

## A COMPENSAÇÃO E A RESPONSABILIDADE EXTRA-CONTRATUAL

EUCLIDES DE MESQUITA

(Professor Titular de Direito Civil)

A responsabilidade extra-contratual constitui matéria jurídica de infinita variedade, em permanente ebulição, salientando-se a indenização em si mesma, por culpa aquiliana, como um dos problemas mais difíceis de estudo e solução.

A doutrina tem arquitetado fórmulas e soluções para o deslinde de tão sério aspecto do direito, devendo considerar-se, como aspecto fundamental da indenização, o princípio jurídico de que à vítima deve ser garantido o mesmo estado patrimonial anterior à ocorrência do ato ilícito.

A atenuar o rigor da fórmula, cabe acrescentar que o princípio se entrosa, complementando-o, com a consideração de que o direito, visando a estabilidade social, e também os princípios imanentes da equidade, não pode abstrair as pessoas da vítima e do responsável, para o efeito de não permitir que, de um lado, o responsável possa abster-se de reparar todo o dano que haja causado à vítima por seu ato ilícito, mas, por outro lado, com o evitar-se que a vítima se locuplete ou enriqueça com o ato ilícito.

Deve considerar-se, todavia, que o princípio jurídico de que ao responsável cabe indenizar todo o dano causado à vítima, merece temperamento, no sentido das restrições enunciadas por ORGAZ, (1) quando afirma que:

**"No es, en efecto, totalmente exacto ni lo ha sido nunca que el responsable deba reparar todo el daño que ha causado con su acto; ninguna legislación antigua o moderna, ha establecido o establece tamaña obligación que, de ordinario, alcanzaria proyecciones descomunales, ya que el**

---

1 — ORGAZ, ALFREDO — La Compensación de beneficios en la responsabilidad extra-contratual — Buenos Aires, 1947.

**daño es susceptible de desarrollarse em series indefinidas como los circulos que produce en el agua la caída de un objeto."**

O Direito, e com êle a legislação, vem procurando limitar a responsabilidade do agente causador do dano, retringindo-a ao prejuízo previsto ou previsível, repelindo, assim, todo aquêle dano que não apresenta relação causal com o ato ilícito.

É verdade que nosso direito civil, e com êle a jurisprudência, é particularmente alérgico à teoria do risco. A tese dominante e absorvente é a da responsabilidade subjetiva, salvo concessões especialíssimas que não chegam a formar coisa pacífica em nosso direito positivo. Na doutrina, porém, o esforço no sentido da objetivação da responsabilidade, ganha, a cada dia, maior terreno: uns defendem abertamente a teoria causal, em tôda a sua inteireza, outros a admitem, como exceção expressa à teoria da culpa.

À legislação cabe, sem dúvida, a realização eficaz; mas, a sua adesão à responsabilidade objetiva limita-se a uns poucos diplomas legislativos.

Quanto ao nosso Código Civil encontram-se, aqui e ali, disposições dispersas que seriam uma concessão ao princípio de objetividade, sob máscara de presunções legais de culpa.

Todavia, no direito moderno, acentua-se a limitação adotada por alguns códigos. O que se pode afirmar é que se cristalizou, na consciência jurídica, o princípio de que a obrigação de reparar o dano independe da situação de fortuna dos interessados.

Daí porque assistia razão a MAZEAUD quando afirmava que: "A só justiça que deve importar ao juiz é assegurar à vítima, qualquer que seja o autor da culpa, uma reparação integral".

Existem variações, entretanto, no modo de considerar o princípio, pois legislações existem que determinam possa o agente, nos casos de dano involuntário, ser condenado: B.G.B. § 829; Código Civil Soviético, art. 406; Código Civil da Venezuela, art. 1.187; Projeto do Código Franco - Italiano das Obrigações e Contratos, art. 76.

Ao contrário disto, outros códigos estabelecem a cessação total ou parcial da obrigação de indenizar nos casos comuns de responsabilidade, como, v. g.: O Código do Peru, art. 1.138; Código Suíço das Obrigações, art. 44.

O que se pode verificar, com tôda certeza, é que a apreciação do dano será objeto de estudo para cada caso concreto. Assim, de

um lado é de considerar não só as conseqüências prejudiciais do ato ilícito, mas, de igual, os benefícios ou o indevido enriquecimento que, do mesmo ato, possam surgir.

Confrontadas as duas circunstâncias, apura-se o dano efetivo ou a ausência de dano, a que se denomina de "**compensatio lucri cum damno**".

