

a possibilidade dessa legislação ser reprimada na hipótese de se promulgar nova lei federal que lhe dava amparo.

XV - Conclusão

136. De todo o exposto pode-se concluir no sentido da necessidade de coibir o uso do amianto em qualquer de suas espécies e, conseqüentemente, de respaldar sob a ótica constitucional as leis estaduais que, atendendo aos princípios que informam a Constituição, relativamente à vida e saúde da população, bem como ao meio ambiente, prosciveram a utilização desse perigoso mineral nos seus territórios

137. Instrumentos jurídicos para tanto existem, como acima apontado, e fundamentos jurídicos e meta-jurídicos sobejam para impor tal proscricção. Aguarda-se que o Supremo Tribunal Federal com o seu descortínio e sensibilidade na solução de problemas dessa magnitude.

ARTIGO 944 DO CÓDIGO CIVIL: O PROBLEMA DA MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho*

Sumário – I - Trajetória pela reparação integral no Brasil; II - Natureza excepcional do parágrafo único; III - Origens e racionalidade do dispositivo; IV - Requisitos de aplicação; IV.1 Excessiva desproporcionalidade; IV.1.1 A culpa e as vicissitudes de sua gradação; IV.2 Equidade na redução; IV.3 Imperatividade versus facultatividade; V - O espectro de aplicabilidade da norma; V.1 Danos patrimoniais e extrapatrimoniais; V.2 Responsabilidade objetiva; VI - Conclusões.

O presente trabalho visa a tratar do polêmico parágrafo único do art. 944 do Código Civil e da sua aplicabilidade no seio das novas tendências da responsabilidade civil, em que se percebe – em aparente contradição ao parágrafo único do dispositivo – certa flexibilização da investigação da culpa, em prol da busca do ressarcimento integral da vítima.

Por razões de organização didática, optou-se por dividir o texto em três partes: da primeira constarão breves considerações sobre a trajetória da luta pela reparação integral dos danos no Brasil, destacando-se e pondo-se em evidência, assim, o caráter excepcional do parágrafo único do art. 944; na segunda, se buscará examinar conceitualmente o referido dispositivo, de forma a definir os requisitos e os limites de sua aplicabilidade; e, por fim, na terceira parte, serão abordadas questões concretas acerca do problema central identificado, em uma tentativa de contribuir para se estabelecer o verdadeiro alcance da norma, cuja interpretação não pode deixar de estar em plena sintonia com os princípios e valores constitucionais.

I - Trajetória pela reparação integral no Brasil

O princípio da reparação integral, hoje pedra angular na responsabilidade civil, revela-se *conquista recente* do ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme já se pôde demonstrar em outra sede¹, data de 1966 a decisão do Supremo Tribunal Federal que admitiu, pela primeira vez, a reparabilidade dos danos morais, muito embora a decisão transparecesse, ainda, apego à ótica patrimonialista².

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito Civil e Mestre em Direito da Cidade pela UERJ, Professor Adjunto de Direito Civil e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. Presentemente é, ainda, Diretor em exercício da Faculdade de Direito da UERJ. Participaram da pesquisa as alunas Luísa Fragozo Pereira Pinto, Luíza Bianchini (ambas bolsistas de iniciação científica da FAPERJ – Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro) e Cristiane Marques.

¹ Seja consentido remeter a Monteiro Filho, RÊGO, Carlos Edison do. Elementos de Responsabilidade Civil por Dano Moral. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 7 e ss.

² No caso (RE 59.940 – SP, RTJ 39/38-44), os pais pleiteavam indenização pela morte de dois filhos menores causada, culposamente, por uma empresa de ônibus. Os votos do Min. Rel. Alíomar Baleeiro e do Min. Pedro Chaves ressaltaram, na fundamentação, a possibilidade de ressarcimento dos danos morais na hipótese. Apesar disso, percebe-se que o valor da indenização foi arbitrado a

Até a Constituição da República de 1988, a jurisprudência, no que tange à reparabilidade dos danos morais, mostrou-se, grosso modo, vacilante. Debatia-se quanto à possibilidade de se cumularem indenizações por danos morais e por danos materiais sofridos em razão de um mesmo fato. Sob a rubrica de dano moral, ressarciam-se, a rigor, danos patrimoniais duvidosos, travéstidos ora de danos emergentes ora de lucros cessantes, e não propriamente os efeitos não patrimoniais da lesão. Na morte de um filho, v.g., a indenização, por “dano moral”, era calculada com base nos gastos que os pais tiveram até então com a criança, e na expectativa de que, no futuro, ela lhes pudesse conferir algum tipo de renda, mesmo que não exercesse ainda algum trabalho remunerado. A visão – repita-se – vinculava-se estritamente aos valores patrimoniais da lesão. Daí porque, para evitar eventual *bis in idem*, entendia-se não ser possível o ressarcimento simultâneo de danos materiais e morais, em confusão conceitual que perdurou por mais de duas décadas.

A temática somente adquiriu novos perfis com a promulgação do Texto de 1988. Nos dizeres clássicos de Caio Mário da Silva Pereira, “a Constituição Federal de 1988 veio a pôr uma pá de cal na resistência à reparação do dano moral”³, já que consagrou, nos incisos V e X do art. 5^o, a plena reparabilidade da espécie. O Código Civil de 2002, a seu turno, sufragou o referido entendimento⁴, não obstante, à época de sua promulgação, a discussão já estivesse superada⁵, concentrando-se jurisprudência e doutrina não mais na admissão do dever reparatório e sim (i) na delimitação das hipóteses de reparação e (ii) na aferição do *quantum debeatur* – nos critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais.

Assim, desde o advento da Constituição Federal, de 1988, já não mais se discute quanto à possibilidade de se cumularem indenizações por danos morais e materiais resultantes de um único fato. Prevaleceu no Superior Tribunal de Justiça o entendimento cristalizado no verbete n^o 37 de sua Súmula: “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”. O enunciado retrata significativo avanço no processo de consagração do princípio da reparação integral dos danos.

partir de uma visão patrimonialista da lesão. É o que se extrai do seguinte trecho do voto do relator: “O homem normal, que constitui família, não obedece apenas ao impulso fisiológico do sexo, mas busca satisfações espirituais e psicológicas, que o lar e os filhos proporcionam ao longo da vida e até pela impressão de que se perpetua neles. (...) Se o responsável pelo homicídio lhes frustra a expectativa futura e a satisfação atual, deve reparação, ainda que seja a indenização de tudo quanto despenderam para um fim lícito malogrado pelo dolo ou culpa do ofensor. Perderam, no mínimo, tudo quanto investiram na criação e educação dos filhos, e que se converteu em pura frustração pela culpa do réu. O patrimônio não são apenas coisas concretas, mas o acervo de todos os direitos que o titular dele pode exercitar”.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9^a ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 58.

⁴ “Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

⁵ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

⁶ Segundo a expressão já consagrada de Gustavo Tepedino, o legislador do Código Civil de 2002 foi um “engenheiro de obras feitas”, porque pretendeu “consagrar direitos que, na verdade, estão tutelados em nossa cultura jurídica pelo menos desde o pacto político de outubro de 1988” (*in* Revista Trimestral de Direito Civil, editorial, vol. 7, jul./set. 2001, p. iv).

Contudo, a trajetória pela reparação integral não se deu somente com a ampliação progressiva da admissibilidade da reparação dos danos extrapatrimoniais. Também o papel da culpa e sua comprovação foram gradativamente (perdendo status e) reformulados de forma a beneficiar a vítima.

Verificou-se, num primeiro momento, o incremento dos mecanismos de presunção de culpa, com o objetivo de simplificar o esforço da vítima quanto à demonstração da conduta culposa, visto que a prática demonstrava que, com o avanço da sociedade industrial e do consumo em massa, em inúmeros casos, a prova – adjetivada, então, de “diabólica” – constituía verdadeiro empecilho à obtenção da reparação⁷. Daí porque, em sede jurisprudencial, assomavam-se hipóteses de culpa presumida.

Em etapa posterior, seguindo a linha evolutiva, as leis passaram a dispensar, por completo, a conduta culposa em múltiplas situações específicas. Bastariam o dano e o nexo de causalidade que jungisse uma determinada atividade àquele dano, e estaria configurado o dever de reparar. Essas hipóteses de responsabilidade objetiva, entretanto, dependiam de expressa previsão normativa⁸; a regra geral era, ainda, aquela da responsabilidade subjetiva, calcada na culpa e cristalizada no art. 159 do Código Civil de 1916⁹.

Assentado na premissa de que, no direito civil contemporâneo, se desenhava, em termos quantitativos, a predominância de ações judiciais que tinham como causa de pedir a responsabilidade independente da culpa, em um terceiro passo, registrou-se a expansão das fronteiras da regra objetiva sobre a subjetiva, que restou com campo de incidência bastante reduzido. Já naquela ocasião, atenta doutrina declarava superado o sistema que identifica as responsabilidades por culpa e objetiva respectivamente à regra e à exceção, sendo inegável a constatação da coexistência de ambas as fontes, sem que se pudesse estabelecer hierarquia entre as mesmas¹⁰. Ou seja, perdia a

⁷ George Ripert assim traduz a situação da vítima com a evolução da sociedade: “A regra do art. 1382 [do Código Civil francês] supõe que a vítima prove a existência de uma falta causadora do prejuízo. Ora, se este é fácil de estabelecer, a prova da culpabilidade assim como o laço de causalidade entre a falta e o prejuízo, constitui muitas vezes prova diabólica. Quanto mais as forças de que o homem dispõe são multiplicadas por meio de mecanismos complicados susceptíveis de agir à distância, quanto mais os homens vivem amontoados e próximos dessas máquinas perigosas, mais difícil se torna descobrir a verdadeira causa do acidente e estabelecer a existência da falta que o teria causado. Na expressão de Jossierand, o acidente torna-se *anônimo*.” (RIPERT, George. O Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno. Trad. J. Cortezão. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 337).

⁸ Vale citar, aqui, as palavras de Caio Mário da Silva Pereira anteriores à promulgação do Código Civil de 2002: A doutrina do risco, cujo surgimento aqui é exposto, não penetrou em nosso direito positivo senão em incidências específicas. (...) Numerosas disposições contidas em leis especiais consagram a responsabilidade objetiva, podendo citar-se, em primeiro lugar, a legislação sobre acidentes de trabalho, inaugurada com o Decreto n^o 3.724, de 15 de janeiro de 1919; substituído pelo Decreto n^o 24.637, de 10 de julho de 1934, e depois pelo Decreto-Lei n^o 7.036, de 10 de novembro de 1944; pela Lei n^o 5.316, de 14 de setembro de 1967, e finalmente pela Lei n^o 6.367, de 19 de outubro de 1976. Informados pela teoria do risco o Código Brasileiro do Ar, Decreto-Lei n^o 483, de 8 de junho de 1938; Decreto-Lei n^o 32, de 10 de novembro de 1966, com as alterações do Decreto-Lei n^o 234, de 28 de fevereiro de 1967; da Lei n^o 5.710, de 7 de outubro de 1971; da Lei n^o 6.298, de 15 de dezembro de 1975; da Lei n^o 6.997, de 7 de junho de 1982, e atualmente no Código Brasileiro de Aeronáutica com a Lei n^o 7.565, de 19 de dezembro de 1986” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9^a ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 23-24).

⁹ “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.”

¹⁰ Gustavo Tepedino fazia alusão, ainda na vigência do Código de 1916, a uma dualidade de fontes: “Delinca-se, assim, um modelo dualista, convivendo lado a lado a norma geral de responsabilidade civil subjetiva, do art. 159 do Código Civil de 1916, que tem como fonte o ato ilícito, e as normas

responsabilidade por culpa o *status* de centro do sistema.

