

INDENIZAÇÃO EQUITATIVA: UMA ANÁLISE DO ART. 944, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL¹

Rafael Viola²

Resumo: O presente artigo visa discutir questões afeitas à reparação e quantificação do dano sob a égide das mudanças inseridas no Código Civil pelo legislador de 2002 com especial ênfase nas disposições apostas ao artigo 944, parágrafo único, do antecitado diploma legal. O estudo pretende demonstrar como a chamada indenização equitativa é capaz de adequar a reparação dos danos à realidade social afastando a institucionalização de injustiças decorrente do princípio da ampla reparação.

Palavras-chave: Reparação, Indenização equitativa, Ampla reparação, Quantificação do dano, Responsabilidade Civil

Abstract: The current article aims to discuss the questions regarding the compensation and quantification of the damage under the auspices of the changes inserted to the Civil Code of 2002 with an special emphasis on provisions attached to the article 944 sole paragraph of the aforementioned legal diploma. This study intends to demonstrate the way that the equally indemnity is able to adjust the damage compensation to the social reality and also move away the institutionalization of the injustices as a result of the ample compensation principle.

Key words: Compensation, equally indemnity, ample compensation, quantum of damage, civil liability.

INTRODUÇÃO

A reparação dos danos é um dos mais importantes temas na atualidade judiciária³. Com efeito, encontramos-nos inseridos num mundo complexo e de incertezas⁴, cujo futuro é representado como risco⁵. Nessa atual sociedade de risco⁶, é

¹ O presente texto é trecho da dissertação de mestrado do autor defendida em 2008.

² Mestre e especialista em Direito Civil pela UERJ. Professor da Escola de Direito FGV-Rio. Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Procurador da UERJ.

³ JOSSERAND, Louis. A evolução da responsabilidade civil. In: *Revista forense*. Junho, 1941, p. 52.

⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 59 e seguintes. V. também MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e direito civil: tendências* In: *Revista dos Tribunais*, n. 779, p. 47. “Certainly, ultimate security is denied to us human beings” (BECK, Ulrich. *From industrial society to the risk society: questions of survival, social structure and ecological enlightenment* In: *Theory, Culture & Society*, p. 97. Disponível em <http://tcs.sagepub.com>, acesso em 05.08.09).

⁵ LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. Transaction publishers: New York, 2002, p. 37.

possível perceber que as atividades desenvolvidas pelos inúmeros atores econômicos acarretam uma potencialidade lesiva nunca antes vista⁷, não se podendo olvidar, ainda, que os avanços tecnológicos, em especial o desenvolvimento da rede mundial de computadores, têm, também, contribuído decisivamente para esse aumento exagerado de colisão de interesses.

Em realidade, um olhar sobre a sociedade contemporânea evidenciará que o prejuízo, outrora relegado a uma fatalidade, isto é, ao uso reprovável da liberdade individual⁸, atualmente é considerado como uma probabilidade⁹. Essa análise faz compreender a importância da responsabilidade civil que se desloca do plano meramente privado para alcançar outros ramos do Direito¹⁰. É nesse contexto que a responsabilidade civil, gravitando em torno do prejuízo sofrido pelo ofendido, busca identificar e atribuir o prejuízo ao seu causador.

Contudo, podemos dizer que vivemos um momento paradoxal na análise da reparação dos danos. Se por um lado observamos um aumento impressionante sobre os estudos do dano, nexos e culpa para fins de imputação da responsabilidade, por outro verifica-se que, tradicionalmente, os autores de livros acerca da obrigação de indenizar dedicam pouco espaço para o estudo da quantificação da indenização, muitas vezes apenas reproduzindo o texto de lei.

⁶ LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. Transaction publishers: New York, 2002, p. 23.

⁷ "Put another way, since the middle of this century the social institutions of industrial society have not been confronted with historically unprecedented possibility of the destruction through decision-making of all life on this planet. This distinguishes our epoch not only from the early phase of the industrial revolution, but also from all other cultures and social forms, no matter how diverse and contradictory these may have been in detail. If a fire breaks out, the fire brigade comes; if a traffic accident occurs, the insurance pays. This interplay between beforehand and afterwards, between precautions have been taken even for the worst imaginable case, has been revoked in the age of nuclear, chemical and genetic technology. In all brilliance of their perfection, nuclear power plants have suspended the principle of insurance not only in the economic, but also in the medical, psychological, cultural and religious sense. The residual risk society has become an uninsured society, with protection paradoxically diminishing as the danger grows" (BECK, Ulrich. *From industrial society to the risk society: questions of survival, social structure and ecological enlightenment* In: *Theory, Culture & Society*, p. 101. Disponível em <http://tcs.sagepub.com>, acesso em 05.08.09).

⁸ MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Leon y TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contratual*. Tomo primero, vol II. Tradução de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. 5ª Ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963, p. 71.

⁹ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 213.

¹⁰ Podemos citar a importância da responsabilidade civil do Estado, da responsabilidade ambiental, e, após o advento da lei 11.719/08 que alterou o art. 387 do Código de Processo penal, até mesmo do juízo criminal, que tem competência e deve fixar a indenização cabível à vítima, pautando-se pelos prejuízos.

É preciso compreender que o juízo da reparação, seja ela contratual ou extracontratual, opera-se necessariamente em dois planos sucessivos, tendo como objeto a declaração da existência de responsabilidade e a verificação da extensão dos danos a serem ressarcidos. Sem embargo, para além da necessária declaração da existência da responsabilidade (*an respondeatur*), é essencial, também, a perquirição do *quantum respondeatur*, ou seja, do montante a ser fixado na indenização. Somente quando ambos os planos forem devidamente realizados, poder-se-á afirmar que a vítima foi eficazmente reparada.

No entanto, apesar de verificarmos no contexto jurisprudencial brasileiro uma ampliação da tutela da vítima, mediante a erosão dos tradicionais filtros da responsabilidade¹¹, percebe-se que, na prática, a responsabilidade civil não cumpre verdadeiramente o seu papel principal que reside na reparação justa dos interesses jurídicos do lesado¹². Na medida em que se confirma um distanciamento do ideal dos valores a serem ressarcidos, em especial nas indenizações por danos extrapatrimoniais¹³, não nos parece possível falar em integral reparação/compensação da vítima.

Neste trabalho, procurar-se-á elucidar algumas questões acerca do direito à reparação e de sua quantificação, para permitir uma adequada análise da redução inserida pelo legislador de 2002 no parágrafo único do art. 944.

1. Conteúdo do direito à reparação

¹¹ Sobre a relativização dos pressupostos da responsabilidade civil, v. MORAES, Maria Celina, Bodin de. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. V., também, SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

¹² RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil: um olhar sobre a jurisprudência*. 3ª ed. rev. e ampliada. Coimbra: Almedina, 2006, p. 7.

¹³ Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça veiculou uma notícia apresentando um quadro demonstrativo das indenizações por danos morais. Se por um lado o referido quadro traz certa segurança para fins de quantificação da indenização, também traz consigo uma preocupação nos seus valores. Chama especial atenção a indenização fixada no valor de R\$ 52.000,00 para um estupro ocorrido no interior de um prédio público e no valor de R\$ 22.500,00 para publicação de notícia inverídica, o que para nós é um valor bem abaixo do esperado. A referida tabela pode ser acessada no link http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679.

A responsabilidade civil atribuída ao ofensor é normalmente conceituada como um dever secundário decorrente da violação de uma obrigação prévia¹⁴. Em outras palavras, causado um dano injusto, surge o dever de repará-lo de forma a tornar a vítima indene¹⁵. Apesar do esforço doutrinário e do acerto da posição aventada pela doutrina, é necessário perceber que tal conceito é insuficiente para uma adequada análise da problemática. Ora, é preciso ter em mente que a reparação, antes de um dever para o ofensor, é um direito do ofendido¹⁶. E é exatamente a concepção de reparação enquanto direito da vítima que normalmente é deixado de lado para se enfatizar o dever de indenizar.

Não obstante a importante noção da responsabilidade como um dever secundário imposto ao autor do dano (obrigação de indenizar), a concepção aqui desenvolvida (reparação como um direito autônomo derivado da lei¹⁷ em razão da violação de um direito preexistente) traz importantes conseqüências. Na medida em que a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a justiça distributiva influenciam profundamente toda a sistemática da responsabilidade civil¹⁸, operando-se um giro conceitual¹⁹ em sua ótica²⁰, parece-nos lícito afirmar que o eixo da

¹⁴ Ver por todos MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado – tomo 22*. Campinas: Bookseller, 2003.

¹⁵ Esse parece ter sido, também, o espírito do legislador pátrio que no título que figura acima do art. 927 do Código Civil de 2002 estabeleceu o dever de indenizar como uma obrigação.

¹⁶ DE CUPIS, Adriano. *El daño – Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducion de la 2ª edicion italiana y estudio preliminar por Angel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1975, p. 776.

¹⁷ Trata-se de um direito autônomo, pois o objeto do direito à reparação e o objeto do direito violado são diferentes. CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradutor: Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 49. Nesse sentido Marcel Planiol e Georges Ripert para quem “El objeto de la obligación derivada de la culpa es la reparación del perjuicio causado. Esta obligación es totalmente distinta de aquella cuja violación constituye la culpa, su objeto no es el mismo. La obligación podría tener cualquier objeto: una dación, un hecho o una abstención; el objeto de la obligación derivada de la culpa siempre es la reparación (por lo general pecuniaria) de la lesión causada a otra persona por el incumplimiento del objeto debido” PLANIOL, Marcel e RIPERT, Georges. *Tratado elemental de derecho civil – las obligaciones*. 1ª ed. Trad. Jose M. Cajica Jr. México: Cardenas Editor y Distribuidor, 1983, p. 569.

