

EDITORA PADMA LTDA
Presidente: Osmundo Lima Araújo

Revista Trimestral de Direito Civil — RTDC
Ano 8, vol. 29, janeiro a março de 2007

ISSN 1518-2010

Diretor: Gustavo Tepedino

Conselho Editorial

Antônio Pinto Monteiro, Antonio Junqueira de Azevedo, Encarna Roca, Jean Beauchard, Luiz Edson Fachin, Pietro Perlingieri, Ricardo Pereira Lira, Ruy Rosado de Aguiar Jr. e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Editora: Maria Celina Bodin de Moraes

Coordenador Editorial: Bruno Lewicki

Conselho Assessor

Ana Luiza Maia Nevares [Atualidades-Resumos de Teses e Dissertações], Anderson Schreiber [Doutrina], Caitlin Sampaio Mulholland [Jurisprudência], Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho [Ensaio e Pareceres], Carlos Nelson Konder [Atualidades-Notícias], Gisela Sampaio da Cruz [Observador Legislativo], Leonardo Mattietto [Resenha Bibliográfica]

Estagiária: Milena Cianni

Capa e Projeto Gráfico: Simone Villas-Boas

Editoração Eletrônica: TopTextos Edições Gráficas Ltda.

Revisão: Fernando Guedes

A *Revista Trimestral de Direito Civil* é produzida no âmbito do convênio de colaboração científica e editorial firmado entre a Editora Padma, a Editora Renovar e o Instituto de Direito Civil – IDC.

Contribuições, correspondências e pedidos de intercâmbio poderão ser enviados para a Editora PADMA, na Rua Antunes Maciel, 177 – São Cristóvão – RJ – CEP 20940-010 Tel.: (21)2580-8596, ou para os e-mails: rtdc@uol.com.br e rtdc@yahooogroups.com

A redução eqüitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil

————— CARLOS NELSON KONDER

"I will go anywhere, provided it is forward".
David Livingstone

Resumo: o artigo aborda a possibilidade de redução eqüitativa da indenização em virtude de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, destacando os limites de sua aplicação — especialmente sua inaplicabilidade ao dano moral — como um mecanismo de ponderação de princípios constitucionais.

Palavras-chaves: dano; culpa; indenização; reparação integral.

Abstract: this paper analyses the possibility of reduction of damages because of an excessive disproportion between the level of fault and the damage, highlighting the limits of its application — specially its inapplicability to non-pecuniary damage — as a device of balancing constitutional principles. Keywords: damage; fault; damages; full compensation.

Sumário. 1. As transformações na responsabilidade civil contemporânea: giro conceitual, dignidade humana e plena reparação da vítima; 2. Peculiaridades da redução eqüitativa da indenização com base no grau de culpa conforme prevista pelo art. 944, parágrafo único, do Código Civil; 3. A controversa aplicação do dispositivo à reparação do dano moral: o papel do grau de culpa na fixação da indenização e o alegado caráter punitivo; 4. Limites do dispositivo: a possibilidade exclusiva de redução, a necessidade de desproporção excessiva e o critério do grau de culpa; 5. Cotejo com o art. 945: concorrência de culpas ou de causas?; 6. A polêmica constitucionalidade do dispositivo e a sua interpretação como mecanismo de ponderação; 7. Conclusão.

1. AS TRANSFORMAÇÕES NA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA: GIRO CONCEITUAL, DIGNIDADE HUMANA E PLENA REPARAÇÃO DA VÍTIMA

É praxe iniciar qualquer reflexão acerca da responsabilidade civil contemporânea destacando a influência marcante que as profundas transformações econômicas e sociais operadas nos últimos tempos tiveram sobre seus conceitos e institutos fundamentais. Os efeitos da Revolução Industrial, introduzindo as máquinas na vida cotidiana e multiplicando o número

de acidentes, assim como a complexificação generalizada das relações sociais, impuseram a demanda por novos modelos de responsabilização e reparação de danos.¹

O exemplo mais aludido é a passagem do tradicional sistema da responsabilidade aquiliana, em que a culpa é o fundamento do dever de indenizar, para o sistema da responsabilidade objetiva, onde o risco criado pela atividade do sujeito já é suficiente para justificar a obrigação de reparar os danos causados.² A multiplicidade dos acidentes gera uma insegurança material a ser suprida pela segurança jurídica: presente o nexo de causalidade, todo dano injusto deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou.³

Entretanto, as grandes modificações no direito da responsabilidade civil não foram produto exclusivamente da multiplicação das hipóteses de dano, mas principalmente de uma drástica alteração da própria perspectiva metodológica e axiológica pela qual se analisa o direito civil de maneira geral.

1 Fernando Noronha. *Direito das obrigações*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 537 e ss.

2 Entre tantos a destacar a objetivação da responsabilidade civil como exemplo das transformações no direito da responsabilidade civil, mencione-se Helösa Helena Barboza (Responsabilidade civil médica no Brasil. In *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 19. Rio de Janeiro: Padma, jul./set. 2004, p. 50), que lista a ampliação da responsabilização sem culpa ao lado da sedimentação da reparação do dano moral e da perda de nitidez da dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual, Fernando Noronha (*Direito das obrigações*, cit., pp. 542-544), que coloca a objetivação da responsabilidade ao lado da ampliação dos danos suscetíveis de reparação e da coletivização da responsabilidade, e Anderson Schreiber (Novas tendências da Responsabilidade Civil brasileira. In *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 22. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2005, p. 47), que aponta a multiplicação das presunções de culpa, o avanço da responsabilidade civil fundada no risco e a alteração da própria noção de culpa como exemplos de erosão deste filtro tradicional da responsabilidade civil, uma nova tendência da responsabilidade civil que figura ao lado da coletivização das ações, da expansão dos danos ressarcíveis, da despatrimonialização da reparação e da perda de exclusividade da responsabilidade civil como remédio à produção de danos.

3 Caio Mário da Silva Pereira. Evolução da responsabilidade civil (pessoas de direito privado). In *Direito Civil: Alguns aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, especialmente pp. 115 e ss. Fernando Noronha, comparando o princípio do risco ao princípio da culpa, afirma: "O princípio do risco, [...] a propósito da responsabilidade objetiva, enfatiza o valor da segurança jurídica, que traduz, no âmbito do direito, as preocupações extrajurídicas com a estabilidade econômica e com a ordem política. Cada pessoa tem uma esfera jurídica que, precisamente porque é jurídica, deve ser tutelada; por isso, todos nós temos o direito de não ser afetados por atuações de outras pessoas, ainda quando estas procedam com todas as cautelas exigíveis. Os riscos de cada atividade devem ficar com a pessoa que a realiza" (*Direito das obrigações*, cit., p. 436).

O reconhecimento da superioridade hierárquica da normativa constitucional conduz à superação da dicotomia entre direito público e privado ao afirmar a aplicação das normas da Constituição também no âmbito do direito civil. Os valores eleitos pela soberana assembléia nacional constituinte e positivados sob a forma de princípios são os democráticos fundamentos de validade de todas as normas inferiores que, conseqüentemente, servem como meio de concretização da ordem constitucional. Neste sentido, os institutos de direito privado são instrumentos para a maior efetivação daqueles princípios e, portanto, encontram-se a eles funcionalizados.⁴

Desse modo, todas as normas de direito civil devem ser interpretadas e aplicadas à luz da normativa constitucional. O direito da responsabilidade civil não é exceção. Por isso, a responsabilidade civil contemporânea passa hoje a sofrer a constante influência de princípios como a solidariedade, a justiça distributiva e a dignidade da pessoa humana.⁵ Neste sentido, destaca Gustavo Tepedino:

Com efeito, os princípios da solidariedade social e da justiça distributiva, capitulados no art. 3º, incisos I e III, da Constituição, segundo os quais se constituem em objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, não podem deixar de moldar os novos contornos da responsabilidade civil. Do ponto de vista legislativo e interpretativo, retiram da esfera meramente individual e subjetiva o dever de repartição dos riscos da atividade econômica e da autonomia privada, cada vez mais exacerbados na era da tecnologia. Impõem, como linha de tendência, o caminho da intensificação dos critérios objetivos de reparação e do desenvolvimento de novos mecanismos de seguro social.⁶

4 Sobre o tema, v. Pietro Perlingieri. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 9-10; Gustavo Tepedino. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In *Temas de direito civil*, 3ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 1-22; Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. In *Direito, Estado e Sociedade: Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio*, n. 1, 2ª ed.. Rio de Janeiro: PUC-Rio, jul./dez. 1991, pp. 59-73; e Teresa Negreiros. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 47-103.

5 CF, art. 3º, I e III, e art. 1º, III, respectivamente.

6 Gustavo Tepedino. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In *Temas de direito civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 194. No mesmo sentido,

A instituição de um modelo dualista, que, ao lado da tradicional responsabilidade subjetiva, converte as até então excepcionais hipóteses de responsabilidade sem culpa em uma cláusula geral de responsabilidade pelo risco, atende a uma mudança de perspectiva que considera a pessoa inserida na coletividade e reflete uma tendência geral de socialização dos riscos.⁷

A influência da tábua principiológica da Constituição sobre o direito da responsabilidade civil se manifesta também em uma mudança de leitura na própria função da imposição da responsabilidade. A ênfase até então centrada na figura do causador do dano que, por seu ato reprovável — culposos —, deveria pagar pela reparação dá lugar à atenção especial à figura da vítima, cuja diminuição em sua esfera jurídica deve ser reparada. A punição do agente pelo dano causado, preocupação pertinente ao direito penal, perde importância no âmbito civil para a reparação da vítima pelo dano sofrido, como destaca Eugênio Facchini Neto:

O foco atual da responsabilidade civil, pelo que se percebe da sua evolução histórica e tendências doutrinárias, tem sido no sentido de estar centrada cada vez mais no imperativo de reparar um dano do que na censura de seu responsável. Cabe ao direito penal preocupar-se com o agente, disciplinando os casos em que deva ser criminalmente responsabilizado. Ao direito civil, contrariamente, compete inquietar-se com a vítima.⁸

afirma Raquel Bellini de Oliveira Salles: “Evidencia-se, portanto, no caso da responsabilidade civil objetiva, um imperativo de justiça social, observando-se, nesse particular, um importante ponto de junção entre as idéias de justiça e de bem social ou de bem-estar da sociedade” (A justiça social e a solidariedade como fundamentos ético-jurídicos da responsabilidade civil objetiva. In *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 18. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2004, p. 113).