Sobreveio, então, o Código Civil de 2002 que, com igual ímpeto de facilitar a obtenção de reparação pela vítima, consagrou o entendimento antecipado pela doutrina e estabeleceu verdadeira cláusula geral de responsabilidade objetiva para as atividades de risco. A partir de então, segundo a redação do parágrafo único do art. 927, “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Percebe-se, assim, não haver mais dúvida: no sistema atual, a responsabilidade civil passou a ter *dúplice fundamento*: ora a culpa, ora o risco – sempre com o intuito de garantir a reparação integral do dano.

Mas o movimento pela reparação integral também não se deteve em tais revoluções em prol de sistemas objetivos¹¹. Mesmo nos casos de incidência da regra subjetiva, a culpa torna a revelar outro perfil: afasta-se de sua tendência original moralizadora (ligada à violação de deveres preexistentes na lei ou no contrato), e conecta-se à figura do desvio de conduta, verificável por meio de *standards* correlacionados a cada situação específica. Noutras palavras, assume uma feição menos psicológica e mais objetiva, normativa¹². A justificativa finalística da releitura da culpa não destoa, em nada, do que foi até aqui exposto; vale dizer, insere-se, à perfeição, no contexto mais amplo da luta pela reparação integral do dano.

E, por fim, quanto à aferição do nexo de causalidade¹³, procura-se imputar o dever de reparar integralmente o dano sofrido pela vítima, prescindindo-se, cada vez mais, de um suposto juízo de reprovação da conduta, a rigor estranho ao debate da relação causal. À semelhança da culpa, a comprovação do nexo também é objeto de simplificação, preferindo-se, no bojo de tais condições, atribuir a seu exame uma conotação jurídica em lugar da material. Em doutrina há inclusive quem sustente uma “responsabilidade

reguladoras da responsabilidade objetiva para determinadas atividades, informadas por fonte legislativa que, a cada dia, se torna mais volumosa”. Como corolário, o eminente Civilista destacava ainda que: “é de se ter presente que o sistema dualista de responsabilidade atende a um incindível dever de solidariedade social determinado pelo constituinte, que não se restringe à relação entre o cidadão e o Estado e para cuja efetividade se revela indispensável sua incidência, em igual medida, sobre as relações de direito público e de direito privado” (TEPEDINO, Gustavo. “A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal” in *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 177).

¹¹ Para uma ampla resenha acerca dos fundamentos da responsabilidade objetiva e das teorias do risco cf. VIEIRA, Patrícia R. Serra. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹² Confira-se a lição de Maria Celina Bodin de Moraes: “A noção normativa da culpa, como inobservância de uma norma objetiva de conduta, praticamente substituiu a noção psicológica, com vistas a permitir que se apure o grau de reprovação social representado pelo comportamento concreto do ofensor, isto é, a correspondência, ou não, do fato a um padrão (*standard*) objetivo de adequação, sem que se dê relevância à sua boa ou má intenção. Neste sentido, a culpa continua a desempenhar um papel central na teoria do ilícito: a figura do ilícito permanece ancorada no fato ‘culposo’, o qual, porém, foi redefinido, através dessa concepção da culpa, como sendo um fato avaliado negativamente em relação a parâmetros objetivos de diligência. A culpa passou a representar a violação (*rectius*, o descumprimento) de um *standard* de conduta.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 212).

¹³ Sobre as teorias de nexo de causalidade, cf. Silva, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem Culpa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974, pp. 112-133; TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o Nexo de Causalidade* in *Temas de Direito Civil*, tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 63-81; e Cruz, Gisela Sampaio da. *O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

civil por presunção de causalidade”¹⁴. Ademais, o Código Civil de 2002 vale-se da regra da solidariedade passiva em tema de responsabilidade extracontratual, facilitando a obtenção da indenização, quando a autoria do dano couber a mais de uma pessoa (art. 942). Nesse cenário, incumbe ao nexo definir o grau de responsabilidade e a conseqüente medida de indenização¹⁵.

Hoje, portanto, após longo percurso, estabeleceu-se a reparação integral do dano como um valor importante no ordenamento. Reconheceu-se, mais, que os danos extrapatrimoniais são merecedores de tutela privilegiada, já que fundamentalmente ligados à dignidade da pessoa humana, segundo a normativa da Constituição República, de 1988. E que o princípio da dignidade humana, erigido pelo Constituinte de 1988 como fundamento da República, deve irradiar-se, prioritária e necessariamente, por todo o sistema jurídico¹⁶. Por outro prisma, consagrou-se a solidariedade como um valor da República (Constituição República, de 1988, art. 1º, III, e art. 3º, I), solidariedade que, em tema de responsabilidade civil, aponta no sentido da vítima, sempre buscando garantir-lhe uma reparação integral¹⁷.

Em doutrina, consagrou-se a expressão “giro conceitual” de Orlando Gomes¹⁸: do ato ilícito passou-se ao dano injusto, do causador passou-se à vítima. Ou seja, diante do dano sofrido, a vítima fará jus à reparação integral, independentemente do juízo de reprovação da conduta.

Tal movimento de expansão justifica e fundamenta a necessidade de tutela privilegiada dos valores extrapatrimoniais, que projeta seus efeitos no campo da

¹⁴ A expressão entre aspas corresponde ao título da tese de doutorado de Caitlin Sampaio Mulholland, defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, em 2006. Para a autora, faz-se necessário um segundo giro paradigmático no Direito de Danos: da certeza para a probabilidade causal na imputação dos danos, já que se vítima lograsse demonstrar “a existência de uma probabilidade causal, estatisticamente calculada, haveria a responsabilidade” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Tese de doutoramento apresentada em 2006 no Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, p. 351).

¹⁵ Nesse sentido: “A gravidade da culpa não serve, frise-se, como ‘medida’ da indenização, nem mesmo é, a nosso ver, adequada para determinar a distribuição do prejuízo entre os agentes co-responsáveis pelo dano. É o nexo causal o elemento da responsabilidade civil que deve exercer essa função (...)” (CRUZ, Gisela Sampaio da. *O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 325).

¹⁶ Cf., sobre o princípio da dignidade, a lição de Maria Celina Bodin de Moraes, que, no artigo intitulado *O Princípio da Dignidade Humana* (in *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*, coord. MORAES, Maria Celina Bodin de. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 1-60), busca tornar mais denso o conteúdo do princípio, cujos corolários seriam os princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade.

¹⁷ Confirmam-se as palavras de Gisela Sampaio da Cruz: Essa mudança de perspectiva em direção ao conceito de proteção da dignidade humana, conforme explica Maria Celina Bodin, acaba por influenciar, de modo decisivo, o critério de reparação que se baseia na condição pessoal da vítima. Não há dúvida de que à pessoa humana cabe proteção mais ampla, e é justamente por isso que o Direito Civil deve voltar-se para a busca do instrumental que permitirá alcançar a reparação integral do dano sofrido (CRUZ, Gisela Sampaio da. *O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 319).

¹⁸ GOMES, Orlando. *Tendências Modernas na Teoria da Responsabilidade Civil* in *Estudos em Homenagem ao Professor Sílvio Rodrigues*. Org. Di Francesco, José Roberto Pacheco. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 291-302. Dissertando sobre as mudanças na responsabilidade civil, o autor conclui que: Assim, como assinalou Ripert, faz algum tempo, o fenômeno da responsabilidade passou a ser considerado como fenômeno de reparação. Com esse endereço, o regime tradicional da responsabilidade baseada na culpa foi declinando na medida em que a responsabilidade objetiva, fundada no risco ou em outros critérios, foi tomando o seu lugar. Por sua vez, a responsabilidade independente de culpa evoluiu para um sistema geral de seguro, individual e social, que, todavia, oferece dificuldades técnicas para a sua realização e não resolve todos os problemas, conquanto seja uma solução adequada à mentalidade consumista dos tempos presentes, na observação de um escritor. Nessa direção, a responsabilidade civil não perde a ‘sua lógica nem a sua moralidade’, como pensam alguns, e adquire, por outro lado, uma carga pesada de solidarismo, como outros acreditam. (pp. 301-302).

responsabilidade civil a enfatizar sua correlação com a reparação do dano moral, o desprestígio do rigor na apuração da culpa, a flexibilização na comprovação do nexo e, em síntese, a consagração do princípio da integral reparação.

II - Natureza excepcional do parágrafo único

Inserido nesse contexto retratado acima é que o *caput* do art. 944 do Código Civil prevê a regra da extensão do dano como medida de indenização¹⁹.

Significa que a indenização deve cobrir o dano em toda a sua amplitude. Ou, por outras palavras, a reparação deve alcançar todo o dano. Precisa ser integral, pois. Nesse aspecto, o legislador de 2002, “engenheiro de obras feitas”²⁰, não trouxe qualquer inovação ao sistema vigente. Com a promulgação do Código Civil, a rigor, consagrou-se de modo expresse princípio que já vigorava plenamente no ordenamento jurídico brasileiro, posto que implícito.

Portanto, quando o parágrafo²¹ alude à redução equitativa da indenização em razão do grau de culpa do ofensor parece evidente que se trata de norma de natureza excepcional. Porque o intérprete partirá do valor que contemple toda a extensão do dano e, aplicando o parágrafo, o reduzirá por equidade, tornando a indenização, por força das circunstâncias, apenas parcial. A correlação entre o *caput* e o parágrafo traduz-se, juridicamente, pelo raciocínio regra-exceção. Seja por virtude do exame de força axiológica, seja pela análise da estrutura interna da norma, chega-se à idêntica constatação: a relação é de exceção para com a regra do *caput* do dispositivo, que prevê a reparação integral do dano, insista-se, conquista a que se chegou após a trajetória sumariamente sintetizada no item 1, *supra*.

Eis um primeiro dado: a natureza excepcional do dispositivo em comento. Mais: visto que a intangibilidade do princípio da reparação integral é conquista fundamental do direito brasileiro, a excepcionalidade do comando normativo em foco determina *extrema cautela* na sua interpretação^{22 23}.

¹⁹ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

²⁰ V., *supra*, nota 6.

²¹ Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

²² Sobre a impossibilidade de se interpretar extensivamente as regras excepcionais, leia-se a passagem do clássico de Carlos Maximiliano: Em regra, as normas jurídicas aplicam-se aos casos que, embora não designados pela expressão literal do texto, se acham no mesmo virtualmente compreendidos, por se enquadrarem no espírito das disposições: baseia-se neste postulado a exegese extensiva. Quando se dá o contrário, isto é, quando a letra de um artigo de repositório parece adaptar-se a uma hipótese determinada, porém se verifica estar esta em desacordo com o espírito do referido preceito legal, não se coadunar com o fim, nem com os motivos do mesmo, presume-se tratar-se de um fato da esfera do Direito Excepcional, interpretável de modo *estricto*. (...) As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente. (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 183-194, destaques no original).

²³ Em igual sentido, lecionam Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, que o parágrafo único do art. 944, ao tentar reduzir o excessivo ônus que recairia sobre o ofensor, acaba por transferir para a vítima a parcela do dano correspondente à redução procedida pelo juiz. Daí porque o dispositivo: deve ser visto com cautela e interpretado em estrita conformidade com sua inspiração, sendo recomendável restringir-se sua aplicação àqueles casos em que a própria situação da vítima gera um risco de dano superior ao risco médio que vem embutido no convívio social. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 860.

Mas qual motivo, afinal, moveu o legislador de 2002 a consagrar tal exceção?

III - Origens e racionalidade do dispositivo

O parágrafo único do art. 944 do Código Civil inspirou-se em dispositivos semelhantes presentes no Código Federal Suíço das Obrigações e no Código Civil de Portugal. A lei suíça, que data do início do século XX, assim dispõe:

“Art. 43 (III. Fixação do Dano) (1) O juiz determina o modo e a extensão da reparação, de acordo com as circunstâncias e a gravidade da culpa. (...) Art. 44 (IV. Motivos de redução) (1) Se o lesado concordou com o ato danoso, ou se circunstâncias, pelas quais deve ele responder, atuaram para criar ou aumentar o dano ou agravaram, de outro modo, a situação do obrigado à indenização, poderá o juiz minorar a obrigação de indenização ou, inteiramente, não a reconhecer. (2) Se o obrigado à indenização que não causou o dano nem intencionalmente nem por negligência grave, ficar, pela prestação da indenização, reduzido a estado de necessidade, poderá o juiz, também por esse motivo, minorar a obrigação de indenizar²⁴”

O Código Civil português, a seu turno, estabelece, em seu art. 494, que:

“Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, 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 justifiquem²⁵.”

