



Des. Sylvio Capanema

TEMA

Dano patrimonial (dano emergente; lucros cessantes); dano moral (ocorrência e quantificação)

Para que se configure presente o dever de indenizar, imprescindível se faz no caso concreto o cometimento de um ato ilícito, assim entendido como a violação de um dever jurídico preexistente em lei.

Por sua vez, o ato ilícito é composto por elementos de natureza subjetiva (culpa) e objetivos (dano e nexos causal). Em se tratando de direito do consumidor, não se mostra necessária a demonstração do elemento subjetivo (culpa), pois como regra a responsabilidade do fornecedor é objetiva, em que se tem por violado um dever jurídico de segurança, fundado na teoria do risco do empreendimento.

Importante deixar registrado que na forma do art. 14, § 4º do CDC, *“a apuração da responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”*, sendo, portanto, de natureza subjetiva. Nesse caso, tem-se por violado um dever jurídico de cuidado, devendo a culpa do profissional liberal ser provada no caso concreto.

Não se pode deixar de ressaltar que o foco hoje é na proteção e reparação da vítima do ato ilícito, o que significa dizer que em havendo dúvidas no caso concreto quanto ao dever de indenizar deve a mesma ser resolvida em prol do lesado (*in dubio pro vítima*). Dessa premissa se extrai que modernamente até mesmo atos lícitos, fundamentados em normas técnicas, mas que porventura violem bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico (ex. meio ambiente) podem gerar o dever de indenizar.

De qualquer forma, não se pode falar em responsabilidade cível, nem, portanto, dever de indenizar, quando não se verifica no caso concreto a existência de um dano, bem como nexos causal entre a conduta do agente o dano experimentado. É esse elemento objetivo do ato ilícito, o dano, que se passa a analisar.

O dano capaz de gerar o dever de indenizar é aquele que reflita minimamente no patrimônio da vítima, ou seja, danos de pequenas montas, que rapidamente são esquecidos pelo lesado, não passam de meros aborrecimentos e devem ser suportados por todos que vivem em sociedade.

Isso porque a função da responsabilidade civil é **restaurar o patrimônio da vítima**, devolvendo a ela tudo o que lhe foi retirado pelo ato ilícito, com o que necessário se faz que a conduta lesiva reflita uma lesão ao bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico, que pode ser de ordem patrimonial ou extrapatrimonial.

Passemos agora a tratar das diferentes espécies de dano.

A primeira espécie de dano por nós conhecida é o *dano material*, que será aferido no caso concreto de forma objetiva pelo julgador, com

base nos elementos de prova que lhe são apresentados. O dano material se divide em duas espécies, quais sejam, o dano emergente e o lucro cessante.

Por dano emergente se entende tudo aquilo que a vítima efetivamente perdeu em razão do ato ilícito praticado. Aqui não pode ter dúvidas: o dano emergente corresponde a exatamente tudo aquilo que a vítima comprovar ter perdido, com o que a condenação do causador do dano terá a função de restaurar o patrimônio do lesado.

Da mesma forma, o lucro cessante também tem como objetivo restaurar o patrimônio da vítima, entretanto, o valor da condenação aqui será tudo aquilo que a vítima do ilícito **razoavelmente** deixou de ganhar, o que será aferido de acordo com as peculiaridades do caso concreto e regras de experiência pautada nos fatos da vida que ordinariamente ocorre. Não se trata, portanto, de dano hipotético, irrealizável no mundo real, mas sim de uma estimativa real e concreta.

Ainda nessa seara, temos o chamado dano em ricochete ou marginal, que pode causar a terceira pessoa danos decorrentes do evento lesivo, ou seja, o terceiro sofre de forma direta e reflexa os efeitos dos danos sofridos pela vítima.

Tal situação se verifica, por exemplo, quando em razão da conduta ilícita renomado chefe de cozinha fica impossibilitado de exercer sua profissão, o que acarreta queda do movimento no restaurante em que exerce sua atividade. Nesse caso, o dono do restaurante pode, provando o nexo causal entre o ilícito e o seu prejuízo (causalidade adequada), poderá buscar indenização por lucro cessante, a fim de ser compensado por aquilo que razoavelmente deixou de lucrar.

Quanto ao dano moral, muito já se discutiu acerca do seu cabimento quando dissociado do dano material moral, na medida em que tal modalidade de dano não se encaixa na função reparadora da responsabilidade civil. Entretanto, com o advento da Constituição Federal o seu cabimento restou pacificado, haja vista o teor do seu art. 5º, V e X. Com isso, se reconheceu que a função do dano moral não é restauradora, mas sim compensadora do sofrimento da vítima.

Com efeito, para que se configure o dano moral, imprescindível se faz a violação de algum direito inerente à personalidade humana, não bastando pequenos dissabores do cotidiano. Vale dizer, restará presente o dano moral indenizável quando o ato lesivo deixar uma cicatriz na alma da vítima, lhe acompanhando por um tempo.

Justamente por ser o dano moral decorrente da violação de algum direito da personalidade, o mesmo se dá *in re ipsa*, ou seja, decorre do próprio ato ilícito.

A grande dificuldade hoje é quanto à sua quantificação. Nesse caso, alguns fatores devem auxiliar o julgador quando da fixação do *quantum* indenizatório, tal como a pessoa do ofendido e o seu caráter punitivo pedagógico, o que significa dizer que o mesmo deva ser capaz de compensar o sofrimento da vítima, desestimular futuras condutas ilícitas, sem gerar o enriquecimento sem causa do lesado.

