, diminuição, lesão, perda, prejuízo) a bem jurídico específico (patrimonial ou moral) sofrido por uma pessoa “determinada” contra a sua vontade e sem o seu concurso (ajuda, participação).

O Nexo causal ou “nexo de causalidade” ou “relação de causalidade” é o “fato” que revela a “consequência” imprescindível entre um fato danoso (lícito ou ilícito) e o dano (prejuízo) “responsabilizável”.

O nexu causal é uma condição existencial, um pressuposto objetivo, da responsabilidade civil, e consiste numa quaestio facti (questão de fato), que exige prova jurídica do caso concreto e suas circunstâncias.

Em suma: os pressupostos, ou pré-requisitos, existenciais da responsabilidade civil são simplesmente os fatos que lhe conferem materialidade. Classicamente são três: o fato gerador do dano (ou historicamente o “ilícito”), o resultado danoso (ou historicamente o “dano”), e tal nexu causal.

Este conjunto indissociável, repita-se, é um quadro material fático. É um fato que será ponderado pelo aplicador do direito dentro ou fora duma relação processual judiciária. Noutras palavras mais simples: o trio de pressupostos responsabilizantes serão sempre vistos a partir de um fato jurídico. De conseguinte, se constituem numa questão de fato, tão somente.

3.2 Fundamentos da relação responsabilizante

Se, contudo, e somente se, a leitura jurídica desses pressupostos ontologicamente fáticos levarem à clara conclusão de que, naquele caso concreto, o fato causou certo e definido dano, aí teremos a possibilidade de dizer que existe, desta feita, o dever indenizatório derivado da chapada existência de relação de responsabilidade civil. E neste estágio, estaremos diante dos FUNDAMENTOS da relação jurídica de responsabilidade civil.

Os fundamentos, portanto, da relação jurídica de responsabilidade civil são a operação lógico-jurídica que lha reconhece como tal e impõe a indenização forçada.

Os pressupostos são meros quadros fáticos que podem, ou não, — a depender do exercício subjetivo de leitura destes fatos pelo aplicador do direito, no caso concreto —, ensejar o reconhecimento da existência da relação jurídica de responsabilidade civil.

É em respeito a esta semântica que a civilística tradicional apenas considera “fundamentada” (ou fundada, ou existente) uma relação jurídica de responsabilidade civil quando os seus pressupostos foram juridicamente reconhecidos como tais, é dizer, foram admitidos como fatos que juridicizaram (tornaram jurídico, imposto, mandatário) a relação responsabilizante.

Tradicionalmente, há apenas dois fundamentos da responsabilidade: o ilícito e a culpa, distintamente da escola tedesca, de prisma subjetivo, que tem o fato humano e o fato da coisa (ou risco da atividade) como fundamentadores das respectivas responsabilidades subjetiva e objetiva.

O fundamento “ilícito” se constitui do fato danoso, elemento objetivo, e da imputabilidade, elemento subjetivo.

O fato danoso, de sua vez, se reveste de cinco elementos “axiológicos”: dano, culpa, antijuridicidade, imputabilidade, autoria.

É danoso porque pressupõe (presume) produção de dano, i.e., há um prejuízo “responsabilizável”.

É culposos porque, como elemento objetivo, se materializa (no plano dos fatos) por dolo ou culpa.

É imputável porque é a sua autoria é atribuível a pessoa certa. De modo notório, como no dolo; ou presumida, como na responsabilidade objetiva, quando se requer apenas dano e nexos causal, porque, digo eu, se presume a culpa.

Parêntese: apenas a lei especial exceptiva pode quebrar a lógica fundamental do binômio ilicitude-imputabilidade, e geralmente o faz através do instituto da responsabilidade objetiva, mas não sem prescindir do respeito à razoabilidade e à proporcionalidade jurídicas.

É antijurídico porque afronta bem jurídico, seja diretamente violando um direito moral ou patrimonial, seja indiretamente abusando dos limites impostos pelo fim econômico ou social ou moral (“boa-fé ou pelos bons costumes” do art. 187 do Código Civil Brasileiro²) do direito exercido.

