



Instituto Brasileiro de Direito Público

ANNA CLAUDIA FANUCK STEIN

REDUÇÃO EQÜITATIVA DA INDENIZAÇÃO

Aplicabilidade diante da quebra ao movimento
ressarcitório da responsabilidade civil

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Pós-Graduação *lato
sensu* em Contratos e Responsabilidade Civil.

Orientador: Professor Paulo Roque Khouri

**BRASÍLIA
2008**

Dedicatória

Dedico este trabalho a Deus, ao meu marido, meus filhos e minha encantadora neta, que se privaram da minha presença durante vários finais de semana e várias noites ao longo do curso e tantos outros finais de semana e noites para realização desse trabalho.

Agradecimento

Agradeço ao meu orientador, verdadeiro mestre, que, além de ter despertado a minha curiosidade pelo tema, soube me incentivar com críticas sempre tão construtivas.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo investigar as implicações da regra estabelecida no art. 944, parágrafo único, do Código Civil, bem como a sua aplicabilidade, haja vista que quebra com importante princípio da responsabilidade civil, que consiste na *restitutio in integrum*.

SUMÁRIO

1. UMA INTRODUÇÃO AO PROBLEMA.....	6
2. ORIGEM DA NORMA.....	9
3. A JUSTIÇA COMO OBJETIVO DA NORMA.....	11
4. QUEBRA DO PRINCÍPIO DA <i>RESTITUTIO IN INTEGRUM</i>.....	17
5. OFENSA A PRECEITOS CONSTITUCIONAIS.....	21
6. O DIREITO AO RESSARCIMENTO COMO OBJETIVO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	26
7. QUEBRA DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	29
8. O GRAU DE CULPA DO OFENSOR COMO CAUSA DE REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO	33
9. APLICAÇÃO AOS DANOS MORAIS	37
10. PODER DO JUIZ	46
11. CONCLUSÃO.....	49
12. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	51

1. UMA INTRODUÇÃO AO PROBLEMA

O Código Civil de 2002, a exemplo de legislações extravagantes, introduziu no ordenamento jurídico regra segundo a qual poderá haver, a critério do juiz, redução eqüitativa da indenização se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano (art. 944, parágrafo único).

A introdução de tal dispositivo, pelo que se depreende da leitura da exposição de motivos ao novo Código, visou evitar que a reparação do dano possa, em determinadas situações, levar uma pessoa à ruína.

No entanto, tal regra traz ao instituto da responsabilidade civil uma série de problemas, principalmente porque, quando aplicada pelo juiz, deixará a vítima sem o total ressarcimento pelo dano sofrido.

Já de início se verifica que a redução eqüitativa do dano quebra o princípio da *restitutio in integrum*, ou seja, da completa reposição da vítima à situação anterior à lesão, princípio que norteia a responsabilidade civil, de acordo, inclusive, como o caput do art. 944, o qual estabelece que a indenização mede-se pela extensão do dano.

Quando se está na seara de reparação dos danos morais a redução eqüitativa até vai ao encontro da sua finalidade, no entanto, ao se tratar de danos materiais, a aplicação do instituto sempre implicará na quebra do princípio da restituição integral.

Ora, qualquer que seja a natureza do dano material, repará-lo significa indenizar, tornar indene o prejuízo. Indene é o que se mostra íntegro, perfeito, incólume. O ideal de justiça é que a reparação de dano seja feita de molde a que a situação anterior seja reconstituída: quem derrubou o muro do vizinho deve refazê-lo; quem abalroou veículo de outrem por culpa deve repará-lo; dono de gado que invadiu terreno vizinho, danificando pomar, deve replantá-lo e assim por diante.

Caso não aconteça dessa forma, estará sendo afastado o instituto da *restitutio in integrum*, em total dissonância com o caminho trilhado pela doutrina e jurisprudência, caindo-se no abismo do vazio do irressarcimento.

A redução da indenização também representa o afastamento da função punitiva que reveste o dever de indenizar.

Tanto a responsabilidade civil caminhou no sentido de proteger o direito da vítima a ser indenizada pelos danos sofridos, que se instaurou no arcabouço jurídico o dever de indenizar ainda sem a presença da culpa, consagrando a preocupação do direito em não deixar o dano sem indenização.

Ora, a responsabilidade civil objetiva erigiu-se justamente no anseio de não deixar sem ressarcimento aquele que sofreu danos, ou seja, evoluiu-se de uma responsabilidade que era preciso provar a culpa do agente a uma responsabilidade que se dispensa a prova dessa culpa no intuito único de não se cair em situações de irressarcimento.

Além disso, a regra da redução eqüitativa da indenização erige a culpa como elemento de graduação do quantum ressarcitório, na contramão do que tem evoluído a doutrina, que procura desvincular a teoria da reparação de danos de quaisquer influxos penais ou morais.

Por outro lado, a redução eqüitativa da indenização também se traduz em regra que termina por fazer com que o lesado absorva o dano suportado. A toda evidência, se a vítima não for totalmente ressarcida dos prejuízos sofridos, estará suportando prejuízo ao qual não deu causa.

Nesse passo, é possível cogitar de ofensa ao direito constitucional à propriedade, na medida em que uma pessoa, vítima de um dano patrimonial, pode ver o seu patrimônio diminuído contra a sua vontade e sem ter praticado qualquer ato que implicasse a perda.

Também não há como deixar de vislumbrar nessa regra de exceção o poder discricionário que foi entregue ao Judiciário, posto que confere ao julgador um indesejado e perigoso critério subjetivo de avaliação.

Esses são os principais problemas que a nova regra trouxe para a solução das controvérsias judiciais que se instauram a todo o momento em torno do ressarcimento de danos.

2. ORIGEM DA NORMA

O Brasil não é o primeiro a estabelecer o grau de culpa como um critério para ser fixado o montante indenizatório. Diversas codificações estrangeiras consideram a gravidade da culpa, na fixação da indenização, merecendo destaque o Código Federal Suíço das Obrigações, o Código Civil Alemão, o Código Civil Espanhol e o Código Civil Argentino, por trazerem o grau de culpa como elemento ensejador da redução da indenização.

O art. 43 do Código Federal Suíço das Obrigações subordina a extensão da reparação à gravidade da culpa e às circunstâncias apreciadas pelo juiz. A lei suíça dispõe: "Art. 43 (III. Fixação do Dano) (1) O modo e a extensão da indenização pelo dano causado, estabelece o juiz que, no caso, tem de considerar não só as circunstâncias como 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 indenizar."¹

A utilização da equidade para fixação da indenização encontra-se prevista no § 829, do Código Civil alemão: "§ 829 (Responsabilidade eqüitativa) 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

¹ SOUZA DINIZ. Código Civil Suíço e Código Federal Suíço das Obrigações, pp. 164-165

dos quais necessita para sua manutenção conveniente, assim como para a realização das suas obrigações legais de alimentos”.²

No direito argentino, também, o art. 1.069 do Código Civil 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 designa 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 eqüitativo; mas não será aplicável esta faculdade se o dano for imputável a dolo do responsável.”³

O art. 1.103, do Código Civil espanhol, autoriza os Tribunais, na responsabilidade contratual e também na aquiliana, a moderar a indenização, “según los casos”. A possível redução ocorre segundo “as circunstâncias do caso” – e não se vincula à intensidade da culpa. O art. 1.103 outorga ao juiz uma faculdade moderadora, igualmente aplicável aos casos de concorrência de culpas, nos seguintes termos:

“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.”

² SOUZA DINIZ, *Código Civil Alemão*, pp. 138-139.

³ CARVALHO FILHO, Milton Paulo. *Indenização por Eqüidade no Novo Código Civil*, p. 97.

3. A JUSTIÇA COMO OBJETIVO DA NORMA

Em regra, o fato de ser leve a culpa, ou levíssima, nem exclui a responsabilidade, nem pode ser usado como atenuante, de forma que toda pessoa que causar dano, seja leve, grave ou gravíssima a sua culpa, ficará obrigada a reparar o dano causado.

Como ensina Silvio de Salvo Venosa, os graus de culpa são tripartidos em três pela doutrina: grave, leve e levíssima. A culpa grave é a que se manifesta de forma grosseira e, como tal, se aproxima do dolo. Nesta se inclui também a chamada culpa consciente, quando o agente assume o risco de que o evento danoso e previsível não ocorrerá. A culpa leve é a que se caracteriza pela infração a um dever de conduta relativa ao homem médio, o bom pai de família. São situações nas quais, em tese, o homem comum não transgrediria o dever de conduta. A culpa levíssima é constatada pela falta de atenção extraordinária, que somente uma pessoa muito atenta ou muito perita, dotada de conhecimento especial para o caso concreto poderia ter.⁴

No entanto, ao que tudo indica, vislumbrando a hipótese de a reparação do dano levar uma pessoa à ruína, fazendo pesar a situação econômica das partes no montante da prestação ressarcitória, o legislador introduziu no nosso Código Civil a regra da redução eqüitativa do dano.

Pelo menos é o que se colhe da Exposição de Motivos do Projeto, que traz a seguinte explicação: "Do mesmo modo, em face do Código Civil, o fato de ser leve a culpa, ou levíssima, não exclui a responsabilidade, salvo casos expressos em lei; e sobretudo não vale nunca como atenuante. Todavia **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

⁴ Responsabilidade Civil. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. IV, p. 30.