¹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil* in: C.P. de Souza Neto e D. Sarmento (Org.). *Constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 435-453.

¹⁹ GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In *Estudos em homenagem ao professor Sílvio Rodrigues*. Org. José Roberto Pacheco Di Francesco. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 293.

²⁰ No Brasil, após o advento da Constituição da República de 1988 que erigiu como princípios constitucionais a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e a solidariedade social (art. 3º, I), operou-se um substancial deslocamento do eixo da responsabilidade civil que passa a mirar a pessoa do ofendido e não a do ofensor.

reparação dos danos passa a ser a vítima e não mais o ofensor, perdendo-se, por conseguinte, sua função moralizadora²¹.

No âmbito da fixação da indenização, a noção de um direito à compensação da vítima tem especial relevância, porquanto o entendimento da responsabilidade como um mero dever do ofensor, mantém a ótica da responsabilidade civil na pessoa do autor do dano. Dessarte, parece-nos importante pensar a reparação dos danos como um direito do ofendido. Essa concepção, além de amoldar o momento da fixação da reparação pelo magistrado às tendências da moderna teoria da responsabilidade civil, na medida em que a Constituição da República irradia seus efeitos em toda a normativa infraconstitucional, traz outras importantes consequências de ordem prática.

Nesse particular, tratando-se de um direito autônomo derivado da violação de um direito anterior, ele é dotado de certas características, tais como relatividade, patrimonialidade, transmissibilidade, disponibilidade e renunciabilidade. Nesse sentido, justifica-se a posição majoritária dos tribunais e dos autores que admitem a transmissibilidade do direito de exigir a reparação dos danos morais do *de cuius* pelos herdeiros. Sobre o tema, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 978.651-SP, relatora Min. Denise Arruda, acolheu expressamente a tese da transmissibilidade do direito de exigir indenização decorrente de danos morais.

No caso, o filho dos autores da ação de indenização, em abordagem policial, havia sido exposto a situação vexatória e a espancamento pelos policiais militares, acarretando-lhe lesões corporais de natureza leve e danos de ordem extrapatrimonial. Ocorre que a vítima que sofreu os abusos faleceu por outras causas antes do ajuizamento da ação indenizatória pela experiência sofrida ainda em vida. Os pais, então, propuseram ação de indenização visando à reparação do dano moral sofrido pelo filho ainda em vida. O Superior Tribunal de Justiça, mantendo a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, entendeu pela legitimidade ativa *ad causam* ao argumento de que:

²¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil* in: C.P. de Souza Neto e D. Sarmento (Org.). *Constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 435-453.

Interpretando-se sistematicamente os referidos dispositivos legais [arts. 11, 12 e 943 do Código Civil de 2002], infere-se que o direito à indenização, ou seja, o direito de se exigir a reparação de dano, tanto de ordem material como moral, foi assegurado pelo Código Civil aos sucessores do lesado, transmitindo-se com a herança. Isso, porque o direito que se sucede é o de ação, que possui natureza patrimonial, e não o direito moral em si, que é personalíssimo e, portanto, intransmissível.

Nesse contexto, o dano moral, decorrente de violação de direito de personalidade, enseja o direito do lesado à indenização, conforme previsão constitucional (art. 5º, X). Este direito, por sua vez, de acionar o Judiciário para obter a reparação econômica da ofensa moral assume caráter patrimonial, podendo, por conseguinte, ser objeto de sucessão hereditária, nos termos dos arts. 12, parágrafo único, e 943 do Código Civil (antigo art. 1.526 do Código Civil de 1916). É uma verdadeira sucessão de direito de crédito, e não de direito de personalidade, razão por que não lhe é aplicável o disposto no art. 11 do mesmo diploma legal.²²

Não obstante vozes em contrário²³, parece-nos que a decisão do Superior Tribunal de Justiça analisa com extrema tecnicidade a questão do direito à reparação, conferindo-lhe caráter autônomo daquele direito previamente violado. Com efeito, não nos parece razoável admitir que a indenização pecuniária pela violação à dignidade da pessoa humana possa ser a própria dignidade da vítima. Mas, ao revés, trata-se de um direito sucessivo, porém distinto daquele anteriormente lesado²⁴. Dessa forma, não apenas a morte da vítima no curso do processo possibilita a substituição processual pelos herdeiros, mas estes podem ajuizar diretamente a ação por danos morais sofridos em vida pela vítima, ainda que esta não a tenha ajuizado

²² O voto continua: “Com essas considerações doutrinárias e jurisprudenciais, pode-se concluir que, embora o dano moral seja intransmissível, o direito à indenização correspondente transmite-se *causa mortis*, na medida em que integra o patrimônio da vítima. Não se olvida que os herdeiros não sucedem na dor, no sofrimento, na angústia e no aborrecimento suportados pelo ofendido, tendo em vista que os sentimentos não constituem um “bem” capaz de integrar o patrimônio do *de cuius*. Contudo, é devida a transmissão do direito patrimonial de exigir a reparação daí decorrente, nos termos dos arts. 1526, do Código Civil de 1916, e 943 do atual Código Civil.” Resp. 978.651-SP, relatora Min. Denise Arruda, Julg. 17.02.09, 1ª Turma, STJ.

²³ CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. 3ª ed. rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47.

²⁴ No mesmo sentido é a Apelação Cível 2008.001.09434, rel. Des. Suimei Meira Cavaliere, do TJ/RJ: “Dano moral. Sentença de extinção sem conhecimento do mérito, que reconhece a ilegitimidade do Espólio para propor a ação indenizatória. Dano sofrido em vida pela proprietária de veículo segurado pela Ré. Uma vez que tenha a vítima sido atingida em sua dignidade antes de morrer, o direito à indenização transmite-se aos seus herdeiros e, tendo em conta a natureza patrimonial do direito, é justamente do Espólio a legitimidade para reivindicá-lo. Incidência do artigo 515, § 3º do CPC. Omissão na transferência da propriedade de salvados pela seguradora. Negligência geradora de inequívoco dano, a ser ressarcido. Provimento do recurso.”

enquanto viva, em virtude da transmissibilidade do direito à reparação, conforme preceitua o próprio art. 943 do Código Civil.

Feita essa observação, indaga-se qual o conceito do direito à reparação. A sua definição consiste, basicamente, na idéia de remover ou reparar um dano ou prejuízo sofrido por outrem²⁵. Ocorre que, uma vez produzido o fato danoso no mundo empírico, ou seja, operado o dano no mundo dos fatos, é impossível eliminá-lo²⁶. Isto é, tendo o dano sido produzido, não é mais possível, no mundo dos fatos desfazê-lo, mas, tão-somente, caberá, a cessação dos efeitos do dano, seja por intermédio da recomposição específica ou da recomposição pecuniária²⁷.

Tampouco pode-se acreditar que a reparação *in natura*, também chamada de específica, poderá desfazer o dano causado. Adriano De Cupis alerta que nesse tipo de reparação, a vítima obtém uma situação material que corresponde a que existiria se o dano não tivesse sido produzido²⁸. Em outras palavras, não se apaga o dano ocorrido, mas tão-somente alcança-se uma situação substancialmente correspondente. É possível concluir, então, que o direito à reparação da vítima consiste na cessação dos efeitos oriundos da conduta danosa.

2. A extensão da reparação

Um dos maiores problemas para o magistrado ocorre no momento de fixar a extensão da reparação. Nesse sentido, o Código Civil de 2002, na esteira da legislação anterior e do próprio ordenamento como um todo, manteve a adoção do princípio da ampla reparação²⁹ (*restitutio in integrum*), segundo o qual todo o dano experimentado pela vítima deve ser reparado. Em outras palavras, o montante da indenização jamais

²⁵ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações – 10ª ed. reelaborada*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 759. Nesse sentido, também: ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das obrigações em geral*, Tomo I, 10ª Ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 878.

²⁶ DE CUPIS, Adriano. *El daño – Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducion de la 2ª edicion italiana y estudio preliminar por Angel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1975, p. 748. Afirma o autor: “El daño por razones de constante y absoluta imposibilidad no se borra del mundo dos hechos...”.

²⁷ FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*, tradução de António de Arruda Ferrer Correia. S. Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & C.a – Editores, 1938, p. 139.

²⁸ DE CUPIS, Adriano. *El daño – Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducion de la 2ª edicion italiana y estudio preliminar por Angel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1975, p. 748.

²⁹ GARCEZ NETO, Martinho. *Prática da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1970, p. 102/103.

poderá ser inferior ao prejuízo sofrido pelo ofendido. É possível afirmar, por conseguinte, que o direito à reparação tem em vista proteger o lesado do modo mais amplo possível³⁰, conforme preceitua o art. 944, *caput* do Código Civil.

Todavia, uma vez que o dano tenha ocorrido, a verdade é que os seus efeitos continuam a ser produzidos. Esses efeitos podem atingir centros de interesses sequer consideráveis no momento da ocorrência do dano. É preciso identificar quais danos serão indenizados, porquanto o autor da ofensa também não pode responder ilimitadamente, sob pena de produzirem-se consequências inquietantes. Aliás, entendimento contrário poderia “*tornar cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade*”³¹.