7 Caio Mário da Silva Pereira. *Evolução da responsabilidade civil*, cit., pp. 116 e 142. Como explica Raquel Bellini de Oliveira Salles: “Os imperativos de justiça social e de solidariedade levaram a que a responsabilidade civil não mais pudesse ser pensada a partir da lógica contratual de relação de vontade de dois sujeitos, assim como não mais pudesse ser necessariamente encarada em termos de princípio de imputabilidade moral, em que se procurava a culpa do sujeito na produção de um dano” (A justiça social, cit., p. 130).

8 Eugênio Facchini Neto. *Da responsabilidade civil no novo Código*. In Ingo Wolfgang Sarlet (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 155. No mesmo sentido, afirma Maria Celina Bodin de Moraes: “Neste quadro, importa ressaltar que a responsabilidade civil tem hoje, reconhecidamente, um propósito novo: deslocou-se o seu eixo da obrigação do ofensor de

Esta profunda alteração de perspectiva foi chamada por Orlando Gomes⁹ de “giro conceitual” da responsabilidade civil e traduz de maneira clara a aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana às relações de responsabilidade civil. O juízo punitivo que se imiscuia quando a atenção do intérprete recaía sobre a reprovabilidade da conduta do agente, necessariamente examinada quando o único sistema utilizado era a responsabilidade aquiliana, cede espaço para uma pluralidade de sistemas de reparação reunidos unicamente pelo seu objetivo central: compensar de alguma maneira (patrimonial ou extrapatrimonial) a pessoa humana diminuída em sua dignidade. É o que afirma Maria Celina Bodin de Moraes:

Com o advento da Constituição de 1988, fixou-se a prioridade à proteção da dignidade da pessoa humana e, em matéria de responsabilidade civil, tornou-se plenamente justificada a mudança de foco, que, em lugar da conduta (culposa ou dolosa) do agente, passou a enfatizar a proteção à vítima de dano injusto — daí o alargamento das hipóteses de responsabilidade civil objetiva, que independe da culpa, isto é, da prática de ato ilícito.¹⁰

Os incisivos efeitos deste giro conceitual são, contudo, muitas vezes negligenciados. Em nível legislativo, os profundos avanços até então conquistados por diversas leis extravagantes e setoriais, como o Código de Defesa do Consumidor, não foram devidamente continuados pelo Código Civil de 2002, que se limitou a explicitar entendimentos já consagrados tanto em doutrina, como em jurisprudência.¹¹

responder por suas culpas para o direito da vítima de ter reparadas as suas perdas. Assim, o foco, antes posto na figura do ofensor, em especial na comprovação de sua falta, direcionou-se à pessoa da vítima, seus sentimentos, suas dores e seus percalços” (*Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 12).

9 Orlando Gomes. *Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil*. In *Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 296.

10 Maria Celina Bodin de Moraes. *Danos*, cit., p. 29.

11 Afirma Eugênio Facchini Neto: “Pois bem, o novo diploma civil não alterou substancialmente este estado de coisas. Poucas foram as inovações profundas e significativas. A maioria das aparentes alterações legislativas nada mais é do que uma incorporação, à lei, de entendimentos jurisprudenciais consolidados ou tendenciais” (Da responsabilidade civil, cit., p. 155). No mesmo sentido, afirma Fernando Noronha: “temos um Código novo mas que, quanto à responsabilidade civil, nasce velho. Não trouxe regulamen-

Além do já citado destacamento do dever de reparar da estrutura do ato ilícito e da instituição de um sistema duplo de responsabilidade (subjéctiva e objectiva), positivado no art. 927, outras modificações pontuais podem ser identificadas, como a objectivação definitiva no âmbito da chamada responsabilidade indirecta (art. 933), a responsabilidade do património dos incapazes (art. 928) e a responsabilidade do empresário pelo risco dos produtos (art. 931). Mas uma modificação importante, que vem sendo tratada de maneira superficial pela doutrina, é aquela contida no art. 944, em especial em seu parágrafo único:

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

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

2. PECULIARIDADES DA REDUÇÃO EQUITATIVA DA INDENIZAÇÃO COM BASE NO GRAU DE CULPA CONFORME PREVISTA PELO ART. 944, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL

O *caput* do novo art. 944 limita-se a reproduzir regra geral já consagrada em nosso ordenamento ao afirmar que a indenização mede-se pela extensão do dano. De fato, a idéia de que o dever de indenizar deve abranger a totalidade do dano sofrido traduz o chamado *princípio da reparação integral*, já consagrado no direito brasileiro.¹² Como destacava Agostinho Alvim, sobre o sistema anterior:

tação para algumas situações que eram deixadas ao trabalho criador da jurisprudência [...] e, por outro lado, em certa matérias consagra soluções que, se eram as prevaletentes nos tribunais de 1975, foram posteriormente superadas” (*Direito das obrigações*, cit., p. 549). Vale ainda a lição de Gustavo Tepedino: “o novo Código nascerá velho principalmente por não levar em conta a história constitucional brasileira e a corajosa experiência jurisprudencial, que protegem a personalidade humana mais do que a propriedade, o ser mais do que o ter, os valores existenciais mais do que os patrimoniais. E é demagógico porque, engenheiro de obras feitas, pretende consagrar direitos que, na verdade, estão tutelados em nossa cultura jurídica pelo menos desde o pacto político de outubro de 1988” (O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. In *Temas de Direito Civil*, t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 358).

12 Sérgio Cavalieri Filho. *Programa de Responsabilidade Civil*, 4ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 125. Para uma vasta pesquisa do tema, v. Gisela Sampaio da Cruz. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 313 e ss.

É certo que a maior ou menor gravidade da falta não influi sobre a indenização, a qual só se medirá pela extensão do dano causado.

A lei não olha para o causador do prejuízo a fim de medir-lhe o grau de culpa e, sim, para o dano, a fim de avaliar-lhe a extensão.¹³

Entretanto, o pacífico princípio da reparação integral consolidado no *caput* vem mitigado pela novidade inserida no parágrafo único: a possibilidade de reduzir o montante quando houver desproporção excessiva entre o dano e o grau de culpa do agente. A contradição entre os dois parâmetros utilizados para a fixação da indenização — extensão do dano e grau de culpa do agente¹⁴ — costuma ser dissipada pelos intérpretes sob a perspectiva de uma norma geral e uma de aplicação excepcional — estrutura típica da técnica legislativa *caput-parágrafos*.¹⁵ Como afirmam, a regra permanece sendo a fixação da indenização com base na extensão do dano. Contudo, em situações excepcionais, franqueia-se ao juiz a faculdade, a ser utilizada com parcimônia, de ponderar também o grau de culpa. Sua justificativa é buscada em casos concretos, como o exemplo aduzido por Silvio Rodrigues:

Se uma pessoa, no vigésimo andar de um prédio, distraidamente se encosta na vidraça e esta se desprende para cair na rua e matar um chefe de família, aquela pessoa, que cometeu apenas uma inadvertência, poderá ser condenada ao pagamento de uma enorme indenização, capaz de consumir toda a economia de sua família. Pequena culpa, gerando enorme e dolorosa consequência.¹⁶

13 Agostinho Alvim. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 199.

14 Maria Celina Bodin de Moraes explica a contradição entre os dois sistemas: “A escolha legislativa pela irrelevância do grau de culpa foi uma opção de ordem lógica. Uma alternativa excluía a outra, porque das duas, uma: ou bem se determinava a indenização de todo o dano, e o grau de culpa não poderia ser levado em consideração, ou bem se media a conduta, permitindo a indenização menor do que seria necessário à reparação, em caso de culpa mais leve” (*Danos*, cit., p. 297).

15 Sérgio Cavalieri Filho. *Programa*, cit., p. 126.

16 Silvio Rodrigues. *Direito Civil*, vol. 4: Responsabilidade Civil, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 188. Também exemplifica Sérgio Cavalieri Filho: “Um atropelamento com culpa leve pode produzir um resultado gravíssimo — a vítima fica tetraplégica ou morre —, ensejando para o agente uma sanção muito mais severa do que se tivesse praticado uma conduta dolosa — por exemplo, uma tentativa de homicídio sem resultado grave” (*Programa*, cit., p. 125).

A novidade do parágrafo único do art. 944 de nosso Código Civil encontra inspiração no Código de Obrigações suíço (1907, modificado em 1911), no seu art. 43 e, especialmente, na segunda alínea do seu art. 44, que determina: “quando o prejuízo não tenha sido causado nem intencionalmente, nem por efeito de uma grave negligência ou imprudência, e se a sua reparação expuser o devedor a sacrifício, o juiz pode, eqüitativamente, reduzir as perdas e danos”.¹⁷

No Brasil a idéia foi inicialmente recepcionada pelo Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941, cujo art. 172 dispunha: “o juiz fixará a indenização de acordo com a gravidade da culpa, consideradas as circunstâncias do caso”. No entanto a ampliação com relação ao exemplo estrangeiro, a transformar a gravidade de culpa em parâmetro para a fixação da indenização, e não apenas para sua excepcional redução, não agradou ao redator do livro de obrigações do Projeto de Código Civil de 1975:

Este dispositivo tem sua fonte imediata no art. 43 do Código Federal das Obrigações [suíço], que subordina a extensão da reparação à gravidade da culpa e às circunstâncias apreciadas pelo juiz, regra esta ditada para as obrigações oriundas de atos ilícitos, mas aplicável às provenientes de contrato, por força do disposto no art. 99 do mesmo Código.

