

A compensatio lucri cum damno: contornos essenciais do instituto e a necessidade de sua revisão nos casos de benefício previdenciários

The *compensatio lucri cum damno*: essential contours of the legal institute and the need for its revision in social security benefits cases

Resumo: A quantificação dos danos é um tema central na responsabilidade civil. O presente estudo tem por objetivo explorar a aplicação da *compensatio lucri cum damno* na avaliação dos danos patrimoniais. Para tanto, objetiva-se traçar seus elementos essenciais, tanto na realidade brasileira, quanto no direito alienígena, para explicar suas peculiaridades e tentar fixar algumas premissas a sua aplicação em casos futuros. Em um primeiro capítulo serão tratadas as principais características do instituto, bem como os diferentes critérios para sua correta aplicação, observados em diversos ordenamentos jurídicos. Neste ponto, observar-se-á a devida distinção entre o instituto ora analisado e a compensação (art. 368 do Código Civil) e a similaridade que encontra com o enriquecimento injustificado, para que não se permita que a vítima acabe em situação mais vantajosa daquela que ocuparia caso o dano não tivesse ocorrido. Mostra-se, ainda, a insuficiência do uso isolado da teoria da diferença, o que poderia acarretar injustiças, eis que ausente uma necessária análise valorativa. O requisito mais controvertido na aplicação do instituto é o nexo causal. O dano e o benefício devem possuir a mesma causa, o que gera grande discussão doutrinária em diversos ordenamentos do momento em que se vê o requisito cumprido. Em um segundo momento, o Direito Brasileiro passa a ser o objeto central de observação, analisando-se o seu desenvolvimento em relação à *compensatio lucri cum damno*, tanto na esfera doutrinária como na seara jurisprudencial. Procedem-se a análise das situações em que o instituto é aplicado com maior consistência, como no caso da venda do salvado em seguros de acidente de trânsito, ou mesmo em relação à compensação do seguro obrigatório (DPVAT) na avaliação da reparação. Por fim, aborda-se a aplicação da *compensatio lucri cum damno* no âmbito de alguns benefícios previdenciários aos quais a legislação permite a ação regressiva do INSS contra o autor do dano. Tendo em vista que o agente poderá ser demandado diretamente pelo lesado e, ainda, pelo órgão previdenciário, entende-se que mudanças recentes ocorridas em nosso país reclamam uma correlação mais madura entre a *compensatio lucri cum damno* e a indenização de danos cobertos, ainda que de forma parcial, por benefícios previdenciários.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. *Compensatio Lucri cum Damno*. Quantificação dos Danos. Nexo Causal. Benefício Previdenciário.

Abstract: Damages assessment is a major issue in torts. This paper aims to explore the application of *compensatio lucri cum damno* in the assessment of damages. Therefore, the objective is to map out its essential elements, both in Brazilian legal system as in comparative law, and set some premises to its application in future cases. In the first chapter, it will be discussed the main features of the institute, and the different criteria for its proper application in various legal systems. At this point, the proper distinction between the institute analyzes and compensation (article 368 of the Civil Code) is made, and the similarity that it finds with unjustified enrichment is observed, so that the victim is not left in a more advantageous situation than the one she would have been in if she had not been wronged. It is also shown the insufficiency of the isolated use of "difference theory", which could lead to injustices, since a necessary valuation analysis is absent. The most controversial requirement in the application of the institute is causation. The damage and the benefit must have the same cause, which generates great doctrinal discussion in several jurisdictions. In a second moment, the Brazilian law becomes the central object of observation. It will be analyzed the situations where *compensatio lucri cum damno* is applied more consistently, as in the case the sale of car debris on traffic accidents insurance cases, or even in relation to compulsory insurance (DPVAT) compensation in the evaluation of damages. Finally, the application of the *compensatio lucri cum damno* is approached in the context of some social security benefits to which the legislation allows the regressive action of the INSS against the wrongdoing. Given that the agent can be sued directly by the injured party and also by the social security agency, it is understood that recent changes in our country demand a more mature correlation between the

compensatio lucri cum damno and the indemnity of covered damages, even though partially, by social security benefits.

Keywords: Torts. Compensatio Lucri cum Damno. Damages Assessment. Causation. Social Security Benefit.

1 INTRODUÇÃO

A teoria do dano tem sido um dos grandes temas da responsabilidade civil contemporânea. Os profundos debates sobre a natureza jurídica do dano indenizável, formando grupos de pesquisadores com ideias opostas, permeia o estudo do instituto.

Outrossim, temas identificados com as pragmáticas perquirições da quantificação de danos patrimoniais também preocupam os estudiosos, mormente no cenário internacional. É exatamente levando-se em conta esses múltiplos fatores que se analisa a temática da *compensatio lucri cum damno*.

Para se ter uma noção inicial do instituto aqui estudado e da sua penetração na doutrina internacional, o dispositivo 10:103, integrante dos conhecidos “Princípios de Direito Europeu de Responsabilidade Civil”, editados pelo *European Group on Tort Law*, assim retratou a *compensatio lucri cum damno*: “Al determinar la cuantía de la indemnización, deben tenerse en cuenta los beneficios que el dañado ha obtenido mediante el evento dañoso, a menos que ello sea incompatible con la finalidad del beneficio”¹.

O presente estudo tem por objetivo explorar a aplicação da *compensatio lucri cum damno* na avaliação dos danos patrimoniais. Para tanto, objetiva-se traçar seus elementos essenciais, tanto na realidade brasileira, quanto no direito alienígena, para explicar suas peculiaridades e tentar fixar algumas premissas a sua aplicação em casos futuros. Isso é necessário frente à vacilante prática judiciária, que apresenta respostas díspares a situações similares.

Em um primeiro capítulo, serão tratadas as principais características do instituto, bem como os diferentes critérios para sua correta aplicação, observados em diversos ordenamentos jurídicos. Em um segundo momento, o Direito Brasileiro passa a ser o objeto central de observação, analisando-se o seu desenvolvimento em relação à

¹ “Ao determinar a quantia da indenização, deve-se ter em conta os benefícios que o a vítima obteve mediante o evento danoso, a menos que eles sejam incompatíveis com a finalidade do benefício.” (EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*. Tradução de Miquel Martín-Casals (Coord.). Navarra: Arandiz, 2008, p. 209, tradução nossa).

compensatio lucri cum damno, tanto na esfera doutrinária como na seara jurisprudencial.

Por fim, entende-se que mudanças recentes ocorridas em nosso país reclamam uma correlação mais madura entre a *compensatio lucri cum damno* e a indenização de danos cobertos, ainda que de forma parcial, por benefícios previdenciários.

É preciso deixar claro que o leitor não encontrará, aqui, a discussão de interessantes temas como os diferentes benefícios previdenciários e todo o sistema de seguridade e previdência social. Este não é um trabalho sobre direito previdenciário, a preocupação está restrita à *compensatio lucri cum damno*.

Tentar-se-á demonstrar, ao final, que a teoria da *compensatio lucri cum damno* pode justificar, com o rigor teórico adequado, a necessária modificação da jurisprudência – sobretudo a o Superior Tribunal de Justiça (STJ) – em relação a alguns casos de pagamento de benefícios previdenciários.

2 DELINEAMENTOS DOGMÁTICOS DA COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO

2.1 Análise inicial do instituto e sua localização na Teoria Geral da Responsabilidade Civil

Imagine o leitor que, ao realizar um antigo desejo, Tício recolha todas suas economias e adquira um veículo esportivo conversível de alto desempenho, avaliado em R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais). Em seu primeiro passeio, estaciona regularmente o carro em local destinado a tal fim. Alguns minutos depois, Tício vê surgir um veículo desgovernado, que abalroa seu então novo carro, destruindo-o. Nada sobra do veículo, senão um monte de metal retorcido, que só resta ser destinado ao ferro-velho como sucata e assim é vendido por Tício, por R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Com a perda total e ante a ausência de contrato de seguro de qualquer dos automóveis envolvidos, Tício busca a reparação integral de seu prejuízo patrimonial, intentando ação própria, com o pedido condenatório final no montante de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), valor constante na nota fiscal emitida no mesmo dia do acidente, que faz juntar no processo.

Na decisão do caso, o juiz determina o desconto dos R\$ 10.000,00 (dez mil reais) na importância total final, julgando parcialmente procedente o pedido,

condenando o réu ao pagamento do valor de R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais). Argumenta o magistrado que deve haver a compensação da vantagem percebida com a venda do salvado² (os R\$ 10.000,00) na quantificação do dano patrimonial causado pelo abaloamento, eis que ambos – dano e vantagem – decorrem do mesmo fato. Sustenta, ainda, que se assim não fosse, haveria enriquecimento ilícito de Tício, eis que, além dos R\$ 250.000,00 provenientes do valor do veículo, haveria majoração indevida de seu patrimônio oriunda da venda dos resquícios do automóvel como sucata.

Esta é uma aplicação prática da *compensatio lucri cum damno*³, que possibilita compensar eventuais vantagens advindas à vítima do próprio evento lesivo na avaliação da extensão do dano experimentado. No exemplo citado, não há dúvidas que o valor do dano é o mesmo do veículo adquirido no mesmo dia – os R\$ 250.000,00 –, verba que deve ser restituída ao patrimônio do lesado, para a satisfação integral do prejuízo. Ocorre que R\$ 10.000,00 (dez mil reais) já foram repostos, caracterizando-se vantagem patrimonial decorrente do próprio evento danoso, eis que sem o dano não haveria salvado a ser vendido. Portanto, para integralizar os R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil), cumpre ao devedor reparar a vítima em R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil). Efetivada a restituição desta última quantia, completa está a recomposição patrimonial e, assim, caracterizar-se-ia aumento indevido do patrimônio da vítima (enriquecimento injustificado) qualquer outra verba.

Não se pode confundir, por certo, a compensação da vantagem havida (*compensatio lucri cum damno*) com a compensação que trata o art. 368 do Código Civil⁴. Nesta, há relações jurídicas entre as partes que, por serem ao mesmo tempo credores e devedores uma da outra, justificam a compensação de valores, mantendo-se eventual remanescente. Trata-se, basicamente, da análise das relações jurídicas existentes entre as partes. Naquela, isto não ocorre. O que se observa, exclusivamente, é o patrimônio do lesado, ou seja, o grau de afetação de determinado evento lesivo frente à existência de dano e ganhos oriundos do mesmo fato. Não se trata de obrigações recíprocas que se anulam (ou se compensam), eis que, aqui, “não há duas ações distintas

² “Entende-se por ‘salvado’ a parte do veículo que se consegue resgatar de um sinistro e que possui algum valor econômico”. (TJSC, Apelação Cível n. 2006.016399-1, Rel. Des. Fernando Carioni, julgamento 27 fev. 2007).

³ O exemplo exposto é tratado por autores importantes, como: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito das Obrigações: inadimplemento*. Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial. Tomo XXVI. Atualização de Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Nelson Nery Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.; LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Tradução de Jaime Santos Briz. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 204; e SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 64-65.

⁴ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh. *Ressarcimento de Danos*. São Paulo: Lumen Juris, 2005, p. 245.

e diferenciadas, existe somente uma, a que se deve valorar adequadamente o dano efetivamente sofrido”⁵.

Observa-se a relação entre a *compensatio lucri cum damno* e o enriquecimento injustificado, uma vez que a razão de ser da primeira é justamente evitar o segundo⁶. Por isso, descreve Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, deve haver a “diminuição proporcional do montante da indenização na hipótese de obtenção pelo lesado de vantagens derivadas do mesmo fato”⁷.

