
RESPONSABILIDADE CIVIL: A EXTENSÃO DO DANO E O DILEMA DA AVALIAÇÃO

Sayury Silva de Otoni

Graduada em Direito, Mestre em Direito e Economia – Faculdades Integradas Espírito Santenses - FAESA

ISSUE DOI: 10.5008/1809.7367.010

ABSTRACT

The punitive damage for acts that someone practs and brings another one unfair damages: the study of the subject shows the obligation to give back to the victim its *statu quo ante* to the equity to be used when measuring the amount of indenization. Our study will consider the institute and its treatment according to the brazilian civil law, and some critical analysis of the new law.

Keywords:

RESUMO

Este trabalho trata da responsabilidade civil pelos atos praticados pelo agente que trazem danos a terceiros. O estudo do assunto apresenta a obrigação de devolver ao lesado o *stato quo ante* a equidade que deve ser usada ao mensurar o valor da indenização e analisa o instituto à luz da legislação pátria, com as pertinentes críticas.

Palavras-chave: Equidade. Indenização. Dano injusto.

A responsabilização civil, que será abordada no presente artigo, é aquela decorrente da prática do ato ilícito que ocasiona dano. Portanto responsabilizar civilmente o lesante é tornar indene o injustamente lesado. Indeniza-se o dano injusto. Segundo Venosa (2003, p. 28), “[...] não existindo dano, para o Direito Privado o ato ilícito é irrelevante”.

Dano pode ser conceituado como uma lesão ao patrimônio, lesão esta que o diminui. Mas o dano pode ser também de ordem não patrimonial, como o dano moral, que implica parcela de perda em questões não objetivas, como a dor pela perda de um ente querido ou a ofensa à honra; é a perda da segurança, é o abalo inesperado, o constrangimento ilegal, o prejuízo à imagem, quer da pessoa física, quer da pessoa jurídica.

O dano, portanto, consiste na subtração ou diminuição de um bem jurídico. No dizer de Cavalieri (2002, p. 96):

Conceitua-se o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é a lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

A busca, na reparação civil, é a da reparação do prejuízo sofrido, jamais a obtenção de vantagem às custas do lesante, uma vez que o enriquecimento sem causa é defeso à luz do Código Civil Brasileiro, arts. 884 a 886. A quantificação do prejuízo é desafio para legisladores, doutrinadores e estudiosos do Direito, até mesmo por contemplar prejuízo material, prejuízo moral e perda da chance. Conforme afirmamos, a indenização não deve propiciar ao lesado um enriquecimento sem causa, mas o retorno, tanto quanto possível, ao *status quo ante*.

Reportamo-nos à Maria Helena Diniz (2000. p. 36), que estabelece os seguintes requisitos para averiguação de dano indenizável:

Diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa, pois a noção de dano pressupõe a do lesado;
Efetividade ou certeza do dano, uma vez que a lesão não pode ser hipotética ou conjuntural;
Causalidade, já que deverá haver uma relação entre a falta e o prejuízo causado;
Subsistência do dano no momento da reclamação do lesado;
Legitimidade, no sentido de que a vítima seja titular do direito atingido;
Ausência de causas excludentes de responsabilidade.

O PREJUÍZO MATERIAL

O dano material é o que atinge o conjunto de relações jurídicas de um indivíduo, sendo estas apreciáveis em dinheiro, alcançando, também, o dano reflexo e o patrimônio futuro. As alternativas para reparação do dano material são: restauração natural ou indenização pecuniária.

Dessa forma, podemos subdividir o dano material em dano emergente e lucro cessante, conforme o faz o próprio Código Civil Brasileiro em seu art. 402, *in verbis*: “Art. 402 Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Todavia, o mesmo diploma legal esclarece, limitando, não objetivamente, a cobrança a título de lucro cessante: “Art. 403 Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

O dano emergente consiste na diminuição imediata e efetiva do patrimônio da vítima, causada, via de regra, pelo ato contrário à lei. É o que efetivamente se perdeu. O lucro cessante, por sua vez, é a consequência que o ato ilícito acarreta, em tempo futuro: reflexo futuro do ilícito sobre o patrimônio do lesado. Este é de mais delicada mensuração, ou seja, de avaliação não objetiva.