Porém, aquele arbítrio, que o Código Federal confere ao juiz, de modo algum deve ser entendido como a possibilidade de aumentar-se a indenização, além do dano sofrido, no caso de haver dolo ou culpa grave, e isso porque haveria locupletamento injustificado do credor.

Tal preceito deve ser entendido como a possibilidade de reduzir-se a condenação, no caso de culpa leve.¹⁸

17 No original, tratando da redução da indenização: “Art. 44. 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.* Entretanto, naquele sistema mesmo na fixação da indenização a extensão do dano não é o único critério: “Art. 43. 1. *Le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute.* 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.*”

18 Agostinho Alvim. *Da inexecução*, cit., p. 200.

A partir disso, o dispositivo recebeu a redação com que figura no Código Civil vigente, restringindo-se à possibilidade de utilização do grau de culpa — quando em excessiva desproporção com a extensão do dano gerado pela conduta culposa — para a redução da indenização.

A atribuição de uma faculdade ao juiz para reduzir eqüitativamente o montante da indenização não é inédita em nosso sistema. De fato, aponta-se a semelhança entre o novo dispositivo e a tradicional e recorrentemente utilizada prerrogativa de redução da cláusula penal, prevista atualmente no art. 413 do Código Civil.¹⁹ No entanto, há diferenças marcantes entre as funções de cada uma destas normas.

A cláusula penal, além de servir como um reforço do vínculo obrigacional, atua principalmente como um mecanismo de liquidação antecipada do montante indenizatório em caso de mora ou inadimplemento.²⁰ Esta pré-fixação contratual das perdas e danos diminui o custo e a demora de um eventual litígio, além de reduzir a margem de incerteza sobre o *quantum*, na medida em que dispensa a prova do prejuízo.²¹ Assim, percebe-se que a própria admissão da cláusula penal constitui uma mitigação do princípio da reparação integral,²² pois se franqueia às partes, em sua autonomia negocial, afastarem a plena reparação dos danos decorrentes do inadimplemento e assumirem os riscos de incompatibilidade entre o dano efetivo e o valor estipulado contratualmente: se os danos superarem o valor predeterminado, o credor arcará com eles, se os danos forem menores, o devedor não poderá alegar isto para não pagar o total estipulado contratualmente.

A pré-fixação, entretanto, por ser fruto da autonomia privada, não é absoluta.²³ Tendo

19 “Art. 413. A penalidade deve ser reduzida eqüitativamente 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”.

20 A prevalência da função indenizatória sobre a coercitiva nos sistemas latinos é afirmada por Antônio Pinto Monteiro. *Cláusula Penal e Indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 323 e ss. Neste sentido, v. Gustavo Tepedino. Notas sobre a cláusula penal compensatória. In *Temas de direito civil*, tomo II, cit., pp. 47 e ss.

21 Antônio Pinto Monteiro. *Cláusula Penal*, cit., pp. 30-35.

22 Judith Martins-Costa. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 333.

23 Na lição de Pietro Perlingieri: “O ato de autonomia não é um valor em si; pode sê-lo, e em certos limites, se e enquanto responder a um interesse digno de proteção por parte do ordenamento” (*Perfis*, cit., p. 279). Neste caso específico, fica claro o caráter de controle judicial do ato de autonomia uma vez

em vista os abusos que podem ocorrer, a própria lei a limita, não apenas estipulando tetos para o seu valor inicial, mas principalmente autorizando o juiz a reduzi-la equitativamente quando houver cumprimento parcial da obrigação ou quando o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.²⁴

Não é, portanto, um fator subjetivo acerca da conduta do devedor — como seu grau de culpa ao descumprir a obrigação — que autoriza a intervenção do juiz, mas fatores objetivos referentes às características da espécie negocial e sua função.²⁵ Visa, assim, a impedir que a cláusula penal se torne abusiva para o devedor, de maneira a fazer com que ele pagasse muito mais do que seria normalmente necessário para ressarcir os danos decorrentes do inadimplemento daquela obrigação específica.²⁶ A estipulação contratual se revela objetivamente abusiva, desproporcional, e o juiz a modifica com a finalidade de evitar um enriquecimento sem causa por parte do credor.

Aqui fica clara a oposição: na redução da cláusula penal prevista no art. 413, o juiz intervém, com base em parâmetros objetivos, contra o ato abusivo de autonomia privada para restabelecer minimamente a equivalência entre a indenização e o dano — portanto, em atendimento ao princípio da reparação integral. Já no disposto no parágrafo único do art. 944, a redução equitativa ocorre pautada por um critério subjetivo (grau de culpa do ofensor), não se trata de um mecanismo judicial de controle da autonomia privada — pois não há uma prévia estipulação contratual a ser avaliada — e ocorre em sentido inverso, isto é, com o objetivo de afastar a aplicação do princípio da reparação integral do dano. Qualquer analogia, portanto, é temerosa.

Finalmente, é importante observar que a nova faculdade de redução equitativa da indenização prevista no art. 944, parágrafo único, do Código Civil também se distingue de outros dispositivos similares encontrados no direito estrangeiro por restringir-se à utilização

que, conforme entendimento pacificado nos tribunais, esta faculdade de redução não pode ser previamente afastada pelo próprio ato de autonomia (STJ, 4ª T., REsp 11527, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, julg. 01.04.1992, publ. LEXSTJ 35/185).

24 Além da redução equitativa prevista no referido art. 413, há a limitação geral ao montante da obrigação principal (art. 412) e limitações especiais, como, p. ex.: D. 22626/33, art. 9º; CDC, art. 52, § 1º;

25 Gustavo Tepedino. Notas sobre a cláusula penal compensatória, cit., pp. 56-57.

26 Tatiana Magalhães Florence. Aspectos pontuais da cláusula penal. In: Gustavo Tepedino (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 529.

do grau de culpa como parâmetro de ponderação. Compare-se, por exemplo, com o dispositivo do Código Civil português:

Art. 494º. (Limitação da indemnização no caso de mera culpa)

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 justifiquem.²⁷

Este foi o caminho trilhado igualmente pelo *European Group on Tort Law*, responsável por elaborar os princípios de responsabilidade civil que virão a integrar o Código Civil europeu.²⁸ A partir da constatação, pelo grupo de comparatistas, de que a maioria os tribunais dos países, de modo explícito ou implícito, fazem esta consideração,²⁹ o dispositivo dos princípios de direito europeu da responsabilidade civil determina:

Art.10:401. Limitação da indenização

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

27 A distinção da redação tem efeitos marcantes, fazendo com que no sistema português o dispositivo não se aplique aos casos de responsabilidade contratual, mas seja aplicável à responsabilidade objetiva: “A possibilidade de gradação equitativa da indemnização, quando haja mera culpa do lesante, está consagrada na lei para a responsabilidade extracontratual (art. 494º), mesmo que fundada no risco (art. 499º), não devendo considerar-se extensiva á responsabilidade contratual, onde se afigura pouco de acordo com as legítimas expectativas do contraente lesado” (Mario Júlio de Almeida Costa. *Direito das obrigações*, 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, pp. 496-497). V. nota 46.

28 A constituição do grupo, o método de trabalho e a íntegra de seus resultados podem ser consultados em <http://www.egtl.org>, acesso em 28 dez. 2006. Sobre o tema, v. Bernhard A. Koch, La labor del *European Group on Tort Law*. La cuestión de la “Responsabilidad Objetiva”. *InDret*, working paper n. 129. Barcelona, abr. 2003, disponível em http://www.indret.com/pdf/129_es.pdf, e Miquel Martín Casals, Una primera aproximación a los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”. *InDret*, working paper n. 284. Barcelona, mai. 2004, disponível em http://www.indret.com/pdf/284_es.pdf.

29 Miquel Martín Casals, *Una primera*, cit., p. 22.

Os comentários acerca do recente dispositivo também se pautam em exemplos, tais como o de um garoto de 14 anos, filho de desempregados, que vai a um campo de esqui com a escola e, durante as atividades recreativas, perde controle do esqui e tromba com estrela do rock multibilionária, cuja face sofre ferimentos na face que lhe impedem de cantar em noite de gala pela qual ganharia dois milhões de euros.³⁰ Novamente fica claro como é ponto determinante a situação econômico-social da vítima, desconsiderada pelo nosso legislador.

Esta limitação que torna peculiar o novo dispositivo é extremamente pertinente na sua análise, em especial quando se trata de sua aplicabilidade às hipóteses de dano moral, nas quais a nossa jurisprudência é pródiga em, para além do grau de culpa, fazer uso da situação econômica do ofensor e da vítima, e de outras circunstâncias relevantes para fixar o valor da indenização devida.

3. A CONTROVERSA APLICAÇÃO DO DISPOSITIVO À REPARAÇÃO DO DANO MORAL: O PAPEL DO GRAU DE CULPA NA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO E O ALEGADO CARÁTER PUNITIVO

O princípio da reparação integral do dano, como foi visto, é tradicionalmente reconhecido em nosso ordenamento e vem, agora, expresso no *caput* do artigo 944 do Código Civil, embora excepcionado pelo seu parágrafo único. Nas hipóteses de reparação de dano moral, contudo, é necessário levar em consideração a controvérsia acerca do seu conceito, dos critérios para sua quantificação e, principalmente, do suposto caráter punitivo da indenização.