A possibilidade de compensação da vantagem havida decorre da ideia de não se permitir que a vítima ostente uma situação mais vantajosa daquela que ocuparia caso o dano não tivesse ocorrido. Neste diapasão, Martín Aldax conceitua a *compensatio lucri cum damno* como a regra que indica que, no momento de realizar a avaliação do dano patrimonial, se deve descontar das consequências prejudiciais as benéficas e, assim, obter uma determinação exata do montante do dano, em cumprimento ao princípio da reparação integral⁸.

Efetivamente, as conexões do instituto analisado e a operação de quantificação dos danos são evidentes⁹. Aliás, muitos casos utilizados para ilustrar a aplicabilidade da *compensatio lucri cum damno* não se distanciam operacionalmente de uma quantificação de danos mais trivial. Nesse sentido, vejam-se as possíveis variações, relativas ao exemplo já enfrentando neste artigo, expostas por Pontes de Miranda, **“se o automóvel foi destroçado, tem de ser diminuído ao que ele valia o que valem as peças e restos que com o ofendido ficaram e que podem ser vendidos. Se o com o**

⁵ ALDAX, Martín. Aplicación de la regla “*compensatio lucri cum damno*” en los supuestos de pérdida de la chance de ayuda económica futura. *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, n. 90, p. 19-53, 2012. Texto original: “No hay dos acciones distintas y diferenciadas, existe solo una en la que se debe valorar adecuadamente el daño efectivamente sufrido.”

⁶ KONERT, Anna. De La *compensatio lucri cum damno* em derecho civil polaco. *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña (AFDUC)*, Corunha, n. 17, p. 319-327, 2013, p. 327. Narra a autora, ainda, que “El problema de *compensatio lucri cum damno* es similar, aunque no idéntico a la prohibición de enriquecimiento para el demandante. Ambos evitan una compensación excesiva, pero utilizando métodos diferentes. La *compensatio lucri cum damno* atiende al beneficio para el demandante en la medición de cada elemento de los daños, mientras que la prohibición del enriquecimiento considera todo el beneficio y lo compara con el todo daño sufridos.” (KONERT, Anna. *Op. cit.*, p. 327, tradução nossa).

⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 63.

⁸ ALDAX, Martín. *Op. cit.*, p. 24. Texto original: “Definiremos a la *compensatio lucri cum damno*, como la regla que indica que al momento de realizar la valuación del daño patrimonial, debe descontarse de las consecuencias perjudiciales, las consecuencias beneficiosas, y así obtener una determinación exacta del monto del daño, en cumplimiento del principio de la reparación integral”.

⁹ ALDAX, Martín. *Op. cit.*, p. 24. O autor indica a disputa teórica entre os autores que defendem a proximidade do instituto à simples valoração do dano e aqueles que preferem a teoria do dano como o *locus* natural para o estudo da *compensatio lucri cum damno*. Texto original: “Como se puede apreciar en nuestra definición, colocamos a la compensación de beneficios, dentro de la misma valuación del daño, a diferencia de Fischer y Tale, quienes ubican a la cuestión en la teoría del daño, específicamente dentro de los requisitos del daño resarcible”.

que se indeniza é automóvel novo, do mesmo valor, tem o ofendido de devolver o que lhe ficou do automóvel destruído, ou o que obteve com a venda disso¹⁰”.

No segundo caso narrado, de reparação *in natura*, com o recebimento de automóvel novo pela vítima, o aparecimento de uma vantagem mostra-se mais nítido. Na primeira hipótese, de reparação pecuniária, o intérprete poderia simplesmente dizer que o automóvel valia X antes do abaloamento, passando a valer apenas X-Y (salvado) após o ato danoso. Aqui, não parece tão evidente que o acidente realmente gerou uma “vantagem” para a vítima, devendo-se simplesmente aplicar as regras usuais de valoração do dano.

Com efeito, são muitos os autores que realizam a abordagem da *compensatio lucri cum damno* por intermédio da teoria da diferença, típico instrumental da teoria do dano¹¹. Ulrich Magnus¹² entende que, na atual conformação do Direito Alemão, a fronteira entre a *compensatio lucri cum damno* e a operação usual de quantificação de danos é ainda vaga e possui um interesse preponderantemente teórico, pois nem mesmo questões práticas concernentes ao ônus probatório adviriam dessa distinção¹³. Todavia, afirma estar bastante difundida a opinião, tanto na doutrina como na jurisprudência, de que o instituto distancia-se do simples cálculo de danos¹⁴.

Na mesma esteira de pensamento, posicionam-se Hermann Lange e Gottfried Schiemann: “Uma vez que a pretensão indenizatória é dirigida, conforme a teoria da diferença, ao balanço patrimonial existente num dado

¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 136.

¹¹ Díez-PICAZO, Luiz. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas: 1999, p. 319. Texto original: "Los sostenedores de la teoría de la diferencia en materia de conceptualización del daño, no tiene más remedio que admitir la computación de beneficios. Siguiendo de nuevo a Von Tuhr, si la indemnización tiene como objeto reparar el patrimonio del perjudicado, es lógico que, al comparar el estado que dicho patrimonio tenía antes y después de producirse el daño, hayan de tenerse en cuenta también los efectos ventajosos producidos por el mismo hecho contra el cual se reclama".

¹² MAGNUS, Ulrich. “Vorteilsausgleichung” – a typical German institute of the law of damages?. In: VAN DIJK, Chris; MAGNUS, Ulrich (Coord.). *Voordeelstoerekening naar Duits en Nederlands recht*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Nederland, 2015, p.1. Importante lembrar que, no Direito Alemão, o instituto da *compensatio lucri cum damno* vem sendo analisado sob o termo *Vorteilsausgleichung*, conforme explica Magnus: “If you seek a good English expression for the German legal term 'Vorteilsausgleichung', the Google translator offers you a confusing 'to favourable'. You have slightly better luck if you take the Dutch term 'Voordeelstoerekening'; the Google translator invites you to use 'benefit allocation'. Other translations that you can find on the Internet are 'adjustment of profits', 'balancing of advantages' or 'set-off of benefits'. And if you consult English books on tort, contract or damages for the problem that the terms *Vorteilsausgleichung* or *Voordeelstoerekening* try to describe then you find expressions such as 'deduction or deductibility of benefits'. Helpful seems still the Latin expression 'compensatio lucri cum damno'. All this may already indicate that our subject is not the easiest.” (MAGNUS, Ulrich. *Op. cit.*, p. 1 tradução nossa).

¹³ MAGNUS, Ulrich. *Op. cit.*, p. 3. Texto original: “A further and more precise borderline between *Vorteilsausgleichung* and damages calculation may be of theoretical interest but appears to be practically unnecessary. Even under the aspect of burden of proof there probably is – and should be – no difference (I will deal with that aspect a little later)”.

¹⁴ MAGNUS, Ulrich. *Op. cit.*, p. 2.

momento, poder-se-ia qualificar a consideração das vantagens decorrentes como uma questão do cálculo dos danos, para o que os princípios, de outro modo alegados, também teriam sido decisivos. Há, hoje, consenso generalizado de que a problemática da *Vorteilsausgleichung* [*compensatio lucri cum damno*] não deve ir por esse caminho, e sim ser realizada somente por meio de decisões de mérito valorativas. Essa circunstância exige uma delimitação da *Vorteilsausgleichung* em sentido estrito e do cálculo de danos¹⁵”.

Uma aplicação automática da teoria da diferença faria com que todas as vantagens advindas do ato danoso devessem ser descontadas no momento da valoração do dano. Contudo, essa utilização da *compensatio lucri cum damno* causaria enormes injustiças em variados casos concretos, como no exemplo dos parentes da vítima assassinada que possivelmente não poderiam reclamar os prejuízos patrimoniais advindos do fato danoso porque foram agraciados com uma parte da herança. Para se evitar esse tipo de injustiça, o instituto vem apresentando critérios próprios, intensamente caracterizados por noções valorativas e casuísticas¹⁶.

A lição de autores clássicos, como Alfredo Orgaz¹⁷, demonstra que essa noção da *compensatio lucri cum damno* não aparece somente nas fontes alemãs. O mestre argentino comenta que o instituto carece de regra fixas e precisas, permitindo uma grande margem de flexibilidade na decisão judicial, que costuma flertar abertamente com o conceito de equidade. Entretanto, para que a tarefa sistematizadora do jurista ocorra, entende que é possível extrair algumas condições gerais de aplicação, assim como a identificação de catálogos de casos¹⁸.

2.2 Principais Critérios para a Aplicação do Instituto

Sem dúvida alguma, o requisito mais observado em todos os autores que analisam o instituto refere-se ao nexos causal¹⁹. A aplicação da *compensatio lucri cum*

¹⁵ LANGE, Hermann; SCHIEMANN, Gottfried. *Schadenersatz*. 3 ed. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, p. 486, tradução nossa. Texto original: "Da der Schadenersatzanspruch nach der Differenzhypothese auf den im maßgeblichen Zeitpunkt vorhandenen Vermögenssaldo gerichtet ist, könnte man die Berücksichtigung entstandener Vorteile als Frage der Schadensberechnung qualifizieren, für die die auch im übrigen geltenden Grundsätze den Ausschlag zu geben hätten. Es besteht heute weitestgehend Einigkeit, daß die Problematik der Vorteilsausgleichung nicht auf diesem Wege, sondern nur mittels wertender Entscheidungen zu bewältigen ist. Dieser Umstand erfordert eine Abgrenzung von Vorteilsausgleichung im eigentlichen Sinne und Schadensberechnung".

¹⁶ MAGNUS, Ulrich. *Op. cit.*, p. 3 e ss.

¹⁷ ORGAZ, Alfredo. *El Daño Resarcible*. Buenos Aires: De Palma. 1967, p. 167.

¹⁸ ORGAZ, Alfredo. *Op. Cit.*, p. 168 e ss.

¹⁹ MONTENEGRO, Antônio Lindbergh. *Op. cit.*, p. 241.

damno exige que o benefício²⁰ da vítima tenha a mesma causa que provocou o dano.²¹ Díez-Picazo ressalta que além do dano e do benefício possuírem a mesma origem, eles precisam decorrer direta e imediatamente do mesmo fato, que deve possuir a idoneidade natural para se apresentar como causa de ambos. Devem ser desconsiderados aqueles benefícios alheios ao fato danoso e caracterizados como mero fortuito, como no exemplo de um tesouro encontrado pela vítima durante um incêndio ilicitamente causado por outrem²². Pelas mesmas razões, não se pode utilizar o instituto na hipótese em que o pai doa à sua filha, vítima de acidente, uma substancial quantia para que esta consiga enfrentar os custos mais imediatos do seu infortúnio. A alegação de que a doação não ocorreria sem o acidente não pode servir para diminuir a indenização devida pelo ofensor, pois a verdadeira causa do benefício foi a ação caridosa do pai²³. Nas hipóteses de aplicabilidade da *compensatio lucri cum damno*, esse nexo de causalidade adequado deve ser claro, como evidenciado no exemplo fornecido por Antunes Varela e Pires de Lima: “Se, por exemplo, o rebanho de A causa prejuízos no prédio de B, mas deixa nele uma camada de estrume que o valoriza, deverá esta vantagem ser “compensada” com o montante de danos a indenizar”²⁴.

O requisito clássico do nexo de causalidade adequado, entretanto, é frequentemente acompanhado por outros critérios. Em Itália, também se exige, além do nexo de causalidade adequado, a mesma natureza jurídica para os benefícios e os prejuízos causados pelo fato danoso²⁵.