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 projeto faculta a o juiz, sem impor, que reduza a indenização. Ele o fará usando da equidade individualizadora, tendo em vista o caso concreto e as suas circunstâncias ('Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros', n.º 24, págs. 101-2)."⁵ Grifei

Ao comentar o projeto do novo Código Civil, Silvio Rodrigues já destacava que a solução restabeleceria a justiça faltante:

"Tal solução é de grande sabedoria e tenderia a restabelecer a justiça faltante em muitas hipóteses. De fato, examinando o caso concreto, as circunstâncias pessoais das partes e as materiais que o circundam, o juiz fixará a indenização que entender adequada."⁶

Percebe-se, sem muita dificuldade, a intenção de promover a justiça em situações nas quais a culpa do agente é insignificante se comparada à extensão do dano suportado.

Sobre a injustiça da reparação integral, também se posicionou Silvio Rodrigues, em outra passagem, perfilhando do entendimento de que o desprezo da gravidade da culpa do agente na reparação do dano pode, por vezes, apresentar-se injusto:

"Com efeito, o texto projetado afirma que 'a indenização não se mede pela gravidade da culpa, mas pela extensão do dano.

⁵ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de Responsabilidade Civil*, pp. 66-67.

⁶ Silvio Rodrigues, *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, Vol. 4, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 189

Tal solução por vezes se apresenta injusta, pois não raro de culpa levíssima resulta dano desmedido para a vítima. Nesse caso, se se impuser ao réu o pagamento da indenização total, a sentença poderá conduzi-lo à ruína. Então estar-se-á apenas transferindo a desgraça de uma para outra pessoa, ou seja, da vítima para aquele que, por mínima culpa, causou o prejuízo".⁷

Agora, aproveitando o exemplo utilizado como motivador da regra, seria mesmo justo que a pessoa lesada pelo incêndio, também tendo economizado a vida toda para garantir a velhice, perca talvez grande parte do seu patrimônio, a fim de que o ofensor não perca o seu, por ter laborado em culpa leve e haver desproporção entre a culpa e o dano?

Ou seja, a aplicação desta norma, como pretendeu o legislador, não dependeria tão-somente da avaliação da desproporção entre o grau de culpa e do dano. Seria preciso tomar em consideração também a situação financeira da vítima.

Apesar de ressaltar que a solução adotada pelo novo diploma civil é de grande sabedoria e tenderia a restabelecer a justiça que entende faltante, em muitas hipóteses, Silvio Rodrigues também dá suporte à tese de que será preciso tomar em consideração a situação financeira da vítima, quando afirma, que, examinando o caso concreto, as circunstâncias pessoais e as materiais que o circundam, o juiz fixará a indenização que entender adequada, podendo fazê-la variar conforme as posses do agente causador do dano, a existência ou não de seguro, o grau de culpa e outros elementos particulares à hipótese em exame.⁸

Não se olvida de que algumas vezes uma negligência leve possa produzir um dano de extensão em muito desproporcional ao agir culposos do agente. No entanto, se não é justo onerar excessivamente o agente que agiu

⁷ Op. Cit, p. 189.

⁸ Op. Cit, p. 205.

com culpa leve, menos justo ainda seria onerar a vítima, que não agiu com culpa alguma.⁹

Difícil imaginar que a regra possa ser aplicada quando as duas pessoas, ofensor e ofendido, se encontrem em situações financeiras equivalentes, caso se considerem os motivos que ensejaram a norma: não levar à ruína o lesante. Com efeito, ainda que um tenha economizado a vida inteira para ter uma velhice tranqüila, não se mostra justo, por qualquer ângulo que se entenda o significado de justiça, que o outro, na mesma situação, tenha que suportar o dano.

Dessa forma, pode-se visualizar nessa regra a intenção de não ser desfalcado patrimônio de pessoa de poder aquisitivo baixo em detrimento daquele que goza de boas condições financeiras. Seria o caso daquele que, dirigindo veículo popular, por leve imprudência, abalroa veículo importado. Note-se, porém, que, nesse caso, o que se estaria levando em conta para reduzir a indenização não seria o grau de culpa, e sim as condições sociais e financeiras da vítima.

Assim, na hipótese de proteger o patrimônio do hipossuficiente ante a possibilidade de a vítima de boa situação financeira poder suportar o dano, se estaria distribuindo a responsabilidade do agente ao lesado, ou seja, para que impere a justiça idealizada pelo legislador, deve o lesado suportar o dano.

Vislumbra-se, assim, que a situação financeira da vítima termina por ser a pedra de toque o novel instituto, olvidando-se o legislador de que ricos e pobres devem ter direito a uma reparação integral do dano. Isso porque, caso o responsável pelo fato ilícito seja um milionário alarga-se a prestação indenizatória, estreitando-se, ao contrário, se o responsável for uma pessoa desprovida de recursos financeiros.¹⁰

⁹ Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República, Vol. II, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 860

¹⁰ Antônio Lindbergh C. Montenegro, Ressarcimento de Danos, 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 234.

Ademais, pode acontecer de o ofensor ser pessoa de excelentes condições financeiras, que tenha causado à vítima considerada pobre prejuízo desproporcional ao grau de culpa. Nesse caso, será que se mostra possível a redução eqüitativa do dano, com a absorção de parte do prejuízo pela vítima?

Como se vê, o critério econômico põe em xeque a intenção do legislador.

No entanto, vários são os sentidos que a doutrina tem buscado na aplicação dessa norma, já que quebra com tão importante regra.

Há quem veja no dispositivo a consagração do princípio constitucional da solidariedade, na medida em que não se trata de compensar desníveis econômicos, mas tão somente de reduzir eqüitativamente o valor da indenização para que a excessiva desproporção entre a culpa do agente e a extensão do dano seja dividida entre o autor do prejuízo e aquele que, embora sendo sua vítima, contribui com a majoração do risco médio do convívio social.¹¹

Isso dentro de uma concepção inspiradora do preceito, de que a convivência social traz consigo determinados riscos de dano, para os quais a situação da vítima muitas vezes contribui, de modo que não é absurdo admitir que, excepcionalmente, o ônus de prejuízos causados por culpa leve do ofensor seja, em parte, deixado ao encargo da própria vítima. O exemplo dado consiste na hipótese de o condutor de um veículo popular que, por leve descuido, abalroa um carro de luxo, cujo conserto tem custo excessivamente superior ao que teria em se tratando de um veículo médio.¹²

No entanto, nesse caso, como acima já se afirmou, não se está aplicando a regra do parágrafo único do art. 944. É que o que se configura não é a excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, e sim, a desproporção entre a situação financeira dos dois: ofensor e ofendido. Isso não

¹¹ Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, *ob. cit.*

¹² *idem.*

seria nada mais do que tirar do rico, porquanto deverá absorver o prejuízo, para dar ao pobre, na medida em que manterá o seu patrimônio.

Além disso, quando se fala em solidariedade, deve-se lembrar que também existe a liberdade, e que os dois conceitos se complementam e devem conviver de forma saudável. A imposição de certos limites à liberdade individual não significa que a solidariedade social seja prevalente. E sob a ótica da responsabilidade civil, é importante perceber o uso da liberdade individual, porquanto o ser humano será sempre o sujeito do seu destino e de suas escolhas, desde que realize, em paralelo, o cumprimento de seu dever de não prejudicar ninguém ou, se prejudicar, que cumpra sua obrigação de indenizar o dano causado.¹³

O que é necessário ter em mente é que a redução da indenização, ainda que eqüitativa, pode, muitas das vezes, ir de encontro ao espírito de justiça pretendido. Isso porque o anseio de obrigar o agente causador do dano a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça.¹⁴

Aliás, o que impede, hoje, que se proteja o autor do dano em detrimento da vítima, preferindo-se proteger a vítima em lugar do lesante, é justamente o entendimento da consciência de nossa coletividade de que a vítima sofreu injustamente; por isso, merece ser reparada.¹⁵

Forçoso concluir que, apesar de ser o objetivo da norma, nem sempre haverá justiça na sua aplicação, haja vista que a justiça esperada pela vítima é a reparação integral do dano sofrido.

Afinal, a justiça na seara da responsabilidade civil reside em não se deixar a vítima irressarcida.

¹³ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Responsabilidade Pressuposta. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 118.

¹⁴ Sergio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, 8ª edição, Editora Atlas: São Paulo. 2008. p. 13.

¹⁵ Maria Celina Bodin de Moraes, Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 181

4. QUEBRA DO PRINCÍPIO DA *RESTITUTIO IN INTEGRUM*

No Direito Romano, a indenização devida ao lesado não representava a extensão do dano sofrido. Isso porque havia prefixação do *quantum* indenizatório de acordo com situações fáticas pré-estabelecidas e ensejadoras de responsabilidade civil.

Exemplo clássico consiste na regra constante da Lei das XII Tábuas, em seu §12, da Tábua VII – *De delictis*. Essa regra estabelecia que o cidadão responsável por lesão grave sem amputação ou invalidez de membro (*fractum*) ocasionada a homem livre, seria condenado em um ressarcimento pecuniário equivalente a 300 'asses' (moeda romana); se a vítima fosse escrava – 150 'asses'; outro tipo de lesão – 25 'asses'.