A confusão que orbita a reparação do dano moral acaba por nublar a percepção de muitos da aplicação, também nesta seara, do princípio da reparação integral. É o caso do relator do projeto do Código na câmara, que afirmou que “o dispositivo [art. 944] é, no entanto, insuficiente, já que seu *caput* se adapta somente ao dano material e não está adequado ao dano moral”.³¹ O equívoco do deputado demonstra a necessidade de consi-

30 O. Moréteau, *Reduction of Damages, Principles of european tort law*, 2005, p. 181, n. 10-11, *apud* Roger Van den Bergh e Louis Visscher, *The Principles of European Tort Law: The Right Parth to Harmonisation? German Working Papers in Law and Economics*, paper n. 8, vol. 2003, disponível em <http://www.bepress.com/gwp/default/vol2006/iss1/art8> p. 21.

31 Ricardo Fiúza. *Novo Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 841.

derar primeiramente, ainda que com brevidade, a controvérsia geral acerca do dano moral, para então avaliar a aplicabilidade do novo dispositivo à sua reparação.

Inicialmente, acerca do conceito de dano moral, é possível vislumbrar duas correntes: de um lado, a corrente subjetiva, que o define como o efeito da lesão a um interesse juridicamente protegido, normalmente traduzido na consagrada expressão “dor, tristeza, vexame, humilhação”.³² A falta de precisão jurídica é objeto de crítica da corrente objetiva, que prefere definir dano moral como a lesão a um direito da personalidade.³³ A crítica que pode ser feita a esta corrente, por sua vez, estaria na limitação à estrutura típica de direito subjetivo.³⁴ Ela conduziu a uma definição mais condizente com a consideração dos princípios constitucionais envolvidos: dano moral é a lesão à dignidade da pessoa humana. Na lição de Maria Celina Bodin de Moraes:

A importância de conceituar o dano moral como a lesão à dignidade humana pode ser medida pelas conseqüências que gera, a seguir enunciadas. Assim, em primeiro lugar, toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue a sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se con-

32 Nesta corrente, Carlos Edison do Rego Monteiro Filho. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 40; Carlos Alberto Bittar. *Reparação civil por dano moral*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 35; José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade civil*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 729; e Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 7, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 67.

33 Nesta outra linha, Orlando Gomes. *Obrigações*, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 271; e Sergio Cavalieri Filho. *Programa*, cit., pp. 75-76; e Paulo Luiz Netto Lobo. Danos morais e direitos da personalidade. In *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 6. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2001, p. 76. Como indica Maria Celina Bodin de Moraes (*Danos*, cit., pp. 156-157), a jurisprudência tem usado as duas definições, reparando tanto o dano moral subjetivo como o objetivo.

34 A utilização da estrutura do direito subjetivo para a tutela da personalidade é objeto de crítica de Pietro Perlingieri: “A esta matéria não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado sobre a categoria do ‘ter’. Na categoria do ‘ser’ não existe a dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica. [...] A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido” (*Perfis*, cit., pp. 155-156).

cretizada, causadora de dano moral a ser reparado. Acentue-se que o dano moral, para ser identificado, não precisa estar vinculado à lesão de algum 'direito subjetivo' da pessoa da vítima, ou causa algum prejuízo a ela. A simples violação de uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial (ou de um 'interesse não patrimonial') em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora da tutela, será suficiente para garantir a reparação.

A definição aqui esboçada parece ser mais útil quando se tratar de verificar, nas concretas circunstâncias, a presença ou ausência do dano moral. De fato, não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará a reparação, as apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais [...].³⁵

A partir desta conceituação, uma nova análise se impõe aos critérios utilizados para sua quantificação. Além das invocações genéricas e sem conteúdo de que a indenização não pode gerar enriquecimento sem causa para a vítima e de que deve ser fixada pelo juiz com respeito ao princípio da razoabilidade, os critérios normalmente empregados pela jurisprudência são a gravidade do dano, o grau de culpa do agente, a situação econômica do ofensor e as condições do ofendido.³⁶

A gravidade do dano é o critério base que, como foi visto, serve também ao dano moral.³⁷ A consideração das condições pessoais do ofendido (e não as econômicas) servem a individualizar o dano sofrido, destacando as peculiaridades daquele sujeito para observar em que medida a sua dignidade foi efetivamente ofendida.³⁸

35 Maria Celina Bodin de Moraes. *Danos*, cit., p. 188.

36 Anderson Schreiber. "Arbitramento do dano moral no Código Civil". In *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 12. Rio de Janeiro: Padma, out./dez. 2002, p. 10. Na jurisprudência, por exemplo, STJ, 4ª T., REsp 243.093, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 14/03/2000, publ. DJ 18/09/2000; e STJ, 4ª T., REsp 265.133, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 19/09/2000, publ. DJ 23/10/2000.

37 Wesley de Oliveira Louzada Bernardo destaca que utilizar a extensão do dano como parâmetro não significa afirmar a sua correspondência ao valor da indenização, sob pena de qualificá-lo como *pretium doloris* (*Dano moral*: critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 165).

38 A consideração das condições econômicas do ofendido gera uma flagrante violação ao princípio da igualdade, sob a infeliz crença de que a dignidade dos menos abastados é mais barata enquanto a dos mais ricos exige uma indenização superior. Por outro lado, como afirma Maria Celina Bodin de Moraes, "se o critério do nível socioeconômico da vítima enseja mais iniquidades do que benefícios, o mesmo

Já a situação econômica do ofensor e, principalmente, o seu grau de culpa, servem de instrumento para conferir à indenização por dano moral um efeito punitivo, de desestímulo ao ofensor para que não cometa novas ofensas.³⁹ Diversos problemas, contudo, podem ser atribuídos à imposição deste caráter punitivo à indenização por dano moral: uma vez não previsto em lei, significa punição sem prévia cominação, confere um cheque em branco para o juiz cível ferir o princípio criminal da tipicidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege*); vários atos geradores de dano moral também são crimes, o que acarreta um *bis in idem*, especialmente com a previsão de sanção pecuniária no direito penal (L. 9.714/98); tramitando na vara cível, a ação segue os mecanismos processuais (recursais) do direito civil, sem as garantias típicas do procedimento penal; o efeito punitivo é mitigado no âmbito civil porque nem sempre o responsável é o culpado, como nos casos de seguro de dano; enfim, mistura-se reparação com punição, enquanto a punição considera dano causado, e não sofrido, o que não condiz com a responsabilidade civil.⁴⁰ Assim conclui Maria Celina Bodin de Moraes em estudo sobre o tema:

De lege lata, não há qualquer dispositivo no Código Civil brasileiro de 2002 — e tampouco havia no Código Civil de 1916 — que preveja a punição por um dano cometido; há aliás, indicações fortemente contrárias ao juízo de punição: bata pensar no parágrafo único do art. 944, quando alude a *reduzir* o valor da indenização e no

não se dá quando são levadas em conta suas condições pessoais" (*Danos*, cit., p. 303). De fato, a consideração das condições pessoais da vítima serve a individualizar o dano sofrido por aquele sujeito específico, como leciona Pietro Perlingieri: "Assim, especial será o dano ao ouvido de um esportista ainda que não profissional que ama nadar ou para quem se diletta a ouvir música; assim como será especial o dano na perna de quem mora um dos últimos andares de um edifício sem elevador. A avaliação prescinde do rendimento individual ou *pro capite* e concentra-se nas conseqüências que o dano produz nas manifestações da pessoa como mundo de costumes da vida, de equilíbrios e de realizações interiores" (*Perfis*, cit., p. 174).

39 Anderson Schreiber. "Arbitramento do dano moral no Código Civil", cit., p. 12. V. ainda Wesley de Oliveira Louzada Bernardo. *Dano moral*, cit., pp. 170-171 e p. 182 e seja consentido remeter a Carlos Nelson Konder. Critérios para a reparação do dano moral. *Direito, Estado e Sociedade* — Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 18. Rio de Janeiro: PUC-Rio, jan./jul. 2001, pp. 47-58

40 Os problemas são listados por Maria Celina Bodin de Moraes. *Danos*, cit., pp. 258 e ss.. Em outra linha, v. Carlos Edison do Rego Monteiro Filho. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 123-172.

art. 403, em tema de responsabilidade contratual, 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 (...)”.⁴¹

Como se observa, o caráter punitivo do dano moral, embora invocado de maneira recorrente pela jurisprudência, é bastante controverso e não é possível inferi-lo a partir do parágrafo único do art. 944, pois ele autoriza a consideração do grau de culpa apenas com a finalidade de reduzir o montante da indenização a ser paga — mas não a aumentá-la.⁴²

Os defensores do caráter punitivo do dano moral neste ponto divergem em relação a como interpretar a inclusão deste dispositivo no Código Civil. De um lado, há aqueles que, ignorando que a faculdade encontra-se limitada à redução da indenização, reconhecem na nova norma um indício da função punitiva ou pedagógica, ao levar em consideração o grau de culpa na fixação da indenização.⁴³ Assim também pode ser observado na jurisprudência que vêm fazendo remissão ao dispositivo ao justificar a utilização do grau de culpa para a quantificação do dano moral.⁴⁴

Outros, ao perceber os limites claros do dispositivo, preferem restringir sua aplicabilidade, de maneira a manter incólume a tradição jurisprudencial de punir com o dano moral, e torcer

41 Maria Celina Bodin de Moraes. *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 18. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2004, p. 78.