²⁰ Por benefício (ou vantagem), utiliza-se o conceito de ALDAX, Martín, *Op. cit.*, p. 27: “Definiremos al beneficio, como cualquier ventaja material lícita obtenida por la víctima a causa del hecho que puso en funcionamiento la maquinaria de la responsabilidad civil. Las ventajas pueden verse traducidas tanto en ingresos directos de dinero o bien en una evitación de gastos. Los beneficios deben ser ciertos, no eventuales ni conjeturales, y tal como explicaremos luego, deben encontrarse en relación adecuada de causalidad con el mismo hecho que produjo los daños.”

²¹ Nesse sentido: TOLSADA, Mariano Yzquierdo. *Responsabilidad Civil Extracontractual*: parte general. Madrid: Dykinson, 2015, p. 594; DIEZ-PICAZO, Luiz. *Op. cit.*, p. 320; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 136; ORGAZ, Alfredo. *Op. cit.*, p. 168; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 65 e KONERT, Anna. *Op. cit.*, p. 324.

²² DIEZ-PICAZO, Luiz. *Op. cit.*, p. 320.

²³ TOLSADA, Mariano Yzquierdo. *Op. cit.*, p. 594.

²⁴ ANTUNES VARELA; PIRES DE LIMA. *Código Civil Anotado*. 4 ed. (Com a colaboração de M. Henrique Mesquita). Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 586.

²⁵ FERRARI, Mariangela. I nuovi confini della “compensatio lucri cum damno”. *Il diritto degli affari*, Itália, p. 1-12, 2014, p. 1. Disponível em: [http://www.ildirittodegliaffari.it]. Acesso em: 12 mai. 2016. Texto original: 1. “[...] l'applicazione della regola risultava vincolata da tre condizioni rispettivamente relative al fatto che: 1) pregiudizio e incremento patrimoniale discendessero dallo stesso evento; 2) danno e vantaggio conseguissero con rapporto di causalità diretto ed immediato dall'evento; 3) le poste compensative avessero la medesima natura giuridica”.

A jurisprudência alemã criou uma série de parâmetros para a aplicação da *compensatio lucri cum damno*²⁶. Além das questões envolvendo o nexo de causalidade, as cortes alemãs impõem uma congruência ou conexão interna entre o dano e o benefício, de forma a apresentar uma unidade de cálculo. Ademais, a dedução da indenização deve estar alinhada com o propósito do instituto e não pode desonerar desarrazoadamente o ofensor²⁷.

A congruência requer que exista uma conexão íntima entre a vantagem e o dano, formando, esses dois elementos, uma “unidade de cálculo”. Assim, a economia em relação aos usuais custos de alimentação que a vítima teria se não estivesse internada em estabelecimento hospitalar pode ser considerada um ganho compensável em relação à pretensão indenizatória pelos custos com tratamento médico, mas não seria compensável com eventuais lucros cessantes que o evento danoso pudesse ter causado.²⁸ É óbvio que os tribunais tentam impedir a compensação de danos com vantagens que estejam logicamente muito distantes, com a identificação das vantagens e prejuízos que estejam em congruência e sujeitos a uma mesma unidade de cálculo.²⁹

Até mesmo a boa-fé objetiva pode ser utilizada como última *ratio* para fundamentar a possibilidade de se compensar a vantagem causada pelo ato do ofensor em determinada demanda. Dessa forma, Magnus reafirma o enorme grau de discricionariedade da jurisprudência, sendo a formação de catálogos de casos a única maneira de se traçar contornos mais nítidos para os critérios expostos³⁰.

2.3. Notas sobre a casuística da *Compensatio Lucri Cum Damno* no Direito Alienígena

No direito polonês, a *compensatio lucri cum damno* é aceita como um princípio não escrito, sendo aplicado pelas cortes³¹. Ewa Baginska narra um interessante

²⁶ PIRES, Thatiane Cristina Fontão. *Vorteilsausgleichung: a compensatio lucri cum damno na responsabilidade civil alemã*. 2016. 89 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

²⁷ MAGNUS, Ulrich. *Op. cit.*, p. 8. Texto original: “For the Vorteilsausgleichung the Bundesgerichtshof still requests that the advantage must be the adequate consequence of the damaging event. But the Court does no longer regard the Vorteilsausgleichung as a mere problem of adequate causation between damage and advantage. Further conditions must be met: The deduction of advantages must be conscionable for the victim; the deduction must conform to the purpose of compensation and of the advantage and the deduction must not unreasonably relieve the wrongdoer; finally, the damage and the advantage must be congruent, 'quasi bound to one single calculation unit' ('gewissermaßen zu einer Rechnungseinheit verbunden sein')”.

²⁸ MAGNUS, Ulrich. *Op. cit.*, p. 19.

²⁹ MAGNUS, Ulrich. *Op. cit.*, p. 19.

³⁰ MAGNUS, Ulrich. *Op. cit.*, p. 9.

³¹ BAGINSKA, Ewa. Compensation for property damage in motor third party liability insurance. *Insurance Review*, n. 4, p. 77- 93, 2014, p. 82. Disponível em: [https://www.piu.org.pl/public/upload/Ibrowser/WU/4%202014/WU%2042014%2007%20en%20baginska.pdf]. Acesso em: 01 out. 2015.

caso da Suprema Corte da Polônia em que a aplicação do instituto estava em jogo. O veículo do autor, guiado por um amigo, foi abalroado por outro condutor, que detinha seguro. Contudo, de pronto, o dito amigo levou o carro ao mecânico e realizou todos os reparos necessários, pagando o respectivo valor. Embora a extensão dos danos e a culpa do condutor segurado não estivessem em discussão, sua seguradora negou a reparação ao proprietário do automóvel e, proposta a respectiva ação de cobrança, as cortes inferiores negaram o pleito reparatório, afirmando que o autor deixou de comprovar um dano material a seu patrimônio à época do julgamento.

A Suprema Corte polonesa reverteu o julgamento das instâncias inferiores, asseverando que o reparo voluntário efetuado por terceiros, às suas expensas, não afasta a perda econômica do autor, razão pela qual não é capaz de elidir a responsabilidade da seguradora. Lembrou a Corte que a questão deveria ser vislumbrada aos olhos da *compensatio lucri cum damno*, sustentando que as contribuições voluntárias de terceiros à vítima não devem ser levadas em conta para a avaliação do dano. O objetivo destes pagamentos não é exonerar a obrigação do devedor em reparar os danos perpetrados, mas sim ajudar o lesado de forma gratuita. Destarte, afastou-se a identidade de causa, afirmando que, no caso, o ganho não provém do próprio evento danoso³². Afirmou que não havia nexos de causalidade entre uma contribuição ordinária benevolente e o evento causador do dano, tratando-se de fontes distintas. A Corte ainda reconheceu que o pagamento de terceiro somente permitiria compensação ou exoneração da obrigação caso fosse expressamente acordado que o seu objetivo era a liberação do devedor da obrigação de reparar. Com isso, decidiu-se que a *compensatio lucri cum damno* não era aplicável ao caso em apreço³³.

No direito italiano, também se nota a aplicação jurisprudencial do critério da causalidade adequada entre dano e benefício. Aqui, a possibilidade da compensação das vantagens oriundas do evento danoso encontra supedâneo no artigo 1.223 do Código Civil³⁴. Encontra-se na doutrina italiana o exemplo típico da compensação do valor do salvo, no caso de acidente automobilístico, ou o exemplo do desconto do valor obtido

³² No direito polonês, “se entiende que la llamada *compensatio lucri cum damno* sólo se aplica cuando el daño y el incremento patrimonial tengan su raíz en el mismo hecho causal y ambos sean consecuencia inmediata y directa del hecho ilícito, o sea, que se presenten como dos aspectos contrapuestos del mismo hecho.” (KONERT, Anna. *Op. cit.*, p. 324, texto original).

³³ BAGINSKA, Ewa. *Op. cit.*, p. 82-83.

³⁴ FERRARI, Mariangela. *La compensation lucre cum damno come utile strumento die qua riparazione del danno*. Milão: Giuffrè Editore, 2008, p. 24. Texto original: “La giurisprudenza tende ad individuare come fondamento normativo Del principio de quo l’art. 1223 c.c. che, nel definiré la consistenza del danno risarcibile identificabile nella perdita súbita en el mancato guadagno (danno emergente e lucro cessante) in quanto conseguenza immediata e diretta dell’inadempimento o del fatto illecito, terrebbe in automática considerazione il principio stesso; [...]”

pela venda da carne de um cavalo de propriedade da vítima, na indenização a ser paga por aquele que, com culpa, causou a morte do animal³⁵. Ao prever no art. 1.223 do Código Civil que só se permite o ressarcimento dos danos efetivamente sofridos, entende-se que deve haver a diminuição proporcional pela obtenção de benefícios do mesmo ato³⁶.

A análise da jurisprudência alemã descortina três grandes catálogos de casos: (i) casos em que a vantagem é uma consequência natural do dano, pois nem a vítima, nem uma terceira pessoa causou a vantagem de forma direta; (ii) casos em que a vantagem é causada por ações da própria vítima; e, (iii) casos em que a vantagem origina-se de atos do ofensor ou de uma terceira pessoa³⁷.

Como exemplo da primeira categoria tem-se a hipótese de diminuição da indenização em decorrência da economia das despesas de alimentação que afeere uma pessoa internada em estabelecimento hospitalar por acidente causado pelo ofensor³⁸. A segunda categoria seguramente é a mais problemática conceitualmente, abarcando casos que se confundem com a concausalidade entre agente e vítima e meras hipóteses de quantificação de danos³⁹.

A terceira categoria é bem ilustrada, entre outras, pelas hipóteses de indenizações securitárias para a vítima, por terceiros (seguradoras, institutos de seguridade social, etc.) quando do ato danoso. Nessas situações, o panorama da jurisprudência alemã é muito semelhante ao cenário brasileiro, que será comentado posteriormente. A *compensatio lucri cum damno* é facilmente aplicável nas hipóteses em que o seguro foi realizado pelo ofensor, em benefício da vítima. Por outro lado, afasta-se a incidência do instituto nos casos de seguros contratados e pagos pela própria vítima.⁴⁰ Importante lembrar que a pretensão da vítima contra o ofensor normalmente é repassada para a seguradora, por *cessio legis*, impedindo-se a dupla compensação⁴¹.

³⁵ FRANZONI, Massimo. *Il danno risarcibile*. 2 ed. Milão: Giuffrè Editore, 2010, p. 45.

³⁶ KONERT, Anna. *Op. cit.*, p. 324. Texto original: “En el derecho italiano, el artículo 1.223 del Código Civil establece que sólo se permite el resarcimiento de daños efectivamente sufridos, no de los que se vean disminuidos por la obtención de beneficios.”

³⁷ MAGNUS, Ulrich. *Op. cit.*, p. 10. O autor ainda admite uma quarta categoria, composta de elementos das três hipóteses já referidas.

³⁸ MAGNUS, Ulrich. *Op. cit.*, p. 12.

³⁹ MAGNUS, Ulrich. *Op. cit.*, p. 14-15.

⁴⁰ Essa distinção também é feita por ORGAZ, Alfredo. *Op. cit.*, em relação ao Direito Argentino.

⁴¹ MAGNUS, Ulrich. *Op. cit.*, p. 15-16. Para uma verificação mais aprofundada das características do sistema de seguridade social alemã e as suas correlações com a responsabilidade civil ver: MAGNUS, Ulrich; FEDTKE, Jorg. *The Impact of Social Security Law on Tort Law in Germany*. In: MAGNUS, Ulrich. (Coord.). *The Impact of Social Security Law on Tort Law*. Tort and Insurance Law series .vol. 3. Viena: Springer-Verlag, 2003, p. 95 e ss.