Com a evolução da sociedade, o direito foi sofrendo transformações, culminando com o princípio da *restitutio in integrum*, que nada mais significa do que recompor o patrimônio do lesado, sempre que possível, ao *status quo ante*, eis que indenizar significa reparar integralmente o dano causado.

Destina-se a responsabilidade a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.¹⁶

Por isso é que o código Civil estabelece que a indenização mede-se pela extensão do dano.¹⁷

Se a responsabilidade criminal e a responsabilidade administrativa possuem como pressuposto a punição do agente ante a prática de atos ilícitos, cuja gravidade é tida pelo legislador como merecedora de sanção independentemente da produção de qualquer prejuízo, a responsabilidade civil,

¹⁶ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito Civil Brasileiro*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.

¹⁷ Art. 944, *caput*.

no que tange aos danos patrimoniais, ao contrário, preocupa-se, num primeiro momento, apenas com a reparação do dano causado a outrem.

Dessa forma, tem-se que a atenção da responsabilidade civil volta-se para a vítima do dano injusto, e não para o agente.¹⁸

A indenização é estabelecida em atenção ao dano e à situação do lesado, que deverá ser restituído à situação em que estaria se não tivesse ocorrido a ação do lesante. De forma que tal indenização será fixada em função da diferença entre a situação hipotética atual e a situação real do lesado, ou melhor, o dano mede-se pela diferença entre a situação existente à data da sentença e a situação que, na mesma data, se registraria, se não fosse a lesão.¹⁹

O Direito desde sempre se preocupou em não deixar a vítima irressarcida haja vista o princípio de que o homem não deve lesar o seu próximo - *neminem laedere*. Desde sempre - e como exigência do modo honesto de viver -, em hipótese de dano a outrem causado, haveria de se devolver o que dele é, ou o que perdeu, por meio da reparação do dano. Assim agir decorre da natural noção de que o dever de reparar o dano derivado da injusta invasão da esfera jurídica alheia integra a completude do *honeste vivere*.²⁰

De fato, na lição da professora Giselda Maria F. Novaes Hironaka, ao direito da vítima à reparação do dano que injustamente sofre corresponde um dever de recuperação:

“De um lado o dever. De outro lado o direito. A dualidade eterna, o verso e o reverso, o côncavo e o convexo. Mesmo sem intentar a recuperação das teorizações à volta de direito subjetivo e de direito objetivo, não parece reclamar dúvida que ao direito da vítima à reparação do dano que injustamente sofre

¹⁸ Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República, Vol. II, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 859.

¹⁹ Maria Helena Diniz, Indenização por dano moral, a problemática do *quantum*, <http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m03-005.htm>

²⁰ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, op. cit, p. 124.

corresponde um dever de recuperação ou, ao menos, de reaproximação do estado anterior à lesão causada."²¹

No entanto, não há como não enxergar a quebra do princípio da *restitutio in integrum* na norma que estipula a possibilidade de haver indenização em montante inferior ao dano sofrido.

É que a possibilidade de haver redução eqüitativa da indenização subverte o princípio de que a indenização mede-se pela extensão do dano, permitindo que o juiz investigue culpa para o efeito de reduzir o *quantum debeat*. É o caso, por exemplo, de o magistrado constatar que o infrator não teve intenção de lesionar, embora haja causado dano considerável.²²

Deste entendimento perfilha Rui Stoco:

"Também o parágrafo único desse artigo, segundo nos parece, rompe com a teoria da *restitutio in integrum* ao facultar ao juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização se houver 'excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano'. Ao adotar e fazer retornar os critérios de graus da culpa obrou mal, pois o dano material não pode sofrer influência dessa gradação se comprovado que o agente agiu culposamente ou que há nexos de causa e efeito entre a conduta e o resultado danoso, nos casos de responsabilidade objetiva ou sem culpa".²³

Há, ainda, quem entenda que o dispositivo é de salutar aplicação tanto para permitir a reparação integral do dano como para impedir o excesso na condenação, que tem acontecido com razoável e indesejável freqüência, de forma que o juiz deverá considerar todas as circunstâncias de fato evitando que a indenização seja transformada em panacéia com o enriquecimento sem causa do lesado e a insolvência do causador do dano. O princípio da reparação integral não conduz ao despaupério de uma condenação

²¹ Op. cit, p. 125

²² GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 160

²³ in Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial. 5º ed., São Paulo: RT, 2001. p. 13

exorbitante, absurda, ou, também, mesquinha, irrisória. O que o juiz deve levar em conta, reforçado com o novo dispositivo, é a realidade da reparação integral, a consequência efetiva do ato lesivo para a vítima, tendo presente a extensão do dano.²⁴

Ora, penso que tal entendimento mostra-se perfeito em se tratando de compensar danos morais, mas, quando se trata de danos materiais, fica difícil imaginar que a indenização possa causar enriquecimento sem causa do lesado, posto que o pagamento de valor acima do prejuízo sofrido seria uma exceção, na medida em que o prejuízo deve ser devidamente comprovado. Nessa ótica, por óbvio, o princípio da reparação integral não poderá conduzir ao despaupério de uma condenação exorbitante. No entanto, pode ocorrer que a redução eqüitativa da indenização referente ao dano material enseje condenação irrisória.

Diante de todas as considerações a serem tomadas quando se trata de afastar a regra de que a reparação mede-se pela extensão do dano, o dispositivo, embora sedimentado nos melhores propósitos, será de difícil aplicação ao caso concreto, justamente por quebrar com o consagrado princípio da *restitutio in integrum* e transferir ao ofendido o ônus de absorver pelo menos parte do dano.

Inegável assim, apesar do espírito de justiça que reveste o parágrafo único do art. 944, a quebra do princípio da *restitutio in integrum*.

²⁴ Carlos Alberto Menezes de Direito e Sérgio Cavalieri Filho, Comentários ao Novo Código Civil, Vol. XIII, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 334.

5. OFENSA A PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

Modernamente o direito à propriedade é concebido como uma relação entre um indivíduo e um sujeito passivo universal, integrado por todas as outras pessoas, que possuem o dever de respeitá-lo, abstraindo-se de violá-lo.

A propriedade, sob o aspecto extrínseco, pode ser móvel ou imóvel, e, sob o aspecto intrínseco, pode ser vista como um direito complexo – dada a extensão dos direitos do proprietário – e limitado, dado que o seu exercício pode sofrer limitações pela ordem jurídica.²⁵ Além de móvel e imóvel, a propriedade pode ser imaterial, como é o caso dos direitos autorais, que, inclusive, ganham a proteção do art. 5º, XXVII, CF.

A Constituição Federal já no caput do art. 5º garante a todos o direito à propriedade.²⁶

Pode-se dizer que a propriedade é um bem, isto porque as relações jurídicas são formadas por três elementos – sujeito, objeto e vínculo –, de forma que o seu objeto é um bem sobre o qual recairá o direito subjetivo do sujeito ativo.²⁷

Os bens jurídicos, por sua vez, podem ser dotados, ou não, de economicidade, bem como podem ter existência material ou imaterial. Nessa linha, tem-se que a propriedade é um bem dotado de valor econômico.

De fato, o conceito de propriedade sofreu profunda alteração no século passado. A propriedade privada tradicional perdeu muito do seu significado como elemento fundamental destinado a assegurar a subsistência

²⁵ Orlando Gomes, *Direitos Reais*, 18ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 100.

²⁶ Art. 5º 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 (...)

²⁷ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, *Direito Civil, Teoria Geral*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 338.

individual e o poder de autodeterminação como fator básico da ordem social.²⁸ Com efeito, a base da subsistência e do poder de autodeterminação do homem moderno não é mais a propriedade privada em sentido tradicional, mas o próprio trabalho e o sistema previdenciário e assistencial instituído e gerido pelo Estado, conforme já havia observado Hesse.²⁹

Corroborando o entendimento de que os direitos patrimoniais constituem direito de propriedade, ensina Celso Ribeiro Bastos:³⁰

“O conceito constitucional de propriedade é mais lato do que aquele de que se serve o direito privado. É que do ponto de vista da Lei maior tornou-se necessário estender a mesma proteção, que, no início, só se conferia à relação do homem com as coisas, à titularidade da exploração de inventos e criações artísticas de obras literárias e até mesmo a direitos em geral que hoje não o são à medida que haja uma devida indenização de sua expressão econômica.”

Assim é que se pode afirmar que a garantia constitucional da propriedade abrange não só os bens móveis ou imóveis, mas também outros valores patrimoniais, como fizeram Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

“É evidente que a propriedade, nos termos do art. 5º, XXII, da Constituição, há de compreender aquilo que a ordem jurídica originária designa como tal.

Tal orientação não impede que outras situações jurídicas possam vir a ser abrangidas por esse conceito, obtendo assim proteção constitucional devida. Daí observarem Pieroth e

²⁸ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, Curso de Direito Constitucional, 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 424.

²⁹ Konrad Hesse, citado por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, op. cit.