42 Gisela Sampaio da Cruz. *O problema do nexu causal*, cit., p. 322. Em sentido contrário, afirma Fernando Noronha: “A função sancionatória da responsabilidade civil é invocada geralmente para justificar o agravamento da obrigação de indenizar, mas às vezes ela tem um efeito contrário, fundamentando uma redução do quantitativo que em princípio seria defensável. Assim, a natureza indenizatória da responsabilidade civil não impede que o juiz possa reduzir equitativamente a indenização, nos casos em que sejam enormes os danos causados e seja reduzida a culpa do responsável, nos termos do parágrafo único do art. 944” (*Direito das obrigações*, cit., p. 440. No sistema português, v. João de Matos Antunes Varela. *Das obrigações em geral*, vol. 1, 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 913).

43 Judith Martins-Costa. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. In Judith Martins-Costa (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 444-445.

44 STJ, 3ª T., AgRg no REsp 512881, Rel. Min. Ari Pargendier, julg. 10/02/2004, publ. DJ 15/03/2004; STJ, 3ª T., AgRg no AG 538045, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 16/12/2003, publ. DJ 01/03/2004; STJ, 3ª T., AgRg no AG 522496, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julg. 09/12/2003, publ. DJ 25.02.2004; STJ, 4ª T., AgRg no REsp 578122, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julg. 02/12/2003, publ. DJ 16/02/2004, LEXSTJ 176/206.

para que os limites legais sejam tergiversados. Neste sentido, a despeito das poucas menções jurisprudenciais ao parágrafo único do art. 944 ocorrerem em sede de indenizações por dano moral, defensores do caráter punitivo vem afirmando que o dispositivo em exame — *rectius*, a restrição à redução por ele imposta — aplica-se tão somente ao dano patrimonial. O dano moral continuaria a ser fixado com base naqueles diversos outros critérios — como a situação econômica do ofensor — e com a possibilidade da majoração da indenização por conta do alto grau de culpa do ofensor. Assim Eugênio Facchini Neto:

Saliente-se que o referido dispositivo não se aplica aos danos extrapatrimoniais, permanecendo inalterada a recomendação de se levar em consideração, no arbitramento do valor dos mesmos, dentre outros fatores (como a intensidade da culpa, as circunstâncias do evento, a duração dos efeitos, a repercussão dos mesmos na vida da vítima, etc.) também a condição socioeconômica tanto da vítima quanto do agente.⁴⁵

E mais adiante ameaça uma futura interpretação criativa:

Acreditamos, porém, que o referido parágrafo único tem suficiente potencial para, futuramente, através de uma interpretação sistemática e evolutiva, sofrer uma exegese ampliativa, vindo a albergar também a possibilidade de se conceder uma indenização superior ao montante dos danos. Uma tal possibilidade representaria a adoção, entre nós, do instituto das *penas privadas*.⁴⁶

Duas tendências, portanto, podem ser percebidas no tocante à aplicação do parágrafo único do art. 944 do Código Civil à indenização por dano moral. De um lado, aqueles que admitem a sua aplicação, mas ignoram o fato de a redação do dispositivo autorizar apenas a redução do montante em virtude do grau de culpa — e prosseguem assim, a despeito da letra da lei, admitindo o aumento do valor da indenização como mecanismo de punição ao ofensor. De outro lado, aqueles que afirmam que ele não é aplicável à indenização do dano moral: não em virtude de se tratar de uma mitigação da reparação integral, mas exatamente em razão do limite que ela contém — a restrição à redução do montante.

45 Eugênio Facchini Neto. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 184-185.

46 *Ibid.*, p. 185.

A primeira tendência despreza um dos limites centrais que o dispositivo possui; a segunda despreza o dispositivo em razão desse mesmo limite. É fundamental, portanto, proceder a uma consideração cuidadosa deste e dos demais limites que são impostos à possibilidade de redução equitativa da indenização em virtude de desproporção excessiva entre a gravidade da culpa e a extensão do dano.

4. LIMITES DO DISPOSITIVO: A POSSIBILIDADE EXCLUSIVA DE REDUÇÃO, A NECESSIDADE DE DESPROPORÇÃO EXCESSIVA E O CRITÉRIO DO GRAU DE CULPA

Como observado, o parágrafo único do art. 944 do Código Civil inova ao franquear ao juiz a possibilidade de mitigar a aplicação do princípio da reparação integral ao permitir a redução equitativa da indenização devida quando houver desproporção entre a gravidade da culpa do ofensor e a magnitude do dano gerado. A prerrogativa, entretanto, é limitada em diversos níveis: serve apenas para reduzir o montante (não aumentá-lo); só se aplica em casos — excepcionais — de “excessiva desproporção” e só autoriza a ponderação com base na gravidade da culpa (aparentemente excluindo outros parâmetros).

O primeiro limite, portanto, é que o juiz pode apenas reduzir o valor devido a título de indenização, de maneira a facilitar a situação do ofensor levemente culpado, na medida em que ele não mais terá que ressarcir todo o extenso dano que causou. Em sentido inverso, o juiz não pode aumentar o valor da indenização devida por um ofensor gravemente culpado, fazendo com que ele pagasse mais do que o pequeno dano que tivesse causado, como mecanismo de punição.

Este limite serve a afastar duas teses equivocadas: a primeira, já examinada, de que ele autorizaria o efeito punitivo da indenização por dano moral; a segunda, de que nosso sistema agora se pautaria pelo grau de culpa na fixação da indenização. Se o dispositivo se limita a autorizar a redução — e não a majoração — do montante devido, é sinal de que a sua fixação ainda se pauta pela extensão do dano (como o próprio *caput* do art. 944 afirma). O grau de culpa pode aparecer apenas como instrumento excepcional e subsidiário de sua mitigação — jamais como sua medida. É o que destaca Gisela Sampaio da Cruz:

O Código Civil de 2002 manteve, portanto, a orientação de que a indenização deve medir-se pela extensão do dano. O grau de culpa, em princípio, não influi na estimativa das perdas e danos; contudo, para que essa regra não se torne dura demais em alguns

casos, o legislador, por meio do parágrafo único do art. 944, autorizou o magistrado a reduzir o valor da indenização (nunca, porém, a aumentá-lo), quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. 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 [...].⁴⁷

Corroborando esta advertência o segundo limite contido no dispositivo: sua aplicação está restrita às hipóteses — excepcionais — de excessiva desproporção entre o grau de culpa e a extensão do dano. Se o grau de culpa tivesse se tornado parâmetro para a fixação da indenização, esta teria que estar fixada sempre em proporção com aquele. Contudo, não é qualquer desproporção que autoriza a intervenção equitativa do juiz, mas apenas aquela que se revela excessiva. Somente em casos de dano de alta ou altíssima magnitude causados por condutas levíssima ou levemente culposas poderá ocorrer o arrefecimento do dever de indenizar.

Esta excepcionalidade da situação fática que autoriza a aplicação do dispositivo impõe, por si só, a sua interpretação restritiva, como destaca o enunciado n. 46, aprovado pela I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal, realizada em setembro de 2002: “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”.

Para além de preconizar a necessidade de interpretação restritiva, o enunciado apontava uma decorrência do critério escolhido pelo legislador para fazer a mitigação: uma vez que o grau de culpa é o parâmetro eleito, não é possível aplicá-lo às hipóteses, cada vez mais comuns, de responsabilidade objetiva. De fato, o terceiro limite contido no dispositivo, é a eleição do grau de culpa como parâmetro a ser utilizado pelo juiz na mitigação do dever de indenizar. Disto decorre, em consequência, a sua aplicabilidade restrita às hipóteses de *responsabilidade subjetiva*, pois a consideração do grau de culpa não condiz com as hipóteses de responsabilidade objetiva, que prescindem da existência de culpa.

A restrição, todavia, causou estranheza: se o agente age com culpa grave ou dolo, responde *in integrum*; se agiu com culpa leve ou levíssima e gerou um dano extenso, em um

47 Gisela Sampaio da Cruz. *O problema do nexa causal*, cit., pp. 324-325.

caso de responsabilidade subjetiva, poderá ter sua responsabilidade mitigada; se, contudo, agiu com culpa levíssima ou mesmo sem culpa, mas tratava-se de uma hipótese de responsabilidade objetiva, responderá pela totalidade do dano causado. Esta é a perplexidade expressada por alguns autores em doutrina,⁴⁸ que inclusive levou à reformulação do referido enunciado na IV Jornada de Direito Civil, realizada de 25 a 27 de outubro de 2006, com a supressão da parte final: “não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva”.

No ordenamento português, ao contrário, entende-se que o dispositivo poderia ser aplicado às hipóteses de responsabilidade objetiva; o que se afirma, por outro lado, é que ele não admite a consideração da culpa contratual, ou seja, não se aplicaria às hipóteses de responsabilidade negocial.⁴⁹ Entretanto, como foi visto, é determinante para isso a distinção entre a redação dos dispositivos, especialmente em virtude de a norma portuguesa (art. 494º) não oferecer apenas o critério do grau de culpa como parâmetro de redução da indenização, autorizando também a consideração da “situação económica deste [ofensor] e do lesado e as demais circunstâncias do caso”. Esta, aliás, é uma peculiaridade marcante do novo dispositivo do nosso Código Civil, também derivada deste terceiro limite: o texto que exige do juiz a utilização do critério da gravidade da culpa não autoriza, alternativamente, a utilização de outros critérios para a redução do montante indenizatório.⁵⁰

22

48 Rui Stoco. *Tratado de Responsabilidade Civil*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 1189: “Perceba-se a contradição lógica: nas condutas em que o pressuposto da responsabilidade é a culpa, deve-se verificar a sua graduação (intensidade do dolo, culpa grave, leve e levíssima) para dimensionar o *quantum* da indenização que, então, poderá ficar a quem do verdadeiro prejuízo. Mas nas hipóteses em que basta a conduta, o nexa de causalidade e o resultado danoso, em que se dispensa a indagação de culpa, o agente responderá por inteiro, ainda que não tenha agido com culpa. Significa que o responsável por ‘eleição’, ou seja, a pessoa que não praticou ilícito nenhum, mas que a lei elegeu como responsável pelo ato de outrem (este o verdadeiro autor do fato) responde sempre integralmente, enquanto o autor imediato e direto de um ato ilícito, que agiu culposamente, seja por imprudência, negligência ou imperícia, poderá ter sua responsabilidade diminuída e o valor da indenização reduzido ou mitigado”.