Mariano Yzquierdo Tolsada⁴², em recente publicação, confere atenção específica a essa possibilidade de aplicação de *compensatio lucri cum damno* no direito espanhol. Assim como ocorre na Alemanha, entende-se que a realização de um seguro de acidentes pessoais ou um seguro de vida realizado em benefício dos parentes não pode ser compensado com os danos causados pelo ofensor imputável pelo dano, já que os seguros foram pagos pelo segurado e as correspondentes indenizações não poderiam ser consideradas como efeitos naturais advindos do ato danoso. Entretanto, nas hipóteses de benefícios concedidos pela Seguridade Social espanhola, o professor madrilenho atesta que, após muita controvérsia jurisprudencial, a *compensatio lucri cum damno* passou a ser utilizada, pois as cortes mostraram-se refratárias ao fato da concorrência de indenizações implicar duplicidade indenizatória⁴³.

O escopo central do presente estudo não é fazer um inventário exaustivo dos limites do instituto da *compensatio lucri cum damno* em inúmeros países. Contudo, para que o leitor possa ter uma ideia geral da multiplicidade de aplicações associadas a ele, escolhe-se o direito norte-americano para se realizar uma demonstração mais particularizada da sua casuística.

Nos EUA, o instituto encontra guarida no *Restatement of Torts, Second*, §920, que dispõe, em suma, que se o agente gera, além da lesão, algum benefício aos interesses do lesado, o *quantum* correspondente deverá ser mitigado do valor do dano⁴⁴. É bem verdade que os *Restatements* não são fontes primárias do ordenamento jurídico americano. Trata-se de compilação de regras do *common law* que encontram consenso nos cinquenta estados americanos, formulados por professores e juristas da *American Law Institute*⁴⁵. Como fonte de autoridade secundária, os *Restatements* possuem força

⁴² TOLSADA, Yzquierdo Mariano. *Op. cit.*, p.594.

⁴³ TOLSADA, Yzquierdo Mariano. *Op. cit.*, p. 595-596. No mesmo sentido confira-se, ao comentar a jurisprudência do Tribunal Supremo de seu país, MARTÍN-CASALS, Miquel. La “Modernización” del Derecho de la Responsabilidad Extracontratual. *Cuestiones actuales en Materia de Responsabilidad Civil*: XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. A Coruña. 8 y 9 de abril de 2011. Múrcia: Editum. 2011, p. 107. “El criterio de la Sala Civil había sido el de la independencia de las pretensiones civiles y la posibilidad de acumular la indemnización por responsabilidad civil a cargo del causante del daño a las prestaciones sociales derivadas del accidente. En fechas relativamente recientes la Sala Civil rectificó y admitió que se descontaran de las indemnizaciones ciertas cantidades imputables a lo que ya se había percibido o reconocido como prestaciones sociales”. Em sentido contrário e afirmando que a dupla compensação, nas hipóteses analisadas, não dever ser rechaçada e poderia até ser celebrada, ver: VON BAR, Christian. *The Common European Law of Torts*. vol. 2. Nova Iorque: Oxford University Press. 2000, p. 456 e 457.

⁴⁴ Texto original: *Restatement of Torts, Second*, § 920. Benefit to Plaintiff Resulting from Defendant’s Tort. When the defendant’s tortious conduct has caused harm to the plaintiff or to his property and in so doing conferred a special benefit to the interest of the plaintiff that was harmed, the value of the benefit conferred is considered in mitigation of damages, to the extent that is equitable (EUA, 1965-1979).

⁴⁵ NEUMANN JR., Richard K. *Legal reasoning and legal writing: structure, strategy, and style*. 5 ed. Nova Iorque: Aspen, 2005, p. 150. Destaca o autor: “Since 1923, the American Law Institute has commissioned restatements in contracts, property, torts, and several other fields in an attempt to express

meramente persuasiva. Contudo, dado o alto grau de consenso necessário à formulação de qualquer de suas estipulações, os *Restatements* gozam de prestígio e são, em grande parte, seguidos pelas cortes.

Em relação ao *Restatement of Torts, Second*, §920, o objetivo é não permitir que o lesado acabe em situação mais favorável do que aquela em que ele estaria se o dano não tivesse ocorrido. As cortes americanas têm aplicado de forma consistente o princípio em causas relativas à construção civil, sobretudo em relação à responsabilidade civil do arquiteto e do engenheiro civil, além da do construtor⁴⁶.

Em minucioso estudo, Ariel Porat e Eric Posner⁴⁷ analisam várias hipóteses em que há a minoração da indenização pela criação de benefícios advindos do próprio evento danoso. Separam, inicialmente, duas situações: na primeira, o beneficiário é a própria vítima do dano; na segunda, é um terceiro⁴⁸. Notadamente, somente a hipótese inicial interessa ao presente estudo e nela ficará limitado.

Porat e Posner dividem em cinco situações os casos de criação de algum benefício à vítima causada pelo próprio dano. A primeira delas ocorre quando, ao gerar o dano, o agente livra a vítima de uma segunda lesão (*saving from another injury*). Exemplificam com a situação na qual a vítima, ao se deslocar ao aeroporto para viagem, sofre uma lesão na perna, em acidente de trânsito, causada pela ação culposa do agente. Em razão da ocorrência, a vítima acaba por perder o voo programado. Contudo, a aeronave posteriormente cai, causando a morte de todos os passageiros⁴⁹. Analisando a hipótese, os autores afirmam que há um consenso entre os juristas americanos na impossibilidade de minoração ou exclusão da indenização devida. Uns justificam afirmando faltar o nexos causal entre o dano e o benefício, enquanto outros dizem ser intuitiva esta resposta⁵⁰.

Outro exemplo trazido desta mesma situação é aquele em que o médico, falhando no dever de informação e em obter o consentimento informado do paciente,

some consensus about the common law as it has developed in the 50 states. When a restatement is no longer up-to-date, it is superseded by a second or third version. Thus, the Restatement (Third) of Property replaced the Restatement (Second) of Property. A restatement consists of a series of black-letter law rules organized into sections, to which commentary is appended. Although some states' courts are relatively unimpressed by restatements, other states give special respect to one or another of the restatements. You can find out whether a state's courts defer to a particular restatement by checking the manner and frequency with which the restatement is cited in the state's decisions." (NEUMANN JR, Richard K. *Op. cit.*, p. 150, tradução nossa).

⁴⁶ BALES, Jerome V.; O'MEARA, Shamus; AZMAN, Mark R. The "Betterment" or Added Benefit Defense. *Construction Lawyer*, [S.l.], v. 26, n. 2, p.1-10, 2006, p. 1.

⁴⁷ PORAT, Ariel; POSNER, Eric. Offsetting Benefits. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 100, n. 6, p. 1.165-1.209, 2014.

⁴⁸ PORAT, Ariel; POSNER, Eric. *Op. cit.*, p. 1.168.

⁴⁹ PORAT, Ariel; POSNER, Eric. *Op. cit.*, p. 1.168.

⁵⁰ PORAT, Ariel; POSNER, Eric. *Op. cit.*, p. 1.169.

realiza cirurgia que lhe salva a vida, causando-lhe, entretanto, diferente lesão. Questionam os autores a reparabilidade de tais danos considerando que, se sabedora a vítima desta possibilidade ou risco, não teria se submetido à intervenção⁵¹. Sustentam que a resposta das cortes, neste particular, não é consistente, havendo aquelas que impõem a responsabilidade de ressarcir, enquanto outras afastam a obrigação. Citam *Warren v. Schechter*⁵², no qual o autor foi ressarcido de todos os danos que resultaram de uma cirurgia gástrica que, apesar de curar a úlcera do paciente, causou-lhe uma doença nos ossos, sendo que o médico falhou no dever de informar os potenciais riscos e efeitos colaterais, não havendo, portanto, o necessário consentimento informado.

Afastando a responsabilidade médica, os autores narram o caso *Shinn v. St. James Mercy Hospital*⁵³, no qual não houve reconhecimento do dever de indenizar na ação do médico em administrar a droga *Dilantin* como tratamento de doença que causava sério risco de vida ao paciente, sendo que, em razão do medicamento, veio ele a sofrer da Síndrome de Stevens-Johnson e, caso soubesse do risco, não se submeteria ao tratamento. Da mesma forma, em *Stewart-Graves v. Vaughn*⁵⁴, foi afastada a responsabilidade médica por manter a reanimação de um recém-nascido, que lhe salva a vida, deixando-o, contudo, com deficiências graves e permanentes, tudo sem o consentimento dos pais.

A segunda hipótese trazida pelos autores é aquela em que o dano e o benefício se referem ao mesmo interesse (*harm and benefit to the same interest*)⁵⁵. Neste caso, em regra, as vantagens são abatidas do valor do dano. Por isso, aduzem os autores, aquele que é vítima de difamação e, por isso, sofre diminuição no seu salário, mas, em virtude da grande publicidade dos fatos, acaba por angariar maiores honorários em palestras, deve ter compensado o ganho nos honorários com a perda do salário⁵⁶. Outra situação suscitada é a do cônjuge sobrevivente que recebe alimentos em virtude do homicídio do consorte (algo próximo à disposição do art. 948, II, do Código Civil) e casa novamente⁵⁷. Questionam os autores sobre a possibilidade de redução da indenização, mostrando que, neste ponto, há uma forte divisão nas cortes americanas, não havendo uma regra específica ao caso.

⁵¹ PORAT, Ariel; POSNER, Eric. *Op. cit.*, p. 1.169.

⁵² PORAT, Ariel; POSNER, Eric. *Op. cit.*, p. 1169, nota 3 (67 Cal. Rptr. 2d 573, 576-77 (Cal. Ct. App. 1997)).

⁵³ PORAT, Ariel; POSNER, Eric. *Op. cit.*, p. 1170, nota 4 (675 F. Supp. 94, 99-100 (W.D.N.Y. 1987)).

⁵⁴ PORAT, Ariel; POSNER, Eric. *Op. cit.*, p. 1170, nota 4 (170 P.3d 1151, 1154-55, 1163 (Wash. 2007)).

⁵⁵ PORAT, Ariel; POSNER, Eric. *Op. cit.*, p. 1.170.

⁵⁶ PORAT, Ariel; POSNER, Eric. *Op. cit.*, p. 1.170.

⁵⁷ PORAT, Ariel; POSNER, Eric. *Op. cit.*, p. 1.170.

Na terceira categoria de casos o dano e o benefício compreendem diferentes interesses (*harm and benefit to different interests*)⁵⁸. Neste caso, apesar de certas inconsistências, a regra geral é a da não compensação. Citam, como sinal desta divergência, os casos de *wrongful birth*, nos quais, via de regra, são compensáveis os benefícios não-patrimoniais com a criação de um filho não desejado com a indenização do dano patrimonial, consistente nos gastos para o sustento da criança⁵⁹. Em outros casos, como no *trespass* (invasão de propriedade), a regra da não compensação é seguida com consistência. Indicam que aquele que causa a inundação do terreno vizinho não pode compensar, na verba fixada, o lucro que teve o lesado na venda de gelo proveniente das águas que só estavam na propriedade por conta do ato ilícito⁶⁰.