³⁰ Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo: Saraiva, 1989, vl. 2, citado por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, op. cit, p. 426

Schlink que 'as alterações do direito ordinário pertinentes à propriedade revelam-se, a um só tempo, como conteúdo e limite do direito'.

Assim, embora integre o conceito de propriedade a definição constante da legislação civil, é certo que a garantia constitucional da propriedade abrange não só os bens móveis e imóveis, mas também outros valores patrimoniais³¹

O Direito de propriedade está garantido constitucionalmente desde que seja atendida a sua função social. Não há como escapar ao sentido de que a Constituição só garante o direito da propriedade que atenda sua função social. Em vista disso, a Constituição autoriza a desapropriação, com o pagamento mediante título, de propriedade que não cumpra a sua função social (art. 182, § 0, e 184). Existem, ainda, outras normas constitucionais que interferem com a propriedade mediante previsões especiais, a exemplo do art. 5º, XXIV a XXX.³²

É nesse espírito que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, entre outros, os princípios da propriedade privada e da função social da propriedade (art. 170, II e III) e, também, que as hipóteses constitucionais de desapropriação de imóvel particular pelo Estado estão elencadas na Constituição de forma exaustiva.

A função social da propriedade justifica-se ante o reconhecimento de que o exercício dos poderes do proprietário não deveria ser protegido apenas para a satisfação do seu interesse, de forma que poderá haver limitação em determinadas situações previstas pela ordem jurídica.

No entanto, tais limitações, haja vista a garantia do direito à propriedade, devem ter em mira a função social que deve ser exercida pela propriedade. Pode-se dizer então que cumprida a função social garante-se o direito à propriedade do indivíduo.

³¹ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, op. cit.

³² José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 270.

Tanto é real e desejável a garantia do direito constitucional da propriedade que em caso de desapropriação de imóvel será pago ao proprietário indenização justa e prévia indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV). A ressalva quanto à prévia indenização é feita apenas no caso de não estar a propriedade urbana ou rural cumprindo a sua função social, caso em que a indenização se fará mediante título da dívida pública ou da dívida agrária (art. 182 e 184).

Assim, vê-se que em ambos os casos a indenização será justa. E a indenização justa, prevista no art. 5º, XXIV, da Constituição, é aquela que corresponde real e efetivamente ao valor do bem expropriado, ou seja, aquela cuja importância deixe o expropriado absolutamente indene, sem prejuízo algum em seu patrimônio. Indenização justa é a que se consubstancia em importância que habilita o proprietário a adquirir outro bem perfeitamente equivalente e o exime de qualquer detrimento.³³ Há de se deixar o expropriado com seu patrimônio *indene*, sem prejuízo, sem desfalque algum.³⁴

Se a própria Constituição Federal, por garantir o direito à propriedade, exige do ente público, em caso de desapropriação, que indenize de forma justa o proprietário, é difícil aceitar, sob a mesma ótica, que o Código Civil estipule que o ofendido possa ser desfalcado no valor econômico do seu patrimônio porquanto o grau de culpa do ofensor não guarda proporção com a gravidade do dano.

Ora, se a pessoa tem um bem seu deteriorado, sofrendo, por isso, dano patrimonial, reduzir eqüitativamente a indenização de que o ofendido faria jus é retirar-lhe parte do seu patrimônio, já que será obrigado a absorver parte do prejuízo, o que não encontra amparo na Constituição Federal, que garante o direito à propriedade desde que cumprida a sua função social.

Dessa forma, não indenizar a totalidade do dano patrimonial sofrido significa a supressão do direito à propriedade, e, como bem ressalta José

³³ Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 777.

³⁴ Idem, p. 779.

Afonso da Silva, é certo que o princípio da função social não autoriza a suprimir, por via legislativa, a instituição da propriedade privada.

A conclusão há que se pode chegar, é que haverá supressão do direito à propriedade quando o ofensor vir diminuído o seu patrimônio sem que tenha dado causa ao dano sofrido.

Para além disso, a Constituição Federal, em seu art. 5º, incisos V e X, prevê o direito à indenização por danos sofridos, sejam morais ou materiais, não trazendo qualquer limitação indenizatória, ao contrário, assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, assim como estabelece que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

É certo que, se o ressarcimento do dano deve ser proporcional ao agravo, não há como aceitar-se que o ofendido arque com parte do prejuízo que lhe foi causado.

Assim, a redução eqüitativa da indenização não encontra amparo no texto constitucional.

6. O DIREITO AO RESSARCIMENTO COMO OBJETIVO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O instituto da responsabilidade civil caminha no sentido de não deixar a vítima irressarcida. Tanto isso é verdade que a responsabilidade objetiva, hoje, anda ao lado da responsabilidade subjetiva.

A responsabilidade civil, na atualidade, ampliou-se para ser possível preservar o interesse da vítima em ser ressarcida, ou seja, não se admite mais que o ofendido não seja ressarcido por ausência de culpa do ofensor.

Pode-se dizer que o foco primordial de atenção deslocou-se, nas últimas décadas, de uma preferência por atender ao interesse do responsável, por meio da exoneração de sua responsabilidade, para atender ao interesse da vítima e seu direito de ser ressarcida.³⁵

O interesse em restabelecer o equilíbrio moral e patrimonial violado pelo dano é a fonte geradora da responsabilidade civil. Na responsabilidade civil são a perda ou a diminuição verificadas no patrimônio do lesado e o dano moral que geram a reação legal, movida pela ilicitude da ação do autor da lesão ou pelo risco. O autor do dano tem o dever de indenizar, fundado sobre a responsabilidade civil para suprimir a diferença entre a situação do credor, tal como esta se apresenta em consequência do prejuízo, e a que existiria sem este último fato.³⁶

Ao tratar da reparação dos danos morais, Maria Celina Bodin de Moraes, analisando o papel do lesado, já alerta de que em meados do século XX passaria a vítima a desempenhar a função de protagonista da relação jurídica instaurada a partir do evento danoso, conseguindo garantir de forma cada vez mais eficaz a reparação.³⁷

³⁵, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, op. cit, p. 149.

³⁶ Maria Helena Diziz, Indenização por dano moral, a problemática do *quantum*, <http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m03-005.htm>.

³⁷ Maira Celina Bodin de Moraes, op. cit, p. 150.

Como exemplo de evolução da responsabilidade para não deixar a vítima irressarcida tem-se a consagração da responsabilidade objetiva por fato de outrem, conforme se verifica do art. 933.³⁸

Como ensina Sergio Cavalieri Filho, o objetivo da norma do art. 932, I, do Código Civil, que responsabiliza de forma objetiva os pais pelos danos causados pelos filhos menores é aumentar a possibilidade de a vítima receber a indenização.³⁹

A própria jurisprudência, atenta ao princípio maior da responsabilidade civil – a vítima não pode ficar irressarcida – e analisando caso que tratava de objeto caído ou lançado de um edifício de apartamento, decidiu que era devida a reparação pelo condomínio na impossibilidade da identificação do autor do ilícito, desviando-se significativamente da letra do art. 1.529 do Código Civil de 1916, que estabelecia: “Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido”.⁴⁰

A opção jurisprudencial de responsabilizar o condomínio vem em socorro da vítima, para quem a aplicação da letra da lei representaria a irressarcibilidade.

Por isso é que o dever de o ofendido suportar o dano, para que não seja desfalcado o patrimônio do ofensor, está na contramão do movimento da responsabilidade, pois o que se verifica é a tendência de dar proeminência ao instituto da reparação.⁴¹

Preservar o interesse da vítima em ser ressarcida: esse o principal motivo de ser concebida a responsabilidade civil objetiva.

³⁸ Art. 933: As pessoas indicadas nos incisos Ia V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

³⁹ Sergio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 186/187

⁴⁰ RESP 64.682, 4ª Turma, Rel. Ministério Público. Bueno de Souza, julgado em 10.11.1998, DJ 29.3.99, com a seguinte ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. OBJETOS LANÇADOS DA JANELA DE EDIFÍCIOS.A REPARAÇÃO DOS DANOS É RESPONSABILIDADE DO CONDOMÍNIO. A impossibilidade de identificação do exato ponto de onde parte a conduta lesiva, impõe ao condomínio arcar com a responsabilidade reparatória por danos causados à terceiros. Inteligência do art. 1.529, do Código Civil Brasileiro. Recurso não conhecido.

⁴¹ Arnaldo Rizzardo, Responsabilidade Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006 p. 35

A responsabilidade civil objetiva veio a consagrar o direito à indenização, que muitas das vezes era inatingível diante da inexistência da culpa do agente ou da dificuldade em prová-la.

Aliás, essa teoria, dita objetiva ou do risco, tem como postulado que todo o dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade.⁴²

Nesse sentido é que se pode afirmar, como o fez Giselda Hironaka, que a abertura da objetivação da responsabilidade veio ao encontro dos anseios em atender aos vazios de irressarcimento deixados pela responsabilidade civil subjetiva.⁴³

Isso porque o ser humano se recusa ao azar e exige a reparação de todo o dano sofrido, sempre em face de uma apreciação cada vez mais intensa da valorização da pessoa humana, o que contribuiu para que os cidadãos passassem a exigir sempre mais providências do Estado, como afirmou Patrice Jourdain, citado pela mesma autora.⁴⁴

E justamente para não deixar a vítima irressarcida, a responsabilidade civil está, também, nas últimas décadas, caminhando no sentido da socialização dos riscos, isto porque, é a vítima do dano, e não mais o autor do ato ilícito, que passa a ser o enfoque central da responsabilidade civil.⁴⁵

Se o direito à indenização tem se mostrado como mola propulsora de todo o sistema da responsabilidade civil, não é de se aceitar que o instituto retroceda a ponto de fazer com que a vítima absorva o prejuízo sofrido, como pretende a norma inculpada no parágrafo único do art. 944 do Código Civil de 2002 e deixe de indenizar integralmente o dano sofrido.