Como se vê, os diplomas estrangeiros que mais inspiraram o codificador brasileiro na elaboração do parágrafo único do art. 944 estabelecem outros critérios, além do mero grau de culpa do ofensor, para a redução equitativa da indenização. Consideram, sobretudo, a situação econômica do autor do dano, que não pode ser reduzido a um estado de necessidade.

²⁴ Confira-se o texto disponível no site: <http://www.admin.ch/ch/f/rs/c220.html>, acesso em: 11.09.07: Art. 43 III. *Fixation de l'indemnité*

1. Le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute.

^{1bis} Lorsqu'un animal qui vit en milieu domestique et n'est pas gardé dans un but patrimonial ou de gain, est blessé ou tué, le juge peut tenir compte dans une mesure appropriée de la valeur affective de l'animal pour son détenteur ou les proches de celui-ci.

2. Des dommages-intérêts ne peuvent être alloués sous forme de rente que si le débiteur est en même temps astreint à fournir des sûretés.

Art. 44 - IV. *Réduction de l'indemnité*

1. Le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur.

2. Lorsque le préjudice n'a été causé ni intentionnellement ni par l'effet d'une grave négligence ou imprudence, et que sa réparation exposerait le débiteur à la gêne, le juge peut équitablement réduire les dommages-intérêts.

²⁵ BASTOS, Jacinto Rodrigues. *Código Civil Português Anotado e Atualizado*. 15ª edição. Lisboa: Almedina, 2005.

De igual modo, os Códigos Civis da Espanha e da Argentina não se detêm unicamente no fator culpa leve ou levíssima; muito pelo contrário, no modelo argentino preferiu-se dar guarida especial à situação patrimonial do causador do dano, enquanto no espanhol remeteu-se o intérprete ao conjunto das circunstâncias do caso²⁶.

Mais recentemente, pôde-se colher da experiência europeia o resultado do trabalho elaborado pelo Grupo Europeu do Direito da Responsabilidade Civil, nos preparativos para elaboração de um Código Civil Europeu, que deu origem aos Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil, em que também se fez alusão à situação econômica do ofensor, *verbis*²⁷:

“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 dano.”

Diversamente, na redação do dispositivo brasileiro, cuja literalidade, como visto, consumou-se no sentido de abstrair o fator patrimonial dos envolvidos – o que torna justas as críticas que vem recebendo de parte da doutrina –, a justificativa dada pelo autor intelectual do dispositivo, Agostinho Alvim, na exposição de motivos do anteprojeto, baseia-se em que:

“Não parece justo que, no caso de culpa leve, e dano vultoso, a responsabilidade recaia inteira sobre o causador do dano. Um homem que economizou a vida toda para garantir a velhice, pode, por uma leve distração, uma ponta de cigarro atirada ao acaso, vir a perder tudo o que tem, se tiver dado origem a um incêndio. E não só ele perde, mas toda a família. Notam os autores que acontecimentos trazem em si uma dose de fatalidade. ‘E a fatalidade está em que a distração é uma lei inexorável, à qual nunca ninguém se furtou.’ É justamente por reconhecer isso que o legislador manda indenizar no caso de acidente do trabalho, embora ele ocorra, quase sempre, por motivo de descuido, negligência, imprudência, enfim culpa do empregado. Por estas razões é que o anteprojeto facultava ao juiz, sem impor, que reduza a indenização²⁸.”

²⁶ Código Civil Argentino: Artículo 1069. 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.

Disponível em: <http://www.usal.es/~derepriv/refccarg/ccargent/codciv.htm>. Acesso em: 30 out. 2007.

Código Civil Espanhol: Artículo 1103. La 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.

Disponível em: <http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/CC/INDEXCC.htm>. Acesso em: 30 out. 2007.

²⁷ European Group on Tort Law. Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil. Disponível em: http://www.egtl.org/principles/text_PT.htm. Acesso em: 11 set. 2007.

²⁸ In Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, n.º 24, pp. 101-102.

Perceptível, pois, que a preocupação literal, a *mens legislatoris*, foi tão-somente a de evitar a eventual desgraça do causador do dano cuja culpa não foi grave. Resta saber – e é deste mister que se quer desincumbir este estudo – se essa *ratio* pode ser aplicada em conformidade com o estado atual do ordenamento, ou, por outra, se está de acordo com os fins sociais e valores fundamentais colimados.²⁹

IV - Requisitos de aplicação

À luz do verificado, constata-se que o parágrafo único do art. 944, ao enunciar o grau de culpa como fator único de redução³⁰, parece constituir experiência singular no mundo. Aliás, ineditismo que se faz presente também em outro dispositivo sobre a responsabilidade civil no Código Civil de 2002: o parágrafo único do art. 927, que, como registrado brevemente supra, prevê uma cláusula geral de responsabilidade objetiva para as atividades de risco.³¹ Passa-se, então, aos requisitos para a aplicação da normativa em tela.

IV.1 Excessiva desproporcionalidade

A redação do dispositivo exige, para a redução equitativa da indenização, a “excessiva desproporção” entre o grau de culpa do agente e a extensão do dano provocado. Vê-se, logo, que não se trata de qualquer desproporção. Somente as significativas deflagram o mecanismo legal em jogo: não havendo na lei palavras à toa, impõe-se seja excepcionalmente vultosa, gritante a desproporção.

É claro que, em muitas ocasiões, quicá na maioria das vezes, não haverá rigorosa proporção entre o grau de culpa do agente e a extensão do dano. Cuida-se de pressupostos de configuração da responsabilidade civil que não guardam relação entre si. O grau de culpa não define, per se, a extensão do dano. Por isso, via de regra toma lugar alguma desproporção entre conduta e resultado.

E nesses casos ordinários, de desproporção simples, não se tem por preenchido o requisito da *excessiva* desproporcionalidade – tal como exigido pelo parágrafo único. Somente em situações extraordinárias, repita-se, nas quais seja chocante e iníqua a

²⁹ Essa é justamente a preocupação expressada por Ricardo Pereira Lira ao discorrer sobre o problema da aplicação do direito: O problema se põe quando o aplicador do direito, depois de passar por esses vários estágios, alcança uma solução absolutamente injusta, que desatende aos fins sociais a que o direito se dirige e aos valores fundamentais que, axiologicamente, hão de ser colimados. (LIRA, Ricardo Pereira. A Aplicação do Direito e a Lei Injusta in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro n.º 5. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pp. 88-89).

³⁰ Frise-se: de redução. Para a doutrina majoritária, a literalidade clara não permite entrever espaço para autorização de interpretação *a contrario sensu*, ou seja, a majoração da indenização por motivo de dolo ou culpa grave não se coaduna com o teor do parágrafo do art. 944. Confira-se, ao propósito, Anderson Schreiber: A ninguém, com efeito, passa despercebido o fato de que o legislador não autorizou a elevação da indenização com base na culpa grave ou dolo do agente, mas exclusivamente permitiu a redução *equitativa* da indenização quando a culpa for desproporcionalmente ténue frente ao dano provocado (SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 43).

³¹ De acordo com Maria Celina Bodin de Moraes: Uma cláusula geral de responsabilidade objetiva era, de há muito, aventada pela doutrina germânica, liderando tendência, presente em alguns países desenvolvidos, de incrementar as hipóteses reguladas pela responsabilidade sem culpa como meio de oferecer melhor proteção e mais garantias aos direitos dos lesados. O Brasil parece ter sido o primeiro país a concretizar tal anseio (MORAES, Maria Celina. Bodin de. Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva in Revista dos Tribunais, v. 854, 2006, p. 14).

imposição do dever de indenizar em sua inteireza é que se identifica esse primeiro requisito, podendo-se cogitar, então, da redução equitativa.

IV.1.1 A culpa e as vicissitudes de sua gradação

Impende destacar, neste passo, que o grau de culpa é tomado aqui como elemento de quantificação da indenização (*quantum debeatur*), que, como se sabe, corresponde ao segundo momento na ordem de investigação sucessiva da responsabilidade civil³². Não se trata, pois, de discutir a imposição do dever de indenizar (*an debeatur*), que se afere antes tendo-se por base somente a existência dos pressupostos, ou elementos essenciais, da responsabilidade civil, bastando a culpa, genericamente considerada, para se ter como constituído um dos três pilares da responsabilidade subjetiva clássica. Preliminarmente, pode-se admitir, pois, que a gradação de culpa não projete efeitos, em sede de responsabilidade extracontratual, sobre a atribuição do dever reparatório, remanescendo o problema de sua admissibilidade em tema de quantificação³³.

A gradação da culpa, a que o dispositivo remete o intérprete, encontra suas origens no direito bizantino³⁴. Classicamente, triparte-se a culpa em grave (lata), leve e levíssima, segundo os diferentes graus de diligência empregados pelo autor do dano³⁵.

³² Sobre os dois planos de investigação sucessiva na responsabilidade civil, permita-se a referência a outro trabalho do autor, em que se consignou: (...) mister se faz esclarecer quais sejam os dois planos de investigação sucessiva que ora importa retratar. O primeiro envolve a demonstração dos pressupostos da responsabilidade (dano, nexo causal e culpa, quando não dispensada, nas hipóteses objetivas). De fato, diante de uma demanda reparatória, num primeiro momento, o objeto da perquirição do magistrado consiste em verificar a presença dos pressupostos caracterizadores do dever de indenizar. Nesse contexto, duas situações podem ocorrer, basicamente: ou se comprovam os pressupostos, e assim dá-se origem à obrigação ressarcitória; ou esses não se fazem presentes, e não há que se tratar de reparação. Só se passa à investigação do montante do dever de reparar o dano quando se estiver diante de situação que configure a existência dos seus pressupostos. E, uma vez superado esse primeiro plano (*an debeatur*), voltam-se as atenções ao tema da avaliação, da quantificação dos danos já então reconhecidos. Eis o segundo momento na ordem de considerações sucessivas constante das ações de responsabilidade civil (*quantum debeatur*), ao qual se chegará tão-somente após se lograr êxito na caracterização dos pressupostos portanto. (...) Vale dizer: primeiro, se reconhece o direito a obter a reparação; depois, se calcula o valor da mesma — eis a linha de raciocínio fundamental, subentendida sempre em tema de responsabilidade civil.” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Elementos de Responsabilidade Civil por Dano Moral. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 124-125, grifos no original).

³³ A preocupação de conferir certo equilíbrio ao papel da gradação da culpa e sua relevância na reparação dos danos marca o texto de Anderson Schreiber, que reflete a perplexidade da doutrina com o parágrafo único do art. 944. Confira-se: a irrelevância da gradação da culpa afigura-se como importante característica da responsabilidade civil, em oposição à responsabilidade penal, onde o caráter punitivo recomenda a análise da intensidade do desvio cometido pelo agente. Isto não significa, todavia, que, no âmbito civil, a gradação de culpa seja inteiramente inútil. Há hipóteses específicas em que o grau de culpa assume importância (SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 42).

³⁴ Marcelo Junqueira Calixto, em tese de doutorado defendida em 2007 no Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, é quem sustenta, com autoridade, o ponto: A origem desta classificação não seria romana, mas bizantina (p. 61). Sobre a origem da classificação da culpa em graus, o autor discorre de modo vertical, no estudo invocado, entre as pp. 69 e 76 (CALIXTO, Marcelo Junqueira. O papel da culpa na responsabilidade civil. Tese de doutoramento apresentada em 2007 no Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ).

