



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

---

NATHALIA NUNES PONTELI

**CULPA, DANO E REDUÇÃO EQUITATIVA DA  
INDENIZAÇÃO:  
CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO  
ARTIGO 944 DO CÓDIGO CIVIL**

NATHALIA NUNES PONTELI

**CULPA, DANO E REDUÇÃO EQUITATIVA DA  
INDENIZAÇÃO:  
CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO  
ARTIGO 944 DO CÓDIGO CIVIL**

Dissertação apresentada à Comissão Julgadora,  
como requisito parcial à obtenção do Título de  
Mestre em Direito Negocial.

Orientadora: Prof. Dra. Ana Cláudia Corrêa Zuin  
Mattos do Amaral.

Londrina  
2016

### **Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)**

P814c Ponteli, Nathália Nunes.

Culpa, dano e redução equitativa da indenização : considerações acerca do parágrafo único do artigo 944 do código civil / Nathália Nunes Ponteli. - Londrina, 2016.

163 f.: il.

Orientador: Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2016.

Inclui bibliografia.

1. Direito civil - Teses. 2. Responsabilidade (Direito) - Teses. 3. Reparação (Direito) - Teses. I. Amara, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 347

NATHALIA NUNES PONTELI

**CULPA, DANO E REDUÇÃO EQUITATIVA DA INDENIZAÇÃO:  
CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 944  
DO CÓDIGO CIVIL**

Dissertação apresentada à Comissão Julgadora,  
como requisito parcial à obtenção do Título de  
Mestre em Direito Negocial, sob Orientação da Prof.  
Dra. Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientadora: Prof. Dra. Ana Cláudia Corrêa Zuin  
Mattos do Amaral  
Universidade Estadual de Londrina - UEL

---

Prof. Dr. Roberto Wagner Marquesi  
Universidade Estadual de Londrina - UEL

---

Prof. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira  
Universidade Paranaense - UNIPAR

Londrina, 19 de julho de 2016.

Aos meus pais, Valdinéia e Paulo, e à minha irmã, Laura, por serem a motivação e a razão de cada um dos meus passos.

## AGRADECIMENTOS

A todos os que participaram desta caminhada, gostaria de expressar minha imensa gratidão, pois sem a participação de cada um de vocês a conclusão deste ciclo não seria possível.

Em primeiro lugar, agradeço à Prof. Dra. Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral, pela orientação e por ter a paciência de me introduzir em caminhos novos e tortuosos em busca de respostas para algumas inquietações. Este trabalho somente se materializou em razão da confiança depositada em mim desde o primeiro momento.

A todos os professores do programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, pelos ensinamentos transmitidos, pelo incentivo à pesquisa e pela dedicação aos alunos e à docência.

À minha família, por tornar possível a permanência em Londrina e por me manter firme, mesmo nos momentos em que vacilei.

Às amigas e aos amigos, pela paciência, não somente com a minha ausência habitual, mas, principalmente, com a minha presença tensa e distante nos meses finais dessa caminhada.

À equipe do escritório Borba Silva & Scalissi Advogados Associados, em especial da Dra. Maria Regina A. Borba Silva, pelo apoio e incentivo que me dedicaram quando decidi trilhar outros caminhos para além da advocacia.

Por fim, mas não menos importante, aos outrora colegas - hoje amigos - que vivenciaram comigo estes dois anos e que contribuíram imensamente na minha formação jurídica e humana ao partilhar casos, causos, problemas e soluções e por oferecerem um ombro amigo e um café quando as coisas pareciam desabar. Este processo sem vocês não teria a menor graça.

Espero um dia poder retribuir a vocês um pouquinho do que dedicaram a mim.

PONTELI, Nathália Nunes. **Culpa, dano e redução equitativa da indenização:** considerações acerca do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil. 2016. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2016.

## RESUMO

A relação entre o princípio da reparação integral e o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil de 2002, que prevê a possibilidade de redução equitativa da indenização quando observada a excessiva desproporção entre a culpa do ofensor e o dano experimentado pela vítima, desperta polêmicas no campo teórico do Direito. Considerando que o sistema jurídico brasileiro adota como regra o princípio da reparação integral do dano, o qual busca restabelecer o *status quo ante* do ofendido, a doutrina entende que o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil deve ser admitido como medida de exceção, com a devida observância aos elementos trazidos expressamente em sua redação. No entanto, apenas a presença dos elementos previstos na norma pode ser insuficiente ou levar a situações de injustiça, motivo pelo qual outros critérios devem ser observados. Pretende-se, neste estudo, apresentar os critérios a serem considerados na aplicação da redução da indenização e quais os limites que devem balizar a atuação do julgador, objetivando assegurar à vítima a máxima proteção contra a mitigação desnecessária do princípio da reparação integral e ao devedor a manutenção de um patrimônio mínimo existencial, traçando diretrizes para a otimização da aplicação da cláusula geral de redução da indenização. Pretende-se, ainda, pontuar questões polêmicas relacionadas à aplicabilidade da cláusula geral de redução, como o cabimento do dispositivo legal em questão aos danos extrapatrimoniais e às hipóteses de responsabilidade civil objetiva.