O Código Civil Brasileiro, ao estabelecer a obrigatoriedade de indenização do lucro cessante decorrente do ato ilícito, adotou o critério da razoabilidade, conforme concluimos da leitura do art. 402 já citado: “[...] o que razoavelmente deixou de lucrar” (grifo nosso).

Cavaliere (2002, p. 82) cita o Código Civil Alemão, parágrafo 252, o qual conceitua o lucro cessante, dentro dos mesmos princípios adotados pelo diploma pátrio: “Considera-se lucro frustrado o que com certa probabilidade era de esperar, atendendo ao curso normal das coisas ou às especiais circunstâncias do caso concreto e, particularmente, às medidas e previsões adotadas”.

O mesmo autor comenta a postura adotada pela doutrina alemã da seguinte forma:

A doutrina alemã criou a teoria da diferença como suporte para o cálculo da indenização. Deve-se fazer uma avaliação concreta do dano, e não abstrata. Para tanto, a indenização pecuniária deve ser medida pela diferença entre a situação real em que o ato ilícito deixou o lesado e a situação em que ele se encontraria sem o dano sofrido, atendendo ao curso normal das coisas (CAVALIERI, 2002, p. 82).

Calcular o lucro cessante é estabelecer uma projeção: até onde o ato ilícito projeta a repercussão negativa no patrimônio da vítima? Uma forma de o julgador trabalhar tal cálculo é a teoria que denominamos de teoria da eliminação da causa: retira-se o ato ilícito praticado e examina-se a situação projetada da vítima. A partir do normal desenvolvimento das atividades, dos fatos, qual seria a posição econômica da vítima? A diferença entre o estado em

que a vítima se encontraria, caso o ilícito não tivesse ocorrido, e o estado em que se encontra é o que chamamos de lucro cessante.

Para tanto, o parâmetro a ser observado pelo julgador será o lucro médio do lesado, não lhe sendo possível acrescentar valores a título de “lucro extra”, ou lucro hipotético, afastado da média real que a vítima vinha obtendo.

Para a apuração de lucro cessante, então, é preciso basear-se em probabilidade objetiva. A teoria da causalidade adequada, combatida por alguns, é utilizada pelo legislador, Lei nº 10.406/2001 (Código Civil Brasileiro), art. 403, o qual estabelece que as perdas e danos incluem os prejuízos efetivos (dano emergente) e os lucros cessantes por efeito direto e imediato. Ou seja, deve ser verificada a causa predominante que deflagrou o dano.

Concluindo, em questão de dano patrimonial, deve ser considerada a diminuição do patrimônio da vítima e também o aumento que sobreviria a este, caso o evento danoso não tivesse ocorrido.

Em um acidente de veículo, por exemplo, poderíamos identificar o dano emergente pela observação das avarias sofridas pelo carro; a título de lucro cessante, apontaríamos, no caso de veículo de transporte de passageiros, o faturamento médio que deixará de ser percebido pelo proprietário enquanto o veículo é restaurado, e mais: a desvalorização sofrida pelo veículo em virtude do abaloamento. Conforme legislação em vigor, o veículo sinistrado passará a ser identificado, o que lhe traduzirá um menor valor venal. Esta análise considerou que os danos alcançaram somente o veículo, não atingindo seus passageiros.