³⁵ Miguel Maria de Serpa Lopes, ressaltando as fontes romanas da gradação da culpa, aduz que “quanto à intensidade da culpa, no tocante à sua gravidade, é fato incontestável encontrarem-se nas

No entanto, já se afirmou que a divisão, em regra, não é relevante para o direito, que apenas considera a culpa e o dolo em geral³⁶.

De qualquer modo, atenta doutrina critica o fato de o procedimento de liquidação dos danos tomar por base o grau de culpa, já que a medida da indenização é a extensão do dano sofrido, independente da culpabilidade.

Isso porque, de uma ação com forte dolo, pode decorrer dano diminuto (ou pior, nenhum dano), assim como de uma culpa levíssima (ou pior, de uma não-culpa) pode derivar dano de colossais dimensões. O causador do dano deve responder, isso sim, pelos efeitos da lesão que causou à pessoa e ao patrimônio do ofendido em sua integralidade (a regra, repita-se, é a da reparação integral).

Já Wilson Melo da Silva diferenciava culpabilidade e imputabilidade³⁷:

“Causalidade não se confunde com culpabilidade. (§) A causalidade seria um elemento comum tanto na doutrina da responsabilidade por culpa como na responsabilidade meramente objetiva. (§) E, por isso mesmo, estaria sujeito o problema do nexo causal, lá e cá, às mesmas regras, às mesmas críticas e às mesmas vicissitudes.”

Aguiar Dias aduzia também não ser a culpabilidade, mas sim a causalidade, o melhor critério para determinar a obrigação de indenizar: Não é o grau de culpa, mas o grau de participação na produção do evento danoso (...) que deve indicar a quem toca contribuir com a cota maior ou até com toda a indenização³⁸. A crítica que vem a seguir é implacável:

“Não se leva em conta, dominada a regra por uma preocupação sentimental, que o dano é o desfalque de patrimônio

fontes romanas as expressões *culpa lata*, *culpa latior*, *magna culpa dolo próxima*, *culpa levis*, *culpa levior* e uma única vez culpa levíssima. Daí a razão pela qual os glosadores, dominados pela idéia constante de tudo classificar, não hesitaram, sob o impulso dessa tendência sistematizadora, em estabelecer categorias e graus estimativos da intensidade da diligência empregada pelo devedor, no cumprimento da obrigação, ou, por outra, para o conhecimento da proporção de sua negligência no não cumprimento da obrigação. Surgiu então a *communis opinio* da tripartição da culpa em lata, leve e levíssima.” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil: Obrigações em geral, vol. II, 7ª ed. rev. e atual. pelo prof. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 344).

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, Na culpa grave, embora não intencional, seu autor sem ‘querer’ causar o dano, ‘comportou-se como se o tivesse querido’, o que inspirou o adágio *culpa lata dolo aequiparatur* (...). Culpa leve é a falta de diligência média, que um homem normal observa em sua conduta. Culpa levíssima, a falta cometida em razão de uma conduta que escaparia ao padrão médio, mas que um *diligentissimo pater familias*, especialmente cuidadoso, guardaria. Nosso direito desprezou esta gradação da culpa, que não deve influir na determinação da responsabilidade civil, e que não encontra amparo no BGB ou apoio em boa parte da doutrina (cf. Giorgio Giorgi, *Trattato delle Obligazioni*, vol. II, nº 27; M. I. Carvalho de Mendonça, *Doutrina e Prática das Obrigações*, vol. II, nº 455; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito Civil*, vol. II, nº 175).” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil, 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 71, grifos no original).

³⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil: Obrigações em geral, vol. II, 7ª ed. rev. e atual. pelo prof. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 347.

³⁷ SILVA, Wilson Melo da. Responsabilidade sem Culpa. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 132.

³⁸ DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil – 11ª ed. rev., atualizada e ampliada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 47.

do lesado e que a indenização se destina a recompor esse patrimônio, não se justificando que a recomposição não se opere porque o desfalque foi produzido por culpa leve. Pequenas faltas podem produzir grandes danos, como mostra a fábula da guerra perdida em consequência da ferradura que se soltou do cavalo do guerreiro³⁹.”

Mais recentemente é esta a lição de Gisela Sampaio da Cruz, em trabalho monográfico sobre o tema do nexa causal⁴⁰:

“A gravidade da culpa não serve, frise-se, como ‘medida’ da indenização, nem mesmo é, a nosso ver, adequada para determinar a distribuição do prejuízo entre os agentes co-responsáveis pelo dano. É o nexa causal o elemento da responsabilidade civil que deve exercer essa função (...).”

A regra é, portanto, que a indenização seja fixada conforme a extensão do dano. Tanto faz se o dano foi causado com dolo de máxima intensidade ou se foi provocado por culpa levíssima – na responsabilidade civil, ambas dão lugar à reparação integral. É o que se depreende do art. 403, segundo o qual 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 (grifou-se).

Se em face dos danos patrimoniais a regra referida supra goza de aceitação uníssona, permanece em discussão a possibilidade de a normativa dos arts. 403 e 944 (*caput*) se estender também aos danos extrapatrimoniais. Como se sabe, a jurisprudência majoritariamente reconhece que a *conduta* do ofensor que causa o dano moral seja considerada para efeito de quantificação da reparação. Ao que parece, de fato, em relação aos danos extrapatrimoniais, quanto mais intenso for o dolo do ofensor ou mais grave sua culpa, maiores em geral (mas não necessariamente) serão as dimensões da lesão e o conseqüente efeito danoso sofrido pela vítima. As discussões, posto que interessantíssimas, refogem entretanto aos limites deste trabalho.

Por outro ângulo, na responsabilidade civil contratual, pode ocorrer que o tipo de contrato determine um tratamento diferenciado ao devedor inadimplente, conforme tenha incorrido em dolo ou culpa, com variações de conseqüências que tocam à *existência do dever de reparar*, ao contrário da seara extracontratual, em que como se afirmava “*in lege Aquilia et levissima culpa venit*”. É o caso, por exemplo, do art. 392, segundo o qual “nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça” (destacou-se). O mesmo acontece na hipótese do art. 400, de acordo com o qual a mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e o sujeita a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação (destacou-se). E, ainda: projetado sobre construção jurisprudencial, consagrou-se entendimento segundo o qual “no transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave”

³⁹ Idem.

⁴⁰ CRUZ, Gisela Sampaio da. O Problema do Nexa Causal na Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 325.

(Enunciado nº 145 da Súmula do Supremo Tribunal Justiça – texto original sem destaques)⁴¹.

Questiona-se, então, se a autonomia das partes permite que se pactuem cláusulas que limitem a responsabilidade conforme o grau de culpa do devedor. O problema, de grande complexidade, foge aos estreitos lindes deste artigo⁴². Por ora, basta dizer, que, em regra, a doutrina veda a que se estabeleça a exclusão de responsabilidade por dolo ou culpa grave⁴³.

Enfocando o cerne do tema, para concluir este ponto, percebe-se que a “excessiva desproporção” mencionada pelo parágrafo único do art. 944 visa a evitar a ruína do ofensor (e de sua família), que agiu com culpa de pequena intensidade frente à grande repercussão do dano. Da exposição de motivos extrai-se o gérmen do dispositivo: uma desgraça não se compensa com outra. Mormente por pequena culpa (leve ou levíssima).

De se recordar, contudo, que o contexto histórico em que foi concebido o dispositivo revelava-se bastante distinto do atual. Vigorava um contexto rigorosamente patrimonialista. A reparação dos danos morais ensaiava seus primeiros passos, ainda cambaleantes. A culpa, mesmo que presumida, era o centro do sistema; era a partir dela que se concebia a responsabilidade civil. Estava-se distante do advento da Constituição de 1988, quando, só então, estabeleceu-se a linha de ruptura com o direito anterior e seus valores – no particular, patrimonialistas e subjetivistas (culpa).

Hoje, no atual estado do Direito, afigura-se lógico que os institutos jurídicos do passado tenham que ser objeto de revisão permanente, em um trabalho incessante de atualização e adequação à nova ordem estabelecida desde a Constituição da República de 1988.

Assim, o fato de o parágrafo único do art. 944 se referir a uma gradação da culpa do ofensor, em sede de quantificação (segundo momento), significa que a dicção legal deve albergar, inclusive, o grau de culpa “zero”. Em outras palavras, a interpretação contemporânea a ser dada à norma recomenda que se proceda à análise da “conduta” do ofensor, e não propriamente à análise do grau de sua culpa, para os efeitos do cálculo do *quantum*. Dessa forma, afasta-se o risco de uma contradição incompatível com a noção da unidade do sistema que representa o ordenamento jurídico: o paradoxo

⁴¹ Sobre as diferenças entre os graus de culpa e o dolo na responsabilidade contratual, Miguel Maria de Serpa Lopes lembra que “o nosso Código Civil afastou-se de qualquer correlação entre a gravidade da culpa e a reparação do dano. Dispõe o art. 1060: 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. Apenas criou uma diferença entre dolo e culpa, para, em certos casos, como nos contratos unilaterais, a parte não beneficiada só responder em ocorrendo o primeiro, pois, se houver procedido culposamente, está isenta de responsabilidade (Código Civil, art. 1.057), bem como o devedor, no caso de mora do credor (Código Civil, art. 958)”. E ainda: (...) o nosso sistema limita-se a se referir à culpa e ao dolo, entretanto, nada obsta a que o contrato estabeleça a prefixação do comportamento do devedor, na execução da obrigação. A responsabilidade contratual pode cair no campo da autonomia da vontade, exceto para afastar o dolo, e assim a apreciação da culpa do devedor pode obedecer a um critério especial. (LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil: Obrigações em geral, vol. II, 7ª ed. rev. e atual. pelo prof. José Serpa Santa Maria, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, pp. 347-348).

⁴² Para compreensão do problema mais amplo das cláusulas de limitação e exclusão de responsabilidade, cf. a importante contribuição, no direito português, de António Pinto Monteiro, a quem a doutrina brasileira tem feito muitas referências. MONTEIRO, António Pinto. Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil. Coimbra: Almeida, 2003 (reimpressão).

⁴³ “São cláusulas ilícitas: a de transferência de obrigações essenciais do contratante, as que exonem de responsabilidade pelo dolo ou culpa grave e, em geral, todas as que interessem à proteção da vida, da integridade física e da saúde do contratante.” (DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil, vol. II, 10ª ed., revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 672).

de o agente causador que agiu com culpa ser beneficiado com a redução ao passo que aquele que age sem qualquer culpa (ou em grau zero, como ora se propõe) vir a ser obrigado à reparação integral⁴⁴. Adiante se cuidará da aplicação do dispositivo em sede de responsabilidade objetiva.

IV.2 Equidade na redução

Prosseguindo-se na análise do parágrafo único do art. 944, eis o segundo requisito previsto para a aplicação do dispositivo – a redução a ser procedida pelo juiz não é simples, direta, linear; ela é adjetivada também: deve ser equitativa. Assim sendo, não pode o juiz proceder à redução que não seja equitativa⁴⁵.

O apelo à equidade se traduzia, segundo o entendimento tradicional, pela aplicação da justiça ao caso concreto⁴⁶. A equidade ensejava a possibilidade de abrandamento do rigor que eventualmente adviria da subsunção do fato à norma. Constituiria, assim, um tempero às consequências severas captadas na utilização dos brocardos: *summum jus summa injuria*; *dura lex sed lex*.

Na particular hipótese do parágrafo único do art. 944, o objetivo era o de se evitar, por meio do recurso à equidade, a desgraça do responsável que, por inexorável descuido momentâneo, produz enormes danos à vítima. Servindo como um temperamento, ou contrapeso, à aplicação asséptica da letra fria do *caput*, que, sob certas condições, redundasse em uma inversão de papéis: uma vítima – a que efetivamente sofreu o prejuízo – seria trocada por outra – o ofensor, arruinado economicamente.