Não se suponha que neste balanço de circunstâncias, como pode parecer, a compensação tenha o sentido técnico do vocábulo, em relação à extinção das obrigações — arts. 1.009 e seguintes do Código Civil Brasileiro, e que, assim, os lucros e os danos devem ser homogêneos, líquidos e exigíveis.

É evidente, pois, que na espécie aqui tratada, a palavra "compensação", é usada no sentido vulgar, mas apenas se a emprega no sentido de cotejo das condições favoráveis ou desfavoráveis do ato ilícito.

Daí porque o Código não consigna preceito especial para que se efetive essa dedução, resultando, assim, do próprio conceito de dano, no que tange às vantagens e desvantagens decorrentes da prática do ato ilícito.

Poder-se-ia afirmar que a conexão causal entre o ato ilícito e o dano indenizável é a mesma que se estabelece entre o ato ilícito e o benefício a compensar.

O responsável deve, assim, ser protegido de qualquer excesso na obrigação de indenizar, pois não é civil que a vítima venha a enriquecer-se com o ato ilícito.

É, pois, de se considerar que a indenização não deverá resultar de uma compensação das vantagens e desvantagens do dano causado, mas, apenas em relação às que forem originárias do ato ilícito, como "causa", e não, da "ocasião" de que provêm.

Não há critério legal para a fixação dessas normas e é deixado ao prudente arbítrio do julgador o estabelecer as condições dessa comparação, obedecidos os princípios gerais do direito, máxime no que se refere às normas que regulam a responsabilidade civil aquiliana.

A doutrina estabeleceu que, apesar de ausência de normas legais, condições deverão ser obedecidas para a "**compensatio lucri cum damno**":

- 1.º — Os benefícios e os danos a serem compensados devem provir do mesmo ato ilícito. Ao contrário, ainda que os

sujeitos ativo e passivo sejam os mesmos, não há lugar para a compensação.

- 2.º — O ato ilícito deve ser, necessariamente, a "causa", dos danos e dos lucros a compensar, afastada a idéia da "ocasião" de que provêm.

### MODALIDADES DE COMPENSAÇÃO NA RESPONSABILIDADE EXTRA-CONTRATUAL

O Direito, como imanente à vida social, reflete as atividades humanas, regulando-as e traçando os seus limites.

Não é sem razão que TOBIAS BARRETO considerava-o a disciplina das fôrças sociais. Seu mais alto destino é a utilidade que dêle provém, criando condições que limitem o conflito das liberdades, para tornar possível a coexistência social (2).

Surgem, assim, das condições da vida do homem em sociedade, as mais díspares circunstâncias, originadas das ações de cada um e que configuram, muitas vêzes, responsabilidades atribuídas a determinadas pessoas.

Como já assinalamos, no capítulo anterior, os atos ilícitos, quando "causa" da responsabilidade, obrigam ao ressarcimento do dano eventual, mas, os princípios de equidade impõem a regra natural de que ninguém pode-se locupletar com a jactura alheia.

Daí porque, é de se analisar em cada circunstância o direito que caberia à vítima do ato ilícito no ressarcimento do dano causado, e paralelamente, estabelecer em que condições êsse ressarcimento deveria ser compensado com vantagens outras advindas em favor da vítima, e cuja vantagem que lhe é atribuída, tenha por "causa" aquêle mesmo ato ilícito.

Variam, ao infinito, as hipóteses eventuais, nas quais se impõe a "**compensatio damni cum lucri**", convindo salientar algumas mais prováveis e cuja ocorrência se verifica mais comumente.

Salientam-se, assim, nesse quadro de possibilidades, como manifestações mais comuns, as seguintes eventualidades:

---

2 — SILVIO ROMERO, Ensaio de Filosofia de Direito, 2.ª ed. pág. 275.

## 1 — APOSENTADORIAS E PENSÕES.

Alguns tratadistas opinam pela compensação da aposentadoria ou pensão, em virtude de a indenização a ser paga à vítima, se benefício concedido pelo Estado ou por entidades de direito privado colima a finalidade de reparar as conseqüências de invalidez ou da morte. Entre os autores que defendem êsse ponto de vista, encontramos MAZEAUD, em seu "**Traité Theorique et Pratique de la Responsabilité Civile Delictuelle et Contractuelle**", 4.ª edição, I, n.º 262 e ENNECERUS-LEHMAN, em "**Derecho de Obligaciones**" § 13, in "**Tratado de Derecho Civil**" de ENNECERUS — KIPP — WOLFF.