49 Afirma João de Matos Antunes Varela: “não deve considerar-se extensiva à responsabilidade contratual, onde as legítimas expectativas do contraente lesado mal se conciliariam com a sua aplicação. Mas deve ter-se por aplicável aos casos de responsabilidade fundada no risco, por força do preceito remissivo do artigo 499º [“São extensivas aos casos de responsabilidade pelo risco, na parte aplicável e na falta de preceitos legais em contrário, as disposições que regulam a responsabilidade por factos ilícitos”], visto também nesse domínio ser possível que a pessoa responsável actue com dolo ou mera culpa e que a sua actuação culposa seja mais ou menos grave” (*Das obrigações*, cit., pp. 913-914. V. nota 27).

50 Como afirma Eugénio Facchini Neto: “Note-se que o dispositivo em análise incide apenas nos casos

Com isso fica de início afastado o fundamento que é aduzido por alguns para justificar a introdução do dispositivo em nosso direito, que seria a proteção do devedor economicamente incapaz de arcar com uma indenização de montante excessivo.⁵¹ Se, de fato, a finalidade do legislador era, com base nos princípios da solidariedade social e da dignidade humana, proteger o patrimônio mínimo do causador do dano por meio da mitigação do dever de reparação que o levaria à penúria, andou mal ao redigir a lei.

No sistema imposto pelo Código, em que a pequena gravidade da culpa em relação à extensão do dano produzido serve à diminuição da indenização, mas não há menção à capacidade econômica do ofensor, temos que um milionário ao causar um dano grave com culpa leve pode se beneficiar da redução equitativa, mas o homem de poucas posses, que causa dano que é economicamente incapaz de reparar, não faria jus ao benefício se, por exemplo, tiver agido com culpa média. A opção legislativa gerou protesto entre aqueles que preferiam que o critério autorizado para o juízo de equidade fosse a consideração da situação econômico-social do ofensor, como Rui Stocco:

A objeção que fazemos, por força de outros princípios que esse mesmo Estatuto adotou e que se mostram em contradição com a referida exceção, é no sentido de que a redução da indenização — que deveria corresponder ao efetivo dano material sofrido pela vítima — não deveria estar condicionada à gravidade da culpa.

Poderia ser estabelecida essa proporcionalidade entre a condição e possibilidade econômica e financeira de quem dá e quem recebe, o que se mostra muito mais adequado e assisado, circunstâncias essas objetivas e ligadas aos sujeitos da relação jurídica, posto que os aspectos subjetivos, ligados ao sujeito ativo da ação, melhor servem ao Direito quando aplicados para identificar e caracterizar o ato ilícito, considerando que a equidade nada mais é do que a busca do justo e do equilíbrio.⁵²

23

de desproporção excessiva entre a intensidade da culpa e o dano, sendo irrelevante, assim, eventual desproporção entre a riqueza de um e a pobreza de outro dos envolvidos” (*Funções e modelos da responsabilidade aquiliana no Novo Código*. In *Revista Jurídica*, vol. 309. Porto Alegre: Notadez, jul./2003, p. 31).

51 A referência à socialidade, eticidade e justiça social como inspiração e fundamento para o dispositivo pode ser encontrada em Milton Paulo de Carvalho Filho. *Indenização por equidade no novo Código Civil*, 2. ed.. São Paulo: Atlas, 2003, p. 70; e Antônio Lindbergh C. Montenegro. *Ressarcimento de danos: pessoais e materiais*, 6. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 218.

52 Rui Stoco. *Tratado*, cit., p. 1189.

De fato, a inconveniência da opção do legislador é considerada tão grave para certos autores que, para além das objeções fundamentadas, optam por ignorar a redação do dispositivo, desconsiderando que, pela letra da lei, a gravidade da culpa é o que autoriza a redução do montante:

Tal solução é de grande sabedoria e restabelece a justiça faltante, em muitas hipóteses. De fato, examinado o caso concreto, as circunstâncias pessoais das partes e as materiais que o circundam, o juiz fixará a indenização que entender adequada. Poderá fazê-la variar conforme as posses do agente causador do dano, a existência ou não do seguro, o grau de culpa e outros elementos particulares à hipótese em exame, fugindo de uma decisão ordenada por regra genérica, no geral desatenta das peculiaridades do caso concreto.⁵³

Estes três limites — a restrição à *possibilidade exclusiva de redução* (e nunca de majoração do quantum, o que inviabiliza o caráter punitivo); a necessidade de que a *desproporção* entre o grau de culpa e o dano seja *excessiva*; e a obrigatória avaliação do *grau de culpa* para este fim — são parte da própria *fattispecie* e não podem ser desconsiderados. Contudo, como já foi mencionado, observa-se o movimento de uma interpretação ampliada da faculdade, a menosprezar ou mesmo ignorar tais restrições, a qual é por vezes amparada em uma interpretação equivocada do dispositivo seguinte, o art. 945 do Código Civil.

53 Silvio Rodrigues. *Direito Civil*, cit., p. 188-189. Também ignorava tal limitação, ao tratar do então ainda projeto, Carlos Roberto Gonçalves: “Assim, poderá o juiz fixar a indenização que julgar adequada ao caso concreto, levando em conta, se necessário, a situação econômica do ofensor, o grau de culpa, a existência ou não de seguro e outras circunstâncias. A inovação merece, sem dúvida, aplausos” (*Responsabilidade civil*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 424). O mesmo desprezo pela redação do dispositivo pode ser detectado em Milton Paulo de Carvalho Filho quando afirma, com base em Munir Karam (O processo de codificação do direito civil: inovações da parte geral e do livro de obrigações. In *Revista dos Tribunais*, n. 757. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, nov. 1998, p. 98): “O disposto no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil ressalva a possibilidade de circunstâncias objetivas, ligadas às pessoas da relação obrigacional (por exemplo a situação econômica do lesante e do lesado), e as demais circunstâncias do caso, aliadas à pequena ou moderada culpa do agente, justificarem a fixação equitativa de uma indenização de montante inferior aos danos [...]” (Milton Paulo de Carvalho Filho. *Indenização por equidade*, cit., p. 71).

5 COTEJO COM O ART. 945: CONCORRÊNCIA DE CULPAS OU DE CAUSAS?

Assim como o art. 944, o art. 945 não encontrava previsão expressa no direito anterior. Ele determina:

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Embora não prevista na legislação, a hipótese já era pacífica em doutrina e jurisprudência.⁵⁴ Trata-se de casos em que a participação da vítima no resultado danoso justifica a redução proporcional do montante a ser indenizado, como no exemplo do atropelamento para o qual contribuiu o fato de a vítima estar atravessando a rua fora da faixa e com o sinal aberto para os veículos.

A hipótese é no mais das vezes conhecida como “concorrência de culpas”, embora haja fortes críticas a esta denominação, que preferem referir-se a *concorrência de causas*. A justificativa encontra-se no fato de que a combinação entre as participações do agente e da vítima no resultado evento danoso não se dá no plano da culpabilidade, mas no plano da causalidade.⁵⁵

A denominação equivocada já consagrada em doutrina e jurisprudência, contudo, conduziu o legislador de 2002 a um novo equívoco, este mais grave, ao referir que, em tais casos, será a proporção da gravidade das culpas de cada um que servirá a definir sua participação no montante indenizatório. Se se trata de concorrência de causas, e não de culpas, deveria ser a eficiência causal do comportamento de cada agente, e não a gravidade de sua culpa, a definir a quota da indenização pela qual cada um deverá responder.

O sistema como aparenta estar na redação do texto legal conduz a perplexidades ainda maiores do que quanto ao dispositivo anterior: além de infiltrar o famigerado caráter punitivo

54 Por exemplo, Carlos Roberto Gonçalves *Responsabilidade civil*, cit., pp. 505-506; e STJ, 3ª T., REsp 244745, Rel. Min. Ari Pargendler, julg. 04/04/2002, publ. DJ 03/06/2002 e RT 807/229).

55 Assim explica Eugênio Facchini Neto: “Registre-se que embora esteja absolutamente consagrada pelo uso jurisprudencial (predominando também na doutrina) a expressão *concorrência de culpas*, na verdade a questão não se coloca tecnicamente no plano da culpabilidade, mas sim no plano da causalidade (concorrência de causas ou concausalidade), onde se deve fazer a distinção entre causa e condição” (*Da responsabilidade civil*, cit., p. 185).

na distribuição do ônus indenizatório, é completamente incompatível com a — recorrente — hipótese de concurso de causas em casos de responsabilidade objetiva. Assim explica Gisela Sampaio da Cruz:

A culpa, frise-se uma vez mais, não deve servir como medida da indenização. Este papel cabe, isto sim, ao nexos causal. Perante a vítima, os co-responsáveis pelo dano são solidariamente responsáveis, mas, nas suas relações internas, é a eficácia causal de cada conduta, e não o grau de culpa, que deve definir as parcelas do prejuízo que ficarão por conta dos agentes. Do contrário, estar-se-ia punindo o agente que atuou com culpa mais grave, e a responsabilidade civil não tem caráter punitivo.⁵⁶

E prossegue a autora, analisando ainda a hipótese de o agente não concorrer apenas com a vítima, mas também com outros causadores do dano:

Desta forma, mais apropriado seria se o legislador, em vez de se referir ao grau de culpa, tivesse feito menção à interferência da vítima no evento danoso. Aliás, o art. 945 não deveria referir-se apenas aos casos em que a vítima concorre com o agente. Melhor seria se o legislador tivesse elaborado uma regra geral de distribuição do prejuízo entre o co-responsáveis pelo dano.