**Palavras-chave:** Direito civil. Responsabilidade civil. Reparação integral. Cláusula geral de redução.

PONTELI, Nathália Nunes. **Negligence, tort and equitable reduction of the compensation:** considerations about the single paragraph of Article 944 of the Civil Code. 2016. 163 p. Dissertation (Master's degree in Business law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2016.

## ABSTRACT

**Abstract:** the relationship between the principle of restitutio in integrum and the sole paragraph of the Article 944 of the 2002 Brazilian Civil Code, which provides the possibility for the equitable reduction of the compensation when observed excessive disparity between offender's guilt and the damage experienced by the victim, and controversies in theoretical Law field emerges. Considering that Brazilian legal system adopts as a rule the principle of restitutio in integrum for damage which aims at restoring the *status quo* of the victim, the doctrine understands that the sole paragraph of the Article 944 of the Civil Code should be granted as an exception measure with the proper observance of elements expressly brought in its text. Nevertheless, only the presence of the elements provided in the rule may be insufficient or lead to injustice situations, which is why other criteria must be observed. Thus, the present study intends to present the criteria to be considered in the application of the reduction of the compensation and the limits that should guide the judge in order to ensure the victim full protection against unnecessary mitigation of the principle of restitutio in integrum and ensure the offender the maintenance of a minimum existence heritage, outlining guidelines for optimizing the application of the general principle of reducing compensation. It is also intended to address controversial issues related to the applicability of the general principle of reduction, such as the appropriateness of the legal provision in what concerns extra-patrimonial damages and chances of objective liability.

**Keywords:** Civil Law. Liability. Restitutio in integrum. General principle of reduction.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1 UMA JORNADA PELAS VEREDAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: DA VINGANÇA PRIVADA AO PROTAGONISMO DA VITÍMA</b> .....	13
1.1 Considerações iniciais sobre responsabilidade civil: conceito, objetivo, diferenciação de outros institutos e classificações .....	13
1.2 Nascimento e evolução da responsabilidade civil: de suas origens ao ordenamento jurídico brasileiro .....	26
1.3 Os pressupostos do dever de indenizar: da teoria tradicional às novas balizas da responsabilidade civil na atualidade .....	33
1.3.1 A evolução do conceito de dano, a valorização do interesse juridicamente relevante e os novos danos.....	35
1.3.2 Os novos contornos do nexo de causalidade e seus reflexos no dever de indenizar .....	43
1.3.3 A evolução do conceito de culpa e seu papel no direito brasileiro.....	49
<b>2 AQUI SE FAZ, AQUI SE PAGA: O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL E A EFETIVA SATISFAÇÃO DO INDIVÍDUO LESADO</b> .....	64
2.1 Ressarcimento de danos: do império da paixão ao império da razão .....	65
2.2 De Aristóteles ao Código Civil de 2002: evolução histórica do princípio da reparação integral e formas de ressarcimento dos danos.....	69
2.3 Funções do princípio da reparação integral e parcelas componentes da indenização/compensação .....	73
2.4 Aplicabilidade do princípio da reparação integral: existem limites para as boas intenções do julgador? .....	83
<b>3 O SISTEMA DE CLÁUSULAS GERAIS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO E O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 944 DO CÓDIGO CIVIL</b> .....	86
3.1 Noções introdutórias sobre cláusulas gerais: conceito, funções e limites .....	86
3.2 Cláusulas gerais e responsabilidade civil no direito brasileiro .....	91

3.3	Cláusula geral de redução da indenização (parágrafo único do artigo 944 do Código Civil): elementos e requisitos para aplicação .....	92
3.3.1	A metáfora da balança: a desproporção entre a culpa e o dano como pressuposto para a aplicação da cláusula geral de redução da indenização .....	97
3.4	Equidade: a chave para a aplicação da cláusula geral de redução da indenização .....	102
3.4.1	Equidade: conceitos, funções e evolução histórica.....	103
3.4.2	Aplicação da equidade: limites do julgador.....	109
4	<b>DESAFIOS NA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DE REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO EM FACE DO PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL.....</b>	<b>111</b>
4.1	Em busca do equilíbrio: o aparente embate entre cláusula geral de redução e o princípio da reparação integral.....	112
4.1.1	Pensamento sistemático e pensamento tópico: argumentação jurídica, cláusulas gerais e a aplicação do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil .....	114
4.1.2	Aplicação da redução da indenização: observância de elementos externos à norma e discricionariedade judicial .....	124
4.1.3	Da decisão judicial: o campo de tensão e a ponderação de bens jurídicos, interesses, valores e princípios.....	130
4.2	Aplicação da cláusula geral de redução da indenização no caso concreto: um caminho na busca pela equidade .....	137
4.3	Questões polêmicas envolvendo a aplicação do parágrafo único do artigo 944 do CC/02 .....	139
4.3.1	A redução equitativa da indenização e os danos extrapatrimoniais: medida de Justiça ou retrocesso? .....	140
4.3.2	Redução equitativa da indenização e as hipóteses de responsabilidade civil objetiva: quando a culpa é irrelevante.....	149
4.4	Proposta de <i>lege ferenda</i> : em busca da otimização na aplicação da cláusula geral de redução da indenização .....	153
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>155</b>
	<b>REFERÊNCIA.....</b>	<b>161</b>