Consequentemente, é preciso determinar por quais danos o autor da ofensa responde e, ainda, qual a extensão deles. No que tange à primeira discussão (que danos devem ser reparados), o autor da ofensa não responderá por todos os prejuízos sobrevindos ao fato antijurídico gerador do direito à reparação³². É mister que entre o fato e o dano exista um estreito liame que os una, pois o que se repara é o dano *causado* pelo fato³³. O nexó causal adquire, naturalmente, uma importância fundamental na extensão da indenização, uma vez que ele é quem determinará quais prejuízos serão indenizados³⁴.

A partir dessa colocação, podemos chegar a conclusão de que ainda que a vítima tenha tido inúmeros prejuízos, não necessariamente o autor da ofensa responderá por todos eles. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 325.622-RJ, mantendo a decisão do Tribunal de Justiça

³⁰ FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*, tradução de António de Arruda Ferrer Correia. S. Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & C.a – Editores, 1938, p. 150.

³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 87.

³² ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*, Tomo I, 10ª Ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 879.

³³ PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 187.

³⁴ “Por conta dos responsáveis devem correr, apenas, começam os autores por observar – e di-lo, aliás, freqüentemente, a lei (arts. 798, 804, 1; 807,1) – os danos causados pelo facto, e não todos os danos cronologicamente sobrevindos ao facto.” ANTUNES VARELA, João de Matos. Op. cit., p. 880.

do Estado do Rio de Janeiro³⁵, decidiu que o inadimplemento contratual por si só não é capaz de gerar a responsabilização.

No caso a autora ajuizou ação indenizatória em face de uma administradora de estacionamento de veículos, exigindo reparação pelos danos materiais e morais, alegando que havia deixado o veículo em sua guarda e, que naquele mesmo dia, fora retirado, sem a apresentação do comprovante ou de qualquer outro documento, por seu filho menor e outros dois rapazes que o acompanhavam, um deles maior de idade, que mais tarde se envolveram em acidente automobilístico ao colidirem com um poste de iluminação pública.

Por força do art. 389 do Código Civil, o devedor inadimplente responde pelas perdas e danos decorrente do descumprimento da obrigação. No entanto o STJ, bem como o Tribunal de Justiça, entenderam que a administradora de veículos não poderia responder pelos danos materiais e morais decorrentes do acidente, pois não haveria um liame causal. Com efeito, o prejuízo causado no veículo decorrente da colisão com o poste teve como causa indireta o inadimplemento contratual, mas a sua causa direta reside na posse do veículo pelo filho da autora e sua imprudência na direção.

Sem sombra de dúvida que a colisão só veio a ocorrer porque a administradora do estacionamento descumpriu o contrato de depósito, entregando o veículo à um terceiro (filho da autora). No entanto, ainda que tal colisão seja um dos efeitos danosos para a vítima, o autor da ofensa só responde pelos danos que tenham como causa direta e imediata a sua conduta, nos moldes do art. 403 do Código Civil³⁶.

O que se percebe é que a colisão no poste não decorre necessariamente do inadimplemento contratual, mas este é mera causa indireta, razão pela qual estão excluídos os respectivos prejuízos. Mas isso não implica em dizer que a administradora não responde por nada. Se, por exemplo, a proprietária do veículo, que realizou o depósito, tivesse tido gastos com o retorno para sua casa (como uso de um táxi), certamente tais despesas teriam como causa direta o inadimplemento do contrato e,

³⁵ A decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro foi profundamente analisado por Gustavo Tepedino, que é leitura obrigatória: TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre nexos de causalidade* in: Temas de direito civil, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

³⁶ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela **direto e imediato**, sem prejuízo do disposto na lei processual. (grifo nosso)

consequentemente, seriam indenizados pela administradora. Decorre, portanto, que discussão acerca do prejuízo a serem ressarcidos é resolvida pela *causalidade*³⁷. Em outras palavras, o ofensor só responde pelos prejuízos a que tenha dado causa diretamente³⁸.

Nesse sentido, faz-se notar a dupla função do nexo de causalidade que, além de servir como pressuposto da responsabilidade civil (*an respondeatur*), é o critério da medição da extensão da reparação (*quantum respondeatur*)³⁹. Uma vez solucionado o problema da causalidade, estarão limitados os danos pelos quais responde o ofensor.

Mas, estabelecer a extensão dos danos, por outro lado, é uma tarefa extremamente complexa, pois demanda uma análise do tipo de dano a que esta submetida a apreciação judicial. Em se tratando de danos patrimoniais, o magistrado se utilizará da denominada teoria da diferença para fixar a extensão do dano de cálculo⁴⁰. Por essa teoria, deve-se confrontar a situação em que se encontra o patrimônio da vítima com a situação que se encontraria sem o dano sofrido. Compara-se, portanto, a situação real do patrimônio depois de se ter verificado o evento danoso com o estado imaginário que se apresentaria se este não tivesse ocorrido⁴¹.

Mas, se a teoria da diferença é aplicável ao dano patrimonial, o mesmo não acontece com os danos extrapatrimoniais. Estes tipos de danos têm causado tormentos na doutrina e jurisprudência⁴². Como reparar uma violação à uma situação subjetiva existencial e, por conseguinte, uma lesão à dignidade da pessoa humana⁴³?

³⁷ “O que importa é que o dano seja conseqüência do fato (ato ilícito, ato-fato ilícito, ou fato ilícito *stricto sensu*) que cria a responsabilidade. O princípio da causalidade vige em toda a extensão (...) As perdas e danos não se estendem ao que está fora da relação de causalidade”. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado – tomo 22*. Campinas: Bookseller, 2003, p. 217.

³⁸ Compreendem-se aqui, ainda, os danos em ricochete.

³⁹ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 241. V., também, CRUZ, Gisela Sampaio da, *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 22.

⁴⁰ É importante fazer a distinção entre dano real e dano de cálculo. O primeiro se coloca como a perda efetiva do bem jurídico ao passo que o dano de cálculo é a expressão pecuniária do dano real. Para maior aprofundamento v. PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

⁴¹ FISCHER, Hans Albrecht. Op. cit., p. 24. Nesse sentido, v. ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e Suas Conseqüências*. 4ª Ed. Atual., São Paulo: Saraiva, 1972, p. 214.

⁴² DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002.

⁴³ MORAES, Maria Celina, Bodin de. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 188.

A reparação do dano moral, por conseguinte, possui algumas características especiais que a distinguem do dano patrimonial, pois será impossível, por intermédio dela, reconstituir a situação que existiria anteriormente⁴⁴. Conseqüentemente, a violação à uma situação subjetiva existencial há de conter critérios completamente díspares daqueles utilizados na reparação de valores meramente econômicos. Faz-se mister “*abandonar a idéia de patrimonialização do dano*”⁴⁵ e buscar na proteção à pessoa a efetiva reparação dos danos.

Dessa forma, o norte da reparação dos danos morais deve ser a *compensação integral*. Se a indenização pecuniária não pode desfazer o dano causado, pode, ao menos, proporcionar uma compensação satisfatória ao lesado através da aquisição de bens da vida⁴⁶. A importância dessa noção é extirpar, de vez, todo e qualquer critério matemático para fins de reparação do dano moral.

Para alcançar tal valor, que se pauta pelo arbitramento, é necessária a correta fundamentação da decisão que se assentará em critérios de equidade⁴⁷. Para tal, o magistrado, no momento da fixação deverá expor todas as circunstâncias do caso concreto, especialmente as condições pessoais da vítima, que o levaram a alcançar o valor pecuniário da reparação. Não obstante, o que se vê na prática é justamente o oposto.

Inúmeras são as decisões judiciais, que sem fundamentar adequadamente como fixaram o montante, recorrem à fórmula “*pela observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade fixo em X reais*”⁴⁸. Essa “fórmula”, no entanto, não exterioriza uma correta fundamentação, tampouco autoriza que a parte sucumbente recorra da decisão, porquanto mantém um injustificado e exacerbado subjetivismo do

⁴⁴ “El que ha sufrido un daño no patrimonial, no puede con el equivalente pecuniario alcanzar un resultado final que se acerque a la situación anterior” DE CUPIS, Adriano. *El daño – Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducción de la 2ª edición italiana y estudio preliminar por Angel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1975, p. 766.

⁴⁵ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 114.

⁴⁶ FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*, tradução de António de Arruda Ferrer Correia. S. Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & C.a – Editores, 1938, p. 237.

⁴⁷ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*, Tomo I, 10ª Ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 607.

⁴⁸ Observe-se o acórdão da apelação cível 2008.001.27470 do TJ/RJ: “Apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c danos morais. Negativação indevida em cadastro restritivo ao crédito. Dano moral configurado. Manutenção do quantum arbitrado, pois consoante com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Recurso ao qual se nega seguimento pois que manifestamente improcedente nos termos do art. 557, do CPC”. No voto ficou consignado que “não merece reparo o quantum arbitrado, pois consoante com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pelo que se mantém a condenação em R\$6.000,00 (seis mil) reais”. A dúvida que surge é em relação à forma de incidência dos princípios na fixação do quantum. O voto, no entanto, não explica.

magistrado. É indispensável, portanto, que o juiz exponha todas as condições particulares do caso para fundamentar corretamente a decisão⁴⁹. Como lembra Antonio Lindbergh Montenegro:

Como quer que seja, a técnica mais recomendável é aquela que se determina declarem, especificamente, a comprovação, qualificação e avaliação dos fatos prejudiciais que se encontram inseridos na relação de causalidade. Com essa providência, o juiz põe à mostra os fundamentos de fato e de direito que serviram de base de cálculo indenizatório, de modo que, a uma simples leitura, permita uma visão da sua justiça ou injustiça, ante as partes e os tribunais *ad quem*, caso de recurso

A importância de identificar essas particularidades é que, além de dar um conforto maior ao magistrado no momento de fixar o *quantum respondeatur*, permite que o réu possa demonstrar a eventual inexistência de uma dessas condições e, por conseguinte, reduzir o montante, garantindo-se a compensação integral, e a ampla defesa e o contraditório. E a verdade é que quanto mais condições o juiz verificar, maior será o *quantum* e menor será o subjetivismo.