Não nos parece viável essa orientação jurídica, pois como já afirmamos anteriormente, a "**compensatio damni cum lucri**" baseia sua realidade na conexão causal que se estabelece entre o ato ilícito e o benefício. A aposentadoria concedida ou a pensão conferida pelo Estado ou por entidade autárquica ou de direito privado tem como fundamento outros elementos, completamente alheios ao ato ilícito, como sejam: as contribuições da vítima, os seus anos de serviço, o contrato com a entidade de previdência, etc. Na espécie, o ato ilícito foi, apenas, a "ocasião" que precipitou o conjunto daquelas condições para as quais se preparara a vítima, umas vêzes por vontade, outras, por imposição do próprio Estado. Seria levar muito longe a idéia de que o ato tivesse sido a "causa" dessa aposentadoria ou dessa pensão concedida à vítima.

Alegar-se-ia também que se deveria estabelecer o critério da "finalidade"; mas seria alterarem-se tôdas as regras da indenização pelo ato ilícito, pois se transformaria a "finalidade" das aposentadorias ou das pensões, em causa de impunidade para os autores do ato ilícito. Pareceria que, acumulando a indenização com os benefícios da aposentadoria ou da pensão, verificar-se-ia um enriquecimento ilícito da vítima. Não seria uma justificação razoável, pois inverter-se-ia a regra, para ser beneficiado o autor do dano, aproveitando, assim, das vantagens que não foram jamais criadas para êle, e sim em favor da vítima do ato ilícito.

Alguns autores, todavia, para resolver com perfeita eqüidade, a situação jurídica que se apresenta, sugerem que o Estado, em todos êsses casos, se sub-rogue no direito da vítima na sua ação contra o autor do ato ilícito, evitando-se, assim, o enriquecimento ilícito quer de um, quer de outro.

Não nos parece válida a solução, que não encontra apoio em nossas leis civis, e nem mesmo nos princípios gerais de direito; daí

porque, como medida de justiça mais salutar, e na intenção de evitar qualquer vantagem ao autor do ato ilícito, o que não nos parece justo, e, de acôrdo com as regras de nosso direito positivo, somos dos que opinam pelo acúmulo, em favor da vítima, dos benefícios da aposentadoria ou pensão, com a indenização que lhe é devida pelo ato ilícito.

## 2 — SUBSCRIÇÕES PÚBLICAS E DONATIVOS

A vítima do ato ilícito, enquanto aguarda a solução da justiça para a concessão da indenização que lhe é devida, poderá receber de particulares ou de instituições filantrópicas ou de assistência social, doações, donativos, etc., com o fim de minorar a sua situação financeira. É evidente, e unânime é a opinião dos doutrinadores, de que o autor do ato ilícito não pode pretender que se proceda a uma compensação dêesses donativos, para efeito de diminuir o valor da indenização a que, por ventura, venha a ser condenado.

E certo é que procede o ponto de vista da doutrina, pois é evidente que novamente se fundamenta a não compensação em não ter havido o nexu "causal" com o ato do responsável.

A ressalva que se poderia fazer diz respeito à pessoa ou pessoas dos doadores que teriam o direito de exigir a devolução das importâncias entregues, se assim houvesse sido previamente acordado. Mas, nos casos de subscrição pública, seria difícil estabelecer-se semelhante condição, atendendo-se às dificuldades oriundas da multiplicidade dos que concorreram para o donativo e muitas vêzes, mesmo, à indeterminação das pessoas que participaram da subscrição. Tudo concorre, pois, para firmar-se a tese de não ser cabível a compensação, nesses casos, e dificilmente assistir aos terceiros o direito à devolução das importâncias entregues à vítima, como auxílios ou donativos.

## 3 — ALIMENTOS

Ocorre que, por motivo do ato ilícito, a vítima poderá exigir alimentos a outra pessoa que a isto esteja obrigada por lei. Não seria lícito que o autor do ato pudesse invocar essa circunstância para eximir-se da indenização, ou mesmo compensá-los com os alimentos devidos à vítima por fôrça de lei ou de contrato. É que, novamente, se verifica a nenhuma relação "causal" com a obrigação que concerne ao autor do ato ilícito.

ENNECERUS-LEHMANN, in "**Derecho de Obligaciones**", II, § 238, nota 11 diz, com muita clareza: "**La pretensión de renta "no queda**

**excluida por la mera circunstância de que haya un tercero obligado a dar alimentos al lesionado”.**

#### 4 — HERANÇA

De igual maneira, é de se considerar que não podem ser compensados os danos com as vantagens atribuídas à vítima em sua qualidade de herdeiro.