⁴⁴ O problema fora ressaltado, outrossim, por Thomas Bustamante e Denis Franco Silva, segundo os quais o parágrafo único do art. 944 entra “em contradição com o restante do Código (pois aos casos de responsabilidade objetiva – sem culpa nenhuma – não se aplica a possibilidade de redução da indenização por impossibilidade lógica)” (“*Neminem Laedere*: o novo Código Civil brasileiro e a integral reparabilidade dos danos materiais decorrentes do ato ilícito” in Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 20, out./dez. 2004, p. 249).

⁴⁵ Vicente Ráo, a propósito do tema, expõe as seguintes considerações: Sintetizando as noções expostas, podemos concluir pelo seguinte modo: Designa-se por equidade uma particular aplicação do princípio da igualdade às funções do legislador e do juiz, a fim de que, na elaboração das normas jurídicas e em suas adaptações aos casos concretos, todos os casos iguais, explícitos ou implícitos, sem exclusão, sejam tratados igualmente e com humanidade, ou benignidade, corrigindo-se para esse fim, a rigidez das fórmulas gerais usadas pelas normas jurídicas, ou seus erros e omissões” (RÁO, Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos. 4ª edição anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Volume 1. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 91).

⁴⁶ Para Agostinho Alvim, autor da Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil da parte referente às obrigações, a equidade distingue-se em equidade judicial e equidade legal. O primeiro caso seria aquele em que o juiz, na hipótese de haver permissão legal (expressa ou implícita), aplica a melhor solução ao caso concreto, resultando numa “justiça perfeita”. No segundo caso – equidade legal – a justiça seria “aproximada”, pois ocorre quando o próprio legislador minudencia a regra geral, especificando diversas hipóteses de incidência da norma. Haveria uma aproximação ao caso concreto, mas não uma justiça perfeita. De acordo com o autor, a equidade aplicada pelo juiz não pode resultar em arbítrio ilimitado. O juiz deve agir em conformidade com os princípios subjacentes a todo o sistema jurídico. Confirmam-se as suas próprias palavras: “A lei que recomenda a equidade, explícita ou implicitamente, de maneira a descer até a individuação, tal lei permite ao juiz a revelação do direito. Mas, como o termo ‘legislador’, aplicado ao juiz não lhe dá arbítrio absoluto, deve ele ter em vista o sistema legislativo e a moral positiva (moral que impera em dado tempo e lugar) para deste modo revelar o que ‘descobriu’, mas nunca o que haja ‘criado’ arbitrariamente. (ALVIM, Agostinho. Da equidade in Revista dos Tribunais, vol. 797, mar. 2002, pp. 767-770).

No entanto, os avanços doutrinários contemporâneos mostram que a aplicação da lei não se restringe à mecânica da mera subsunção do fato à norma. É certo, ademais, que o exercício da função judicante não se pode confundir com o atuar de um autômato. O tema, de alcance teórico rico e complexo, no presente estudo se restringe à constatação de que, com base nas lições de Bobbio e Perlingieri, o juiz na interpretação e aplicação do Direito deve levar em consideração o ordenamento jurídico inteiro, com seus princípios e valores, e não somente o dispositivo legal específico sob exame^{47 48}.

Destarte, o chamamento à integração da norma jurídica, por meio do recurso às cláusulas gerais, em linha evolutiva partiu da vontade individual do intérprete para chegar à vontade geral consubstanciada na escala de valores do ordenamento. Se assim é, e tendo o legislador se utilizado, no parágrafo único do art. 944, de uma norma do tipo aberta (uma cláusula geral), revela-se mais robusta a conclusão de que o seu conceito jurídico *deverá* ter seu conteúdo preenchido pelo magistrado com base, forçosamente, no *conteúdo axiológico determinado pela* Constituição da República de 1988, e não a partir de uma leitura pessoal ou arbitrária do dispositivo.

Em doutrina que propõe conferir maior eficácia social às cláusulas gerais do Código Civil, nutrido-as do conteúdo axiológico constitucional, Gustavo Tepedino leciona que:

⁴⁷ Confira-se o seguinte trecho da obra de Pietro Perlingieri: Um ordenamento a-sistemático, isto é, feito de normas que não exprimem relações internas, não encontrou até hoje uma verificação histórica. A hipótese não é somente de escola, mas é improvável porque logicamente contraditória. Se o critério de fundação do sistema privilegia de modo decisivo o conteúdo sobre a forma (*contenutistico*), sendo, portanto, fruto de elaboração, das correlações entre um e outro instituto, o sentido do sistema se deduz não no esplêndido isolamento da relação do intérprete ‘com o conteúdo de cada norma’, mas sempre confrontando cada norma com todas as outras, verificando a sua coerência constitucional. Tal ‘conexão’ é uma necessidade também lógica, como meio de conhecimento do ordenamento vigente e de suas efetivas possibilidades.” (PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 77). É ainda o que se extrai da lição de Norberto Bobbio (que em passagem clássica para explicar a norma e o ordenamento valeu-se da imagem metafórica árvore e floresta correlacionando-as respectivamente) ao explicar o método sistemático de interpretação: Chama-se ‘interpretação sistemática’ aquela forma de interpretação que tira os seus argumentos do pressuposto de que as normas de um ordenamento, ou, mais exatamente, de uma parte do ordenamento (como o Direito privado, o Direito penal) constituam uma totalidade ordenada (mesmo que depois deixe um pouco no vazio o que se deve entender com essa expressão), e, portanto, seja lícito esclarecer uma norma obscura ou diretamente integrar uma norma deficiente recorrendo ao chamado ‘espírito do sistema’, mesmo indo contra aquilo que resultaria de uma interpretação meramente literal. (...) Que o ordenamento jurídico, ou pelo menos parte dele, constitua um sistema é um pressuposto da atividade interpretativa, um dos ossos do ofício, digamos assim, do jurista. (BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 10ª ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, rev. técnica Claudio De Cicco, apud. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 76)

⁴⁸ Mais uma vez, recorra-se à lição de Ricardo Pereira Lira: A Constituição de 1988 estabelece que a República tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, declara que é objetivo fundamental dessa mesma República erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais. (...) Dessa forma esses princípios fundamentais presidem toda a interpretação e aplicação do direito infra-constitucional, de forma a conduzi-lo à equidade e à Justiça Social. Esses princípios fundamentais estão acima dos próprios princípios gerais de direito de que cuida a Lei de Instrução ao Código Civil, como processos de integração e suprimento das lacunas do ordenamento.” (LIRA, Ricardo Pereira. “A Aplicação do Direito e a Lei Injusta” in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. nº 5. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 95).

“O novo Código Civil brasileiro, inspirado nas codificações anteriores aos anos 70, introduz inúmeras cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, sem qualquer outro ponto de referência valorativo. Torna-se imprescindível, por isso mesmo, que o intérprete promova a conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da República, que define os valores e os princípios fundantes da ordem pública⁴⁹.”

Constituição que identificou o marco axiológico supremo do ordenamento jurídico na dignidade humana e na solidariedade (arts. 1º, III, e 3º, I) e fixou a prevalência, nas situações de conflito, dos valores não patrimoniais sobre os patrimoniais⁵⁰. Como afirma a lição consabida: deve-se ler a norma ordinária com base na Constituição e não o contrário. Atentos, assim, ao fenômeno, tem-se que são os valores constitucionalmente consagrados que preencherão o conteúdo da norma do Código, insista-se.

Na esteira de tais considerações, e considerando o estado atual da responsabilidade civil, em que impera a tutela privilegiada da vítima, pode-se afirmar que o balanceamento da equidade deve levar em conta outros diversos fatores de ponderação, para além do grau de culpa, dentre eles o *limite* do patrimônio mínimo do ofensor e *da vítima*. Neste passo, balizamento como o da *hipossuficiência* na condição patrimonial do ofensor e *da vítima* pode contribuir para iluminar o critério da equidade para a redução.

Se o causador do dano for solvente e tiver capacidade para suportar o encargo da indenização sem recair em pobreza, a aplicação do parágrafo único do art. 944 é de ser, em princípio, *afastada*. A exceção, como se viu, interpreta-se restritivamente. Isso porque, nessa hipótese, o pagamento da indenização à vítima não comprometeria a existência digna do ofensor. E o princípio da restituição integral não permite a *preponderância* da tutela *patrimonial* do ofensor em detrimento da vítima⁵¹. A *ratio* do dispositivo deve ser tão-somente a de evitar reduzir o causador do dano a um estado de carência.

Não há como não se aludir aqui à garantia do patrimônio mínimo, que, conforme a lição de Luiz Edson Fachin, decorre do próprio princípio da dignidade humana. Leia-se o que diz o autor:

⁴⁹ TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil – tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, texto intitulado “Crise de fontes normativas e a técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002”, p. 7.

⁵⁰ Esses são dois dos pilares fundamentais da metodologia civil-constitucional e que se encontram sintetizados em MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. “Rumos cruzados do direito civil pós 1988 e do constitucionalismo de hoje” in *Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional*, no prelo.

⁵¹ Thomas Bustamante e Denis Franco Silva defendem a tese de que o parágrafo único do art. 944 é inconstitucional no que tange aos danos patrimoniais, porque violaria a garantia constitucional do direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF88). Segundo os autores, deve-se proceder a um juízo de ponderação entre os interesses do ofensor, que cometeu ato ilícito (ainda que com culpa leve) e a vítima (que não concorreu para o dano). Em razão da proteção constitucional da propriedade, a balança, certamente, penderia para a tutela do patrimônio da vítima em detrimento daquele do ofensor, a não ser que houvesse um outro forte motivo, no caso concreto, que revertesse esse resultado. *In verbis*: “(...) a hipótese contemplada no parágrafo primeiro (*sic*) daquele mesmo artigo (‘excessiva desproporção’ entre prejuízo e culpa) é, por si só, *insuficiente* para, aplicando-se a equidade, justificar uma exceção ao *caput*. Para afastar a aplicação do *caput*, são necessárias razões muito mais fortes do que a mera ‘desproporção entre prejuízo e culpa’.” (“*Neminem Laedere*: o novo Código Civil brasileiro e a integral reparabilidade dos danos materiais decorrentes do ato ilícito” in Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 20, out./dez. 2004, p. 257).

“Na inegável transformação que abre portas, sob a crítica dos paradigmas tradicionais, ao Direito Civil contemporâneo abre-se espaço para dar um passo adiante. A garantia pessoal de um patrimônio mínimo, do qual ninguém pode se assenhorar forçosamente, sob hipótese legítima alguma, pode ser esse novo horizonte. (...) (§) A tese encontra-se conexionada ao princípio da dignidade humana, de foro constitucional, diretriz fundamental para guiar a hermenêutica e a aplicação do Direito (...)”⁵².

A solução é a mesma na experiência estrangeira. Os dispositivos alienígenas mencionados são unânimes em erigir como parâmetro de ponderação, para a redução da indenização, a condição econômica do causador do dano. Diferentemente, como se verifica, o Código Civil brasileiro, em seu teor literal, fixou-se tão-somente no grau de culpa.

Por outro lado, não se pode esquecer de garantir a dignidade humana e o respectivo patrimônio mínimo da vítima, o que parece não ter sido percebido pelo dispositivo, cuja preocupação aparente limitou-se ao ofensor.

O juízo de equidade⁵³ não pode perder de vista, pois, que a vítima, que sofreu o dano, só em casos *especialíssimos* pode vir a ser onerada com *parte* do prejuízo experimentado (correspondente à respectiva redução da indenização procedida pelo juiz). Vale dizer, nos casos em que a reparação integral, na ponderação de valores em juízo, tivesse que ceder espaço a *outro princípio* digno de *igual* tutela⁵⁴.

Na divisão dos ônus operada pelo juiz (no caso da aplicação da redução equitativa

⁵² FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 304 e 308.