3. A culpa no *quantum respondeatur*

Conforme vimos, a indenização pauta-se pela extensão do dano, que é analisado a partir do problema da causalidade. Em outras palavras, o montante conferido à vítima a título de indenização deve compreender a totalidade do dano sofrido⁵⁰.

Mas asseverar que o conteúdo da indenização está ligado ao nexo causal não resolve, por inteiro, o problema da quantificação. Ora, se, como insistimos, a extensão do dano é critério adequado para medir o direito à reparação, cumpre esclarecer se ela é realmente o único critério válido para a fixação do *quantum respondeatur*. Nesse contexto é que se insere o tema referente à influência do grau de culpa do ofensor no momento do *quantum* indenizatório, discussão cada vez mais freqüente nas ações de indenização junto aos tribunais pátrios.

⁴⁹ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh. Ressarcimento de danos. 8ª ed. ampliada e atualizada pelo novo código civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 227.

⁵⁰ LARENZ, Karl. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958-1959, p. 197.

É preciso ressaltar inicialmente que o Código Civil de 2002, seguindo a linha da tradição germânica⁵¹ e do Código Civil de 1916 adotou, em regra, o princípio da não influência do grau de culpa no *quantum respondeatur*. Dessa forma, a atuação dolosa ou meramente culposa do ofensor, seja responsabilidade contratual ou extracontratual, não tem qualquer relevância para fins de quantificação da indenização⁵², mas apenas para fins de imputação de responsabilidade. Aliás, essa é a disposição do art. 403 do Código Civil:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.⁵³

Nesse contexto, percebe-se que em relação à indenização, a conduta culposa ou dolosa do ofensor é indiferente, porquanto, ainda que a sua culpa seja leve, o dano causado poderá ser enorme, assim como nem sempre quem age com dolo causa um dano grave. Em verdade, a culpa é um elemento estranho ao dano,⁵⁴ por ter um cunho eminentemente subjetivo e, portanto, não *deveria* ter qualquer influência no *quantum respondeatur*⁵⁵.

Todavia, essa discussão, longe de ser pacífica, foi renovada em dois momentos históricos. O primeiro quando da admissão da ressarcibilidade do dano moral, em que se procurou colocar ao lado do caráter compensatório, um caráter punitivo. Por outro lado, o Código Civil de 2002, apesar de estabelecer a irrelevância

⁵¹ O § 276 do BGB determina que “O devedor tem, desde que diversamente não esteja convencionado, de responder por dolo e culpa. Age culposamente quem desprezar os cuidados exigíveis no tráfico”.

⁵² SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Obrigações em geral. Vol. II. 6ªed. rev. e atual. pelo prof. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1995, p. 347.

⁵³ O art. 1060 do Código Civil de 1916 tem redação idêntica: Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato.

⁵⁴ DE CUPIS, Adriano. *El daño – Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducion de la 2ª edicion italiana y estudio preliminar por Angel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1975, p. 302. “É certo que a maior ou menor gravidade da falta não influi sobre a indenização, a qual só se medirá pela extensão do dano causado. A lei não olha para o causador do prejuízo a fim de medir-lhe o grau de culpa e, sim, para o dano, a fim de avaliar-lhe a extensão” ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e Suas Conseqüências*. 4ª Ed. Atual., São Paulo: Saraiva, 1972, p. 199.

⁵⁵ “Na realidade, se a extensão da obrigação de reparação não depende da gravidade da culpa, é que toda a culpa obriga moralmente à reparação integral” RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 241.

da culpa para quantificação, introduziu expressamente, no parágrafo único do art. 944⁵⁶, a gradação da culpa do ofensor para fins de redução da indenização.

A primeira discussão, ligada ao caráter punitivo, levanta um questionamento muito emblemático: deve o direito civil punir o ofensor? Atualmente, percebe-se um movimento dos tribunais para incluir, com indesejada freqüência, o grau de culpa do agente como critério de fixação do *quantum respondeatur*⁵⁷, cujo fundamento seria a punição do autor do fato da ofensa ou o desestímulo à sua conduta danosa.⁵⁸

No entanto, é preciso recordar que operou-se uma cisão entre a responsabilidade civil e penal. Enquanto o direito penal visa a punir o ofensor valorando o ato reprovável, o direito civil busca apenas fazer cessar os efeitos danosos do ato. O grau de culpa do ofensor, portanto, tem ampla justificação no campo penal⁵⁹, ao passo que perderia qualquer relevância no âmbito civil. Diga-se a propósito que o primeiro critério na fixação da pena no juízo criminal é a culpabilidade (reprovabilidade) do ato, de acordo com o art. 59, *caput* do Código Penal⁶⁰. O direito à reparação, por outro lado, possui uma natureza notadamente diferente da pena⁶¹,

⁵⁶ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

⁵⁷ Note-se o julgamento, no STJ, do Recurso Especial 677825 / MS “Civil e processual civil. Ausência de prequestionamento. Incidência das súmulas ns. 282 e 356 do STF. Ação de indenização. Dano moral. Arbitramento moderado. Juros moratórios e correção monetária. Termo inicial. 1. O prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados constitui requisito indispensável à admissibilidade do recurso especial. Incidência das súmulas ns. 282 e 356 do STF. 2. A revisão do valor da indenização por danos morais apresenta-se inviável em sede de recurso especial, na medida em que, arbitrado com moderação na instância ordinária, guarda proporcionalidade com a gravidade da ofensa, o *grau de culpa* e o porte sócio-econômico do causador do dano. 3. Na seara da responsabilidade extracontratual, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso (súmula n. 54 do STJ). 4. Em casos de responsabilidade extracontratual, o termo inicial para a incidência da correção monetária é a data da prolação da decisão em que foi arbitrado o valor da indenização 5. Recurso especial parcialmente conhecido e provido. No mesmo sentido são vários os julgados do STJ: REsp 967644 / MA, REsp 780548 / MG, REsp 882323 / RS, REsp 687709 / MG, REsp 816568 / SP, AgRg no Ag 884139 / SC, dentre outros.

⁵⁸ LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 252.

⁵⁹ DE CUPIS, Adriano. *El daño – Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducion de la 2ª edicion italiana y estudio preliminar por Angel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1975, p. 304.

⁶⁰ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (...).

⁶¹ Além do veto do art. 16 do Código de Defesa do Consumidor e da rejeição da inclusão do parágrafo segundo ao art. 944 do Código Civil pelo Projeto de Lei 6.960/02, parece-nos que nosso legislador, mais uma vez, se posicionou pela separação entre reparação civil e responsabilidade penal. A lei 11.719/08, que alterou o Código de Processo Penal, autorizou o magistrado criminal a fixar o valor mínimo da reparação. Repare-se que a lei 11.719/08 deixou claro que na fixação da reparação dos danos pelo juiz

porquanto tem a pretensão exclusiva de fazer cessar o dano sofrido pela vítima, buscando, sempre, a reparação integral do dano.

No entanto, ainda que se pudesse admitir o caráter punitivo da responsabilidade civil, o que se faz apenas para fins de argumentação, ele teria que ser necessariamente no sentido de agravamento (leia-se majoração) do *quantum* indenizatório⁶². Nesse sentido Yussef Said Cahali afirma que o grau de culpa do ofensor tem influência na fixação da indenização para agravar ou tornar mais extensa a reparação devida⁶³. Contudo, o Código Civil não autoriza esse entendimento, pois, de acordo com o art. 944 do Código Civil, *caput*, a reparação jamais poderá superar o dano sofrido⁶⁴.

Alguns autores afirmam, ainda, que essa função punitiva poderia resolver os problemas das baixas indenizações a título de danos extrapatrimoniais, permitindo-se uma efetiva tutela da pessoa humana⁶⁵. Parece-nos, contudo, que a tutela da pessoa

criminal, este deverá considerar os “prejuízos sofridos pela vítima”. A reforma, portanto, evidencia que a sentença penal condenatória terá dois momentos: (i) a fixação da pena, que leva em consideração a culpabilidade do autor do fato e (ii) a fixação da reparação, que leva em consideração os prejuízos suportados pela vítima. A razão de ser da reforma foi possibilitar uma reparação mais rápida da vítima, conforme exposição de motivos do Rel. Dep. Ibrahim Abi-Ackel “Acresce, em benefício da vítima, inciso (VII) ao art. 387, que trata da sentença condenatória, determinando que esta fixe o valor mínimo para reparação dos danos provocados pela infração penal, *considerados os prejuízos sofridos pelo ofendido*” (grifo nosso). Este foi, também, o parecer da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania de relatoria do Dep. Regis de Oliveira “A presente emenda, permitindo ao juiz fixar na elaboração da sentença um valor mínimo para reparação de danos, vem reduzir a necessidade da ação civil *ex delicto*, pois quando a *afecção do prejuízo suportado* pela vítima for de fácil constatação o juiz poderá determiná-la na própria sentença condenatória. Esta situação agradará a vítima que verá seu patrimônio mais rapidamente recomposto e também trará benefícios ao Estado que terá uma diminuição de ações indenizatórias” (grifo nosso). Fica claro, portanto, a opção legislativa em que, na fixação da indenização pelo magistrado do juízo criminal, o *quantum respondeatur* deverá se pautar pelos prejuízos suportados da vítima, ou, ainda melhor, pela extensão dos danos sofridos pelo lesado. “Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (...) IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”.