⁴² Carlos Roberto Gonçalves, *Direito Civil Brasileiro*, V. I, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 455.

⁴³ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *op. cit.*, p. 143

⁴⁴ *Idem*, p. 133.

⁴⁵ Sergio Cavalieri Filho, *op. cit.* p. 146.

7. QUEBRA DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para aqueles que entendem possuir a responsabilidade civil um cunho sancionatório, a regra da redução eqüitativa da indenização mitiga essa função.

De fato, alguns doutrinadores, entendem que as obrigações fundadas na responsabilidade civil têm essencialmente, mas não exclusivamente, uma finalidade estática, de proteção da esfera jurídica de cada pessoa, mediante a reparação dos danos causados por outrem, tutelando um interesse da vítima na manutenção do *status quo ante*.

Contudo, apesar dessa finalidade ressarcitória mostrar-se como principal, tem parte da doutrina defendido a tese de que a responsabilidade civil desempenha também uma função punitiva, a fim de inibir novos atos danosos.

Como ensina o professor Paulo R. Roque A. Khouri, quando se trata de danos materiais, na verdade, a responsabilidade civil desempenha uma função reparadora e também uma função punitiva, independentemente do ilícito civil configurar também um ilícito penal. Essas duas funções não se excluem e nem uma tem primazia sobre a outra. Elas estão presentes em todas as condenações decorrentes do instituto da responsabilidade civil; por vezes, uma está mais flagrante que a outra, ora menos flagrante, mas o certo é que elas estão sempre presentes.⁴⁶

É que olhando-se a questão da responsabilidade civil sob a perspectiva do lesante sobressai a sua função punitiva, como segue ensinando o professor Paulo Roque Khouri: "É desta perspectiva, de alguém que terá de se desfazer de seu patrimônio (na forma de um pagamento em dinheiro) para entregá-lo a outrem, que sobressai a função punitiva da responsabilidade civil. Quase sempre a reparação do dano não se traduz simplesmente em restituição

⁴⁶ Direito do Consumidor, Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.p. 150/151.

do que indevidamente foi subtraído do lesado mais os frutos (como é o caso de responsabilidade civil por roubo ou furto), onde a condenação (a de restituir o equivalente) em nada empobrece ao lesante. Entretanto, na maioria dos casos, o patrimônio de onde se retira a indenização não tem nenhuma origem vinculada ao ilícito, foi ganho, aliás, licitamente.⁴⁷

A função punitiva consiste na perda de patrimônio que é imposta ao ofensor, em favor do ofendido. Isto porque esta perda patrimonial implicará no empobrecimento do lesante, o que, via de consequência, constitui-se em uma sanção. Diz-se sanção porque a prestação jurisdicional civil não deixa de ser um sofrimento, suportado a contragosto pelo responsável.⁴⁸

Abordando o tema concernente às funções da responsabilidade civil, a ilustre professora Maria Helena Diniz, destaca:⁴⁹

“(...) O princípio que domina a responsabilidade civil na era contemporânea é o da restitutio in integrum (...) Inere-se daí que a responsabilidade aparece como uma sanção. A sanção é, nas palavras de Goffredo Telles Jr., uma medida legal que poderá vir a ser imposta por quem foi lesado pela violação da norma jurídica, a fim de fazer cumprir a norma violada, de fazer reparar o dano causado ou de infundir respeito à ordem jurídica. A sanção é a consequência jurídica que o não cumprimento de um dever produz em relação ao obrigado. A responsabilidade civil constitui uma sanção civil, por decorrer de infração de norma de direito privado, cujo objetivo é o interesse particular, e, em sua natureza, é compensatória, por abranger indenização ou reparação de dano causado por ato ilícito, contratual ou extracontratual e por ato lícito. (...) Vem a ser uma reação provocada pela infração a um dever preexistente. É, desse modo, a consequência que o agente, em virtude da violação de dever, sofre pela prática de seus atos. Tem

⁴⁷ Ob. cit, p. 151.

⁴⁸ Vitor Fernandes Gonçalves, A Punição na Responsabilidade Civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos, Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 104.

⁴⁹ Diniz, Maria Helena. “A indenização por dano moral – a problemática do quantum”. Artigo publicado no site <http://campus.fortunecity.com/clemson/jus/m03-005.htm>, p. 7/8

uma função essencialmente indenizatória, ressarcitória ou reparadora.”.

Ora, do mesmo modo que diante da infração a um dispositivo legal penal, tem-se a ocorrência de um crime, exurgindo a sanção penal, diante da inobservância de norma prescritiva cível poderá engendrar a respectiva sanção civil. Sanções, na verdade, são medidas estabelecidas pelo direito, como consequência da desobediência a um imperativo legal.⁵⁰

O mestre Orlando Gomes⁵¹ já ressaltava o caráter sancionatório no dever de reparar o dano, com as seguintes palavras:

“O delito penal consiste na violação de preceito instituído em defesa da sociedade, reprimida como uma pena. O delito civil – ato ilícito – na infração de norma de tutela de interesse privado. A sanção imposta ao transgressor visa a restituir a integridade do direito lesado, consistindo no dever de reparar o dano causado. No fundo, a distinção resume-se a uma questão de avaliação. O mesmo fato contrário ao direito pode ser apreciado por dois critérios, próprios da legislação civil e da legislação penal, constituindo simultaneamente crime e ato ilícito. Não há, porém, maior dificuldade em qualificá-lo, incluindo-o numa só, ou nas duas esferas, porque os atos penalmente puníveis estão taxativamente expressos na lei penal. Fora dessa previsão não há crime, pois o Direito Penal assenta no princípio *nullum crimen sine lege*. Na qualificação do ato ilícito, basta que um interesse privado seja atingido em consequência da conduta culposa de alguém. Se do fato material da violação de um dever jurídico resulta dano, o delito está caracterizado. Saleilles esclareceu excelentemente a distinção neste ponto, mostrando que os elementos materiais do delito civil não precisam ser fixados legislativamente, pois resultam de toda violação de um interesse privado tutelado pelo Direito”

⁵⁰ Moacyr Amaral Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 7

⁵¹ Orlando Gomes, *Obrigações*, 12ª ed. São Paulo: Editora Forense, 1998, p. 260

É justamente essa função punitiva da responsabilidade civil que tem o condão de desestimular as condutas que violam direitos alheios, prevenindo novos ilícitos.

Muito embora a punição possa não exsurgir como uma finalidade básica da responsabilidade civil, a prestação imposta ao ofensor também gera um efeito punitivo pela ausência de cautela na prática de seus atos, persuadindo-o a não mais lesionar. Sendo que essa função não se limita à figura do ofensor, acabando por incidir numa outra função, de cunho socioeducativo, que é a de tornar público que condutas semelhantes não serão toleradas, alcançando-se, assim, por via indireta, a própria sociedade, restabelecendo-se o equilíbrio e a segurança desejados pelo Direito.⁵²

No momento em que o ofensor puder se valer da regra que permite a redução eqüitativa da indenização haverá nítida neutralização da função punitiva da responsabilidade civil. Isto porque a quantia a ser retirada do seu patrimônio para ser transferida ao patrimônio da vítima será menos representativa do que seria se o ofensor fosse obrigado a ressarcir integralmente o dano patrimonial causado por ter quebrado com o seu dever geral de cuidado.

⁵² Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Novo Curso de Direito Civil, Vol. III, 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 21.

8. O GRAU DE CULPA DO OFENSOR COMO CAUSA DE REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO

A inovação representada pelo parágrafo único do artigo 944 do novo Código Civil introduz a necessidade de o juiz estabelecer o grau da culpa com que agiu o causador do dano para então fixar a indenização, na contramão do que tem evoluído a doutrina, que procura desvincular a teoria da reparação de danos de quaisquer influxos penais ou morais.⁵³

A responsabilidade civil preocupa-se com a reparação do dano causado a outrem, dano este que terá a mesma extensão, tenha o agente agido com dolo, com culpa grave ou com culpa levíssima.

Veja-se que, justamente pelo fato de a responsabilidade civil voltar os olhos para a vítima do dano injusto, e não para o agente, é que de há muito, o direito civil abandonou a distinção entre a culpa grave, leve e levíssima para fins de responsabilização. Até mesmo a diferenciação entre culpa e dolo mostra-se irrelevante sob a ótica da responsabilidade civil, como ensinam Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes:

“(...) A responsabilidade civil, ao contrário, tem tradicionalmente se mantido imune a qualquer escopo punitivo, preocupando-se tão-somente com a reparação do dano causado a outrem. Sua atenção volta-se não para o agente, mas para a vítima do dano injusto. Daí o direito civil ter, há muito, abandonado a distinção entre a culpa grave, leve e levíssima para fins de responsabilização. Mesmo a diferenciação entre a culpa e dolo, nuclear no direito criminal, mostra-se irrelevante sob a ótica da responsabilidade civil (..). O dano provocado pelo agente terá a mesma extensão, tenha ele agido com dolo, com culpa grave ou com culpa levíssima.⁵⁴

⁵³ Antônio Lindbergh C. Montenegro, *Ressarcimento de Danos*, 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 228.