⁵³ Aguiar Dias, cinco décadas antes da promulgação do Código Civil de 2002, já defendia a aplicação da equidade em sede de responsabilidade civil para, à luz da condição patrimonial dos envolvidos, se alterar o *quantum* fixado na hipótese de mudança da situação após a liquidação do dano: “É também de aplicar a equidade, para redução da indenização de acordo com as posses do responsável. Este princípio está hoje vitorioso na maioria dos países cultos e atende aos princípios fundamentais da responsabilidade civil. O direito existe para servir aos homens. Se, como acreditamos, continua a prevalecer a definição de Celso, que nos legou a máxima *ius est ars boni et aequi*, o direito não pode perder de vista a equidade. Daí também decorre que uma legislação cuidadosa ou, em sua falta, a própria jurisprudência, não pode deixar de atender a circunstâncias que, depois do julgamento definitivo sobre a liquidação, alterem de forma acentuada a situação da vítima ou do responsável, relativamente ao *quantum* fixado.” In Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, por J. M. de Carvalho Santos, coadjuvado por José de Aguiar Dias, vol. XIV, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1947, p. 225.

⁵⁴ Para uma fundamentação metodológica do mecanismo de ponderação de princípios constitucionais em face do artigo em tela, cf. o texto de Carlos Konder, cuja síntese se pode extrair da seguinte passagem: “Portanto, se o princípio da reparação integral do dano tem caráter constitucional, a utilização da redução equitativa da indenização com base na desproporção excessiva entre o grau de culpa e o dano deve, além de respeitar os limites do dispositivo, ter por fundamento a aplicação de um outro princípio constitucional que deva prevalecer diante das circunstâncias específicas daquele caso concreto” (KONDER, Carlos Nelson. “A redução equitativa 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, jan./mar. 2007, p. 32).

do parágrafo único do art. 944), cumpre ter em mente que a vítima já sofreu o dano e leva consigo os efeitos da lesão^{55 56}.

Com efeito, diante do pequeno desvio de conduta do ofensor, da desatenção que ocasionou enorme dano, a redução que o beneficiária não poderia chegar a atingir um patamar que compromettesse na outra ponta a integridade mínima patrimonial da vítima, já que essa parcela do patrimônio está ligada à sua própria sobrevivência digna. Tal limite humanitário deve ser observado *imperativamente*.

Em conclusão, a invocação da equidade sublinha e enfatiza a necessidade do preenchimento do conteúdo da lei pela normativa constitucional e sua tábua axiológica, segundo as quais a necessidade de se garantir um patrimônio mínimo tanto ao causador do dano quanto à vítima ocupa papel de destaque.

Aliás, tal conclusão é corroborada pela interpretação extensiva a ser conferida ao parágrafo único do art. 928⁵⁷, cuja redação, embora limitada ao caso do incapaz causador do dano, deve ser lida de forma a abranger também as demais hipóteses de responsabilidade civil. Assim não se pode “privar do necessário” – em interpretação conjunta com o parágrafo único do art. 944 – o agente causador do dano que atuou com culpa leve ou levíssima, nem, por outro lado, acrescenta-se aqui, a vítima. Diz-se, em doutrina, que o parágrafo único do art. 928 tem “vocação de expansão”, pois contempla regra ligada à garantia do mínimo existencial do ser humano⁵⁸.

⁵⁵ Rui Stoco, ao seu turno, afirma que a aplicação da equidade na fixação do montante indenizatório não quer significar um privilégio ao agente do dano, em detrimento da vítima. A balança sempre deve pender para quem sofreu o dano. STOCO, Rui. Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial: doutrina e jurisprudência. 4ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 655. *In verbis*: “Mas isso não quer significar que se aplique no campo da responsabilidade civil o *in dubio pro reo*, princípio pertinente apenas ao Direito Penal, ou que se preconize a proteção do réu em detrimento da vítima. (§) Há aqui de prevalecer o *in dubio pro creditoris*, como muito bem demonstrou João Casillo, ao afirmar que ‘a tendência deve ser no sentido contrário. Na dúvida, a atenção do julgador deve voltar-se para a vítima, ainda que se corra o risco de que, por um excesso, o ofensor indenize mais do que era devido. O risco inverso de a vítima receber menos do que teria direito é que não pode ser admitido’”.

⁵⁶ Enquanto que, ao causador do dano – seja por culpa ou pelo risco de sua atividade – impõe-se suportar alguns efeitos da lesão, que se dirigirão ao seu patrimônio, por força da atribuição do dever de ressarcimento. Nesse sentido, leiam-se as considerações de George Ripert: “É fácil dizer, por exemplo, em presença dum acidente de automóvel, que o guarda do carro deve suportar o prejuízo causado ao peão atropelado. Intentando reparar, pode-se levar alguém à miséria. Troca-se a vítima e eis tudo. (§) O que, no entanto, permite considerar a solução como sendo melhor que a recusa de todo o socorro, é que já existe pela força das coisas uma certa repartição do risco corrido. Sobre tudo no caso de acidentes corporais, a jurisprudência admitiu facilmente, quer a responsabilidade contractual, quer a responsabilidade pelo facto das coisas. Ora, para tais acidentes, a reparação não poderia nunca ser completa, pois só pode consistir em atribuir à vítima uma indenização pecuniária. A indenização que, para os prejuízos materiais, permite quase sempre uma *restitutio in integrum*, salvo quando se trata de destruição de objectos insubstituíveis, não pode ter, para os prejuízos corporais senão uma função de compensação. (...) Faz-se, por esta forma, pela atribuição da indenização pecuniária, uma certa repartição do dano sofrido: um suportará a dor física ou moral, outro é atingido na fortuna. (destacou-se)”. O Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno. Trad. J. Cortezão. São Paulo: Saraiva, 1937, pp. 369-370.

⁵⁷ Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de o fazer ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se ela privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

⁵⁸ “Necessário se faz, portanto, que seja quantitativamente equitativa não apenas a obrigação de indenizar imposta ao incapaz, nos termos do art. 928, mas qualquer obrigação de indenizar dirigida à pessoa humana, de modo a não privar o seu devedor dos meios necessários a uma vida digna. Daí

Diante do exposto, o sacrifício da tutela especial da vítima (e do princípio da reparação integral) para se autorizar a redução equitativa da indenização só ocorrerá quando houver, em contraposição, um conjunto de circunstâncias de tal força que permita justificar o mecanismo. Não basta, como aparentemente se deduz do parágrafo único do art. 944, que haja excessiva desproporção entre a culpa e o dano. Para que a solução seja verdadeiramente condizente com a equidade, deve-se estar em presença de outros requisitos, como as situações patrimoniais do ofensor e da vítima – que se revelam, em definitivo, como componentes essenciais na equação. Serão o limite e o fundamento da redução.

IV.3 Imperatividade versus facultatividade

Outro ponto a ser analisado no estudo do parágrafo único do art. 944 diz respeito à facultatividade ou imperatividade de sua aplicação pelo julgador.

Aparentemente, ou pelo menos no sentido literal, cuida-se de norma de natureza dispositiva e não imperativa. Vale dizer, o juiz não guardaria observância obrigatória ao dispositivo. A doutrina tem caminhado nesse sentido⁵⁹:

No entanto, muito embora o teor do parágrafo seja expresso e procure não deixar dúvida de que se trata de uma faculdade posta à disposição do julgador, serão as circunstâncias do caso concreto, à luz da carga axiológica constitucional, que irão determinar e pautar a atuação do magistrado na aplicação do dispositivo.

Com efeito, não se pode mesmo estabelecer, em todos os casos, a facultatividade da aplicação da norma *tout court*. Se presentes certos fatores determinantes, o ordenamento todo estará a impor a aplicação do dispositivo para reduzir o valor da reparação do dano. Ou, por outra, se em jogo componentes tais como *dignidade humana, solidariedade*, e o reflexo no *patrimônio mínimo*, não poderá prevalecer a natureza aparentemente dispositiva da norma.

A razão que embasa a assertiva anterior reside no reconhecimento da tutela privilegiada dos princípios e valores constitucionais e sua aplicação (direta) às relações

a vocação expansiva da regra em apreço, que se torna, por isso mesmo, verdadeiro princípio geral de responsabilidade civil. A partir dela, vê-se que, também nos casos em que a indenização recaia sobre o patrimônio do pai, tutor ou curador, o limite humanitário haverá de ser protegido, e a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas quando reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de uma vida digna, noção que não deve ser interpretada de forma restritiva.” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 821-22).

Nesse sentido é o Enunciado nº 39 da I Jornada de Direito Civil do CEJ (Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, *in* www.jf.gov.br): “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”.

⁵⁹ Inclusive em Portugal, cujo CC apresenta dicção semelhante à brasileira (“... *poderá* a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados...” destacou-se). Fernando Pessoa Jorge assinala que “O tribunal *poderá* fixar a indemnização em termos diferentes da regra geral, em que ela se mede pelos prejuízos, mas não terá necessariamente de o fazer; se o fizer, julgará segundo a equidade, isto é, segundo o que lhe parecer justo no caso concreto, atendendo a todas as circunstâncias que se verificarem e, em especial, o grau de culpabilidade do agente” (JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil. Lisboa: 1968, p. 364 – os destaques não constam do original).

privadas, na unidade interpretativa do sistema jurídico, e na funcionalização dos institutos jurídicos à tábua axiológica da Constituição, com a submissão de todas as situações jurídicas subjetivas ao controle de merecimento de tutela com base no projeto constitucional.

Aliás, não é demais lembrar que a inversão do sentido literal da norma, por obra da interpretação e aplicação do direito, não é fenômeno desconhecido no Brasil. Fato idêntico ao que ora se propõe ocorreu, na codificação anterior, com a disciplina da cláusula penal. É que o art. 924 do Código Civil de 1916 dispunha que: “Quando se cumprir em parte a obrigação, *poderá* o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento”⁶⁰. Mas, o que era de observância facultativa passou a ser de observância obrigatória, como se a norma dissesse: “quando se cumprir em parte a obrigação, *deverá* o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento”. O raciocínio acabou por migrar da interpretação para o direito legislado: o Código Civil de 2002 conferiu caráter imperativo à redução da penalidade (art. 413)⁶¹.

Outro exemplo igualmente significativo do contraste retratado no § anterior destaca Ricardo Lira, denominando de *direito insurgente* o estado de conflito frontal entre o direito aplicado e a previsão do ordenamento, em nome da justiça social. Põe em tela a hipótese da responsabilidade civil do empregador por ato do empregado, e após citar os arts. 1.521 e 1.523 do Código Civil de 1916, leciona:

*“No direito legislado [a referência, aqui, é ao Código Civil de 1916, por conseguinte, a responsabilidade do amo, patrão ou comitente é desenganadamente subjetiva. Não basta que a vítima prove a culpa do preposto, servicial ou empregado. Para surgir a responsabilidade do preponente seria necessário, em face do texto da lei, que a vítima provasse a culpa in vigilando ou in eligendo do preponente, ou seu procedimento doloso. (...) Os operadores do direito criaram, insurgentemente, a responsabilidade sem culpa do preponente, por força da qual provada a culpa ou dolo do preposto é responsável o preponente”*⁶².

Uma vez mais, a mudança diametral de sentido foi incorporada pelo direito positivo: o Código Civil de 2002 estabeleceu a responsabilidade objetiva do empregador pelos atos do empregado (art. 933)⁶³. E é exatamente do mesmo mecanismo que se cogita para o comando literal do parágrafo único do art. 944 do Código Civil de 2002.

⁶⁰ “Com a evolução dos princípios fundamentais do regime contratual, especialmente a partir da Constituição Federal, doutrina e jurisprudência foram progressivamente alterando a interpretação do art. 924 do Código Civil 1916, passando a considerá-lo imperativo, ou seja, insuscetível de ser afastado pela vontade das partes, ou pelo magistrado, a quem se tornou impositivo – e não mais apenas facultativo – a utilização do critério da proporcionalidade.” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República, vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 750).

⁶¹ “Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.”

⁶² LIRA, Ricardo Pereira. “A Aplicação do Direito e a Lei Injusta” in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro nº 5. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 93.