⁶² CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 93.

⁶³ CAHALI, Yussef Said. CAHALI, Yussef Said. *Dano e indenização*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 135.

⁶⁴ Apesar do dispositivo legal admitir expressa e unicamente a possibilidade de redução, alguns autores afirmam a possibilidade de majoração da indenização no caso de dolo. “Como também afirmamos, há o outro lado do fenômeno: nada está a impedir que a indenização seja imperceptivelmente exacerbada quando há elevado grau de culpa ou dolo. Haverá, sem dúvida, jurisprudência que será carreada para esse lado” (VENOSA, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 202. Parece-nos, no entanto, que a nossa legislação não admite essa interpretação, não existindo qualquer texto que autorize o juiz a aumentar a condenação se há ilícito intencional.

⁶⁵ LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 385.

humana, reside, em verdade, na reparação integral da vítima. A solução não se afigura na imposição de um caráter punitivo, mas, antes, reside na conscientização da cultura jurídica brasileira, ainda patrimonialista, de que a pessoa é o valor máximo do ordenamento⁶⁶. Essa conscientização, por si só, já é suficiente para operar uma mudança em nossos tribunais que, atentando à *clausula geral de tutela da pessoa humana*, traria um aumento significativo das compensações em razão de danos extrapatrimoniais⁶⁷.

Dessa forma, percebe-se que a culpa, em regra, não tem qualquer relevância para fins de quantificação, sendo lícito afirmar que o Código Civil de 2002 manteve o princípio da irrelevância da culpa para fins de fixação da indenização. Todavia, como se depreende da leitura do art. 944, parágrafo único do mesmo diploma legal, tal princípio não foi adotado em termos absolutos, admitindo-se a sua redução (e apenas a sua redução) quando houver excessiva desproporção entre o grau de culpa do ofensor e o dano.

4. A indenização equitativa do art. 944, parágrafo único do Código Civil

Como vimos, o pilar da responsabilidade civil é o princípio da reparação integral da vítima. Através deste postulado, o direito à reparação do lesado implica na possibilidade de obter a reparação plena do seu patrimônio diminuído e/ou a compensação integral pelos danos extrapatrimoniais sofridos, restaurando-se o equilíbrio comprometido. Daí que o Supremo Tribunal Federal já havia se pronunciado sobre a inconstitucionalidade da tarifação do dano moral⁶⁸, vedando-se qualquer limitação genérica e abstrata.

⁶⁶ “Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da república, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do §º 2º do art. 5º, no sentido de não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*, tomada como valor máximo pelo ordenamento” TEPELINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. In: *Temas de direito civil – tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 13.

⁶⁷ SCHREIBER, Anderson. *Arbitramento do dano moral no novo Código Civil* in: Revista Trimestral de Direito Civil, Vol. 12, Rio de Janeiro: Padma, 2002, p. 21.

⁶⁸ EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO: TARIFAÇÃO. Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa, art. 52: NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88, artigo

Observe-se, no entanto, que o art. 944, parágrafo único do Código Civil consiste numa redução dependente de uma análise casuística, ou seja, é uma redução que tem seu ponto de origem nas especificidades do caso concreto, atendendo à equidade. Dessa forma, o dispositivo somente autoriza a redução fundada num juízo de equidade, através de uma ponderação dos interesses concretamente considerados.

Não se pode olvidar, também, que a limitação da indenização sempre foi uma reivindicação da doutrina nacional⁶⁹. Agostinho Alvim, sob o pálio do Código Civil de 1916, afirmava que a classificação da infração não teria qualquer influência no *quantum respondeatur*, mas somente no sentido de atribuir ou não a responsabilidade⁷⁰. O citado autor, no entanto, advogando pelo princípio da reparação integral, lembrava da necessidade de, em alguns casos, permitir que o julgador reduzisse o montante da indenização:

Sucedem, às vezes, que, por culpa leve, sem esquecer uma dose de fatalidade, como acentua Rossel, vê-se alguém obrigado a reparar prejuízos de vastas proporções. O juiz poderia sentir-se inclinado a negar a culpa, para evitar uma condenação que não comporta meio-termo. É verdade que o juiz não deve fazer isso, mesmo porque a dureza é da lei e não dele. Mas o certo é que, se em casos tais ele não tiver algum arbítrio, não se evitarão os julgamentos por sentimentalismo, impropriamente ditos por equidade⁷¹.

5º, incisos V e X. RE INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS a e b. I. - O acórdão recorrido decidiu que o art. 52 da Lei 5.250, de 1967 - Lei de Imprensa - não foi recebido pela CF/88. RE interposto com base nas alíneas a e b (CF, art. 102, III, a e b). Não-conhecimento do RE com base na alínea b, por isso que o acórdão não declarou a inconstitucionalidade do art. 52 da Lei 5.250/67. É que não há falar em inconstitucionalidade superveniente. Tem-se, em tal caso, a aplicação da conhecida doutrina de Kelsen: as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, com esta incompatíveis, não são por ela recebidas. Noutras palavras, ocorre derrogação, pela Constituição nova, de normas infraconstitucionais com esta incompatíveis. II. - A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial - C.F., art. 5º, V e X - desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição. III. - Não-recepção, pela CF/88, do art. 52 da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa. IV. - Precedentes do STF relativamente ao art. 56 da Lei 5.250/67: RE 348.827/RJ e 420.784/SP, Velloso, 2ª Turma, 1º.6.2004. V. - RE conhecido - alínea a -, mas improvido. RE - alínea b - não conhecido" (RE 396386/SP, rel. Min. Carlos Velloso). Não se pode esquecer, contudo, que o próprio STF, no julgamento da ADPF 130 declarou não recepcionada a Lei de Imprensa pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁶⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. rev., atualizada de acordo com o código civil de 2002 e aumentada por Rui Bedford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1039. Nesse sentido, também lembra Silvio Rodrigues "Tal solução [reparação integral] por vezes se apresenta injusta, pois não raro de culpa levíssima resulta dano desmedido para a vítima" RODRIGUES, Silvio. *Direito civil, v. 4. Responsabilidade civil* - 20ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 188.

⁷⁰ ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e Suas Conseqüências*. 4ª Ed. Atual., São Paulo: Saraiva, 1972, p. 199.

⁷¹ *Ibidem*, p. 201.

Aliás, a inclusão de outros critérios, que não a extensão do dano, no momento da fixação da indenização não é desconhecida das propostas legislativas no Brasil. O anteprojeto do Código de Obrigações de 1941 já previa no art. 172 que o juiz fixaria a indenização de acordo com a gravidade da culpa. O Projeto de Obrigações de 1965, também dispunha em seu art. 879 que na reparação dos danos morais, o juiz arbitraria moderada e eqüitativamente a indenização⁷², afastando-se, também, da extensão do prejuízo.

Na experiência estrangeira, também são conhecidas as normas limitativas de indenização com base na eqüidade. O principal dispositivo, e que serviu de inspiração para a nossa lei civil⁷³ vigente é o art. 44, segunda parte do Código de Obrigações Suíço. O citado artigo de lei admite a redução desde que o ofensor não tenha agido com dolo ou culpa grave e de modo a evitar o sacrifício do devedor.

Art. 44 IV. Redução de compensação

1 – O juiz pode reduzir as perdas e danos, ou mesmo não os conceder, quando a parte lesada consentiu com a lesão ou quando os fatos de que ela é responsável contribuíram para a ocorrência do dano, para o seu aumento, ou quando eles agravaram a situação do devedor.

2 - Quando o dano não for causado intencionalmente ou por efeito de grave negligência ou imprudência, e a sua compensação for susceptível de expor o devedor a sacrifício, o juiz pode reduzir as perdas e danos eqüitativamente.

O Código Civil Português, por sua vez, no artigo 494⁷⁴ prescreve que quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indenização ser fixada, eqüitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação econômica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem⁷⁵. Ainda no que tange à experiência

⁷² Lembramos que Caio Mário da Silva Pereira, autor do projeto, admitia que o dano moral possuísse um caráter de punição ao ofensor. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 338.

⁷³ GOMES, Orlando. *Memória justificativa do anteprojeto de reforma do código civil*. Departamento de Imprensa Nacional, 1963, p. 20.

⁷⁴ Art. 494 (Limitação da indemnização no caso de mera culpa) Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, eqüitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.

⁷⁵ Outros Códigos também prevêm a possibilidade de redução da indenização, a exemplo do Código Civil Espanhol e Argentino nos artigos 1.103 e 1.069 respectivamente. Art. 1.103 (Espanha): La

estrangeira, é importante notar os estudos do Grupo Europeu do Direito de Responsabilidade Civil (European Group on Tort Law)⁷⁶. Este grupo de estudiosos da Europa estabeleceu, em 2005, os Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil e, no título destinado à obrigação de indenizar, firmaram entendimento no sentido de limitar a indenização.

Secção 4. Limitação da indemnização

Art.10:401. Limitação da indemnização

Excepcionalmente, se face à situação económica das partes a reparação integral constituir um encargo opressivo para o réu, a indemnização pode ser reduzida. Para tomar esta decisão, deve ter-se em consideração, especialmente, o fundamento da responsabilidade (art.1:101), a extensão da protecção do interesse (art. 2:102) e a dimensão do dano⁷⁷.