DANO MORAL

Quanto ao dano moral, amplia-se, no novo Código Civil Brasileiro, a discricionariedade do julgador para seu arbitramento, já superada a questão de sua admissibilidade e sua cumulatividade com o dano material. À guisa de definição, dizemos dano moral aquele prejuízo que afeta o patrimônio psíquico, moral e intelectual da vítima. Por tratar-se, por excelência, de questão pessoal (o que afeta a um indivíduo poderá não afetar, ou, se afetar, não o será da mesma forma, a outro indivíduo), difícil é a fixação da indenização capaz de “tornar indene” o lesado.

O Estatuto do idoso, Lei nº 10.741/03, estabelece, quanto ao direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, o seguinte, admitindo, assim, a existência de um patrimônio psíquico, moral e intelectual:

Art. 10, *in verbis*: Parágrafo segundo: O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, idéias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.

Encontra-se em tramitação um Projeto de Lei que objetiva tratar o dano moral de forma sistemática, mensurando e limitando o seu valor indenizatório. O projeto sugere três faixas indenizatórias, dentro das quais o juiz deverá estabelecer o grau de culpa, na histórica divisão tripartida, para fixar a indenização.

Não se trata de estabelecer previamente quanto vale a dor humana, mas de fixar linhas gerais, dentro das quais navegará o julgador, para fixação da indenização devida pelo dano causado. Esse projeto foi de número 150/1999 (Senado Federal) e merece críticas quanto à fixação de teto máximo que, embora possa satisfazer ao lesado, poderá não impactar o patrimônio do

lesante, não cumprindo a função de sanção civil, não se constituindo no necessário desestímulo ao lesante. A esse respeito concordamos com Cavalieri (2002, p. 82) que declara ser a condenação em dinheiro, em matéria de dano moral, mais uma satisfação que uma reparação, sem desconsiderar-lhe o aspecto punitivo.

A respeito, o Projeto de Lei nº 6.960/2002 traz nova redação ao art. 944 do Código Civil Brasileiro, acrescentando a frase “[...] a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

A avaliação do dano moral, pelo julgador, deverá lastrear-se em regras de experiência.

Alcançar o meio-termo para fins de reparação, na prática, é mais difícil do que possa parecer.

No livro V, em *Ética a Nicômaco*, Aristóteles traz as ponderações sobre essa questão.

A respeito da extensão do dano, em abordagem ao tema, declara Venosa (2003, p. 199):

Ao mesmo tempo em que não podemos converter a indenização em instrumento de lucro ou enriquecimento injusto, de nada adianta indenizar de forma insignificante ou incompleta. Uma vez ocorrido o dano, os transtornos à vítima são inevitáveis, ainda que obtenha indenização *in natura* ou *in pecúnia*. A sentença e a liquidação dos danos funcionam, na maioria das vezes, como mero lenitivo para o dano, mormente quando o valor em dinheiro é substitutivo da coisa.

Venosa (2003, p. 211) cita, em sua obra, Antonio Jeová Santos, autor da monografia intitulada *Dano Moral*, que conclui que, para avaliação de tal espécie de dano, devem ser feitas as seguintes ponderações:

- a) não se deve aceitar uma indenização meramente simbólica;
- b) deve ser evitado o enriquecimento injusto;
- c) os danos morais não se amoldam a uma tarifação;
- d) não deve haver paralelismo ou relação na indenização por dano moral com o dano patrimonial;
- e) não é suficiente a referência ao mero prudente arbítrio do juiz;

- f) há que se levar em consideração a gravidade do caso bem como as peculiaridades da vítima e seu ofensor;
- g) os casos semelhantes podem servir de parâmetro para as indenizações;
- h) a indenização deve atender ao chamado prazer compensatório, que nós preferimos chamar de lenitivo e, finalmente,
- i) há que se levar em conta o contexto econômico do país (grifo nosso).

O pedido genérico nas ações de indenizações por dano moral, a nosso ver, é um equívoco. A extensão do dano sofrido pelo autor deve ser por ele trazida ao bojo do processo. Ao omitir o dado, o autor traz ao réu a oportunidade de discutir sobre a existência ou não do dano moral, mas frustra-lhe a oportunidade de questionar o valor pleiteado. A esse respeito versa o Código de Processo Civil Brasileiro: “Art. 286 - O pedido deve ser certo e determinado”.