E isto se justifica, pois é evidente que o ato ilícito representa uma simples ocasião fortuita que originou esta circunstância, e não “causa” dêste benefício que a vítima recebe. A “causa”, jurídica, na hipótese, é bem outra, pois reside na vocação hereditária proveniente da lei ou de testamento. É certo que ENNECERUS-LEHMANN, em sua obra já referida, vol. II, § 239, n.º 7 considera dever compensar-se em relação às rendas, não ao capital da herança, **in verbis: “en cuanto a las rendas (no al capital) de la herencia”.**

Mas, a **communis opinio**, é no sentido de não-compensação; entre outros, em ESMEIN, “**Obligations**”, Vol. I e SAVATIER, “**Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français**” vol. II, n.º 548.

#### **PRINCÍPIOS DIVERSOS QUE REGULAM A “COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO”**

**Propriam turpitudinem allegans non est audiendus.** Ninguém pode aproveitar-se do próprio dolo por não se compadecer com o direito e a equidade a intenção de lesar alguém. FISCHER refere, em sua obra “**Los daños civiles y su reparación**” o caso do vendedor de pão, em que os tribunais alemães recusaram a compensação. O caso era que o vendedor de pão contratara com o panificador fornecer-lhe determinada quantidade de massa de trigo, para fabricação de pães, mediante remuneração combinada. Ocorre que o panificador desonesto, vai subtraindo, paulatinamente, pequenas quantidades de massa, até atingir o total de 5 quilos. Descoberto o furto, o vendedor de pão recorre aos tribunais, pedindo judicialmente uma indenização pela massa roubada. Contesta o panificador, alegando que o vendedor de pão nenhum prejuízo sofrera, eis que vendera os pães pelo seu preço normal, sem embargo da massa furtada. É certo que, na hipótese, não houve prejuízo para o autor da demanda, mas, pelo princípio “**propriam turpitudinem allegans non est audiendus**” não se permite que o autor do ato ilícito possa invocar as vantagens obtidas por meios ilícitos. É evidente que há um enriquecimento do vendedor de pão, mas a regra acima impede que se decida de outra maneira, pois seria acoroçoar a prática da fraude e do ato ilícito.

### 3 — MODALIDADES DIVERSAS DA COMPENSAÇÃO NA RESPONSABILIDADE EXTRA-CONTRATUAL

Podemos destacar as seguintes modalidades:

- a) — a compensação e o benefício constam ambos de somas de dinheiro;
- b) — a indenização consiste em dinheiro e não assim o benefício.
- a) — É evidente que, consistindo a indenização e os benefícios em importâncias em dinheiro, simples dedução se opera para efeito da compensação, verificando-se o saldo a se repor a favor do beneficiado ou vítima. Poderíamos citar o exemplo de seguro contratado pelo próprio autor do ato ilícito, responsável pelo dano.
- b) — Consistindo a indenização em dinheiro e os benefícios em espécie, a vítima que recebe o total da indenização, deverá fazer entrega ao autor do ato ilícito do benefício em espécie, podendo escolher entre reter a importância em dinheiro ou ficar com os benefícios em espécie, recebendo apenas a diferença em dinheiro. Cita-se como exemplo o caso da morte de um animal, como o boi, cujos restos são aproveitáveis, como o couro, a carne, etc. O dono do animal pode escolher qualquer das duas soluções.

É de ver ainda que a compensação só ocorre quando não se verifique impedimento resultante de princípio jurídico, como o estabelecido pela velha máxima "**proprium turpitudinem allegans non est audiendus**". É princípio implícito em nossa lei e mesmo princípio geral de nosso direito positivo, e até mesmo de maneira concreta, vamos encontrar a regra imposta pela repulsa ao dolo, conforme nos dá notícia o art. 92 e segs. do Código Civil.

FISCHER, em sua obra "**Los daños civiles y su reparación**", cita os casos do cervejeiro e do revendedor de pão que mereceram dos tribunais alemães a repulsa à pretendida compensação.

Se bem possamos ou devemos reconhecer que, na hipótese, não houve dano para o autor, pois este dano desapareceu em face à venda pelo preço normal, o princípio "**proprium turpitudinem...**" não permite ao autor do ato ilícito possa invocar em seu proveito as vantagens conseguidas por atos delituosos. É exato que houve um enriquecimento para o autor, mas, deve-se assinalar ser êle estranho

ao regime próprio da indenização, originando-se como consequência inevitável da regra "**propriam turpitudinem**".

Finalmente, no caso de perda ou roubo de uma coisa, o responsável pela indenização pode exigir a cessão das ações ou dos direitos correspondentes ao dano causado à coisa, exemplo — o comodatário de uma coisa que não soube impedir que terceiros a destruíssem ou a roubassem, estará sujeito à indenização se lhe fôr atribuída, como compensação, a cessão da ação reivindicatória contra o ladrão ou da pretensão da indenização contra aquele que destruiu a coisa.