Na quarta categoria de casos encontram-se aqueles no qual o benefício é advindo da própria reparação do dano (*the reparation benefit*). Aqui a vantagem não advém diretamente do dano – o que afastaria a noção clássica da *compensatio lucri cum damno* de pronto – mas do resultado do próprio ressarcimento⁶¹. Referem-se os autores à situação do conserto de um veículo devido ao acidente causado pelo réu. Ao efetuar o reparo, não dispondo de peças usadas nas mesmas condições das danificadas, o réu repõe unidades novas que, ao final, agregam valor ao automóvel, aumentando seu valor se comparado ao estado em que se encontrava antes do acidente. Ao questionar se tal valorização poderia ser abatida do valor final da indenização, os autores afirmam que não há uma regra geral, havendo decisões conflitantes acerca desta possibilidade⁶².

A quinta e última categoria de fatos faz lembrar o exemplo já citado do direito polonês. Trata-se da atuação de terceiro que beneficia o lesado (*third party discretionary benefit*). Indicam os autores, como exemplo, a situação na qual o agente coloca fogo em uma sinagoga, destruindo-a completamente. Com isso, ocorre a doação de vinte milhões de dólares para a restauração do local. A questão que se coloca é a da possibilidade de compensação da doação realizada em eventual condenação do agente

⁵⁸ PORAT, Ariel; POSNER, Eric. *Op. cit.*, p. 1.172.

⁵⁹ Para um aprofundamento dessa discussão, veja-se: PETEFFI DA SILVA, Rafael. Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 117, p. 311-341, mar. 2010; e, MURTAUGH, Michael T. Wrongful Birth: The Courts' Dilemma in Determining a Remedy for a "Blessed Event". *Pace Law Review*, vol. 27, p. 241-304, 2007.

⁶⁰ PORAT, Ariel; POSNER, Eric. *Op. cit.*, p. 1172-1173.

⁶¹ Também esse é o entendimento de LANGE, Hermann; SCHIEMANN, Gottfried. *Op. cit.*, p. 487, pois o que causou o enriquecimento da vítima não foi o ato danoso em si, mas exatamente a forma de reparar o prejuízo sofrido pela vítima.

⁶² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 138, atesta que é grande a divergência sobre a possibilidade de se pedir a compensação nessa hipótese, segundo a doutrina internacional.

ao ressarcimento dos valores necessários à reconstrução⁶³. Tal qual o exemplo polonês, não se autoriza, nos EUA, tal abatimento.

A regra geral na *common law* é a de que os benefícios de fontes colaterais, como a atuação do terceiro (graciosa ou onerosa), não dão causa à compensação da vantagem na apuração do valor do dano. Exemplo típico é o do contrato de seguro, no qual o pagamento realizado pela seguradora ao beneficiário que sofreu lesões em acidente de trânsito não pode ser diminuído de eventual reparação obtida do agente que deu causa ao dano. Lembram os autores que no caso de haver a sub-rogação da seguradora na pretensão ou direitos da vítima, a compensação é autorizada para evitar que o réu seja duplamente cobrado pelo mesmo dano⁶⁴.

3 A COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 Aspectos Gerais da Recepção do Modelo Jurídico no Ordenamento Brasileiro

No Brasil, como em outras jurisdições, a *compensatio lucri cum damno* decorre do princípio da reparação integral que, de um lado, almeja trazer o lesado ao *status quo ante* e, de outro, não permite que o dano seja evento que gere lucro, ou seja, que coloque a vítima em uma condição mais favorável do que se não ocorrida a lesão. Contudo, não há, ainda, uma forte formação teórica na área. Há estudos esparsos e decisões judiciais que, ao enfrentar a problemática diante de casos concretos, vão formando um corpo normativo razoavelmente consistente, rumo ao esclarecimento da aplicação do instituto no ordenamento jurídico pátrio.

A primeira situação em que se aplica a *compensatio lucri cum damno* no direito brasileiro é aquela apresentada na situação proposta ao explicar o instituto, concernente à compensação do valor do salvado no pagamento de indenizações em acidentes de trânsito, ocorrendo tanto na responsabilidade da seguradora (que recebe o salvado ou abate o respectivo valor), quanto contra o próprio agente causador do dano. Trata-se de hipótese que não apresenta maiores dificuldades, havendo amplo consenso

⁶³ PORAT, Ariel; POSNER Eric, *Op. cit.*, p. 1175.

⁶⁴ PORAT, Ariel; POSNER Eric, *Op. cit.*, p. 1175-1176. No original: “The general rule under the common law is that collateral-source benefits – namely, payments made by third parties to the plaintiff following the injury – should not be offset from damages. This rule often applies to cases where the plaintiff paid for the right to receive the benefits before the injury took place. The typical example is payments made by insurers either to the bodily-injured victim or, in cases of death, to her survivors. In such cases, it is settled law that the injurer should not benefit from the insurance purchased by the victim and therefore an offset should not be allowed. In some cases, the insurer has a right of subrogation against the wrongdoer; then, an offset from plaintiff’s damages is allowed in order to avoid double charging the defendant for the same harm”.

na possibilidade de diminuir, do total, o valor angariado com a venda da sucata⁶⁵. Esta é a posição do Superior Tribunal de Justiça, ao permitir que, em face de sinistro, a seguradora receba em transferência os salvados ou realize a dedução do seu valor⁶⁶, considerando ínsito ao contrato o “dever do segurado entregar à seguradora os salvados a fim de que ela pague a indenização securitária”⁶⁷.

Embora a Corte permita a dedução do valor do salvado, é raro se observar a citação direta à aplicação da *compensatio lucri cum damno*, ainda que, em suma, sua lógica seja prestigiada. Por isso, interessante a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que expressamente o fez. No caso, houve a comprovação de que o próprio lesado efetuou a venda do salvado como sucata, recebendo o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais). O TJSP, revertendo a decisão do juízo *a quo*, determinou o desconto de tal montante na indenização securitária, assentando que “firme no princípio da *compensatio lucri cum damno*, referida quantia deve ser abatida da condenação”. Restou assim consignado na ementa do julgado: “[...] Acidente de trânsito – Condenação ao pagamento de indenização ao valor do auto danificado (perda total) – Demonstração de que o veículo foi vendido como sucata – *Compensatio lucri cum damno* – necessidade de abatimento da condenação – Recurso parcialmente provido⁶⁸”.

Ainda no campo do contrato de seguro, o recebimento da indenização securitária não afasta ou diminui, como regra, a reparação devida pelo causador do dano. Como expressa Sanseverino, “em regra, não se admite a compensação das vantagens obtidas pelo prejudicado com contrato de seguro por ele celebrado”⁶⁹. Explicando o porquê de não se aceitar esta espécie de compensação, continua explicando o autor, citando lição de Pontes de Miranda, que as causas do dano e da vantagem são diversas. O último deriva do contrato estabelecido entre lesado e seguradora, enquanto o primeiro do ato ilícito perpetrado. O que ocorre é que o sinistro

⁶⁵ TJSC, *Apelação Cível n. 2015.026581-5*, Relator Des. Gilberto Gomes de Oliveira, julgamento 25 jun. 2015; TJSC, *Apelação Cível n. 2012.043345-7*, Relator Des. Henry Petry Junior, julgamento 25 jun. 2015; TJSC, *Apelação Cível n. 2013.044271-0*, Relator Des. Jaime Ramos, julgamento 19 set. 2013; TJSC, *Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2010.054249-9*, Relator Des. Stanley da Silva Braga, julgamento 08 ago. 2013; TJSC, *Apelação Cível n. 2010.020812-6*, Relator Des. Guilherme Nunes Born, julgamento 13 mar. 2012; TJSC, *Apelação Cível n. 2010.015039-9*, Relator Des. Luiz Carlos Freyesleben, julgamento 26 ago. 2010; TJSC, *Apelação Cível n. 2007.016977-6*, Relator Des. Carlos Adilson Silva, julgamento 15 dez. 2009; TJSC, *Apelação Cível n. 2004.028192-5*, Relator Des. Monteiro Rocha, julgamento 22 mar. 2007.

⁶⁶ STJ, *AgRg no REsp 1193207/RS*. Relato Ministra Maria Isabel Gallotti., julgamento 01 set. 2015.

⁶⁷ STJ, *AgRg no Ag 1150215/RJ*. Relator Ministro João Otávio de Noronha, julgamento 04 ago. 2011. No mesmo sentido: STJ, *EDcl no AgRg no AREsp 49.595/RS*, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgamento 11 nov. 2014.

⁶⁸ TJSP, *Apelação Cível n. 948926-0/4*, Relator Des. Enéas Costa Garcia, julgamento 09 jun. 06.

⁶⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 66.

“é apenas elemento do suporte fático da regra jurídica, mas não o próprio suporte fático, como se passa com o ato ilícito”⁷⁰.

Vale lembrar que a lógica da compensação, no sentido de impedir a dupla compensação da vítima, que seria reparada pela seguradora e pelo agente causador do dano, é garantida em vários países por intermédio da sub-rogação ou *cessio legis*⁷¹, como já ocorre em nosso país no caso de seguros privados de dano, de acordo com o art. 786 do Código Civil pátrio.

Em alguns casos mais antigos, em que a sub-rogação ainda não era regra legal, a nossa jurisprudência admitiu a aplicação da *compensatio lucri cum damno*⁷².

Isto já ocorre no caso do seguro obrigatório, comumente conhecido por DPVAT. O entendimento do montante percebido a título de seguro obrigatório na indenização pelo ilícito praticado é pacífico atualmente na doutrina e jurisprudência, seguindo a tendência internacional anteriormente analisada. Sobre o assunto, o STJ editou a Súmula n. 246, dispondo que “o valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada”⁷³, o que vem sendo seguido de forma consistente pela própria Corte e pelos demais tribunais pátrios. Juntamente com a questão do salvo, esta é a hipótese em que se aplica o instituto da *compensatio lucri cum damno* de forma mais tranquila no ordenamento brasileiro. É bem verdade que neste caso, diferentemente do seguro facultativo, o estipulante é o próprio agente e não a vítima. Contudo, é idêntica a situação do benefício depender de um contrato próprio, independente.

⁷⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 136-137; e SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 66.

⁷¹ MAGNUS, Ulrich. Impact of Social Security Law on Tort Law Concerning Compensation of Personal Injuries - Comparative Report. In: MAGNUS, Ulrich. (Coord). *The Impact of Social Security Law on Tort Law*. Tort and Insurance Law series . vol. 3. Springer-Verlag: Viena, 2003.

⁷² Em interessante caso, o TJSP utilizou a *compensatio lucri cum damno* para permitir que se deduzisse da indenização fixada o valor do seguro relativo à operação realizada. No caso, um brasileiro desejava levar parte de seus livros raros (originais do século XVI ao XX) do Rio de Janeiro a Paris, para restauração. Ocorre que, além de acondicionar as obras em invólucro diverso do contratado, a empresa aérea extraviou a encomenda, que foi localizada, posteriormente, em Ufã, nos Montes Urais (atualmente na Rússia). Danificados os livros, houve a condenação da empresa, na época, em duzentos mil francos, relativos aos danos materiais. Contudo, revertendo a decisão de primeiro grau, que afastara a compensação de eventual valor recebido do seguro contratado no valor dos danos materiais, a corte paulista consignou que: “No que concerne ao seguro, feito com a firma ‘International Relocation Insurance Services’ (IRIS), é justo admitir-se a compensação, postulada pelas demandadas, para que seja abatido do montante da indenização, relativa aos danos materiais, o que vier o autor a receber dessa seguradora, em razão da efetivação do sinistro. É que, na espécie, tem aplicação, a meu ver, o princípio da ‘*compensatio lucri cum damno*’, porquanto se acha presente o requisito fundamental dessa ‘*compensatio*’, consistente na identidade do fato, que produziu o lucro (indenização do sinistro) e que engendrou o dano, qual seja, o evento lesivo. E a causa jurídica da responsabilidade, em ambos os casos, é a mesma, configurando-se num e noutro, a unidade do dano e da vantagem, a justificar dita compensação (TJSP, *Apelação Cível n. 968/97*, Relator Des. Luiz Odilon Gomes Bandeira, julgamento 07 mai. 1997, grifos no original).