⁵⁴ Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, *ob. cit.* p. 859.

Isso porque o dano provocado pelo ofensor, independentemente do grau de culpa ou da presença de dolo, terá as mesmas conseqüências para o patrimônio do ofendido, que merece ampla proteção.

Ora, se de um lado a graduação da culpa da para fixação da indenização pode impressionar em um primeiro momento, o argumento de que pelo mesmo dano não devam ser tratados de maneira idêntica o que agiu com dolo ou culpa grave e o que agiu apenas com culpa leve, não se pode olvidar a situação da vítima do dano. Se esta sofreu a ofensa, sem nenhuma participação – pois se assim não fosse, seria o caso de culpa concorrente -, não pode ficar com seu direito lesado sem a necessária e completa reparação por uma ponderação que não lhe diz respeito e afigura-se mesmo de difícil avaliação.⁵⁵

Agora, no entanto, o grau de culpa terá papel relevante na fixação do montante da indenização. Ou seja, ao órgão julgador incumbirá averiguar a culpa, para só então determinar a obrigação de indenizar e, em seguida, definir a graduação dessa culpa, para a correta valoração pecuniária do ressarcimento, conforme se extrai do art. 944, parágrafo único.

Dessa forma, o juiz, demonstrado, concretamente, em que consistiu o agir culposo do lesante, deverá avaliar a intensidade da imprudência, imperícia ou negligência verificada no caso concreto – se grave, leve ou levíssima.

Somente, então, após essa análise do grau de culpa, tendo sempre em conta o padrão de conduta do homem médio, o juiz passará à quantificação da indenização. Isso que dizer que a conduta do causador do dano será julgada em comparação com a conduta que teria sido observada por um homem escrupuloso, de inteligência e prudência normais, ou seja, pelo *bonus pater familias*.

Nesse passo, o Novo Código Civil, ao trazer a graduação da culpa em leve, levíssima e grave, para determinar a extensão da indenização, faz

⁵⁵ João Casillo, *Dano à Pessoa e sua Indenização*, 2ª ed. São Paulo: RT, 1994, p. 92/93.

com que o juiz compare condutas, observadas as mesmas condições e iguais circunstâncias de tempo e lugar.

Considerando que o grau de culpa nenhuma influência tinha no dever de indenizar, passou a ser desnecessária a sua averiguação na seara da responsabilidade civil, porque quer o agente tenha agido com culpa grave, leve ou levíssima, o dever de indenizar seria o mesmo. Diferentemente do Direito Penal, o Código Civil, de regra, equipara a culpa ao dolo para fins de reparação do dano, e não faz distinção entre os graus de culpa. Ainda que levíssima, a culpa obriga a indenizar – *in lege aquilea et levíssima culpa venit* –, medindo-se a indenização não pela gravidade da culpa, mas pela extensão do dano.⁵⁶

Mas agora, como o grau de culpa terá influência na extensão da indenização, deve-se lembrar o que configura a culpa grave, a leve ou a levíssima. A culpa será grave se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens. Haverá culpa leve se a falta puder ser evitada com atenção ordinária, com o cuidado próprio do homem comum, de um *bonus pater familias*. Já a culpa levíssima caracteriza-se pela falta de atenção extraordinária, pela ausência de habilidade especial ou conhecimento singular.⁵⁷

Parece que, de acordo com o objetivo da norma em fazer justiça, já que 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, somente a culpa levíssima seria considerada para haver redução do montante indenizatório. Ora se os 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, somente aquele que faltou com atenção extraordinária se envolveria em eventos imprevisíveis.

Com efeito, se a falta puder ser evitada com o cuidado do homem comum ou se o agente atuar com descuido injustificável ao mesmo

⁵⁶ Sergio Cavalieri Filho, op. cit.

⁵⁷ Sergio Cavalieri Filho, op. cit. p. 37

homem comum, penso não haver lugar para redução da indenização. Isso porque não se está no terreno das fatalidades, mas no da imprevisão do previsível.

Enfim, a culpa, ainda que levíssima, determina a responsabilidade civil. No entanto, a análise da gravidade da culpa determinará o “quantum” indenizatório.

9. APLICAÇÃO AOS DANOS MORAIS

É certo que a lei não faz qualquer distinção quanto à natureza do dano que autoriza a redução do valor da indenização, de forma que poderia ser aplicável tanto ao dano material quanto ao moral.

Nada obstante, por quebrar com importante princípio edificado na doutrina da responsabilidade civil é de se indagar o âmbito de aplicabilidade do parágrafo único do art. 944. Veja-se que ao ser aplicada pelo juiz a redução eqüitativa da indenização, o dano será suportado por quem não o provocou, o que se vislumbra despropositado, na medida em que o ofensor deve reparar o prejuízo causado.

Esse é um dos ônus de viver em sociedade: reparar os danos causados.

Como já destacado, é de regra que o agente provocador do dano o repare integralmente. Se alguém colide com o seu carro em veículo de outrem será obrigado a indenizar o prejuízo suportado pela vítima. Assim, comprovados os danos sofridos, devida será a reparação integral.

Exatamente por isso a regra insculpida no art. 402 do Código Civil, onde se lê que as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de ganhar. Afinal, com o pagamento do dano emergente e do lucro cessante, o prejudicado estará recolocado em sua posição patrimonial, tal como se o dano nunca tivesse acontecido.⁵⁸

Veja-se que é possível falar em culpa quando se quer responsabilizar. Por isso a regra do art. 186 do Código Civil a imputar responsabilidade àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente

⁵⁸ Antônio Lindbergh C. Montenegro, Ressarcimento de Danos, 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 241.

moral, comete ato ilícito. Mais adiante, no seu art. 927, estabelece a obrigação de reparar o dano causado por ato ilícito.

Analisada a ocorrência da culpa e imputada a responsabilidade por dano material, não é de se admitir que o ofendido absorva o dano suportado ante o grau de culpa do ofensor. Na fixação do quantum da indenização não se leva em conta o grau de culpa do ofensor. Se houve culpa – grave, leve ou levíssima -, todo o dano provocado deve ser indenizado.⁵⁹

No entanto, a possibilidade de ser a indenização reduzida eqüitativamente passa ao ofendido o dever de suportar o dano sofrido, ainda que não tenha havido colaboração da sua parte para o desfecho do evento.

Veja-se que o dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima e existe uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio recolocando-se o prejudicado no *statu quo ante*, ou seja, tanto quanto possível, se repõe a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano. Indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto (Daniel Pizzaro, in Daños, 1991). Limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados.⁶⁰

Dessa forma, se o dano foi material e, portanto, passível de mensuração econômica, deverá haver a sua integral reparação. No entanto, em se tratando de dano moral – extrapatrimonial - parece que é possível conceber a redução eqüitativa da indenização.

Em que pese ter se entendido, por muito tempo, que a indenização por danos morais (extrapatrimoniais) tinha um cunho amoral, porquanto o dano consistia num sofrimento e não se admitia um preço para a dor, além de ser de difícil solução verificar a existência e a extensão do dano sofrido, hoje está pacificado, que o dano moral é passível de ser indenizado.

59 Milton Paulo de Carvalho Filho, Indenização por Equidade no Novo Código Civil, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 66.

⁶⁰ Sergio Cavalieri Filho, op. Cit. p. 13.

Aliás, a indenização por danos morais está garantida pela Constituição Federal de 1988, no rol dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, V).

Em linhas gerais, pode-se dizer que dano moral é o sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, é o causado a alguém num dos seus direitos da personalidade, abrangendo todo atentado à reputação da vítima, ou seja, dano moral é o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.

Nas palavras de Maria Helena Diniz, o dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, o abalo emocional, a aflição espiritual, a contrariedade, etc., pois estes estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a conseqüência do dano. O padecimento de quem suporta um dano estético, a dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, a humilhação de quem foi publicamente injuriado, são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo. **O direito não ordena a reparação de qualquer dor, mas daquela que for decorrente da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima ou lesado indireto teria interesse reconhecido juridicamente.** Por exemplo, se vemos um atropelamento, não temos legitimidade para reclamar indenização, mesmo se tal fato nos provocar grande dor, salvo se entre a vítima e nós houver relação de parentesco próximo, pois, então, seremos lesados indiretos.⁶¹

Dessa forma, para restar configurado o dano moral deverá haver ofensa ao direito da personalidade, cujo interesse jurídico é inconstestável.

Por ser de difícil apreciação econômica e por isso mesmo insuscetível de reparação que possibilite o retorno da vítima ao *status quo ante*, diz-se que não há uma indenização por danos morais, e sim, uma compensação à vítima pelo abalo da paz interior.

