

O DANO

RESPONSABILIDADE CIVIL

ADOLPHO C. DE ANDRADE MELLO JR.

Juiz de Direito do TJ/RJ

I - INTRODUÇÃO

O Estado de Direito Social necessita de uma ordem normativa. Complexo normativo, tradução do ordenamento jurídico, revelação do Direito; regramento hábil e capaz de disciplinar a vida de relação, o dever-ser e como-ser.

As regras jurídicas, que integram a ordem constituída, se prestam para equacionar as tensões sociais, e advêm de uma produção comunitária, informal, ou de processo de mediação, fruto de função política, intelectual e formal. A par delas, extraem-se preceitos, imperativos e sanções, revelados através da adoção de métodos de conhecimento racional - hermenêutica. Na verdade, a ordenação das relações sociais exige pronta apreensão do direito e, quando conflituosa, a escolha e aplicação da solução normativa adequada. O método para a escolha, é o de interpretação.

Quando o direito é realizado, sem rompimento da equação de equilíbrio (jurídico-social), imperativo recepcionado sem qualquer agressão à ordem normativa, de sanção não se cogita. Não se pensa em responsabilização, posto que inexistente qualquer patologia bastante a justificar a reação do Direito. Agora, rompida a Ordem, exsurge, do próprio ordenamento, a regra sancionatória, que concretizada pela coercibilidade, quer-se suficiente a restabelecer o equilíbrio igualitário entre os valores em confronto.

Pois bem, pensa-se em responsabilidade toda vez que houver agressão a um direito. Quebrado o imperativo jurídico, surge e justifica-se a regra sancionatória. Se da ação ou omissão resultar prejuízo, a imputação qualifica-se como de responsabilidade civil.

A sanção é sempre uma conseqüência desfavorável que atinge àquele que violou uma regra, na precisa lição de José de Oliveira Ascensão. Completa o referido mestre: “Em si, a sanção não é um fato. Como conseqüência desfavorável, a sanção é um efeito jurídico, conteúdo de uma regra jurídica que prevê a violação de uma regra de conduta.”

A sanção reconstitutiva, compensatória, ou só de satisfação, em sede de responsabilidade civil, é efeito jurídico de um fenômeno perceptível. Sem o fenômeno perceptível, que é o fato - juridicamente relevante, nenhum efeito se extrai. O fenômeno da responsabilidade é complexo, e exige a conjunção de elementos; seus elementos constitutivos.

O estudo dos elementos da responsabilidade conduz para uma reflexão em torno da inserção do fato no mundo jurídico, da relação de produção e do dano. A relação de produção (nexo de causalidade) e o dano (prejuízo material ou moral), são elementos constantes da etiologia da responsabilidade civil. Se falta o nexo causal, de responsabilidade não se pensa, pela ausência da necessária suficiência da imputação, capaz de justificar a sanção, e legitimar a coercibilidade estatal. Se falta dano, responsabilidade civil não há, posto que o prejuízo é seu próprio fundamento.

A proposta que se tem, no presente ensaio, é examinar o dano, em algumas de suas facetas argumentativas da idéia de responsabilidade civil.

II - DANO. NOÇÕES

Como acima ressaltado, o dano é elemento da etiologia da responsabilidade civil. Sem a definição de dano, não há o que se falar em dever de ressarcir, indenizar ou reconstituir.

O dano pode ser compreendido como um prejuízo. Aliás, prejuízo é seu sinônimo. Prejuízo material ou moral, pouco importa. Sempre prejuízo, alteração de um bem jurídico, com definição de desvalor. Como acentuado pelo Desembargador Sergio Cavalieri Filho, em seu denominado **Programa de Responsabilidade Civil**, 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 a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, o dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral ...".

A sanção decorrente de uma norma de responsabilidade, na órbita civil, só configura-se como efeito jurídico da contraveniência, quando ocorrente o dano. Por isso, é que se costuma afirmar que o dano é mais do que um requisito da responsabilidade, posto ser o seu próprio fundamento, elemento essencial. Sem a eclosão do dano, a conduta ilícita passa a ser um indiferente, incapaz de gerar a responsabilização civil.