Frise-se que a antijuridicidade requer (exige, demanda, pressupõe) imputabilidade, nem que seja presumida (como no abuso do direito). É autoral por demandar a indicação de “pessoa certa” que perpetrar (a autoria) do ilícito. Sem autoria não pode haver a análise da ação e dano.

² “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”

4 ANÁLISE DO CRITÉRIO JURÍDICO DE QUANTIFICAÇÃO DO DANO INDENIZATÓRIO (MATERIAL OU MORAL)

É cediço que o quanto indenizatório deve ser equitativo em sentido estrito. Isto é, a soma pecuniária indenizatória deve se pautar pela mais zelosa equidade no sentido conceitual deste valor: a justiça do caso concreto.

É igualmente consabido que a indenização, ou compensação do dano, deve ser razoável. Isto se dá pelo equilíbrio na aplicação da função sancionatória política patrimonial.

E este equilíbrio se faz na consideração imperativa de que o fim da condenação é reparador em todos os sentidos, tanto no civilístico (patrimonial), como no moral (educativo), sopesando o uso da espada e da balança, eis que esta sem aquela é ineficaz, e aquela sem esta é força destrutiva.

Toda essa operação é lógica e perfaz o que chamamos de inferência (de “inferre”, levar, conduzir), que é um processo de pensamento que veicula as proposições à conclusão. É o chamado “silogismo” (“ligação”).

À lógica jurídica interessa examinar se A ESTRUTURA (a FORMA) da inferência é válida. I.e., se a “conclusão” é válida, porque o “argumento” é válido, porque as proposições são “verdadeiras”. A validade de uma conclusão depende da validade da inferência. Pode assim haver proposições verdadeiras e inferência inválida.

O Direito, porém, não é um sistema lógico, em que pese a autorizada opinião em contrário, como a do mestre Pontes de Miranda.

O Direito é um sistema político-axiológico, que se traduz discursivamente na prevalência do interesse do poder em certo tempo e lugar. Por isso se diz que o critério raciocinativo do Direito é o imputativo (qualificativo), e não o causal.

Sobrepassando a todo esse quadro mental, felizmente há no direito nacional um critério jurídico de quantificação do dano indenizatório, e ele está isolado no Art. 944 do Código Civil de 2002, que reza: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

O inédito 944 se firma no princípio deontológico “da ampla reparação” (ou “Restituição Integral”) que se radica na garantia constitucional da propriedade (CF 5º XXII) e justiça (3º I da CF/88).

Quis ampliar a moldura de tipificação de danos causados por ilícitos do sistema de 1916, que também se fixava a extensão da responsabilidade na medida do dano, para evitar o arbítrio (antitético à noção do Estado Democrático de Direito consagrado na Carta Política de 1988).

O seu quadro se orienta pelo conceito de equidade (justiça do caso concreto) e estabelece a NORMA GERAL da quantificação da indenização pelo tamanho do dano, que, de sua vez, é avaliável pela “gravidade da culpa”.

Como esta norma geral traduz princípio, pode e deve ser aplicada em qualquer hipótese de regime especial de responsabilidade.

É claro que a indenização patrimonial visa a “Restituição Integral”, i.e., a restauração da situação ao status quo ante (o valor que hoje teria se a obrigação tivesse sido cumprida como soía).

Por isso, deve ser a princípio “específica” ou “in natura” no caso de entrega da própria coisa ou da mesma espécie. Se não, indeniza-se pecuniariamente.

5 CONCLUSÃO

À luz do exposto conclui-se:

1 – Histórica e ontologicamente a responsabilidade civil é uma relação jurídica que se caracteriza pela obrigação de indenizar resultante de dano culposo a patrimônio jurídico do lesado;

2 – A delimitação conceitual da culpa e do dano é o que o ordenamento jurídico politicamente assim o afirma;

3 – Os pressupostos da responsabilidade civil (fato, dano e nexa de causalidade) são elementos fáticos que não possuem só por si poder jurígeno responsabilizador;

4 – Os fundamentos da responsabilidade civil decorrem de inferência lógica interpretativa dos pressupostos (quadros fáticos) e somente eles (os fundamentos) aureolam-se de poder jurígeno responsabilizador;