⁷³ STJ, *Súmula n. 246*, Segunda seção, DJ 17 mai. 2001, p. 149.

Por fim, há certo receio em se aplicar a *compensatio lucri cum damno* aos casos de danos não-patrimoniais. Isso, por exemplo, é o que pensa Teresa Ancona Lopez de Magalhães⁷⁴ ao tratar do dano estético, asseverando que “não pensamos que seja possível ao ofensor, nessa hipótese, querer auferir vantagens de seu ato ilícito, afinal ‘*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*’”. Contudo, em interessante julgado, encontra-se um exemplo em que foi o instituto aplicado, compensando-se vantagem e dano, afastando-se a condenação ao pagamento de danos morais.

Os fatos do caso são os seguintes: um casal resolve se separar e contrata advogado para tal fim, findando-se a situação com a decretação da separação judicial. A procuração, à época, conferia poderes exclusivos para a ação de separação judicial. Após alguns anos, com o intuito de converter a separação em divórcio, o advogado e a então esposa fazem constar, ilicitamente, naquela procuração outorgada também pelo então marido, a expressão “para o divórcio”, utilizando-se do documento para o respectivo processo, no qual efetivamente foi decretado o divórcio do casal. Posteriormente, o ex-marido vem a descobrir seu *status* de divorciado e, alegando ofensa ao seu direito de personalidade, propôs ação contra os autores da fraude. O pedido, em primeiro grau, foi julgado procedente, fixando-se a verba indenizatória. Em recurso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) reverteu o julgamento, utilizando-se, para tanto, da *compensatio lucri cum damno*. Asseverou a Corte que, apesar de incontroversa a fraude, o autor se beneficiou com o próprio dano, eis que utilizou seu *status* de divorciado para poder contrair novas núpcias anos antes da propositura da ação indenizatória.

Ainda,, considerou o Tribunal que “eventual desconforto ou aborrecimento pelo suposto aproveitamento da antiga procuração, que teria sido passada exclusivamente para a separação e não para conversão em divórcio, perdeu-se no tempo e no próprio benefício (vantagem) obtida pelo autor com o ato, o que ensejaria a aplicação da *compensatio lucri cum damno*, admitida pela doutrina, sobretudo a italiana [...] Foi o que sucedeu. É inconcebível a tese de danos morais indenizáveis para aquele que faz uso efetivo da medida concretizada com uma procuração que não teria ratificado. O autor se contentou com o divórcio obtido, tanto que exerceu, a partir do fim do casamento anterior (art. 2º, III, da Lei n. 6.515/77) a prerrogativa social que a lei concede, qual seja, o desimpedimento para o segundo matrimônio, tanto que o realizou. Embora se admita que a incursão no estado civil, sem prévio e específico consentimento, pode, em determinadas situações, gerar dano moral por indevida invasão

⁷⁴ MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *O dano estético*. São Paulo: RT, 1980, p. 80.

no direito de tutela da personificação e do direito de resolver seu estado civil (autonomia de vontade) essa usurpação perde o sentido quando o resultado é admitido pelo sujeito e coroa propósitos existenciais, como o de casar pela segunda vez⁷⁵”.

Embora questões como esta demandem um amadurecimento acerca do tema, pode-se visualizar, de pronto, o potencial da aplicação da *compensatio lucri cum damno* em diferentes contextos.

3.2 A Relação dos Benefícios Previdenciários e a *Compensatio Lucri Cum Damno*

Se, de um lado, há situações de aplicação do instituto relativamente pacíficas, em outras ocorre o contrário, havendo relativo consenso na não aplicação da *compensatio lucri cum damno*. Isso acontece na impossibilidade de compensação entre a indenização pelo ato ilícito e o benefício previdenciário percebido pela vítima ou seus parentes (em caso de homicídio). Neste caso, a grande maioria dos julgados não permite a aplicação da *compensatio lucri cum damno*. Desde muito, “consolidou-se a jurisprudência do STJ no sentido de que eventual benefício previdenciário não é compensável com indenização devida por danos decorrentes de ato ilícito”⁷⁶. Neste sentido, são fartos os julgados afastando esta compensação⁷⁷.

A razão evocada para não haver a compensação nesta hipótese, como referido anteriormente, é a diversidade entre a causa do benefício previdenciário e a do ato ilícito. O primeiro teria origem na contribuição mensal procedida pelo segurado, observando-se o regramento próprio do direito previdenciário para a concessão e quantificação do benefício específico. Já no caso do ato ilícito, o objetivo é a recomposição dos danos sofridos⁷⁸.

⁷⁵ TJSP, *Apelação Cível n. 589.974.4/5*, Relator Des. Ênio Santarelli Zuliani, julgamento 27 ago. 2009.

⁷⁶ STJ, *REsp 251.433/RJ*, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, julgamento 17 nov. 2005.

⁷⁷ STJ, *AgRg no AREsp 541.568/RS*, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas, julgamento 22 set. 2015; STJ, *AgRg no Ag 774.103/SP*, Relator Ministra Maria Isabel Gallotti, julgamento 18 dez. 2014; STJ, *AgRg no AREsp 531.796/PR*, Relator Ministra Assusete Magalhães, julgamento 16 out. 2014; STJ, *REsp 1309978/RJ*, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator p/ Acórdão Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgamento 07 ago. 2014; STJ, *REsp 776.338/SC*, Relator Ministro Raul Araújo, julgamento 06 mai. 2014; STJ, *REsp 1062692/RJ*, Relator Ministra Nancy Andrichi, julgamento 04 out. 2011; STJ, *REsp 604.625/RS*, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgamento 20 mai. 2010; STJ, *REsp 419.034/RJ*, Relator Ministro Ari Pargendler, julgamento 05 dez. 2002.

⁷⁸ Destaca SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 66-67 que “a razão está na ausência de identidade de causas entre as duas vantagens, pois os benefícios pagos pela Previdência Social são contraprestações às contribuições mensalmente pagas pelo próprio segurado, constituindo o seu vínculo previdenciário autêntico seguro social. Por isso, o valor do benefício recebido não se compensa, pois não pode reverter em proveito do agente ofensor, em face da ausência de identidade de causas, uma vez que a origem de cada parcela é distinta. Com isso, pode haver a cumulação das duas parcelas (pensão indenizatória e benefício previdenciário) sem ofensa ao princípio da reparação integral”.

Nessa esteira de pensamento, Antônio Lindbergh Montenegro⁷⁹ aduz que “ora, para fazer jus a esses benefícios a vítima viu-se obrigada, às vezes com grande sacrifício, a despendar numerário com prêmios de seguro ou teve descontado determinado percentual, mensalmente, em seu ordenado. Em tais condições, a aplicação do princípio de compensação do lucro com o dano importaria um verdadeiro contra-senso”.

Entretanto, ao comentar decisões jurisprudências da década de 60, proveniente dos Tribunais de São Paulo e Rio de Janeiro, o autor dá a entender que a indenização que o causador do dano de invalidez para o trabalho teria que compensar seria apenas a condizente com a possibilidade que teria a vítima de continuar trabalhando em outra atividade, mesmo depois da aposentadoria. Não resta claro, portanto, o apoio a uma dupla compensação integral da vítima⁸⁰.

Lembre-se que a qualidade técnica da argumentação apresentada, contrária à aplicação da *compensatio lucri cum damno* ao caso concreto, também foi notada por autores como Tolsada, principalmente em relação à inexistência de nexos de causalidade⁸¹. Contudo, este também faz menção a outros aspectos fundamentais da teoria geral da responsabilidade civil, como agressão à vedação ao enriquecimento sem causa perpetrado pela indenização cumulada, corolário fundamental do princípio da reparação integral do prejuízo, positivado no artigo 944 de nosso Código Civil. Com efeito, a dupla indenização observada em algumas situações pode representar um atentado a funções assentadas da responsabilidade, cuja aceitação não pode ocorrer sem profunda apreciação crítica e sem o reconhecimento das idiosincrasias advindas desse fato. A jurisprudência espanhola, como dito anteriormente, tem admitido essa hipótese de compensação⁸². A comparação jurídica com o Direito Espanhol é particularmente rica, pois este, assim como ocorre no Brasil, não conta com uma regra geral de *cessio legis (sub-rogação)* em favor da Seguridade Social. Essa regra, presente na maior parte

⁷⁹ MONTENEGRO, Antônio Lindbergh. *Op. cit.*, p. 241.

⁸⁰ MONTENEGRO, Antônio Lindbergh. *Op. cit.*, p. 242-243.

⁸¹ Ver notas 72 e 73, com os fundamentos apresentados por PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.* e SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*

⁸² TOLSADA, Yzquierdo Mariano. *Op. cit.*, p. 596. Texto original: “Pero lo que la concurrencia de indemnizaciones no puede determinar es que se obtenga una duplicidad indemnizatoria, esto es, que la víctima reciba en total más cantidad de la correspondiente al daño efectivamente sufrido, pues, por mucho que la causa que legitima para percibir cada suma sea bien distinta, lo contrario supondría enriquecimiento injustificado. Es decir, hay compatibilidad de normativas y de títulos legitimadores, y habrá compatibilidad de sumas cuando respondan a conceptos dañosos distintos. Pero sí la Seguridad Social paga una suma en concepto de salario dejado de percibir, la reclamación de responsabilidad civil por lucro cesante no podrá ignorar que una parte se ha satisfecho ya. Tras un largo período de contradicciones jurisprudenciales, a finales del siglo pasado la Sala 1 del Tribunal Supremo terminó consolidado en este terreno la *compensatio lucri cum damno*, algo que ya había hecho mucho antes la Sala de lo Social.” Também: MARTÍN-CASALS, Miquel, *Op. cit.*, p. 107.

dos países europeus, obscurece o debate sobre a aplicabilidade da *compensatio lucri cum damno* nas hipóteses analisadas, pois quase sempre impõe, na prática, os mesmos efeitos que seriam observados com a aplicação do instituto sob exame.

Como bem apontado por Ulrich Magnus⁸³, a imensa maioria dos ordenamentos europeus demonstra esse tipo de preocupação: reparar integralmente a vítima sem possibilitar dupla compensação, impedindo a cumulação do benefício previdenciário com a indenização civil, bem como impedir que o autor do dano deixe de indenizar pelo prejuízo causado, pois será demandado por intermédio da ação manejada pelos entes estatais.

No Brasil, que percorre outro caminho, há a observância de pouquíssimos casos que não seguem a jurisprudência majoritária, seja por não ser conhecido o recurso especial que envolve rediscussão da matéria fática, com base na Súmula n. 7 do próprio STJ⁸⁴, mantendo a decisão do Tribunal *a quo* que efetuou o abatimento⁸⁵, seja como em conhecido precedente, um ponto fora da curva, em que o STJ autorizou a compensação⁸⁶.