O que se verifica, portanto, é uma tendência mundial no sentido de permitir uma redução no valor da indenização conferida à vítima, e que tem sido aplaudida por parte da doutrina⁷⁸. No entanto, levando-se em consideração a evolução que vem se operando dentro da responsabilidade civil no último século, no sentido de protecção da vítima, poder-se-ia afirmar que essa tendência é um verdadeiro retrocesso⁷⁹, porquanto permitiria que o lesado não fosse integralmente ressarcido, não alcançando, por conseguinte, a sua função.

Nesse ponto, é forçoso reconhecer que uma interpretação exclusivamente literal do dispositivo poderia, realmente, configurar um retorno ao primitivo estado da responsabilidade civil ao vincular a redução exclusivamente ao grau de culpa do

responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos. Art. 1.069 (Argentina): El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este Código se designa por las palabras 'pérdidas e intereses'. Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable.

⁷⁶ O Grupo Europeu do Direito de Responsabilidade Civil é um grupo de estudiosos de responsabilidade civil formado em 1992 pelo professor Jaar Spier e se encontra regularmente para discutir questões fundamentais da reparação dos danos e os seus rumos. Disponível em <http://www.egtl.org/>, acesso em 04.07.2008.

⁷⁷ Disponível em <http://www.egtl.org/>, acesso em 04.07.2008.

⁷⁸ "O dispositivo [art. 944, parágrafo único] é salutar tanto para permitir a reparação integral do dano como para impedir o excesso da condenação, que tem acontecido com razoável e indesejada frequência" DIREITO, Carlos Alberto Menezes e CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil. Da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios*. Volume XIII (arts. 92 a 965). Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 333.

⁷⁹ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 172.

ofensor⁸⁰. Mas, para uma adequada análise do problema, é preciso, então, superar a interpretação literal para encontrar, através de uma interpretação axiológica, sistemática e modificativa⁸¹, a *ratio juris* do dispositivo.

O direito à reparação, como vimos alhures, é um direito subjetivo autônomo. Ora, se a reparação é o poder conferido à vítima para obter certa realização de seu interesse próprio, recomposição do patrimônio e/ou compensação pela violação de cunho extrapatrimonial, é possível identificar a reparação como um direito subjetivo da vítima. Nesse sentido, deve-se reconhecer, também, que o direito à reparação não é ilimitado, mas ao contrário, sofre todas as limitações oriundas do ordenamento.

Com efeito, o exercício do direito de reparação exige a sua harmonização com os princípios e valores constitucionais e, portanto, não pode ser utilizado com um fim distinto daquele idealizado pelo legislador. Os direitos são concretizados num ambiente social, em razão de sua função e em conformidade com os princípios e valores da sociedade. Observa-se, então, que no tocante ao direito à reparação, terá especial importância os princípios da dignidade da pessoa humana e solidariedade social, norteadores da responsabilidade civil, insculpidos nos arts. 1º, III e 3º, I e III da Carta Magna.

Verifica-se, por conseguinte, que o direito à reparação da vítima não é um valor considerado em si mesmo, nem tampouco é absoluto⁸². Ele é relativo e deve ser analisado pelo juiz levando-se em consideração o todo. Isto é, a solução para a

⁸⁰ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. V., também, KONDER, Carlos Nelson, *A redução eqüitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil*. In: Revista trimestral de direito Civil, vol. 29. Rio de Janeiro: Padma, 2007.

⁸¹ “Para realizar-se a interpretação modificativa, é de suma importância investigar, mediante o emprego dos processos interpretativos comuns, quais as situações que determinaram a norma e como o legislador as apreciou e regulou. Dessa investigação preliminar, pode-se concluir, eventualmente, que as situações contempladas se apresentem, hoje, modificadas ou que elas já não existam, assim se tornando inoperante a *ratio legis*, donde a consequência de se levantar, sobre a idéia fundamental da norma, um preceito mais restrito que, sem lhe contradizer o espírito, melhor se harmonize com as necessidades reais e sociais, sujeitas à disciplina do direito” RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5ª ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 498.

⁸² “O individualismo jurídico firmara a diretriz de que podiam ser exercidos como aprovesse ao titular, tomando ao pé da letra o princípio *neminm laedit qui suo jure utitur* A reação desencadeou-se no começo do século, como tendência para admitir a relatividade dos direitos” GOMES, Orlando. *Introdução ao estudo do direito*. Revista atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 119. “A idéia do absoluto, de que outrora se impregnavam os direitos, se tornou obsoleta” MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 292.

quantificação da indenização deverá ser resolvida à luz do inteiro ordenamento jurídico⁸³ e, em especial, dos seus princípios fundamentais, sob pena de não ser merecedor de tutela.

O direito à reparação dos danos, portanto, exercerá sua função sempre que, observando os valores constitucionais, restaurar o equilíbrio comprometido pelo fato antijurídico gerador de responsabilidade civil, mediante a cessação dos seus efeitos danosos. Por conseguinte, quando o ofensor é obrigado a *reparar integralmente* os prejuízos sofridos pela vítima, cessam-se os efeitos danosos do fato, e restaura-se o equilíbrio outrora comprometido. Esta é a sua função e a razão de sua tutela constitucional.

No entanto, é preciso observar outro quadro: quando a reparação *integral*, ao invés de restaurar o equilíbrio comprometido, gera consequências ainda mais danosas. O que se nota nessa situação é que os efeitos do dano são apenas transferidos para a figura do ofensor sem, contudo, serem extintos. Se persiste o resultado danoso, mas agora para o lesante, torna-se impossível o restabelecimento do necessário equilíbrio e, conseqüentemente, o direito à reparação não alcança sua função.

Se o princípio fundamental do nosso Estado é a proteção da pessoa humana, parece-nos que a dignidade do ofensor e a solidariedade social também entram na equação no momento da reparação. A *ratio* da redução eqüitativa prevista no art. 944, parágrafo único, portanto é a solidariedade social, porquanto, em determinadas situações, quando contrapostos certos interesses, deverá ser repartido o prejuízo entre ofensor e ofendido.

Dessa forma, o juiz deverá investigar no caso concreto o rumo que tomou o direito à reparação da vítima. Se a direção for incompatível com o *espírito* do instituto, isto é, com a funcionalização através dos valores constitucionais, a reparação integral estará excedendo os seus limites⁸⁴ e, portanto, não será merecedora de tutela. Mas essa análise consistirá numa ponderação que levará em conta uma série de fatores,

⁸³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 5.

⁸⁴ Art. 187 do Código Civil. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

tais como o interesse juridicamente protegido lesionado, a situação econômica do ofensor, a magnitude do dano e todos os demais elementos que o juiz considerar relevantes para o deslinde.

Se, em regra, o critério da reparação do dano é a exata extensão do prejuízo, ele é, também, um critério extremamente rígido, o que impossibilita a justa solução pelo magistrado⁸⁵. É necessário que o princípio da reparação possua uma certa *elasticidade*, que se compatibilize com a própria natureza da responsabilidade civil e com a variedade de situações que se apresentarão diante do juiz⁸⁶. E o parágrafo único do citado dispositivo, através do uso da equidade, outorga essa necessária elasticidade ao magistrado.

Observa-se, portanto, que a redução equitativa prevista no parágrafo único do art. 944 do Código Civil encontra seu fundamento na realização da função social do direito à reparação para que, respeitando os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e solidariedade social, seja possível restaurar o equilíbrio comprometido, cessando, por conseguinte, os efeitos danosos do fato antijurídico, pois dentro de uma visão solidarista⁸⁷ quando presentes os requisitos para a redução, lesante e lesado deverão repartir os prejuízos.

Contudo, vale frisar, que a limitação da indenização com base no dispositivo em comento só se justifica em casos *extremos* em que a integral extensão do prejuízo levaria a resultados devastantes⁸⁸, pois, em regra, a função social do direito à reparação é exercida através da *restitutio in integrum*, princípio constitucionalmente protegido.

⁸⁵ Agostinho Alvim já falava da necessidade de se permitir uma maior flexibilidade da lei (ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e Suas Conseqüências*. 4ª Ed. Atual., São Paulo: Saraiva, 1972, p. 201).

⁸⁶ DE CUPIS, Adriano. *El daño – Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducion de la 2ª edición italiana y estudio preliminar por Angel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1975, p. 310.

⁸⁷ Marcelo Calixto também chega à essa conclusão: “O fundamento mais correto parece ser a solidariedade social (Constituição da República, art. 3º, I), o que implicaria, igualmente, a necessidade de a reparação ser equitativa, de forma a não deixar a vítima do dano exposta ao total desamparo, ao mesmo tempo em que veda que a indenização acarreta a ruína do ofensor” CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 52.

⁸⁸ VAN BERGH, Roger and VISSCHER, Louis. The principles of european tort law: the right path to harmonization?. German working papers in law and economics. Paper 8, vol. 2006, p. 21, disponível em <http://www egtl.org/publications.htm>, acesso em 04.07.2008.

5. Requisitos da redução

É de se indagar, portanto, quais são os requisitos autorizadores da redução equitativa. Não obstante o magistrado possa se utilizar de inúmeros fatores que entenda relevantes para a fixação da indenização (tais como o interesse juridicamente protegido violado, a relação jurídica, ora apresentada, etc.), o parágrafo único do art. 944 do Código Civil aponta apenas dois requisitos, quais sejam: o grau de culpa do ofensor e a desproporção do dano. Somente quando presentes ambos os requisitos é que poderá o juiz se valer da referida cláusula de redução.