⁶¹Indenização por dano moral, a problemática do *quantum*, <http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m03-005.htm>

Aquele que sofre dano moral deve ter direito a uma satisfação de cunho compensatório. Diz-se compensação, pois o dano moral não é propriamente indenizável, posto que não é possível devolver o patrimônio da vítima ao estado anterior, eliminando o prejuízo e suas conseqüências, pois trata-se de uma lesão de ordem extrapatrimonial.⁶²

Assim, como não há como reintegrar o lesado aos estado anterior ao momento da lesão, não se pode falar em reparação, mas, apenas, em compensação, ou seja, o valor que o lesado recebe porque não pode reparar o dano, que é insuscetível de reparação, serve tão somente para compensá-lo quanto à violação de um direito juridicamente protegido.

Dessa forma, como se trata de compensação, deixando de existir a função reparadora do dano, é que não há óbice à aplicação da regra da redução eqüitativa da indenização quando se tratar de danos morais, ou seja, não há falar na quebra do princípio da restituição integral.

De outra perspectiva, aceita a possibilidade de ser compensado aquele que sofreu dano moral, surge a dificuldade em definir critérios que possibilitasse aferir o valor devido à vítima.

Realmente, um dos grandes problemas da ação de indenização por perdas e danos é definir o valor a ser pago à vítima pelo (indesejado) convívio com os danos morais originados da prática do ato ilícito, na hipótese de o magistrado acolher o pleito condenatório que habita a inicial, reconhecendo a presença dos requisitos ou elementos da teoria da responsabilidade civil (dano, ato do agente e nexos de causalidade).⁶³

Como ensina Sergio Cavalieri Filho, o meio mais eficiente para se fixar o dano moral é o arbitramento judicial, de forma que cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a

⁶² Maria Celina Bodin de Moraes, op. cit, p. 145.

⁶³ Misael Montenegro Filho, Responsabilidade Civil: aspectos processuais. São Paulo: Atlas, 2007, p. 205

possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral.⁶⁴

De fato, o sistema do livre arbitramento como regra geral, tem sido considerado o que menos problemas traz e o que mais justiça e segurança oferece, atento que está para todas as peculiaridades do caso concreto. A fixação do quantum indenizatório atribuída ao juiz, o único a ter os meios necessários para analisar e sopesar a matéria de fato, permite que ele se utilize de equidade e aja com prudência e equilíbrio.⁶⁵

Em que pese a concordância quanto à utilização da equidade para fixação do valor da indenização por danos extrapatrimoniais, esta quantificação deverá obedecer a certos critérios, ou seja, o juiz se utilizará de critérios que possibilitem chegar a um montante indenizatório. Isso porque a decisão deverá ser fundamentada, o magistrado deverá explicar porque decidiu fixar um determinado valor para certo dano.

Ao mesmo tempo em que é admitido o juízo de valor, espere-se que ele seja suscetível de plena justificação racional do ponto de vista objetivo, possibilitando que seja conhecido o critério que ele considerou prevalecente no caso concreto.⁶⁶

Diante dessa necessidade, é que doutrina e jurisprudência têm fixado critérios para a sua quantificação, já que o valor que o lesado recebe a título de indenização não pode reparar o dano, mas funciona como uma compensação pelo sofrimento suportado.

Dentre os critérios utilizados pela jurisprudência para quantificar o valor da indenização está normalmente presente o grau de culpa,⁶⁷ a lado da capacidade econômica do agente e da repercussão do dano:

⁶⁴ Op. Cit. p. 91.

⁶⁵ Maria Celina Bodin de Moraes, op. cit, p. 270.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ REsp 355.392/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro CASTRO FILHO, DJ 17.06.2002 p. 258
Resp 259.816/RJ, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ 27.11.2000 p. 171
Resp 216.904/DF, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ 20.09.1999 p. 67

"DANO MORAL. REPARAÇÃO. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO VALOR. CONDENAÇÃO ANTERIOR, EM QUANTIA MENOR.

Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição sócio-econômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima.

Ademais, a reparação deve ter fim também pedagógico, de modo a desestimular a prática de outros ilícitos similares, sem que sirva, entretanto, a condenação de contributo a enriquecimentos injustificáveis.

Verificada condenação anterior, de outro órgão de imprensa, em quantia bem inferior, por fatos análogos, é lícito ao STJ conhecer do recurso pela alínea c do permissivo constitucional e reduzir o valor arbitrado a título de reparação.

Recurso conhecido e, por maioria, provido." (REsp 355392/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/03/2002, DJ 17/06/2002 p. 258). Grifei

A professora Maria Celina Bodin de Moraes aponta que os critérios adotados na compensação do dano moral no Brasil variam muito, mas nota-se que são presenças freqüentes nas decisões judiciais o critério da extensão do prejuízo, o critério do grau de culpa e o critério relativo à situação econômico-financeira, tanto do ofensor quanto da vítima.⁶⁸

Sem dúvida que, a despeito de haver ou não concordância por parte da doutrina ou da jurisprudência, os critérios de reparação têm sido basicamente a reprovação da conduta, isto é, a gravidade ou intensidade da

⁶⁸ Maria Celina Bodin de Moraes, op. cit, p. 275

culpa do agente, a repercussão social do dano e as condições socioeconômicas da vítima e do ofensor:

“No que se refere aos critérios de reparação, a indenização no dano patrimonial sempre abrangeu a extensão do dano, não importando o grau de culpa do agente. Quanto ao danos morais, os critérios de reparação têm sido basicamente a reprovação da conduta, isto é, a gravidade ou intensidade da culpa do agente, a repercussão social do dano, as condições socioeconômicas da vítima e do ofensor (...)”.⁶⁹

Assim praticado ato que enseje danos morais, a condenação do ofensor deverá pautar-se em critérios objetivos.

Note-se que dois dos critérios que comumente aparecem como fundamento das decisões judiciais estão explícitos no parágrafo único do art. 944: extensão do prejuízo e grau de culpa. Assim, ao contrário do que ocorre com a reparação dos danos materiais, o montante indenizatório a título de reparação por danos morais leva em conta o grau de culpa.

Ora, se a indenização por danos morais tem caráter compensatório, se o critério da equidade é o que melhor se aplica à fixação da indenização por danos morais, e se, dentre os critérios que possibilitam essa fixação eqüitativa, está a gravidade da culpa e a extensão do prejuízo, fica clara a possibilidade de aplicação da regra insculpida no art. 944, parágrafo único, aos danos morais.

Dessa forma, presentes os pressupostos da responsabilidade civil: conduta, dano e nexos de causalidade, o juiz, averiguando que a gravidade do dano extrapatrimonial provocado é desproporcional ao grau de culpa, poderá valer-se da regra do art. 944, parágrafo único, para reduzir a indenização, que tem caráter compensatório e que é mensurada levando em consideração o grau de culpa, ao lado dos outros aspectos mencionados.

⁶⁹ idem, p. 162

Dessa forma, na situação em que a vítima sofra extremo abalo na sua honra, por ter o seu nome sido utilizado, publicamente, de forma indevida, mas se a utilização decorreu de culpa levíssima, por exemplo, por ser comum o nome confundido, a redução da indenização é medida possível.

Por outro lado, quando o parágrafo único do art. 944 estabelece a redução eqüitativa da indenização ante a desproporção entre o grau de culpa e a gravidade do dano, pode-se inferir que está presente a intenção de penalizar menos o autor do ilícito. Nesse passo, como se concebe um cunho sancionatório na indenização por danos morais, mais uma razão se encontra para a sua perfeita utilização na seara dos prejuízos extrapatrimoniais.

Se um dos objetivos é minimizar a pena do ofensor, a aplicação do dispositivo aos danos morais sobressai mais uma vez como perfeitamente cabível. É que a reparação de dano moral tem uma função nitidamente sancionatória ao lado da compensatória. Assim, aquele que agiu com culpa levíssima, mas provocou dano moral de grandes proporções, poderá ser menos penalizado.

Considerando que a satisfação do dano moral visa, além de atenuar o sofrimento injusto, desafrontar o inato sentimento de vingança, retribuindo o mal com o mal; prevenir ofensas futuras, fazendo com que o ofensor não deseje repetir tal comportamento; e servir de exemplo, para que tampouco se queira imitá-lo, diz-se que a reparação do dano moral detém um duplo aspecto, constituindo-se por meio de um caráter compensatório, para confortar a vítima, e de um caráter punitivo, cujo objetivo é impor uma penalidade exemplar ao ofensor, que se constitui na diminuição de seu patrimônio material e na transferência da quantia para o patrimônio da vítima.⁷⁰

Vê-se que a regra contida no parágrafo único do art. 944, do CC/02, é plenamente aplicável nas hipóteses de ressarcimento de dano moral, quando se considera que o escopo da correspondente indenização é compensatório e sancionatório.

⁷⁰ Idem, p. 219.

Assim, se a norma traz ínsito o objetivo de que o ofensor deve ser menos penalizado, ou seja, a transferência de quantia do seu patrimônio para o da vítima será diminuída, ao lado da utilização da desproporção entre o grau de culpa e a gravidade do dano, para quantificar a indenização, mas, ao mesmo tempo compensa o sofrimento da vítima, fácil é aceitar a sua aplicação à responsabilidade civil por danos morais, ao contrário do que ocorre com a indenização por danos materiais, que deve ser de acordo com a extensão do dano.