Quando a ofensa tiver mais de um autor perante a vítima, eles serão sempre responsáveis solidários, mas nas suas relações internas, mais justo é que o prejuízo seja distribuído segundo a participação de cada um no resultado nocivo. Essa seria uma orientação muito mais condizente com a função da responsabilidade civil que, repita-se uma vez mais, não é a de punir o culpado, mas sim a de garantir o ressarcimento da vítima do dano injusto. Além disso, a norma poderia ser aplicada sem problemas às hipóteses de responsabilidade objetiva, que independem de culpa.⁵⁷

Os dois dispositivos — o artigo 945 e o artigo 944, parágrafo único — têm em comum apenas alguns dos problemas que geram em virtude da sua inadequação aos princípios gerais do sistema como um todo, que transparece, por exemplo, na inaptidão de ambos para serem

⁵⁶ Gisela Sampaio da Cruz. *O problema do nexos causal*, cit., p. 333.

⁵⁷ Gisela Sampaio da Cruz. *O problema do nexos causal*, cit., p. 344.

aplicados às recorrentes hipóteses de responsabilidade objetiva. Fora isso, a dita “concorrência de culpas”, a justificar a redução da indenização, nada tem com a redução em virtude da desproporção entre o grau de culpa e o dano, pois no primeiro caso, embora a expressão consagrada conduza ao equívoco, de culpa não se trata, mas de causa.⁵⁸

Como se observa, o art. 945 não oferece qualquer amparo justificador ao dispositivo que o precede, muito menos à interpretação que pretende ampliar seu âmbito de incidência. Resta agora, para além das posições já apresentadas que criticam o parágrafo único do art. 944 do Código Civil, apresentar aquelas que enfrentam de maneira mais radical a incompatibilidade entre a consideração do grau de culpa na fixação da indenização e a inspiração constitucional do princípio da reparação integral.

6. A POLÊMICA CONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO E A SUA INTERPRETAÇÃO COMO MECANISMO DE PONDERAÇÃO

Apesar de seus inúmeros limites intrínsecos, que não podem ser ignorados, a redução equitativa da indenização introduzida pelo art. 944, parágrafo único, do CC é, ainda assim, uma exceção à aplicação do princípio da reparação integral. Opõe-se, desse modo, ao movimento que prioriza a tutela da vítima (em detrimento da punição do agente causador do dano), o qual encontra inspiração na aplicação dos princípios constitucionais ao direito da responsabilidade civil, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana.

Indaga-se, portanto, se esta inovação legislativa não estaria de alguma maneira a contrapor-se a preceitos constitucionais e padeceria, em virtude disso, de vício de inconstitucionalidade material. Isto é, o princípio da reparação integral encontraria guarida em normas constitucionais e, por causa disso, sua aplicação não poderia ser restringida por norma inferior.

Para além da ampla consagração da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República (CF, art. 1º, III), os incisos V e X do art. 5º do texto constitucional

⁵⁸ Assim já preconizava Gondim Filho sob o sistema anterior: “Cumpra agora observar, e particularmente acentuar, que a proporção entre a culpa e a indenização, que em doutrina rejeito, e nosso Código repele, nada tem de comum com a redução de indenização no caso de concorrência de culpa do ofendido e do ofensor. Esta expressão, concorrência de culpa, necessária e usual, não é, entretanto, rigorosamente perfeita porque não há, em sentido técnico, culpa contra si mesmo” (Gondim Filho. *Culpa e indenização*, cit., p. 28).

asseguram o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de violação à intimidade, vida privada, honra e imagem da pessoa. O conceito tradicional de indenização remete imediatamente à idéia de reparação integral, no sentido de tornar *indene* (que não sofreu perda ou dano, livre de prejuízo, ressarcido, compensado) a vítima.⁵⁹

Especificamente no que tange à indenização por danos materiais, encontramos argumentos no sentido de que, ao impedir a plena restituição do patrimônio da vítima ao seu estado anterior, o parágrafo único do art. 944 do Código Civil estaria violando o art. 5º, XXII, que veicula a garantia do direito de propriedade. Nesse sentido, Thomas Bustamante e Denis Franco Silva sustentam que, ainda que não se entenda a garantia do direito de propriedade em termos tão rígidos, a ponderação de princípios neste caso pesaria em favor da vítima do dano:

[...] mesmo se ignorássemos a rigidez normativa da locução 'é garantido o direito de propriedade' (art. 5º, XXII, da Constituição), estaríamos diante de uma colisão de direitos fundamentais que deveria ser resolvida pela proteção da propriedade de quem sofreu prejuízos por parte de terceiros.⁶⁰

Embora os autores concluam pela inconstitucionalidade do dispositivo apenas para os casos de dano material, foi exatamente no tocante ao dano moral que a jurisprudência afirmou a alçada constitucional do princípio da reparação integral e a conseqüente inconstitucionalidade de limites legais que impeçam a plena indenização da vítima.

A positivação do direito à indenização pelo dano puramente moral como norma constitucional, nos citados incisos V e X do art. 5º — verdadeira pá de cal na resistência até então oferecida à reparação integral pelo dano moral — impôs aos tribunais a necessidade de reexaminar a validade de normas tradicionais que impunham limites à reparação do dano moral.

Tratava-se especialmente de dois casos: a Convenção de Varsóvia, que limitava as indenizações a serem pagas pelas companhias aéreas em virtude de extravio de bagagem⁶¹,

59 Silvio Rodrigues. *Direito Civil*, vol. 4: Responsabilidade Civil, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 185.

60 Thomas Bustamante e Denis Franco da Silva. *Neminem laedere: o novo Código Civil brasileiro e a integral reparabilidade dos danos materiais decorrentes de ato ilícito*. In *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 20. Rio de Janeiro: Padma, out./dez. 2004, pp. 251 e ss.

61 "Artigo 22. 1. No transporte de passageiros, limita-se a responsabilidade do transportador à quantia

e a Lei de Imprensa (L. 5.250/67), que limitava as indenizações a serem pagas em caso de violação a direitos da personalidade através de veículo de comunicação.⁶²

A jurisprudência se pacificou no sentido de que a limitação à plena reparação do dano moral não era compatível com os preceitos constitucionais e, portanto, o dispositivo limitador da Convenção de Varsóvia era inconstitucional⁶³ e o da Lei de Imprensa não fora recepcionado pela Constituição de 1988.⁶⁴ Em um dos julgados, afirmou o ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

de 16 600 Direitos Especiais de Saque por passageiro. Se a indenização, em conformidade com a lei do tribunal que conhecer da questão, puder ser arbitrada em constituição de renda, não poderá o respectivo capital exceder aquele limite. Entretanto, por acordo especial com o transportador, poderá o passageiro fixar em mais o limite de responsabilidade". Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional — Protocolos Adicionais 1 e 2, promulgados pelo Decreto 2.860/98.

62 Art. 51. A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia: I — a 2 salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV); II — a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decoro de alguém; III — a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém; IV — a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º). Parágrafo único. Consideram-se jornalistas profissionais, para os efeitos deste artigo: a) os jornalistas que mantêm relações de emprego com a empresa que explora o meio de informação ou divulgação ou que produz programas de radiodifusão; b) os que, embora sem relação de emprego, produzem regularmente artigos ou programas publicados ou transmitidos; c) o redator, o diretor ou redator-chefe do jornal ou periódico, a editor ou produtor de programa e o diretor referido na letra b, nº III, do artigo 9º, do permissionário ou concessionário de serviço de radiodifusão; e o gerente e o diretor da agência noticiosa.

Art. 52. A responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vezes as importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposo de algumas das pessoas referidas no art. 50.

63 Entre tantos, v. STJ, 2ª Seção, EREsp 269353, Rel. Min. Castro Filho, julg. 24/04/2002, publ. DJ 17/06/2002; STJ, 4ª T., REsp 300190, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 24/04/2001, publ. DJ 18/03/2002, RT 803/177.

64 Pacificado pela Súmula 281 da 2ª Seção do STJ: "A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa" (julg. 28/04/2004, publ. DJ 13/05/2004, RT 824/150). V. ainda STJ, 4ª T., REsp 258799, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 28/11/2000, publ. DJ 19/03/2001.

[...] e de reconhecer-se que a vigente Constituição, ao prever indenização por dano moral por ofensa à honra, pôs fim à responsabilidade tarifada prevista na referida lei especial, que previa um sistema estanque, fechado, de reparabilidade dos danos praticados pela imprensa.⁶⁵

No mesmo sentido, afirmou o ministro Carlos Alberto Menezes Direito:

De todos os modos, entendo que com a disciplina constitucional de 1988 abre-se o caminho para melhor tratar essas situações que machucam pessoas honradas. A limitação imposta pelo art. 52 da Lei de Imprensa, que restringe a responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação a dez vezes as importâncias fixadas no artigo 51, a meu juízo, não mais está presente. [...]