Este último caso representa uma verdadeira quebra com a visão da própria Corte. Aqui, um magistrado acabou perdendo a vida em um acidente automobilístico e, em razão disso, sua viúva propôs uma ação contra aquele que culposamente causou o abaloamento. Condenado o agente nas instâncias ordinárias, inclusive ao pagamento de pensão mensal, no valor da verba então aferida mensalmente pelo juiz, houve a interposição de recurso especial em que se debatia, entre outros pontos, a questão da dedução da pensão estabelecida com o benefício previdenciário percebido pela viúva. Neste particular, os ministros entenderam, por maioria, proceder a compensação, mantendo-se exclusivamente o benefício previdenciário, pois já abarcava ele o total dos rendimentos a que faria jus o magistrado se vivo fosse.

⁸³ MAGNUS, Ulrich. Impact of Social Security Law on Tort Law Concerning Compensation of Personal Injuries -- Comparative Report. In: MAGNUS, Ulrich. (Coord.). *The Impact of Social Security Law on Tort Law*. Tort and Insurance Law series. vol. 3. Springer-Verlag: Viena, 2003, p. 288. O autor alemão demonstra que essas são preocupações observadas em todos os ordenamentos, fundamentais para a relação entre direito previdenciário e responsabilidade civil. Note-se seus comentários quando aborda os objetivos que podem ser alcançados com a ação regressiva por parte do órgão estatal: “Different goals have to be reconciled here: on the one side the goal to fully compensate victims of tortious acts (but also not to overcompensate them by a cumulation of social security benefits and tort damages); and on the other side the goal not to subsidise tortfeasors and also to avoid scheme expenditures in public interest.” (MAGNUS, Ulrich. *Op cit.*, p. 288).

⁸⁴ STJ, *Súmula n. 7*: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”, DJ 03 jul. 1990, p. 6.478.

⁸⁵ STJ, *AgRg nos EDcl no REsp 1360918/ES*, Relatora Ministra Regina Helena Costa, julgamento 23/06/2015.

⁸⁶ STJ, *REsp 604.758/RS*, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, julgamento 17 out. 2006.

Ficou vencido o relator originário, que, seguindo o tradicional posicionamento da Corte, não conhecia do recurso especial, nos termos da Súmula n. 83⁸⁷, por não verificar a divergência jurisprudencial apontada, uma vez que a decisão do Tribunal *a quo* foi prolatada em conformidade com o entendimento do STJ (de não compensar as verbas em disputa). O voto vencedor realizou um sutil *distinguishing* entre a posição sólida do Tribunal e o caso em julgamento, asseverando que a cumulação é viável quando o sistema previdenciário é contributivo, ou seja, quando o segurado, mês a mês, desembolsa valores em prol da Previdência Social. Como no caso o regime previdenciário da magistratura do Estado do Rio Grande do Sul, à época, não era contributivo, caracterizando-se como um “Estado-providência”, autorizou-se a dedução. Entendeu-se, portanto, que haveria um enriquecimento injustificado na cumulação de tais verbas, permitindo-se, pois, compensá-las, com a exclusão da condenação originária ao pagamento da pensão mensal.

É bem verdade que, com a mudança de composição, o próprio STJ tem revisitado a matéria, nascendo novas inquietações sobre a questão. Prova disso é o entendimento do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, que já votou no sentido de reconhecer a possibilidade de compensação, observando a identidade de causas entre a reparação civil e o benefício previdenciário, restando vencido.⁸⁸ Posteriormente, ressaltando seu entendimento pessoal, passou a decidir conforme o entendimento dominante na Corte⁸⁹.

O tema deve ganhar novas luzes e ser objeto de debates num futuro próximo, tendo em vista o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) estar demonstrando cada vez mais interesse em propor ações regressivas.

Em grande parte dos países do mundo, principalmente no continente europeu, a possibilidade desse tipo de ação, por parte da Seguridade Social, quer por efetiva sub-rogação, quer por *cessio legis*⁹⁰, é um princípio fundante do sistema⁹¹. Além dessa nota de direito estrangeiro, ressalte-se que a tradição jurídica brasileira, em relação aos seguros privados, em que o segurado paga o prêmio, com esforço próprio, para receber a cobertura securitária, respalda a ação regressiva das seguradoras,

⁸⁷ STJ, *Súmula n. 83*: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”, DJ 02 jul. 1993, p. 13.283.

⁸⁸ STJ, *REsp 1309978/RJ*, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgamento 07 ago. 2014.

⁸⁹ STJ, *AgRg no AREsp 541.568/RS*, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgamento 22 set. 2015.

⁹⁰ Para essa discussão sobre natureza jurídica do modo de aquisição do crédito das seguradoras consulte-se: ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 482-490.

⁹¹ MAGNUS, Ulrich. *Op. cit.*, p. 288.

inclusive baseada em simples cláusula contratual, já que o Código de 1916 não previa uma norma equivalente ao artigo 786 do atual diploma civil⁹².

Poder-se-ia afirmar que o artigo 786 do Código Civil brasileiro, aplicável aos seguros de danos, não poderia servir de argumento comparativo na presente hipótese, eis que os benefícios pagos pelo INSS poderiam ser mais adequadamente comparados com os seguros de pessoas. Entretanto, como se tentou demonstrar, a sub-rogação ou *cessio legis*, característica importante dos sistemas europeus de seguridade social, marca uma expressiva diferenciação com o sistema privado de seguros de pessoas brasileiro, que conta com o artigo 800 do Código Civil, em que a sub-rogação por parte das seguradoras é expressamente proibida.

As ações regressivas manejadas pelo INSS possuem consequências práticas muito semelhantes àquelas observadas no instituto da sub-rogação ou *cessio legis*. Verifica-se, portanto, um afastamento principiológico entre o sistema privado de seguro de pessoas e o pagamento de benefícios previdenciários no Direito Brasileiro⁹³.

Destarte, se o Poder Judiciário brasileiro passar a progressivamente albergar mais casos de ações regressivas, uma virada de posicionamento sobre o assunto será inexorável. Em pelo menos uma hipótese parece não haver mais dúvidas sobre a possibilidade de ação regressiva, pois há norma expressa sobre o assunto: aquela verificada no artigo 120 da Lei n. 8.213/91⁹⁴. Até o momento, a grande maioria de casos esbarra na prescrição⁹⁵ ou ainda se debate questões processuais como a competência,⁹⁶

⁹² PETEFFI DA SILVA, Rafael. Pautas interpretativas para o seguro de dano. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda (Orgs.). *Direito e Processo: Estudos em Homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti*. Florianópolis: Conceito, 2007, p. 327-351. “No Brasil, diferentemente das legislações estrangeiras, os dispositivos legais que contemplavam a sub-rogação do segurador não foram observados pelo legislador de 1916, que resolveu, em relação aos seguros terrestres, não repetir as disposições do Código Comercial referentes aos seguros marítimos. Em razão disso, os tribunais nacionais foram palco de inúmeras controvérsias a respeito da validade da sub-rogação imposta aos contratantes pelas cláusulas contratuais, até que, após sucessivos acórdãos concordantes, o Supremo Tribunal Federal decidiu pacificar a matéria, por intermédio da súmula 188, que prescrevia que ‘O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato’” (PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Op. Cit.*, p.342).

⁹³ Na realidade, autores interpretam restritivamente algumas características do seguro de pessoas positivadas no Código Civil brasileiro, como as constantes do artigo 789, estabelecendo uma conexão mais estreita entre o princípio indenitário e essa classe de seguros. “No entanto, como já visto, há alguns seguros de pessoas com típica função indenizatória, o que deveria impedir a contratação de vários seguros sobre o mesmo interesse. O titular de um seguro que garanta o pagamento de diárias por afastamento de suas atividades laborais (com função indenizatória, portanto) e no qual o valor dessas diárias sejam superiores ao que auferir no desempenho de suas atividades profissionais poderia não ter interesse de retornar ao trabalho, pois auferir receita maior afastado do que trabalhando”. (TZIRULNIK, Ernesto; CAVALICANTI, Flávio de Queiroz B; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro: de acordo com o novo Código Civil brasileiro*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p 162).

⁹⁴ Art. 120. Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis (BRASIL, 1991).

⁹⁵ STJ, *AgRg nos EDcl no REsp 1451526/RS*, Relator Ministro Herman Benjamin, julgamento 20 ago. 2015; e STJ, *AgRg no AREsp 523.412/RS*, Relator Ministro Og Fernandes, julgamento 16 set. 2014.

existindo, ainda, os recursos não conhecidos.⁹⁷ Contudo, algumas esparsas decisões já reconhecem o direito de regresso⁹⁸, sendo que a questão da duplicidade da cobrança do agente, tal qual na hipótese do seguro facultativo (art. 786 do Código Civil), quando ocorre a sub-rogação, será tema a ser enfrentado em um futuro próximo e, certamente, deverá causar a alteração do entendimento do STJ em relação ao tema⁹⁹.

A aplicação prática do dispositivo legal aludido deve alterar sobremaneira a regra jurisprudencial geral de não compensação. Isso porque, a possibilidade de ação regressiva do órgão previdenciário contra o causador do dano acarretará o duplo pagamento. O agente ressarcirá diretamente o lesado e, pela via de regresso, também pagará ao INSS o valor do benefício previdenciário percebido pelo ofendido. Assim, o valor pago pelo ofensor será superior ao dano efetivamente experimentado. Apesar da jurisprudência brasileira sempre ter convivido bem com a hipótese de dupla compensação da vítima por ocasião de um mesmo dano, algo que por si só já causaria uma problematização de alguns princípios importantes da responsabilidade civil, a negação da aplicabilidade da *compensatio lucri cum damno*, no cenário que se avizinha, parece ser algo grave, pois também se estaria admitindo a obrigação do agente pagar duas vezes pelo mesmo prejuízo causado.

Note-se que a norma estabelece uma possibilidade de ação regressiva por parte do INSS contra o causador do dano. Entende-se, todavia, que o instituto da *compensatio lucri cum damno* poderia ser utilizado mesmo na hipótese de se interpretar o dispositivo como uma forma de *cessio legis*, ainda que se possa arguir que a sub-rogação, *per si*, já transfere a pretensão do lesado à seguradora (no caso, à Seguridade Social), afastando-se a aplicação da *compensatio lucri cum damno*. Contudo, há duas questões que, ao menos por ora, sugerem ser válida a manutenção da racionalidade do instituto como balizador do valor devido. Primeiro, por uma questão de tradição jurídica, o tema vem sendo abordado como um dos casos de aplicação da *compensatio lucri cum damno* no cenário nacional. Portanto, quer-se demonstrar que, mesmo pela continuidade de sua aplicação, há a necessidade de modificação do entendimento

⁹⁶ STJ, *AgRg nos EDcl no AREsp 700.385/RS*, Relator Ministro Humberto Martins, julgamento 22 set. 2015.

⁹⁷ STJ, *AgRg no REsp 1503059/PE*, Relator Ministro Humberto Martins, julgamento 05 mar. 2015.

⁹⁸ STJ, *EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 973.379/RS*, Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), julgamento 06 jun. 2013.