A graduação da culpa é um elemento de extrema discussão até hoje. Ela se divide, tradicionalmente, em culpa grave (*lata*), culpa leve e culpa levíssima⁸⁹. A culpa grave consiste no erro de conduta grosseiro, isto é, a ausência dos cuidados mais elementares. A culpa leve, por sua vez, é tida como o erro de conduta que não seria cometido pelo homem diligente, bom pai de família (*bonus pater familia*). A culpa levíssima, por fim, é o desvio de conduta que só não seria realizado por um homem diligentíssimo (*optimus pater familia*), ou seja, é o erro de conduta só evitável com atenção extraordinária⁹⁰. Ao lado desta classificação, acrescenta-se o dolo, considerado como a intenção de provocar o dano.

Objeto de inúmeras críticas pela doutrina⁹¹, é de se indagar se essa classificação da gravidade da culpa ainda se justifica no contexto atual. As constantes mudanças sociais e jurídicas dentro da responsabilidade civil conduziram os intérpretes à novas concepções acerca da noção de culpa. De fato, se durante muito tempo a culpa foi tida como a pedra angular do sistema de responsabilidade civil, atualmente o seu papel encontra-se deveras atenuado.

O abandono de uma noção de culpa atrelada exclusivamente à um juízo de reprovação moral da ação do indivíduo⁹² foi uma consequência normal das

⁸⁹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil. Obrigações em geral*. Vol. II. 6ªed. rev. e atual. pelo prof. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1995, p. 344).

⁹⁰ *Ibidem*, p. 344.

⁹¹ BERNARDO, Wesley de Oliveira Lousada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁹² MORAES, Maria Celina, Bodin de. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 210.

insuficiências que essa doutrina abarcava, buscando a denominada concepção normativa da culpa que se baseia na idéia de um erro de conduta. A diferença da concepção psicológica para a concepção normativa é que nesta não se exige a busca de elementos subjetivos do agente, mas um agir conforme um padrão de conduta (*standard*). A culpa aqui passou a representar a violação de um arquétipo de conduta⁹³.

O ponto fundamental acerca da gravidade da culpa para redução da indenização é que, em se admitindo a concepção objetiva da culpa, tornar-se-ia inútil a classificação da culpa em *lata*, leve ou levíssima. Essa tripartição só faz sentido dentro de uma visão subjetiva da culpa, associada à maior ou menor reprovação da conduta⁹⁴. No entanto, se o conceito mais objetivo da culpa tem como “*principal característica considerar a culpa como simples desvio de um padrão de conduta socialmente previsto e imputável ao agente*”⁹⁵, basta que se configure o desvio para que surja o dever de indenizar, desprezando-se, por conseguinte, a maior ou menor reprovação do agir do lesante.

Dessa forma, a necessária releitura do Código à luz da Constituição e dos valores predominantes no sistema de responsabilidade civil, com a adoção da culpa normativa, leva a crer que o magistrado deve fazer uma análise da *conduta* do ofensor e não do grau de sua culpa⁹⁶.

Conseqüentemente, o juiz fará uma verificação entre a conduta adotada pelo lesante e o padrão de conduta a ser seguido naquele caso concreto. Quanto mais afastada estiver, menor será a possibilidade de reduzir a indenização, entretanto, quanto mais próxima for do modelo pré-estabelecido, maior será a possibilidade de aplicar o dispositivo em comento.

⁹³ Ibidem, p. 212.

⁹⁴ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 112.

⁹⁵ Ibidem, p. 308.

⁹⁶ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Art.944 do Código Civil: O problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

Essa interpretação, além de estar em acordo com a concepção objetiva da culpa⁹⁷, supera o grave inconveniente, aduzido por alguns doutrinadores, no sentido de inaplicabilidade do parágrafo único do art. 944 do Código Civil à responsabilidade objetiva. Partindo-se da *conduta* do autor da ofensa, é possível que o agir do lesante esteja em perfeita conformidade com o modelo de conduta do caso concreto – hipótese de responsabilidade objetiva por ato lícito. Ora, em não havendo dissonância entre a conduta e o *standard*, poder-se-á admitir a redução eqüitativa da indenização.

Por outro lado, no que diz respeito ao segundo requisito, ou seja, o dano desproporcional, este revela a excepcionalidade da medida. Como dissemos anteriormente, a presente redução não pode ser adotada como a regra geral, mas apenas em situações em que, presentes os requisitos, a reparação integral estaria em desconformidade com a sua função. O que se percebe do dispositivo em comento, portanto, é que danos compatíveis com a *conduta* do ofensor não poderão ser objeto de redução⁹⁸.

A dificuldade que se apresenta é a comparação entre a conduta e o dano, porquanto a conduta, enquanto ação ou omissão, é um elemento de todo e em todo estranho e alheio à magnitude do dano. Para proceder à essa análise, portanto, o juiz deverá se valer das particularidades do caso concreto buscando um juízo de proporcionalidade *in concreto*. Ou seja, ele investigará se normalmente a conduta do ofensor, sob a influência das particularidades do caso concreto, teria o condão de produzir dano de tamanha magnitude. Se a resposta for positiva, então, o magistrado ficará impossibilitado de reduzir a indenização. No entanto, faz-se o alerta de que dificilmente existirá uma correspondência exata entre a conduta e o dano e, por conseguinte, o magistrado deve proceder com extrema cautela. Este requisito, apesar

⁹⁷ CALIXTO, Marcelo Junqueira. Loc. cit., p. 359.

⁹⁸ Nesse sentido, também, DIREITO, Carlos Alberto Menezes e CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil. Da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios*. Volume XIII (arts. 92 a 965). Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. KONDER, Carlos Nelson, *A redução eqüitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil*. In: Revista trimestral de direito Civil, vol. 29. Rio de Janeiro: Padma, 2007. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Art.944 do Código Civil: O problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

de muitas vezes não ser observado pelos Tribunais⁹⁹, é de fundamental importância, pois limita o espaço de aplicação da redução da indenização. Com efeito, somente situações *excepcionais* em que o dano seja descomunal poder-se-á reduzir a indenização.

Apesar dos dois requisitos expressamente previstos no dispositivo, parte da doutrina tem buscado incluir mais um: o limite humanitário, ao argumento de que somente quando a reparação integral puder comprometer o estatuto jurídico do patrimônio mínimo da vítima é que poder-se-ia aplicar a referida redução equitativa¹⁰⁰.

Se diante dos novos ditames constitucionais, a proteção humana projeta seus efeitos na defesa de um patrimônio mínimo que garanta uma vida digna¹⁰¹, não nos parece que tal estatuto mínimo seja um requisito da redução prevista no art. 944

⁹⁹ Pode-se observar, neste sentido, o julgamento da Apelação Cível 2006.001.55817, Des. Rel. Ademir Pimentel da 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que restou assim ementado: “AÇÃO ORDINÁRIA DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. CHEQUES FURTADOS CUJO FURTO FOI COMUNICADO AO ESTABELECIMENTO DE CRÉDITO. PROTESTO REALIZADO POR TERCEIROS E EM RAZÃO DO QUAL O BANCO, MESMO CIENTE DA SUSTAÇÃO, BLOQUEOU A SUA MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA, INCLUSIVE OS SEUS SALÁRIOS COMO PROFESSOR DA UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE. DAMNUM IN RE IPSA. VALOR INDENIZATÓRIO COMPATÍVEL COM O DANO EXPERIMENTADO E DENTRO DOS CRITÉRIOS UTILIZADOS PELA CORTE. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO COM BASE NO ART. 557 DO CPC.I - O banco responde objetivamente pelos danos causados ao correntista, por estar jungido à teoria do risco da atividade, que lhe impõe dever jurídico de segurança em face do consumidor, que, à evidência, foi violado em virtude da prestação defeituosa de serviço bancário. Responsabilidade objetiva do Réu configurada, devendo ele indenizar o autor independentemente de culpa, na forma do artigo 14 do CDC.II - *Indenização fixada em R\$ 9.000,00, com base na Súmula 89 deste Tribunal de Justiça e no artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, que impõe a redução equitativa da indenização em face da pequena culpabilidade do Réu, que também foi vítima de fraude.* III - Assim, deu a sentença apelada adequada solução ao litígio, sendo descabida a irresignação do apelante, de modo que, com base no artigo 557 do CPC, por ser manifestamente improcedente o apelo, nego-lhe seguimento” (grifo nosso). Repare-se que o Tribunal de Justiça sem qualquer análise da desproporção do dano concedeu a redução. Mas o que realmente causa espanto é a forma de utilização do dispositivo que sequer foi mencionado no bojo do voto, limitando-se o momento da quantificação do dano moral a quatro linhas: “Quanto ao montante da indenização, também não merece retoque a sentença, que bem ponderou as circunstâncias narradas nos autos. A Súmula 89 do TJRJ aconselha, em regra, o arbitramento de indenização de até 40 (quarenta) salários mínimos, em casos similares, devendo ser prestigiado o valor de R\$ 9.000,00, como definido na sentença”.

¹⁰⁰ Neste sentido, dentre outros, vide CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2003. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Art.944 do Código Civil: O problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor RICARDO PEREIRA LIRA*. TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008. TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República* – Vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006. CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Este último lembra que o único limite a ser admitido para a reparação reside no limite humanitário (v. p. 325).