5 – Tradicionalmente, há apenas dois fundamentos da responsabilidade: o ilícito e a culpa, que estão presumidos nas políticas de responsabilização coletiva, pública, ou de risco integral;

6 – O quanto do dano é operação regrada por uma lógica mais do que axiológica, porque, visando à equidade, tem como limite pecuniário a extensão matemática do fato danoso, que é perfeitamente aferível objetivamente por meio do uso jurídico de mecanismos probatórios garantidos pelo ordenamento jurídico através de princípios como o do processo justo;

7– O quanto do dano moral não apresenta qualquer especialidade a justificar incerteza: o alcance deste dano é nitidizado pelo fato concreto que demonstrará o grau de alteridade da lesão aos direitos da personalidade, permitindo a cifração indenizatória justa.

REFERÊNCIAS

ALSINA, Jorge Bustante. **Teoría general de la responsabilidad civil**. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Il mandato in diritto romano**. Napoli: Casa editrice doot. Eugenio Jovene, 1965.

BRAVO, Federico de Castro y. **Tratado practico y critico de derecho civil**. Madrid: Instituto nacional de estudios jurídicos, 1971.

CABRILLAC, Rémy. **Droit des obligations**. 9. ed. Paris: Dalloz, 2010.

CADIET, Loic. **Code de procédure civile**. Paris: Litec, 2011.

DABIN, Jean. **La philosophie de l'ordre juridique positif: spécialement dans les rapports de droit privé**. Paris: RECUEIL SIREY, 1929.

DORVILLE, Armand. **L'intérêt moral dans les obligations: étude de droit comparé sur le principe de réparation pecuniaire des dommages non-économiques**. Paris: Arthur Rosseau, 1901.

GIANFELICI, Mario César. **Caso fortuito y caso de fuerza mayor: en el sistema de responsabilidad civil**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

GRIGNANI, Guido; DECAPITANI, Adriano. **Diritti reali: Schemi di diritto civile**. Padova: CEDAM, 1997.

IMBERT, Jean. **Histoire du droit privé**. Paris: Press universitaires de France, 1950.

KASER, Max; RODRIGUES, Samuel (Trad.); HÄMMERLE, Ferdinand (Trad.). **Direito privado romano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

LARROMET, Christian. **Droit civil**. 3. ed. Paris: Economica, 1997.

LEHR, Ernest. **Éléments de droit civil germanique**. Paris: E. Plon & Cie., 1875.

MOUTTE, Jacques Martin de la. **L'acte juridique unilatéral: essai sur sa notion et sa technique en droit civil**. Paris: RECUEIL SIREY, 1951.

OSIAS, Louis. **L'acte abstrait en droit comparé: étude de doctrine et de législation**. Paris: Jouve et cie, 1924.

POULPIQUET, Jeanne de. **Responsabilité des notaires: civile, disciplinaire, pénale**. 2. ed. Dalloz, 2009.

RAU, Mm. Aubry et. **Cours de droit civil français: D'après la méthode de Zacharie**. Paris: Marchal et Billard.

RIPERT, Georges. **La règle morale dans les obligations civiles**. 4. ed. Paris: Librairie generale de droit, 1949.

ROTONDI, Mario. **La simulazione nei negozi giuridici: studio di diritto romano**. Padova: CEDAM, 1938. Studi di diritto privato.

SARLO, Luigi de. **Il Documento oggetto di rapporti giuridici privati: studio di diritto romano**. Vallecchi, 1935.

TOURNEAU, Philippe le. **Droit de la responsabilité et des contrats**. 8. ed. Paris: Dalloz, 2010. 1924 p. ISBN 978-2-247-08626-9. Francês.

TRIACA, Francesco. **Elementi di diritto civile**. 5. ed. Milano: Ulrico Hoepli, 1886.

VENTURA, Raul Jorge Rodrigues. **A conversão dos actos jurídicos no direito romano**. Lisboa: imprensa portuguesa, 1947.

YAIGRE, Jean. **Droit professionnel notarial: Pratique notariale**. 10. ed. Paris: Litec- Droit.