⁹⁹ MONTENEGRO, Antônio Lindbergh. *Op. cit.*, p. 244. “Assinale-se, todavia, que no caso do seguro, dependendo do tipo de convenção celebrada, desaparece o problema da '*compensatio*', por força da sub-rogação do segurador nos direitos do segurado contra os causadores do dano. Argumentando que o Estado sofre um prejuízo financeiro quando atribui uma pensão de invalidez a um funcionário ferido por culpa de um terceiro, sustentam os MAZEAUD a legitimidade de se lhe conceder uma repetição contra o autor do ato ilícito” (MONTENEGRO, Antônio Lindbergh. *Op. cit.*, p. 244).

pretoriano sobre o tema. Além disso, abordagens analógicas com outras espécies de benefícios previdenciários que não possuam uma autorização legislativa expressa para a ação de regresso seriam facilitadas, caso a Previdência social entenda-se legitimada para mover ação regressiva e sua pretensão for albergada pelos Tribunais. Destarte, conforme lição de Geneviève Viney e Patrice Jourdain, essas hipóteses já ocorrem na França, quando alguns prejudicados, desassistidos pela legislação, utilizam-se analogicamente dos casos legalmente regulados e, como base na cláusula geral do artigo 1.382 do *Code Civil*, pedem reparação pelo dano reflexo ou por ricochete, como ocorre com algumas empresas que voluntariamente prestavam uma espécie de auxílio previdenciário em favor de funcionários acidentados¹⁰⁰.

Poder-se-ia objetar a presente tese com a justificativa que o custeio de tais espécies de benefícios advém do Seguro de Acidente de Trabalho (SAT) e, por isso, estaria o empregador excluído do pagamento ao INSS das verbas de regresso de algum benefício eventualmente concedido por negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene no trabalho. Contudo, tal posição é apressada. É firme a jurisprudência do STJ em indicar que "o recolhimento do Seguro de Acidente do Trabalho - SAT não impede a cobrança pelo INSS, por intermédio de ação regressiva, dos benefícios pagos ao segurado nos casos de acidente do trabalho decorrentes de culpa da empresa por inobservância das normas de segurança e higiene do trabalho"¹⁰¹. Portanto, independentemente da forma de custeio, responde o empregador negligente tanto perante ao empregado como, em caso de concessão de benefício, ao INSS de forma regressiva. Gera-se, portanto, a possibilidade de dupla indenização para a vítima e dupla condenação para o ofensor, o que indica ser apropriada a utilização da *compensatio lucri cum damno* à espécie.

Segundo, num viés pragmático, devem-se observar as peculiaridades dos benefícios da Seguridade Social. A questão do recebimento do benefício ser mensal – e não como o recebimento integral do valor pela ocorrência do sinistro em um seguro privado – torna incerto por determinado período de tempo o montante sub-rogado. Além disso, o valor do benefício previdenciário não será, em regra, o mesmo do dano efetivamente experimentado. Usualmente será menor, caso em que se manejariam duas

¹⁰⁰ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2006, p. 165.

¹⁰¹ STJ, *EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 973.379/RS*, Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Sexta Turma, julgamento 06 jun. 2013. No mesmo sentido: STJ, *AgRg no REsp 1452783/RS*, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgamento 16 set. 2014; e STJ, *AgRg no AREsp 294.560/PR*, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgamento 27 mar. 2014.

pretensões distintas, devendo o lesado já descontar, de antemão e sem saber até quanto perdurará o benefício, os valores que serão pagos pelo INSS quando da propositura da ação de reparação. Portanto, há a impossibilidade de se saber ao certo o valor a ser perseguido¹⁰². Em outra mão, não se pode impedir ou embaraçar o direito de ação do lesado, que está legitimado desde a ocorrência do dano a buscar sua recomposição. Melhor seria, portanto, seja qual for a interpretação da natureza jurídica do direito regressivo do INSS, trabalhar com a modelagem e da *compensatio lucri cum damno*, definindo-se, de pronto, o *an debeat* – objeto principal da ação de conhecimento – relegando-se a fixação do *quantum debeat* para momento posterior, utilizando-se a ideia de compensação das vantagens advindas do próprio dano.

4 CONCLUSÃO

Durante o presente trabalho, observou-se que a *compensatio lucri cum damno* é apta a alcançar o princípio indenitário da reparação integral. Não se pode, de um lado, deixar que o lesado fique em desvantagem em razão do ilícito praticado. Contudo, também não se almeja que o dano vire objeto de lucro. Portanto, não pode o ofendido ostentar posição mais vantajosa daquela que estaria caso o dano não tivesse ocorrido.

A obviedade das conclusões contidas no parágrafo anterior choca-se com a dificuldade prática de se concretizar o princípio da reparação integral nas hipóteses de aplicação da *compensatio lucri cum damno*. Como visto, a aplicação do instituto caracteriza-se por alto grau de discricionariedade, somente amenizada por alguns critérios gerais e, mais especificamente, por catálogos de casos. Foi exatamente a explicitação desses critérios, incluindo a observação de modelos estrangeiros, o caminho trilhado para entender a racionalidade dos catálogos de casos encontrados no Direito Brasileiro e possibilitar uma apreciação crítica da atual situação jurisprudencial.

A compensação das vantagens oriundas do próprio dano, assim, assume papel importante na mensuração dos prejuízos indenizáveis, sempre lembrando que os

¹⁰² CARVAL, Suzanne. The Impact of Social Security Law on Tort Law in France. In: MAGNUS, Ulrich (Coord). *The Impact of Social Security Law on Tort Law*: Tort and Insurance Law series. vol. 3. Viena: Springer-Verlag, 2003, p. 82. A autora aponta, ainda, esses mesmos problemas no Direito Francês, especificamente tratando no objeto das ações promovidas pela Seguridade Social francesa, que possui a sub-rogação como regra geral: “*Many technical problems arise in the field of subrogation claims. Besides those which have been examined in questions 5 to 7, others could be mentioned, for example the problem arising from the fact that some long term social security payments are likely to vary in the future, making it difficult for the court (or the insurer, in the case of a settlement) to determine how much must be set off against the damage.*”. (CARVAL, Suzanne. *Op cit.*, p. 82, tradução nossa).

requisitos específicos para a aplicação do instituto muitas vezes o afastam dogmaticamente das simples operações triviais de avaliação de prejuízo. Houve uma preocupação especial no presente estudo com a aplicação do instituto no que toca às ações de reparação que também atraem normas de direito que envolvem a Seguridade Social. A regra jurisprudencial geral, sobretudo do STJ, é a de não compensação. Em outras palavras, o recebimento do benefício previdenciário não afetaria de qualquer forma a reparação que o ofensor deve ao lesado. Este pode exigir daquele o valor integral do dano experimentado, além de perceber o benefício previdenciário.

Como se tentou demonstrar, há a necessidade de posicionamento crítico em relação a esse entendimento, ao menos no que toca às possibilidades de ação regressiva, como na hipótese estampada no art. 120 da Lei n. 8.213/91. Isso porque, se não houver a compensação, haverá um duplo pagamento do ofendido, que suplantarão o valor do dano experimentado. Pagará ele o montante integral ao próprio lesado e, também, o valor despendido pelo INSS, em via de regresso. Para evitar tal sorte de coisas, serve a *compensatio lucri cum damno* como uma teoria de base adequada à fiel observância do próprio princípio da reparação integral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALDAX, Martín. Aplicación de la regla “*compensatio lucri cum damno*” en los supuestos de pérdida de la chance de ayuda económica futura. *Lecciones y Ensaïos*, Buenos Aires, n. 90, p. 19-53, 2012.

ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ANTUNES VARELA; PIRES DE LIMA. *Código Civil anotado*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

BAGINSKA, Ewa. Compensation for property damage in motor third party liability insurance. *Insurance Review*, n. 4, p. 77- 93, 2014, p. 82. Disponível em: [<https://www.piu.org.pl/public/upload/ibrowser/WU/4%202014/WU%2042014%2007%20en%20baginska.pdf>]. Acesso em: 01 out. 2015.

BALES, Jerome V.; O’MEARA, Shamus; AZMAN, Mark R. The “Betterment” or Added Benefit Defense. *Construction Lawyer*, [S.l.], v. 26, n. 2, p.1-10, 2006, p. 1.

CARVAL, Suzanne. The Impact of Social Security Law on Tort Law in France. In: MAGNUS, Ulrich (Coord). *The Impact of Social Security Law on Tort Law: Tort and Insurance Law series*. vol. 3. Viena: Springer-Verlag, 2003.

DÍEZ-PICAZO, Luiz. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999.

EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*. Tradução de Miquel Martín-Casals (Coord.). Navarra: Arandiz, 2008.

FERRARI, Mariangela. *La compensation lucre cum damno come utile strumento die qua riparazione del danno*. Milão: Giuffrè Editore, 2008.

FERRARI, Mariangela. I nuovi confini della "compensatio lucri cum damno". *Il diritto degli affari*, Itália, p. 1-12, 2014. Disponível em: [<http://www.ildirittodegliaffari.it>]. Acesso em: 12 mai. 2016.

FRANZONI, Massimo. *Il danno risarcibile*. 2 ed. Milão: Giuffrè Editore, 2010.

KONERT, Anna. De *La compensatio lucri cum damno* em derecho civil polaco. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña (AFDUC)*, Corunha, n. 17, p. 319-327, 2013.

LANGHE, Hermann; SCHIEMANN, Gottfried. *Schadensersatz*. 3 ed. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *O dano estético*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MAGNUS, Ulrich. "Vorteilsausgleichung" – a typical German institute of the law of damages?. In: VAN DIJK, Chris; MAGNUS, Ulrich (Coord). *Voordeelstoerekening naar Duits en Nederlands recht*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Nederland, 2015, p. 1-21

MAGNUS, Ulrich; FEDTKE, Jorg. The Impact of Social Security Law on Tort Law in Germany. In: MAGNUS, Ulrich. (Coord). *The Impact of Social Security Law on Tort Law*. Tort and Insurance Law series .vol. 3. Viena: Springer-Verlag, 2003.

_____. Impact of social security law on tort law concerning compensation of personal injuries: comparative report. In: MAGNUS, Ulrich. (Coord). *The Impact of Social Security Law on Tort Law*. Tort and Insurance Law series. vol. 3. Viena: Springer-Verlag, 2003, p. 1-21

MARTÍN-CASALS, Miquel. La "modernización" del derecho de la responsabilidad extracontratual. *Cuestiones actuales en Materia de Responsabilidad Civil: XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*. A Coruña. 8 y 9 de abril de 2011. Mércia: Editum, p. 11-111, 2011.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh. *Ressarcimento de danos*. São Paulo: Lumen Juris, 2005.

MURTAUGH, Michael T. Wrongful birth: the courts' dilemma in determining a remedy for a "blessed event". *Pace Law Review*, vol. 27, p. 241-304, 2007.

NEUMANN JR., Richard K. *Legal reasoning and legal writing: structure, strategy, and style*. 5 ed. Nova Iorque: Aspen, 2005.

ORGAZ, Alfredo. *El daño resarcible*. Buenos Aires: De Palma, 1967.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. Wrongful conception, wrongful birth e wrongful life: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 117, p. 311-341, mar. 2010.

_____. Pautas interpretativas para o seguro de dano. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda (Orgs.). *Direito e Processo: Estudos em Homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti*. Florianópolis: Conceito, 2007, p. 327-351

PIRES, Thatiane Cristina Fontão. *Vorteilsausgleichung: a compensatio lucri cum damno na responsabilidade civil alemã*. 2016. 89 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito das Obrigações: inadimplemento*. Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial. Tomo XXVI. Atualização de Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Nelson Nery Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PORAT, Ariel; POSNER, Eric. Offsetting Benefits. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 100, n. 6, p. 1.165-1.209, 2014.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOLSADA, Mariano Yzquierdo. *Responsabilidad civil extracontratual: parte general*. Madrid: Dykinson, 2015.

TZIRULNIK, Ernesto, CAVALICANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro: de acordo com o novo Código Civil brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*. 3. ed. Paris: L.G.D.J, 2006.

VON BAR, Christian. *The common European law of torts*. vol. 2. Nova Iorque: Oxford University Press, 2000.