Portanto quem deve quantificar o dano é o lesado, garantindo, assim, ao lesante o direito à ampla defesa.

Todavia, em sentido contrário, estabelece o Código Civil Brasileiro, no art. 953, parágrafo único, *in verbis*: “Art. 953 - Parágrafo único: Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso” (grifo nosso).

Tal postura, adotada pelo diploma civil, é referendada por Cavalieri (2002. p. 115):

Não há, realmente, outro meio mais eficiente para se fixar o dano moral a não ser pelo arbitramento judicial. Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral.

E conclui:

Não me parece, data venia, haver a menor parcela de bom senso, a menor parcela de razoabilidade, na fixação de uma indenização por dano moral em valor muito superior à indenização pelo dano material a que faria jus a vítima [...].

Prossegue o autor afirmando: “[...] Não vejo como uma indenização pelo dano moral possa ser superior àquilo que a vítima ganharia durante toda a sua vida”.

Com o respeito devido, discordamos do posicionamento adotado pelo autor, considerando que, na realidade, a indenização por dano moral não deve estar restrita às possibilidades materiais do ofendido, pois o direito ofendido, no caso do dano moral, é direito da personalidade e, conforme dita a lei, direito indisponível e inalienável, salvo os casos previstos. Não se pode atrelar as coisas da alma, a honra, o espírito, a fé ou a imagem a um valor pecuniário. Do contrário, afirmaremos, de forma reflexa, que a honra do homem humilde tem objetivamente menor valor que a honra do homem rico, que pode não ser nobre de espírito. As virtudes não se encontram necessariamente com os homens afortunados e abastados. Tal discussão foi objeto de estudos filosóficos e análise aristotélica.

Os princípios a nortear a decisão judicial devem ser a proporcionalidade e a razoabilidade, observando o bem jurídico lesado, condições do ofensor e condições do ofendido. Por analogia, pode ser usado pelo julgador o critério adotado pelo Código, quando trata dos defeitos do negócio jurídico, especificamente da coação, em que o legislador estabelece a necessidade de, deixando o padrão do homem médio, o julgador atentar para “[...] o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade da coação” (CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, art. 152).

Não descartamos a hipótese de, pela lei, e tendo em vista a gravidade da culpa do ofensor, a culpa quase-dolo, trabalhar a penalidade tripartida: indenização pelos danos materiais emergentes e lucros cessantes; indenização pelo dano moral sofrido pela vítima; multa, a ser revertida para o Estado, pela infringência à norma e ao princípio geral de abstenção de lesar a

outrem. Dessa feita, estaria afirmada a finalidade da responsabilização civil, punitiva, repressora e educativa, (re)afirmado seu caráter social. Se o lesante fosse pessoa de patrimônio capaz de suportar a multa, mesmo o seu alto valor, proporcional à gravidade da culpa, não propiciaria ao lesado o chamado enriquecimento sem causa.

É chegado o momento de uma reflexão maior. O Código Civil Brasileiro possibilita ao julgador a atenuação do *quantum* indenizatório diante da desproporção entre gravidade da culpa e prejuízo causado, todavia não admite seu agravamento diante do dolo ou culpa grave.

Entendemos que, diante de todo dano injusto sofrido, sofre o lesado um abalo moral. A quebra do equilíbrio ocasionada pelo lesante traz, implicitamente, no mínimo, dano de ordem não patrimonial. Condenar o causador do dano à indenização superior àquela de comprovada materialidade não excede ao prejuízo efetivamente suportado pela vítima, porque não há sentença capaz de tornar indene o lesado diante do desgaste processual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 150/1999**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2007.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6960/2002**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2007.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. **Código de Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2003.