A Constituição de 1988 cuidou dos direitos da personalidade, direitos subjetivos privados, ou, ainda, direitos relativos à integridade moral, nos incisos V e X do artigo 5º, assegurando o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, declarando, ademais, invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurando, também, o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Na verdade, com essa disciplina clara, a Constituição de 1988 criou um sistema geral de indenização por dano moral decorrente da violação dos agasalhados direitos subjetivos privados. E, nessa medida, submeteu a indenização por dano moral ao direito civil comum e não a qualquer lei especial. Isso quer dizer, concretamente, que não se postula mais a reparação pela violação dos direitos da personalidade, enquanto direitos subjetivos privados, no cenário da lei especial, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Não teria sentido pretender que a regra constitucional nascesse limitada pela lei especial anterior ou, pior ainda, que a regra constitucional autorizasse tratamento discriminatório.⁶⁶

Ainda que se reconheça o caráter de princípio constitucional implícito à reparação

65 STJ, 4ª T., REsp 85.019, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 10/03/1998, publ. DJ 18/12/1998 e RF 347/291.

66 Trecho do voto em STJ, 3ª T., REsp 52.842, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. 16/09/1997, publ. DJ 27/10/97 e RSTJ 99/179.

integral do dano, é pouco provável que o judiciário venha a declarar inconstitucional uma mitigação deste princípio que não se apresenta como uma tarifação limitadora do montante indenizatório, mas apenas como uma abertura ao juízo de equidade do magistrado. Ainda que inconveniente e indesejado, o dispositivo é — e aparentemente continuará a ser — parte de nosso ordenamento e, portanto, é imperioso, de *lege condenda*, interpretá-lo em conformidade com nossa ordem constitucional.

Se, no contexto positivista, o recurso ao juízo de equidade era decorrência da insuficiência do direito positivo diante do caso concreto — e conduzia a um perigoso espaço de arbítrio do juiz —, no atual contexto pos-positivista este tipo de abertura deve ser lido de forma diversa. É oportuno aduzir, para tanto, as lições gerais acerca das normas que carecem de preenchimento valorativo, como é o caso das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados. Em tais casos, a liberdade de decisão necessária à pluralidade e imprevisibilidade dos casos concretos enseja modos de expressão legislativa adequados à valoração autônoma do juiz; o princípio da legalidade atua não por meio da subsunção a conceitos fixos e determinados com segurança, mas através de premissas metodológicas de interpretação e aplicação do direito.⁶⁷ Nestas hipóteses, não cabe ao juiz impor sua valoração pessoal do que é correto ou justo no caso concreto, mas apenas projetar sobre o caso concreto a tábua axiológica estabelecida na Constituição, ponderando qual princípio deve prevalecer em caso de colisão, como explica Gustavo Tepedino:

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 pública. Desta forma dá-se um sentido uniforme às cláusulas gerais, à luz da principiologia constitucional, que assumiu o papel de reunificação do direito privado, diante da pluralidade de fontes normativas e da progressiva perda de centralidade interpretativa do Código Civil de 1916.⁶⁸

67 Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 172. Sobre o tema, v. ainda do autor *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968.

68 Gustavo Tepedino. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In *Temas de Direito Civil*, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 7-8.

Desse modo, as aberturas da legislação que carecem de preenchimento valorativo, como é o caso do parágrafo único do art. 944 do Código Civil, devem ser utilizadas para efetivar a aplicação direta dos princípios constitucionais e, em caso de colisão de mais de um princípio, ensejam o mecanismo de ponderação para determinar qual deles deve prevalecer, sendo aplicável aquele caso concreto.⁶⁹ 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. Entender em sentido contrário faria crer que era a legislação inferior que, sem supedâneo maior, estaria autorizando o juiz a afastar a aplicação de um princípio ao qual se atribui a natureza de implicitamente constitucional.

Neste sentido, a fundamentação da decisão judicial que fizer uso deste dispositivo terá grande importância, pois ela deverá explicitar a ponderação que levou o juiz a crer que aquele caso concreto possuía circunstâncias especiais que levavam a afastar a aplicação do princípio

32

69 Há grande controvérsia, que extravasa o âmbito deste estudo, sobre o mecanismo que deve guiar o intérprete diante da colisão de princípios. A partir do pensamento de Robert Alexy, que os define como “mandados de otimização”, isto é, normas que preconizam que algo deve ser realizado na maior medida possível, a solução de um conflito entre princípios é resolvida na dimensão do peso (e não da validade, como nas regras), por meio de uma ponderação, uma hierarquização no caso concreto (*Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86-87). Contudo, ressalte-se a crítica de Klaus Günther (*Teoría da argumentação no direito e na moral: Justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004) e Jürgen Habermas (*Between facts and norms cit.*, p. 255 e ss.) no sentido de que tal concepção atribui um efeito excessivamente axiológico aos princípios, especialmente no processo de ponderação. Optam, a partir da teoria de Ronald Dworkin (*Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36 e ss.), por uma distinção entre o plano de aplicação e de justificação, definindo os princípios como *normas cujas condições de aplicação não são pré-determinadas*. Assim, dois princípios aparentemente contraditórios no plano da justificação são apenas concorrentes no plano da aplicação. Diversamente das regras, que se aplicam de maneira “tudo ou nada”, com exceções previamente enumeráveis, um princípio excepciona a aplicação do outro em virtude de circunstâncias características do caso concreto. É um procedimento que não supõe uma gradação, mas uma cessação; que não toca ao plano da validade, mas ao da aplicação. Sobre o debate, v. Marcelo Campos Galuppo. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, n. 143. Brasília: Senado Federal, jul.-set. 1999, p. 191-210.

da reparação integral do dano para justificar a aplicação de um outro princípio, de igual estatura.⁷⁰

Por exemplo, mas não somente, poderiam justificar o afastamento da reparação integral aqueles princípios que, de maneira geral, impõem a tutela do chamado mínimo existencial (dignidade humana, solidariedade social...), isto é, quando a imposição do dever de indenizar ameaçar privar o ofensor daquela “esfera patrimonial mínima, mensurada pela dignidade humana à luz do atendimento de necessidades básicas ou essenciais”.⁷¹ Observa-se, portanto, que das condições sócio-econômicas do causador do dano, embora não prevista pelo legislador ordinário (o que justificadamente desagradou a doutrina), acaba por ser analisada na busca por uma justificativa constitucional para a aplicação do dispositivo.

7 CONCLUSÃO

As reflexões apresentadas conduzem à conclusão de que a faculdade de redução da indenização devida quando houver excessiva desproporção entre o dano causado e a gravidade da culpa, introduzidas pelo parágrafo único do art. 944 do Código Civil, traduzem um movimento que atua na contramão das tendências contemporâneas do direito da responsabilidade civil.⁷²

A atenção da responsabilidade civil deve voltar-se sempre para a plena proteção da vítima e total compensação do dano sofrido, atendendo à determinação constitucional de tutela

33

70 Ana Paula de Barcellos destaca a importância da consideração das circunstâncias relevantes do caso concreto para a ponderação (*Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 116 e ss.) e destaca que “o dever de motivar não decorre apenas de uma regra formal contida no texto constitucional (art. 93, IX) ou de uma exigência do direito de defesa das partes. Ele está vinculado à própria necessidade republicana de justificação das decisões do Poder Público (*ibid.*, p. 47). Sobre o papel da fundamentação da argumentação nas decisões judiciais, v. Antônio Cavalcanti Maia. Notas sobre direito e argumentação. In Margarida Lacombe Camargo (org.). *1988-1998: Uma década de constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 395-431.

71 Luiz Edson Fachin. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3.

72 Nos termos de Thomas Bustamante e Denis Franco Silva: “Dois mil anos depois da Lei Aquiliana, o legislador volta a confundir a responsabilidade penal com a civil, mudando o enfoque do prejuízo da vítima para a culpa do agente, o que, em tese, poderia desconstituir a orientação doutrinária, amplamente aceita no mundo ocidental, de que o parâmetro para a fixação da reparação do dano é a sua extensão” (*Neminem laedere*, cit., p. 249).

prioritária a dignidade da pessoa humana. O princípio da reparação integral é a clara manifestação desta determinação constitucional e é flagrantemente ferido pela possibilidade de redução do *quantum* indenizatório com base na análise do comportamento do agente causador do dano. Ao reduzir o montante devido o juiz está apenas impondo à vítima mais um sacrifício: suportar ela mesma parte do dano injustamente sofrido.⁷³

Neste contexto, duas advertências devem guiar o intérprete que pretenda fazer uso do dispositivo. Primeiro, a importância de respeitar os limites que estão contidos no próprio dispositivo: somente se autoriza a redução, jamais a majoração (ela não franqueia a imposição de caráter punitivo), e somente se reduzirá a indenização em situações excepcionais, quando a desproporção entre a gravidade da culpa e do dano for excessiva. Segundo, além de respeitar estes limites, para fazer uso do dispositivo o intérprete deve estar amparado pela aplicação de um princípio constitucional que justifique excepcionar a aplicação do princípio da reparação integral do dano em virtude das circunstâncias especiais que cercam aquele caso concreto, tal como a tutela do patrimônio mínimo necessário à subsistência digna do causador do dano.

CARLOS NELSON KONDER

Mestre e doutorando em Direito Civil pela UERJ.
Professor de Direito Civil da PUC-Rio e do Ibmecc-RJ

⁷³ Neste sentido afirma Rui Stoco. *Tratado*, cit., p. 118: “Para nós a disposição contida no parágrafo único, a título de exceção, é equivocada e nociva, pois se reparar o dano é restituir as coisas ao estado anterior, a redução do valor, tendo em vista o grau de culpa, não indeniza integralmente e não cumpre aquele princípio, dando ao julgador indesejado poder discricionário e um perigoso critério subjetivo de avaliação”