10. PODER DO JUIZ

Não há como não vislumbrar nessa regra de exceção o poder discricionário que entrega ao Judiciário.

Ora, se reparar o dano é restituir as coisas ao estado anterior, a redução do valor, tendo em vista o grau da culpa, além de não indenizar integralmente, rompendo com o princípio da *restitutio in integrum*, confere ao julgador indesejado poder discricionário e um perigoso critério subjetivo de avaliação.⁷¹

Nesse passo é que se mostra importante a noção de equidade, a fim de que o julgador não se exceda na fixação do montante indenizatório. Como ensinam Carlos Alberto Menezes de Direito e Sérgio Cavalieri Filho, "a noção de equitativo aqui deve ser tomada como julgamento justo, sendo de justiça, respeito à igualdade dos direitos das partes, para a imposição de uma condenação suficiente à reparação do dano."⁷²

O apelo à equidade encontra-se em várias leis. Conceituá-la e, principalmente, aplicá-la, contudo, é tarefa das mais difíceis.⁷³

Aqui, no âmbito do parágrafo único do art. 944, porque equidade faz parte da aplicação do direito aos casos concretos, mais do que em qualquer outro ponto, indispensável se faz o uso de um prudente arbítrio, a fim de que o magistrado não se deixe impressionar por falsas situações. É que o falso rico e o falso pobre aparecem em todas as épocas a iludir com a sua aparência os que os cercam, ora colhendo vantagens indevidas, ora caindo indefesos nas próprias teias que armaram.⁷⁴

Nesse passo, o Código Civil, restaurando a graduação da

⁷¹ Rui Stoco, O Novo Código Civil, Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale, São Paulo: LTr, 2003, p. 825

⁷² Comentários ao Novo Código Civil, Vol. XIII, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 334.

⁷³ ALVIM, Agostinho. Da equidade. In RT, v. 797, mar. 2002, p. 767

⁷⁴ Antônio Lindbergh C. Montenegro, ob. cit. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 239 e 241.

culpa, para determinar a extensão da indenização, faz com que o juiz estabeleça comparações entre condutas, observadas as mesmas condições e iguais circunstâncias de tempo e lugar.

No entanto, o problema do poder discricionário conferido ao juiz se mostra mais grave, quando se pensa que o grau de culpa, via de regra, será aferido abstratamente de acordo com o comportamento do próprio magistrado, ou seja, ele será o exemplo do *bonus pater familias*, o que se mostra distante da complexa realidade que caracteriza as sociedades atuais, onde não é possível a definição de um padrão único de diligência e discernimento.

Considerando que a sociedade brasileira é altamente diversificada em termos de nível social, cultural e econômico, a aplicação desse modelo, construído sobre a formação socioeconômica do magistrado, tende a mostrar-se artificial ou ineficaz, porque desacompanhada dos fatores antropológicos que contextualizam a inserção do réu na situação que culmina com o evento danoso. Isso porque a aferição da culpa in abstracto exige que se avalie o comportamento que seria adotado pelo *bonus pater familias* exatamente nas mesmas circunstâncias.⁷⁵

A toda evidência, se se considerar a pluralidade de condutas e o imenso abismo econômico existente entre as diversas classes sociais do nosso País, a utilização do critério abstrato para verificação do grau de culpa pode resultar em uma diversidade radical entre as concepções de diligência média do juiz e do sujeito que se pretende responsável pelo dano.⁷⁶

Assim, para que haja equidade na decisão que reduzir a indenização, será necessária, também, ao lado do método abstrato, a utilização de parâmetros de comportamento específicos e diferenciados para as mais diversas situações, o que Anderson Schreiber chamou de fragmentação dos modelos de conduta. Estes modelos levam em consideração não as características individuais do sujeito, mas fatores atinentes à sua formação

⁷⁵ Anderson Schreiber, *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, 36

⁷⁶ *idem*

socioeconômica que, muitas vezes, se vinculam indissociavelmente à situação analisada.⁷⁷

Soltando-se de um padrão tão genérico quanto irreal *bonus pater familias*, deve o magistrado se socorrer de parâmetros externos para a formação dos *standards* de conduta, como seria o caso de valer-se de diretrizes emitidas por associações profissionais, de códigos de conduta especializados, da oitiva de assistentes judiciais, recomendações de órgãos especializados.

⁷⁷ op. cit. p. 40

11. CONCLUSÃO

Fica nítida a intenção do legislador, ao introduzir no Código Civil a regra que permite a redução eqüitativa da indenização, de promover a justiça em situações nas quais a culpa do agente é insignificante se comparada à extensão do dano suportado, não levando à ruína o lesante, ou seja, o foco da responsabilidade civil ficou deslocado do ofensor para o ofendido.

A regra será de difícil aplicação, posto que não há como não enxergar a quebra do princípio da *restitutio in integrum* na medida em que possibilita haver indenização em montante inferior ao dano sofrido. É que essa possibilidade subverte o princípio de que a indenização mede-se pela extensão do dano, permitindo que o juiz investigue culpa para o efeito de reduzir o *quantum debeat*.

É certo também que haverá ofensa ao direito de propriedade quando o ofensor vir diminuído o seu patrimônio sem que tenha dado causa ao dano sofrido, já que a propriedade é uma garantia constitucional que somente exige o cumprimento da função social.

O ofendido ser compelido a suportar dano que não deu causa, para que não seja desfalcado o patrimônio do ofensor, ou porque há desproporção entre o grau de culpa do ofensor e a gravidade do dano, está na contramão do movimento da responsabilidade, pois o que se tem verificado é a tendência de dar relevância ao instituto da reparação.

Ora, se o direito à indenização tem se mostrado como alavanca do sistema da responsabilidade civil, não é de se aceitar que o instituto retroceda a ponto de fazer com que a vítima absorva o prejuízo, ou parte dele.

Para além disso, a função punitiva da responsabilidade civil estará neutralizada no momento em que o juiz aplicar a regra que permite a redução eqüitativa da indenização, haja vista que a quantia a ser retirada do patrimônio do ofensor para ser transferida ao patrimônio da vítima será menos

representativa do que seria se o ofensor fosse obrigado a ressarcir integralmente o dano patrimonial causado por ter quebrado com o seu dever geral de cuidado.

É certo também que somente a culpa levíssima autorizaria a redução eqüitativa da indenização. A culpa levíssima caracteriza-se pela falta de atenção extraordinária, pela ausência de habilidade especial ou conhecimento singular. Com efeito, se a falta puder ser evitada com o cuidado do homem comum ou se o agente atuar com descuido injustificável ao mesmo homem comum, penso não haver lugar para redução da indenização. Isso porque não se está no terreno das fatalidades, mas no da imprevisão do previsível.

É fácil aceitar a aplicação da redução eqüitativa da indenização quando se tratar de responsabilidade civil por danos morais. Por não ser passível de apreciação econômica e por isso mesmo insuscetível de reparação, diz-se que não há uma indenização por danos morais, e sim, uma compensação à vítima pelo abalo da paz interior, de forma que não se pode falar em retorno ao estado anterior ao evento danoso. Diante dessa carência de valoração econômica, é que doutrina e jurisprudência têm fixado critérios para a sua quantificação, já que o valor que o lesado recebe a título de indenização não pode reparar o dano. E dentre os critérios utilizados pela jurisprudência para quantificar o valor da indenização estão normalmente presentes o grau de culpa e a repercussão do dano, assim é que a desproporção entre o grau de culpa e a gravidade do dano estão na linha de desdobramento da indenização a título de danos morais.

Por último, é importante registrar que regra que permite a redução eqüitativa da indenização confere ao julgador indesejado poder discricionário e um perigoso critério subjetivo de avaliação, de forma que será imprescindível ter o magistrado a exata noção do que significa eqüidade. É certo que, considerando-se a pluralidade de condutas e o imenso abismo econômico existente entre as diversas classes sociais do nosso País, a utilização do critério abstrato para verificação do grau de culpa pode resultar em uma diversidade radical entre as concepções de diligência média do juiz e do sujeito que se pretende responsável pelo dano.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BODIN, Maria Celina de Moraes, Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Cáo Mário da Silva. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. I e II.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FARIAS Cristiano Chaves de e ROSENVALD Nelson, Direito Civil, Teoria Geral, 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

GOMES Orlando, Direitos Reais, 18ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

GOMES Orlando, Obrigações, 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, V. IV, Responsabilidade Civil. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, V. I, Parte Geral. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Vitor Fernandes, A Punição na Responsabilidade Civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos, Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, Responsabilidade Pressuposta. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

KHOURI, Paulo R. Roque A. Direito do Consumidor, Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e GONET BRANCO, Paulo Gustavo, Curso de Direito Constitucional, 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTENEGRO FILHO, Misael, Responsabilidade Civil: aspectos processuais. São Paulo: Atlas, 2007.

MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C., Ressarcimento de Danos, 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Silvio, Direito Civil: Responsabilidade Civil, Vol. 4, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999

SCHEREIBER, Anderson, Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Helena Bodin de, Código Civil Interpretado. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. II.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil - Responsabilidade Civil. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. IV.