O dano é um fato, acontecimento que pode se revelar de múltiplas formas. Dano patrimonial, extrapatrimonial, direto, indireto, atual, futuro etc. ...

III - DANO. ALGUMAS REVELAÇÕES

O conjunto de bens que permite valoração econômica, considera-se patrimônio. Se o prejuízo, repousa no patrimônio, denomina-se dano patrimonial, que pode se consubstanciar em desfalque direto, ou no chamado lucro cessante (frustro).

É considerado emergente, o dano que se extrai do próprio bem jurídico, direta e imediatamente. Conceito uníssono, sobre o qual dúvida não paira. Dano emergente, importa no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima, conforme lição do Desembargador e Professor Sergio Cavalieri Filho. Acentua o citado mestre, que o dano emergente “será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que tinha antes e depois do ato ilícito.”

No que pertine ao lucro frustrado, persistem os requisitos da imediatidade e do efeito direto. Para autorizar o decreto condenatório, há que se demonstrar que o dano decorreu, direta e imediatamente, do fato propiciador. O que distingue as duas expressões de dano material, é que, enquanto o emergente, priva da atualidade, valoração fechada, o lucro cessante, estimula-se pela probabilidade objetiva, previsibilidade e projeção, aquilo que a vítima, razoavelmente poderia auferir, se não obstada pelo evento. A hipótese não é de dano indireto, mediato, sem vínculo perceptível com a causalidade. Aliás, sobre o dano indireto, é enfático o Desembargador Antonio Lindbergh Montenegro: “A regra é a irressarcibilidade do dano indireto”. Na seqüência, positiva: “A tal respeito não há falar em distinção entre dano direto e indireto... O ofensor deve reparar todo o dano que causou, segundo a relação de causalidade. Tudo se reduz em determinar o conteúdo e a extensão do dano. Tal é o sistema da realidade do dano”.

A regra conduz para a definição de atualidade e certeza do dano, passível de fundamentar a pretensão ressarcitória. O nosso ordenamento não dá guarida ao dano hipotético, por uma razão muito simples. O dano, como elemento da responsabilidade civil, deve ser necessariamente um fato, capaz de justificar o efeito jurídico da sanção e legitimar a coerção. Ora, se deve ser um fato, acontecimento real, não pode, ao mesmo tempo, ser uma suposição ou conjectura. Não se confunda dano hipotético com o aspecto da futuridade.

Aperte d'une chance, não configura acontecimento incerto, suposição, uma só conjectura. Quando se pensa na perda de uma chance, ceifada pelo evento danoso, a valoração não é hipotética e nem remota, posto que calcada em dados existentes, perfeitamente mensuráveis, para efeito ressarcitório, dentro de um juízo de probabilidade suficiente. A existência de parâmetros, exclui a incerteza. Valora-se a chance, e quantifica-se, a partir dela, que é algo real, a perda patrimonial, em linha de projeção, proporcional e razoavelmente. Trabalha-se com o futuro, mas não com o hipotético eventual, desgarrado da causalidade.

O dano moral puro, sem repercussão econômica, adentra à categoria do dano extrapatrimonial.

No contexto do dano moral, tem-se inserido valores da personalidade, além de outros que precipitam-se sobre o elemento anímico da vítima, alma, seu psique. Fala-se, nesse diapasão, do sofrimento intenso, exposição vexaminosa, humilhação profunda. Além do mais, é absorvido pelo dano moral, o denominado dano estético, quando a raiz da postulação finca-se nos aspectos do constrangimento pelo aleijão, ou qualquer outra deformação física, capaz de tornar a vítima, morfologicamente diferente, alvo de observação, pelo lado horrendo, medonho.

A sanção, efeito jurídico do prejuízo moral puro, em verdade, não é reconstitutiva, e nem compensatória, propriamente dita. O que se tem, na expectativa da condenação, é a idéia de satisfação, resultado pecuniário traduzido por, recompensa de um lado, e expiação do outro. Contempla-se a vítima, com dinheiro, para lhe dar um alento; e correlatamente, castiga-se o infrator, como consequência jurídica do dano que deu causa. A simbiose dos dois fatores, é de observância necessária, quando da valoração, além de outros, imprescindíveis para uma quantificação proporcional e razoável. É assim que se tem falado em capacidade econômica do agressor, intensidade e repercussão da agressão, e *status* social da vítima. Tudo deve ser ponderado, com base no imperativo do que é lógico e razoável.