¹⁰¹ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 182.

do Código Civil. Esta afirmação se deve pelo fato de que em qualquer quantificação de prejuízos a serem ressarcidos, o juiz deve levar em consideração a situação econômica do ofensor para evitar que a dignidade do ofensor seja violada, pois nestes casos o lesante passa a ser, também, a vítima. Como lembram os irmãos Mazeaud:

(...) el juez debe cerrar siempre los ojos, por el contrario, al tasar el perjuicio, sobre la situación personal del responsable; y especialmente, sobre su situación de fortuna y sobre su situación familiar (...)¹⁰²

Em outras palavras, o limite humanitário deve ser aplicado a toda e qualquer indenização, não se justificando apenas no que diz respeito à redução do art. 944 do Código Civil. Aliás, sobre o tema, o próprio legislador de 2002 estabeleceu no art. 928, parágrafo único¹⁰³ uma hipótese de limite fundada no estatuto jurídico do patrimônio mínimo do ofensor, sendo certo que a doutrina já tem estendido também para outros sujeitos não previstos nesta regra¹⁰⁴.

Nada impede que o magistrado leve em consideração este *fator* para reduzir, mas não nos parece tratar-se de um requisito do art. 944, parágrafo único, cuja *ratio juris* é a repartição dos prejuízos à luz da solidariedade social.

6. A equidade na fixação

Por fim, cabe-nos falar acerca da função da equidade na indenização. A equidade, tradicionalmente, é associada ao conceito de justiça do caso singular¹⁰⁵. Ela é

¹⁰² MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Leon y TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Tomo tercero, vol I. Tradução de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. 5ª Ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963, p. 597.

¹⁰³ Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

¹⁰⁴ Observe-se o enunciado 39 da I Jornada de Direito Civil: 39 – Art. 928: a impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização equitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Como consequência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas se reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade.

¹⁰⁵ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 52. Nesse sentido, v. também: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol.I. Rio de Janeiro: Forense, 2007, FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5ªed. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Norma jurídica – interpretação e aplicação – aspectos atuais. In: *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e*

lembrada como a adequação da lei à idéia de justiça, que deve permear todo o ordenamento jurídico. Com efeito, a multiplicidade das situações excede a capacidade de previsão legislativa, que não tem como estabelecer normas positivas para todos os casos¹⁰⁶.

Considera-se a equidade, em verdade, como uma cláusula geral¹⁰⁷, isto é, um preceito jurídico genérico carente de preenchimento valorativo que, graças a sua generalização e abstração, abarca um mais vasto campo de situações, permitindo ao juiz e ao intérprete uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato. Essa técnica legislativa, ao lado das normas regulamentares, confere maior discricionariedade ao intérprete, que pode adequar a norma à circunstância concreta.

Esta discricionariedade, contudo, não pode ser confundida com arbitrariedade, repudiada pelo direito. O poder discricionário outorgado ao juiz para alcançar a solução do caso concreto deve levar em consideração os princípios e valores da sociedade¹⁰⁸ e não os valores pessoais do magistrado.

Nesse aspecto, o modo de apreciar a extensão da redução eqüitativa deverá considerar todas as circunstâncias fáticas em correspondência com os ditames constitucionais, isto é, a redução deve ser lida à luz da ótica da solidariedade constitucional prevista no art. 3º, I e III da Constituição.

Para a aplicação desta norma *elástica* estipulada pelo legislador de 2002, portanto, o magistrado deverá seguir critérios objetivos na fixação da redução. Neste ponto, ao invés de formal e passiva, a atuação do magistrado consiste em uma atividade crítica e ativa¹⁰⁹, orientada pelos valores constitucionais¹¹⁰. Em outras palavras, não basta que o magistrado determine o valor da redução, mas, antes, deverá fundamentar adequada e criticamente as razões que o levaram àquele valor. Conseqüentemente, o aplicador deverá, obrigatoriamente, expor em que medida o

empresarial. Nº 55, Ano 15, Jan/Mar. 1991 e ASCENSÃO, José de Oliveira. A integração das lacunas do sistema normativo. In: *RT*, Ano 65, vol. 489, Julho 1976.

¹⁰⁶ FRANÇA, Rubens Limongi. *Elementos de hermenêutica e aplicação do direito*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 70.

¹⁰⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 27. Vide, também, AMARAL. Francisco. A equidade no código civil brasileiro. In: *Revista de direito do tribunal de justiça do estado do Rio de Janeiro: doutrina e jurisprudência*. Nº 57, Out/Dez. 2003, p. 72.

¹⁰⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 72.

¹⁰⁹ SILVEIRA, Alípio. *Conceito e funções da equidade em face do direito positivo: especialmente no direito civil*. São Paulo, 1943, p. 253.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 254.

valor da indenização não é excessivo e, ainda, porque o valor da redução fixado não torna o *quantum* indenizatório iníquo ou irrisório.

7. Conclusão

Como pudemos verificar, a indenização equitativa decorre da necessidade que a reparação dos danos tem de se adequar à realidade social. Não obstante o princípio da ampla reparação ser o norte de toda e qualquer reparação civil, ele é também uma regra excessivamente rígida, possibilitando a institucionalização de injustiças.

Para superar essa dificuldade, o legislador de 2002 introduziu uma cláusula de redução que confere ao magistrado uma elasticidade no momento de fixar a indenização de forma a permitir que se alcance uma solução mais condizente com a realidade social pautada, em especial, pelo princípio da solidariedade social.

8. Referências

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações – 10ª ed. reelaborada*. Coimbra: Almedina, 2006

ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e Suas Conseqüências*. 4ª Ed. Atual., São Paulo: Saraiva, 1972

AMARAL. Francisco. A equidade no código civil brasileiro. In: *Revista de direito do tribunal de justiça do estado do Rio de Janeiro: doutrina e jurisprudência*. Nº 57, Out/Dez. 2003

ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das obrigações em geral*, Tomo I, 10ª Ed., Coimbra: Almedina, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A integração das lacunas do sistema normativo. In: *RT*, Ano 65, vol. 489, Julho 1976.

BECK, Ulrich. *From industrial society to the risk society: questions of survival, social structure and ecological enlightenment* In: *Theory, Culture & Society*, p. 97. Disponível em <http://tcs.sagepub.com>, acesso em 05.08.09.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Lousada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CAHALI, Yussef Said. CAHALI, Yussef Said. *Dano e indenização*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 135.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. 3ª ed. rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2009.

CRUZ, Gisela Sampaio da, *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradutor: Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

DE CUPIS, Adriano. *El daño – Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducion de la 2ª edicion italiana y estudio preliminar por Angel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1975.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. rev., atualizada de acordo com o código civil de 2002 e aumentada por Rui Bedford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes e CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil. Da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios*. Volume XIII (arts. 92 a 965). Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5ªed. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*, tradução de António de Arruda Ferrer Correia. S. Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & C.a – Editores, 1938.

FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*, tradução de António de Arruda Ferrer Correia. S. Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & C.a – Editores, 1938

FRANÇA, Rubens Limongi. *Elementos de hermenêutica e aplicação do direito*. São Paulo: Saraiva, 1984.

GARCEZ NETO, Martinho. *Prática da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1970.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Norma jurídica – interpretação e aplicação – aspectos atuais. In: *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*. Nº 55, Ano 15, Jan/Mar. 1991.

GOMES, Orlando. *Memória justificativa do anteprojeto de reforma do código civil*. Departamento de Imprensa Nacional, 1963.

GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In *Estudos em homenagem ao professor Sílvio Rodrigues*. Org. José Roberto Pacheco Di Francesco. São Paulo: Saraiva, 1989.

JOSSERAND, Louis. A evolução da responsabilidade civil. In: *Revista forense*. Junho, 1941.

KONDER, Carlos Nelson, *A redução eqüitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil*. In: *Revista trimestral de direito Civil*, vol. 29. Rio de Janeiro: Padma, 2007.

LARENZ, Karl. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958-1959.

LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. Transaction publishers: New York, 2002.

MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Leon y TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Tomo primero, vol II. Tradução de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. 5ª Ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado – tomo 22*. Campinas: Bookseller, 2003.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Art.944 do Código Civil: O problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh. Ressarcimento de danos. 8ª ed. ampliada e atualizada pelo novo código civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil* in: C.P. de Souza Neto e D. Sarmento (Org.). *Constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e direito civil: tendências* In: Revista dos Tribunais, n. 779, p. 47.

MORAES, Maria Celina, Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 210.

PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol.I. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PLANIOL, Marcel e RIPERT, Georges. *Tratado elemental de derecho civil – las obligaciones*. 1ª ed. Trad. Jose M. Cajica Jr. México: Cardenas Editor y Distribuidor, 1983.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil: um olhar sobre a jurisprudência*. 3ª ed. rev. e ampliada. Coimbra: Almedina, 2006

REIS,, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 114.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil, v. 4. Responsabilidade civil – 20ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SCHREIBER, Anderson. *Arbitramento do dano moral no novo Código Civil* in: Revista Trimestral de Direito Civil, Vol. 12, Rio de Janeiro: Padma, 2002.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil. Obrigações em geral. Vol. II. 6ªed. rev. e atual. pelo prof. José Serpa Santa Maria*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1995.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil. Obrigações em geral. Vol. II. 6ªed. rev. e atual. pelo prof. José Serpa Santa Maria*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1995, p. 344.

SILVEIRA, Alípio. *Conceito e funções da equidade em face do direito positivo: especialmente no direito civil*. São Paulo, 1943.

TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre nexo de causalidade* in: Temas de direito civil, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VAN BERGH, Roger and VISSCHER, Louis. The principles of european tort law: the right path to harmonization?. German working papers in law and economics. Paper 8, vol. 2006, p. 21, disponível em <http://www.egtl.org/publications.htm>, acesso em 04.07.2008.

VENOSA, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003