⁶³ “Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

V - O espectro de aplicabilidade da norma

Após a análise dos requisitos de aplicação do parágrafo único do art. 944, parte-se para a perquirição do campo de incidência da norma, isto é, a quais situações de dano se destina o comando em baila. No cerne da polêmica questão acerca da aplicabilidade do art. 944, são aventadas duas ordens de indagações: a primeira levará em conta a patrimonialidade do dano (item 5.1, infra), na segunda, voltada ao regime de responsabilidade pertinente, será empreendido controle de compatibilidade do dispositivo à responsabilidade objetiva (5.2).

V.1 Danos patrimoniais e extrapatrimoniais

Quanto à patrimonialidade, a norma enseja três posicionamentos teóricos distintos em sua exegese. Se o parágrafo seria (i) restrito aos danos patrimoniais, (ii) limitado aos danos extrapatrimoniais ou (iii) englobaria ambas as situações danosas.

Importa repisar que, no âmbito da quantificação, para cada espécie de dano corresponde mecanismo de reparação próprio. O dano emergente é definido como aquilo que a vítima positivamente perdeu. Liquida-se por meio da *equivalência*. Especificamente para esta modalidade de prejuízo – danos emergentes – o mecanismo de quantificação fundamenta-se em mera operação matemática de subtração: procura-se a *diferença* entre a situação patrimonial anterior e posterior ao evento danoso⁶⁴. Sobre tal valor, aferido *com exatidão*, destarte, incidirá a redução por equidade almejada no parágrafo único do art. 944. A rigor, a correspondência patrimonial exata entre o dano e a indenização faz-se nota peculiar à reparação dos danos emergentes: somente essa *equivalência* permite a recomposição do estado anterior (*status quo ante*) restabelecendo o equilíbrio repentinamente rompido com a lesão.

Por sua vez, o cálculo de um valor preciso na quantificação enfrenta certas dificuldades no plano dos lucros cessantes, outra espécie de dano patrimonial. Os lucros cessantes correspondem às verbas que a pessoa deixou de lucrar e que lucraria ordinariamente, não fosse a ocorrência da lesão sofrida. Indenizam-se não por meio da equivalência, o que aqui já não é mais possível, mas sob o prisma da *razoabilidade*.⁶⁵ Compreendem tudo o quanto a vítima deixou de lucrar, nas *condições normais de temperatura e pressão*, em função do dano sofrido. Sobre esse valor, por sua vez, encontrado com base nas legítimas expectativas frustradas – privação do que ordinariamente obteria –, é que vai incidir a redução do §.

Já no âmbito da reparação dos danos extrapatrimoniais se encontram níveis bem mais profundos de dificuldade para se aferir o montante reparatório. A tônica, em lugar da equivalência e da razoabilidade, passa a ser a *compensação*. Imprescindível frisar, outrossim, que a cautela nesse campo do ressarcimento, à luz da norma em estudo, deve ser muito maior, isto é, os freios e contrapesos da redução tornar-se-ão mais rigorosos,

⁶⁴ “A mensuração do dano emergente, como se vê, não enseja maiores dificuldades. Via de regra, importará no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 3ª edição. Malheiros. São Paulo. 2002. p. 81.)

⁶⁵ “Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só de paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo de sua profissão, como, também, de frustração daquilo que era razoavelmente esperado” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 3ª edição. Malheiros. São Paulo. 2002. p. 81.)

pois os valores existenciais, conectados à reparação do dano moral, são objeto de tutela constitucional privilegiada. Na célebre representação da justiça – olhos vendados, espada e balança – é como se houvesse mais libras pesando no outro prato da balança. A redução a partir de valor exato, prevista na dicção da norma, deve ser interpretada como um *fator exógeno de quantificação* dos danos extrapatrimoniais, na árdua tarefa do cálculo do valor.

De se sublinhar então que, em todos os casos, como foi dito, no ato de aplicação, a redução prevista na dicção da norma deve ocorrer *a partir de um valor determinado*. Ou seja, deve-se primeiro alcançar o *quantum debeatur*, abstraindo o parágrafo, para, posteriormente, graduar para baixo o montante ressarcitório, de maneira que, mercê da fundamentação e da transparência, se possa controlar a correta utilização do instituto.

Isso posto, há, na esteira de tais considerações, dois aspectos a destacar.

Primeiro, não obstante o fato de que em doutrina a modificação tenha gerado polêmica e repercutido nas mais variadas opiniões, desde defensores eloquentes até críticos ferozes, na prática, nada obstante, a modificação apresenta, até o momento, resultados curiosos.

Com efeito, em relação aos danos materiais – para os quais foi concebida originariamente a norma⁶⁶ – não há *sequer um registro* de decisão que tenha reduzido a indenização, seja dos danos emergentes, seja dos lucros cessantes, baseando-se no grau reduzido de culpa.

Trata-se de mais um paradoxo a envolver o assunto: o instituto foi criado tendo em mira um objetivo – a redução da indenização dos danos materiais – e acabou servindo a outro – a fundamentação do cálculo da reparação dos danos extrapatrimoniais.

Mesmo na seara dos danos extrapatrimoniais, onde de fato se utiliza o instrumento, tampouco se pode falar em *revolução* no sistema, eis que a invocação do novo dispositivo aparece apenas como mais um fundamento específico do trabalho que as cortes já vinham realizando: vale dizer, *a análise da conduta do ofensor como parâmetro para a quantificação na reparação por danos morais*⁶⁸. Gradua para cima ou para baixo o valor do *quantum* compensatório, conforme o maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta do ofensor. E aí está: quando se reduz a verba de indenização por força do pequeno grau de culpa do agente menciona-se o parágrafo único do art.

⁶⁶ Disso dão prova: (a) a literalidade do texto; (b) os exemplos constantes na exposição de motivos; e (c) o momento histórico em que se encontrava o direito anterior, ainda vacilante quanto à reparabilidade do dano moral.

⁶⁷ Nesse sentido:

Recurso especial – Responsabilidade Civil – Acidente em Plataforma de Exploração de Petróleo – Morte de Filho – Danos Morais – Quantum Indenizatório – Número de Lesados – Razoabilidade – Recurso não conhecido.

1. Aos parâmetros usualmente considerados à aferição do excesso ou irritação no arbitramento do quantum indenizatório de danos morais – gravidade e repercussão da lesão, grau de culpa do ofensor, nível socioeconômico das partes –, perfaz-se imprescindível somar a quantidade de integrantes do pólo proponente da lide. A observância da equidade, das regras de experiência e bom senso, e dos princípios da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade quando da fixação da reparação de danos morais não se coaduna com o desprezo do número de lesados pela morte de parente. 2. Ante as peculiaridades da espécie, a manutenção do quantum indenizatório arbitrado pelo Tribunal a quo, em valor equivalente a 500 salários mínimos para cada um dos autores, pais da vítima do acidente laboral, denota equidade e moderação, não implicando em enriquecimento sem causa. 3. Recurso Especial não conhecido.

(Supremo Tribunal Justiça. Quarta Turma. Rel. Jorge Scartezini. REsp. 745710/RJ. Julgamento em 05.12.2006)

⁶⁸ Tal fato pode ser observado nos trechos dos seguintes arrestos:

944^{69 70}. Sem que, com isso, se tenha, de todo modo, por defeso o atuar em sentido inverso; noutros termos: não parece ter prevalecido a tese de que o grau de culpa serviria tão-só para reduzir a quantificação, de tal sorte que a partir de 2002 no Brasil não se poderia mais utilizar este parâmetro para determinar o aumento do valor da reparação dos danos extrapatrimoniais. A tese⁷¹ foi sintetizada na mais recente edição das Jornadas de Direito Civil:

“Nessas hipóteses de protesto indevido e inclusão do nome do devedor em cadastros de inadimplentes, esta Quarta Turma tem adotado como parâmetro a quantia correspondente entre dez a vinte salários mínimos. Aqui, levadas em conta a pequena intensidade do grau da culpa e, de outra parte, a pouca relevância da lesão sofrida pela autora, o arbitramento que melhor se amolda à espécie é o de empregar-se o meio termo, ou seja, estabelecer o quantum indenizatório no importe equivalente a quinze salários mínimos, R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), sobretudo ao considerar-se que os danos morais ocorreram em dois momentos: no protesto indevido e na injusta inscrição na Serasa. Nessas condições, o acórdão recorrido não somente afrontou os ditames dos arts. 186, 944, parágrafo único, do Código Civil de 2002, como ainda dissentiu da jurisprudência pacífica emanada desta Casa em tema de fixação dos danos morais.” (Supremo Tribunal Justiça. Quarta Turma. Rel. Barros Monteiro. REsp 710959/MS. Julgado em 20.09.2005). E, ainda: “Ação Indenizatória. Banco réu que permitiu que terceiro abrisse conta corrente com documentos do autor e emitisse cheques sem fundos que ensejaram a inscrição do nome do autor nos cadastros do SPC e do SERASA. O banco responde objetivamente pelos danos causados ao correntista, por estar jungido à teoria do risco da atividade, que lhe impõe o 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 Código Defesa Consumidor. Indenização fixada em R\$ 4.000,00, 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. Juros moratórios que deverão ser contados desde o evento danoso, na forma do artigo 398 do Código Civil e da Súmula 54 do Supremo Tribunal Justiça. Sentença que se mantém.” (Apel. Cível 2006.001.45829, 1ª CCTJRJ, Rel. Des. Maria Augusta Vaz M. de Figueiredo, j. 1º.09.06). “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 situação, 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 o 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 art. 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 art. 557 do CPC, por ser manifestamente improcedente o apelo, nego-lhe seguimento.” (Apel. Cível 2006.001.55817, 13ª CCTJRJ, Rel. Des. Ademir Pimentel, j. 12.01.07).

⁶⁹ “Portanto, nesse aspecto, a medida do prejuízo pode deixar de ser o valor da indenização. Nada vai impedir, por outro lado, que corrente jurisprudencial entenda por agravar a indenização quando a culpa for excessiva ou desmesurada, atendendo às novas correntes que justificam o dever de indenizar, mormente em sede de dano moral, como aponta a redação do projeto mencionado.” (VENOSA, Silvio. *Direito Civil*, vol. 4, 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2006, p. 23).

⁷⁰ A função punitiva na reparação do dano moral não goza de aceitação irrestrita em doutrina, como preleciona Maria Celina Bodin de Moraes: “Tal caráter aflitivo, aplicado indiscriminadamente a toda e qualquer reparação de danos morais, coloca em perigo princípios fundamentais de sistemas jurídicos que têm na lei a sua fonte normativa, na medida em que se passa a aceitar a idéia, extravagante à nossa tradição, de que a reparação já não se constitui como o fim último da responsabilidade civil, mas a ela se atribuem também, como intrínsecas, as funções de punição e dissuasão, de castigo e prevenção” (MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 258).

⁷¹ O acesso aos enunciados do CJF tem-se pelo endereço www.jf.gov.br.

“Enunciado 379 - O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil⁷².”

O segundo aspecto a destacar relaciona-se ao controle de constitucionalidade do parágrafo. É que para os adeptos da corrente que o quer aplicável apenas aos danos extrapatrimoniais, o dispositivo carrega vício de constitucionalidade tangente ao dano patrimonial⁷³; enquanto para os defensores de sua aplicação restrita aos danos materiais, inconstitucional seria utilizá-lo em danos morais⁷⁴; e, por fim, àqueles que admitem sua aplicação em ambas as espécies parece inconstitucional qualquer redução, se adotada interpretação literal do texto do Código Civil⁷⁵.

À bem dos princípios e valores do ordenamento, mister constatar que o contraste resultante do fato de a reparação por danos extrapatrimoniais visar a tutela dos valores mais importantes do ordenamento⁷⁶, enquanto a norma do parágrafo único objetiva tutelar valores meramente patrimoniais, indica que sua aplicação na redução da indenização por danos morais inverteria a tábua axiológica do ordenamento, preferindo a tutela extrapatrimonial em prol da tutela patrimonial. Daí decorre a conclusão de que a redução cogitada no parágrafo único somente seria justificável se o resultado de todo um conjunto de fatores de ponderação, a incluir a reserva do patrimônio mínimo⁷⁷ do agente causador e da vítima (de forma a garantir subsistência digna a ambos), com base no texto constitucional, assim a indicasse.