A quantificação do resultado condenatório, não é tarefa das mais fáceis. O movimento do dano moral puro é estimulado por forte subjetividade. Cabe ao aplicador do Direito, chamado a decidir, sopesar os fatores ressaltados, com muita prudência, para não cometer iniquidades, ou seja: módico, que negue o alento, cunho da função satisfatória, e a expiação que decorre; exacerbado, propiciante de lucro descabido. Sobre tal aspecto, acentua Caio Mário da Silva Pereira: “A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos

sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes do seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva...”.

IV - DANO. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

A sentença penal condenatória, transitada em julgado, de acordo com o inciso II, artigo 584 do CPC, configura título executivo judicial. O inciso I, artigo 91 do Código Penal, diz que é efeito da condenação “tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”. Ante as regras ressaltadas, ousou comentar:

O disposto no diploma repressivo, revela, literalmente, mais do que se apresenta compossível, dentro de uma visão sistêmica do instituto da responsabilidade civil. Como já acentuado, o dever de indenizar é a sanção, efeito jurídico de um fato. Fato complexo, que consubstancia a responsabilização, na órbita civil. Sem a concretização dos elementos da etiologia do citado instituto, não há como se cogitar da sanção, obrigação de indenizar. O dano é elemento indissociável da responsabilidade. Sem o dano, pode haver o evento, mas incapaz de configurar o efeito jurídico da obrigação ou dever de ressarcir ou indenizar. Logo, forçoso concluir que só a sentença penal condenatória, mesmo transitada em julgado, não é capaz de estabelecer a certeza da obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. Não é capaz, posto que no processo penal, afora o crime de dano, o prejuízo, decorrente do ato ilícito, não faz parte do objeto do conhecimento.

A sentença penal condenatória, para o efeito de ressarcimento de danos, positivamente de obrigação de indenizar, é ato jurisdicional incompleto. Poder-se-ia afirmar: é sentença que repercute, firma posição de imutabilidade, mas carece de complementação, para servir de fundamento à pretensão ressarcitória. Com ela, não mais se discutem autoria e materialidade, elementos cobertos pela coisa julgada, na relação entre a vítima e o autor do delito. Mas para que adquira eficiência a cumprir o desiderato da responsabilização, mister a positivamente do prejuízo advindo com o crime perpetrado. Para que se complete, exige-se cognição judicial específica, acerca do dano e do nexo causal. Além da sentença penal condenatória, há que haver um outro decreto

judicial, que com força de integração, defina sobre os prejuízos revelados, a origem, e o quantitativo pecuniário.

O meio processualmente adequado para se obter a complementação, é a liquidação de sentença. Liquidação na modalidade por artigos, posto que necessária a alegação e prova de fatos novos. Fatos do dano e da relação entre o ato e a sua eclosão.

A liquidação de sentença é processo de conhecimento intermédio, além de limitado. No processo em foco, não é possível se discutir a respeito da lide, já solvida. E aí repousa a limitação. A finalidade da liquidação circunscreve-se à individualização do objeto e/ou quantificação do comando condenatório. Procede-se à liquidação, quando genérica a sentença condenatória. Na hipótese da sentença penal, com efeito civil, a mesma se assemelha à condenatória genérica, posto que carente de determinação para o fim de execução. Ocorre que, além da falta de determinação, a sentença penal condenatória, para a hipótese de ressarcimento de dano, também carece de certeza quanto à obrigação de indenizar, pela falta de definição do dano, que é um elemento fundamental da responsabilidade. Sem dano, alegado e comprovado, obrigação de indenizar não há. Nesse diapasão, o processo de liquidação com referência a sentença penal condenatória, deve possibilitar a cognição e decisão, não só acerca do *quantum debeat*, mas também, e em primeiro lugar, sobre o dano e seus parâmetros, em toda a extensão revelada pelos fatos. Só após, com a certeza da obrigação e a determinação quantitativa, além da exigibilidade, é que o título executivo cogitado passa a se apresentar hábil a fundamentar a ação de execução. ◆