Desta feita, não há qualquer tipo de tabelamento, devendo ser analisado no caso concreto o grau de reprovabilidade da conduta ilícita, sem se descuidar da solidariedade para com o lesado, tal como determina o art. 3º, I da CRFB.

Outra modalidade de dano é o estético. Tal como o dano moral, muito já se discutiu se se trata de uma modalidade autônoma de dano ou se estaria embutido no dano moral, estando hoje a questão pacificado no primeiro sentido. Quanto ao tema, temos a súmula 387 do STJ, segundo a qual - *é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.*

Por dano estético entende-se a lesão que afeta a morfologia do ofendido. Está diretamente relacionado à imagem da vítima, que possui o direito de morrer tal como ela veio ao mundo. Dessa forma, facilmente se verifica que a lesão gerada pelo dano estético é diferente da do dano moral, que afeta o íntimo da vítima, ao passo que aquela atinge o seu exterior.

Modernamente vem surgindo outras modalidades de dano, merecendo destaque o decorrente da perda da última chance.

A teoria da perda de uma chance busca imputar o dever de indenizar quando o agente deixa de adotar uma conduta, a última chance, que se fosse adotada poderia levar à salvaguarda do bem jurídico lesado. O detalhe é que a chance perdida, ou seja, a conduta não adotada, deve possuir uma **chance séria e concreta, com alto grau de probabilidade** de salvaguardar o bem jurídico. Tal teoria teve seu início nos casos de responsabilidade civil médica e hoje vem sendo alargado o seu campo de incidência.

De acordo com o STJ, o bem jurídico tutelado no caso é a própria chance perdida, não atuando no nexo de causalidade, conforme julgados abaixo transcritos.

DANOS MATERIAIS. PROMOÇÃO PUBLICITÁRIA DE SUPERMERCADO. SORTEIO DE CASA. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. A Turma, ao acolher os embargos de declaração com efeitos modificativos, deu provimento ao agravo e, de logo, julgou parcialmente provido o recurso especial para condenar o recorrido (supermercado) ao pagamento de danos materiais à recorrente (consumidora), ***em razão da perda de uma chance, uma vez que não lhe foi oportunizada a participação em um segundo sorteio de uma promoção publicitária veiculada pelo estabelecimento comercial no qual concorreria ao recebimento de uma casa.*** Na espécie, a promoção publicitária do supermercado oferecia aos concorrentes novecentos vales-compras de R\$ 100,00 e trinta casas. A recorrente foi sorteada e, ao buscar seu prêmio - o vale-compra -, teve conhecimento de que, segundo o regulamento, as casas seriam sorteadas àqueles que tivessem sido premiados com os novecentos vales-compras. Ocorre que o segundo sorteio já tinha sido realizado sem a sua participação, tendo sido as trinta casas sorteadas entre os demais participantes. De início, afastou a Min. Relatora a reparação por dano moral sob o entendimento de que não houve publicidade enganosa. Segundo afirmou, estava claro no bilhete do sorteio que seriam sorteados 930 ganhadores - novecentos receberiam vales-compra no valor de R\$ 100,00 e outros trinta, casas na importância de R\$ 40.000,00, a ser depositado em caderneta de poupança. Por sua vez, reputou devido o ressarcimento pelo dano material, caracterizado pela perda da chance da recorrente de concorrer entre os novecentos participantes a uma das trinta casas em disputa. O acórdão reconheceu o fato incontroverso de que a recorrente não foi comunicada pelos promotores do evento e sequer recebeu o bilhete para participar do segundo sorteio, portanto ficou impedida de concorrer, efetivamente, a uma das trinta casas. Conclui-se, assim, que a reparação deste dano material deve corresponder ao pagamento do valor de 1/30 do prêmio, ou seja, 1/30 de R\$ 40.000,00, corrigidos à época do segundo sor-

teio. EDcl no AgRg no Ag 1.196.957-DF, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgados em 10/4/2012.

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PARA A APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL OCACIONADA POR ERRO MÉDICO. A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente que venha a falecer em razão da doença tratada de maneira inadequada pelo médico. De início, pode-se argumentar ser impossível a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, tendo em vista a suposta ausência denexo causal entre a conduta (o erro do médico) e o dano (lesão gerada pela perda da vida), uma vez que o prejuízo causado pelo óbito da paciente teve como causa direta e imediata a própria doença, e não o erro médico. Assim, alega-se que a referida teoria estaria em confronto claro com a regra insculpida no art. 403 do CC, que veda a indenização de danos indiretamente gerados pela conduta do réu. **Deve-se notar, contudo, que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexo causal. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final.** Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente. A chance em si - desde que seja concreta, real, com **alto grau de probabilidade** de obter um benefício ou de evitar um prejuízo - é considerada um bem autônomo e perfeitamente reparável. De tal modo, é direto o nexocausal entre a conduta (o erro médico) e o dano (lesão gerada pela perda de bem jurídico autônomo: a chance). Inexistindo,

portanto, afronta à regra inserida no art. 403 do CC, mostra-se aplicável a teoria da perda de uma chance aos casos em que o erro médico tenha reduzido chances concretas e reais que poderiam ter sido postas à disposição da paciente. REsp 1.254.141-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2012.

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE. Não é possível a fixação da indenização pela perda de uma chance no valor integral correspondente ao dano final experimentado pela vítima, mesmo na hipótese em que a teoria da perda de uma chance tenha sido utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico. Isso porque o valor da indenização pela perda de uma chance somente poderá representar uma proporção do dano final experimentado pela vítima. REsp 1.254.141-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2012. ▼