⁷² Para Thomas Bustamante e Denis Franco Silva a garantia constitucional do direito de propriedade seria o fiel da balança, determinante para “a proteção de quem sofreu prejuízos por parte de terceiros” (BUSTAMANTE, Thomas e SILVA, Denis Franco. “*Neminem Laedere*: o novo Código Civil brasileiro e a integral reparabilidade dos danos materiais decorrentes do ato ilícito” in Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 20, out./dez. 2004, p. 251).

⁷³ FACHINI NETO, Eugênio. “Da responsabilidade civil no novo Código” in O novo Código Civil e a Constituição (org. por SARLET, Ingo Wolfgang) 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 171 a 188 e 204.

⁷⁴ CALIXTO, Marcelo Junqueira. O papel da culpa na responsabilidade civil. Tese de doutoramento apresentada em 2007 no Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, p. 179.

⁷⁵ Na verdade, o grande problema relativo aos danos extrapatrimoniais é a sua quantificação demasiadamente baixa, que não reflete a tutela privilegiada conferida pela Constituição República de 1988.

⁷⁶ A referência obrigatória no tema é a FACHINI, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Cumpre, outrossim, aludir à resenha de Miguel Kfourri Neto: “A indenização por equidade encontra-se prevista no § 829, do Código Civil alemão: ‘§ 829 (Responsabilidade equitativa) Quem, em um dos casos assinalados nos §§ 823 a 826, não for, com fundamento nos §§ 827 e 828, responsável por um dano por ele causado, terá, não obstante, sempre que a indenização do dano não possa ser exigida de um terceiro com dever de vigilância, de indenizar o dano, desde que a equidade, de acordo com as circunstâncias, particularmente, de acordo com as relações entre os interessados, exigir uma compensação, e a ele não sejam tirados os meios dos quais necessita para sua manutenção conveniente, assim como para a realização de suas obrigações legais de alimentos’. (§) Menciona Milton Paulo de Carvalho Filho que, no direito argentino, o art. 1.069, do Código Civil, contemplado na Lei 17.711, passou a dispor: “O dano compreende não apenas o prejuízo efetivamente sofrido, senão também a ganância de que foi privado o danificado pelo ato ilícito, e que neste Código se destina com as palavras perdas e interesses. Os juízes, ao fixar as indenizações pelos danos, poderão considerar a situação patrimonial do causador, atenuando-a se for equitativo; mas não será aplicável esta faculdade se o dano for imputável a dolo do responsável. (§) Na seqüência o magistrado paulista reproduz comentários de Atílio Aníbal Alterini: ‘(...) A natureza da obra do autor exclui a possibilidade de atenuar a responsabilidade quando há dolo; não havendo culpa, ou havendo um ligeiro descuido como é a culpa, compete que os juízes atenuem equitativamente as indenizações no caso. (...)’” (KFOURI NETO, Miguel. “Graus da culpa e redução equitativa da indenização” in Revista dos Tribunais, vol. 839, set. 2005, p. 49).

V.2 Responsabilidade objetiva

Dois correntes se digladiam na busca de elucidar melhor a questão posta no subtítulo supra. A primeira argumenta que o regime da responsabilidade civil – objetiva ou subjetiva – se limita à verificação dos pressupostos da existência do dever de reparar, ou seja: dano, nexo de causalidade e culpa para a responsabilidade subjetiva; e dano e nexo de causalidade para a responsabilidade objetiva. Por outro lado, os *pressupostos do dever de reparar* não se confundiriam com os *fatores de quantificação*, os quais se guiarão por mecanismos próprios, conforme o tipo de dano. Nesse contexto, nada impediria a verificação da conduta do ofensor em tema de responsabilidade objetiva.

Em sentido diametralmente oposto, objetiva-se que a discussão sobre a culpa seria, de todo modo, ainda que no âmbito da quantificação, introduzida indevidamente em sede de responsabilidade objetiva⁷⁸. Discussão essa que justamente a lei quis evitar ao estabelecer o regime independente da culpa, impondo um debate na tramitação da liquidação dos danos, que se imagina virulento, dados os efeitos que dele podem defluir, em torno da culpabilidade do agente.

O problema se reveste, ainda, de boa dose de dificuldade, na medida em que se replicou à resposta da segunda corrente com o argumento de que a exclusão da responsabilidade objetiva do campo de aplicação do parágrafo único do art. 944 ocasionaria uma contradição que não deve ser admitida no ordenamento.

Note-se: paradoxalmente, o causador do dano que agiu sem culpa nenhuma, como sói ocorrer na responsabilidade objetiva, restaria obrigado à indenização plena, ao passo que o que agiu com culpa leve ou levíssima, em sede de responsabilidade subjetiva, seria beneficiado com a possibilidade de redução.

As Jornadas de Direito Civil, por sua vez, promovidas pelo Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal parecem oscilar aos sabores desses ventos.

Na I Jornada, estabeleceu-se o enunciado nº 46, que dizia:

“Art. 944: a possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva (destacou-se)⁷⁹.”

Posteriormente, na IV Jornada, realizada em Brasília nos dias 25 e 26 de outubro de 2006, resolveu-se suprimir a parte final do enunciado nº 46, o qual passou a ter a seguinte redação:

“Art. 944: a possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano⁸⁰.”

⁷⁷ Nete sentido, cf. KFOURI NETO, Miguel. “Graus da culpa e redução equitativa da indenização” in Revista dos Tribunais, vol. 839, set. 2005, p. 57.

⁷⁸ O acesso aos enunciados do CJF tem-se pelo endereço www.jf.gov.br.

⁷⁹ Idem.

A mudança encontra-se afinada com os fundamentos constantes deste trabalho, em que se defende a análise da *conduta* independente da *configuração da culpa*, e consoante a divisão da responsabilidade civil em dois planos de estudo. De todo modo, e tendo sempre como escopo a proteção dos valores mais importantes elegidos pelo ordenamento, ressalte-se que, muito provavelmente, a redução não logrará a preencher todos os requisitos normativos em tema de relações de consumo, dados os contornos valorativos ligados à hipossuficiência, que envolvem a tutela privilegiada em sede constitucional do consumidor. Ocorre que, no contrabalanço da desgraça do ofensor com culpa pequena, ingressam, conforme o caso, outros fatores robustos de consideração a favor da vítima. Além da hipossuficiência do consumidor, na responsabilidade contratual⁸¹, podem pesar a favor da vítima outros fundamentos tais como a boa-fé, as legítimas expectativas do contratante, a eventual existência de cláusula penal, a normativa do contrato em foco (se oneroso ou benéfico), dentre outros.

VI - Conclusões

Em tentativa de síntese do estudo tem-se que: (a) o princípio da reparação integral faz-se corolário de longa evolução no direito brasileiro, reflete valores fundamentais do ordenamento e apresenta *status* constitucional; (b) o mecanismo de redução equitativa da indenização para a hipótese de gritante desproporção entre conduta e resultado constitui *exceção* à reparação integral e, assim, recomenda extrema cautela em sua interpretação e aplicação, sob pena de *inconstitucionalidade*; (c) o dispositivo brasileiro, ao se ater unicamente ao grau de culpabilidade, distancia-se dos congêneres estrangeiros, que tomam em conta uma pluralidade de aspectos; (d) a aludida desproporção há de ser de grande monta (significativa), para além das discrepâncias ordinariamente presentes entre causa e consequência; (e) a redução impõe-se equitativa (o que se traduz pela análise de todo o conjunto de fatores presentes em cada caso *sub examen*, em especial a situação patrimonial tanto do causador do dano quanto da *vítima*) e, (f) inaplicável quando inexistir comprometimento patrimonial do agente para o pagamento da indenização, (g) deve partir da indicação prévia do valor base, correspondente à restituição integral, em homenagem à transparência e à fundamentação das decisões; (h) a solução engendrada no §, por fim, é de aplicação *cogente*, sem que se possa excluir qualquer espécie de dano (embora os extrapatrimoniais suscitem maior precaução) ou regime de responsabilidade (atentando-se às vicissitudes do regramento negocial), se assim a indicar o resultado da ponderação das circunstâncias do caso concreto, à luz dos valores constitucionais.

⁸⁰ Nesse sentido, tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça de Portugal o entendimento segundo o qual a gradação da responsabilização em função da culpa não se aplica à sede contratual, nos seguintes termos: "A possibilidade de gradação equitativa da indemnização quando haja mera culpa do lesante encontra-se consagrada na lei apenas para a responsabilidade extracontratual, não sendo

A RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO DE ESTADO

Diogo de Figueiredo Moreira Neto*

Introdução

1. De início, um esclarecimento sobre nomenclatura. Este estudo optou pela expressão Advogado de Estado em lugar de advogado público para designar o advogado que desempenha suas funções a serviço institucional de entidades de direito público.

2. A razão mais evidente dessa opção é que a designação de advogado público é equívoca, confundindo-o com o defensor público, pois que este é também, etimologicamente, um advogado público (e até duplamente público, porque não só a sua função é pública, como também o é o seu atendimento, pois que dirigido ao público).

3. Por outro lado, a alternativa que se tem alvitrado para superar a ambigüidade – a de procurador público² – suscita outra confusão com o cargo de procurador de justiça, cujas funções, exercidas junto ao Poder Judiciário, se dirigem à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Parece, assim, de todo preferível manter-se a referência central ao Advogado de Estado para individuar o profissional do direito que exerce as especialíssimas funções previstas nos arts. 131 e 132, insertas na Seção II, do Capítulo IV, do Título IV da Constituição.

4. Com efeito, consoante já se vem expondo desde 1989³, todas as funções essenciais à justiça são essencialmente ministérios advocatícios *lato sensu*, constitucionalmente instituídos não apenas para a tradicional defesa de pessoas, de bens, de interesses e de direitos, que milenarmente tem caracterizado a advocacia, como também, em acréscimo, em sua evolução histórica, para a sustentação de valores fundantes da civilização e, por isso, a dos próprios ordenamentos jurídicos que os agasalham.

5. A especialização de funções advocatícias, que se vem processando desde há muito tempo no direito público brasileiro, alcança sua culminação positiva na Constituição de 1988, com a introdução do Capítulo dedicado às funções essenciais à justiça, não apenas alçando a advocacia *lato sensu* ao patamar constitucional, como definindo seus ramos – o privado e os públicos – em função dos interesses cuja cura lhes são cometidos.

6. Assim é que se distingue: a (1) advocacia privada, como sua manifestação genérica à qual cabe a defesa de todos os tipos de interesses, salvo os reservados privativamente às suas manifestações estatais, e (2) a advocacia pública, aqui empregada em sentido pleno, subdividida em três manifestações específicas.

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro aposentado. Exposição apresentada em 31 de outubro de 2007, no auditório da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

¹ Retirada, lamentavelmente com perda de rigor, da designação da Seção II, do Título IV, do Título IV, tal como alterada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, substituindo a denominação original - Advocacia Geral da União - que era correta não obstante parcial, daí intenção do legislador constitucional de ampliar-lhe o sentido.

² Como empregado por Dárcio Augusto Chaves Faria, em A Ética Profissional dos Procuradores Públicos (Revista Forense, Vol 321, 1993 pp. 22 a 39), em primoroso trabalho pioneiro, no qual justifica seu uso pela preeminência do procuratório judicial: por ser o "encarregado de representar o ente estatal em juízo e promover sua defesa" (p. 22).

³ São dois trabalhos, nesse ano, sobre o tema: a tese - O Procurador do Estado na Constituição de 1988 - apresentada ao XV Congresso Nacional de Procuradores do Estado, Natal, RN, 1989, e o art. - As Funções Essenciais à Justiça na Constituição de 1988 - publicado na Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Vol. 43, 1991, pp. 30 a 40.