## INTRODUÇÃO

O princípio do *neminem laedere*, segundo o qual ninguém deve proceder de forma a causar danos a outrem, traduz um dos mais elementares pilares da vida em sociedade. Em um mundo ideal, cada indivíduo somente agiria dentro de sua esfera de liberdade, sem violar direitos e interesses de seus pares, tornando possível uma convivência pacífica e harmônica.

Todavia, sabe-se que o coexistir humano é composto por uma infinidade de relações intersubjetivas potencialmente lesivas, que vêm se tornando cada dia mais complexas devido a fenômenos como a globalização financeira e cultural, o advento das novas tecnologias, os avanços da biociência, entre outros fatores.

Sendo impossível evitar que decorram danos das relações sociais, foi relegado ao Direito, enquanto instrumento destinado à regulamentação da vida em sociedade, o encargo de garantir à vítima uma reparação pelos danos sofridos, desestimulando o ofensor a reincidir na conduta lesiva. Tal matéria é disciplinada pelo instituto da responsabilidade civil.

Referido instituto, conforme se verá, sofreu grandes transformações desde sua origem, no direito romano, na tentativa de adequar-se às necessidades da coletividade. Se, no princípio, a mera substituição ou pagamento de um valor era suficiente para reparar danos como a morte de um animal ou de um escravo, por sua natureza meramente patrimonial, o mesmo não ocorre nos dias atuais, em que o reconhecimento da possibilidade da ocorrência de prejuízos extrapatrimoniais ampliou o rol de danos ressarcíveis e dificultou o ressarcimento, exigindo do julgador uma análise ampla e detalhada do caso concreto.

As modificações pelas quais passou o sistema de responsabilidade civil devem-se à própria forma como se ocorreram as transformações sociais nos últimos séculos, com a passagem da Idade Média para a modernidade, e desta para a – controversa – pós-modernidade.

O crescente desenvolvimento do comércio e da economia fez surgir a necessidade de expurgar o ordenamento jurídico fragmentado, característico da Idade Média, para estabelecer regras mais uniformes, capazes de criar condições para a expansão mercantil. Organizaram-se os Estados nacionais e seus respectivos ordenamentos jurídicos, erigidos sobre os chamados pilares da modernidade: universalismo (igualdade entre os seres humanos, independentemente de nacionalidade, condição social, etc.), individualismo (separação do homem do grupo em que se encontra inserido, em contraposição às ordens estabelecidas na Idade Média) e racionalismo (seres humanos enquanto sujeitos capazes de pensarem por si mesmos, de atuar no espaço público e de assegurar sua sobrevivência por meio do próprio trabalho).

Nesse contexto, renunciavam os indivíduos a uma parcela de sua liberdade para obter em troca certo grau de segurança oferecida pelo Estado, que se evidenciava, dentre outras formas, na segurança jurídica, de modo que a correspondência entre o direito e a lei assegurava uma previsibilidade da relação entre as condutas adotadas no convívio social e seus resultados.

Desta forma, a voluntariedade de ação torna-se, enquanto expressão do racionalismo, o principal elemento da responsabilidade civil, visto que reflete a capacidade humana de pensar antes de agir e prever as consequências de suas ações.

Em face de um sistema econômico que permitia a acumulação de riquezas, a responsabilidade civil passou a ter como principal objetivo a punição do ofensor, visto que este, ao invadir indevidamente a esfera patrimonial da vítima, maculava seu direito à propriedade privada, direito este que possuía contornos quase absolutos. Esta dinâmica pode ser observada nas codificações europeias do século XIX e no Código Civil brasileiro de 1916, os quais apresentam um viés eminentemente patrimonialista.

Todavia, as mudanças ocorridas ao longo do século XX resultaram em uma situação denominada de *mal-estar na modernidade*, que resultou no questionamento dos elementos postos como pilares da modernidade. Isso porque, na sociedade atual, o universalismo sucumbe às categorizações dos indivíduos por sua nacionalidade, religião, cultura e condição econômica; o individualismo se perde no crescimento desenfreado do consumo, na necessidade de identificação com determinado grupo e na massificação material e cultural; e a racionalidade secular e autonomia individual são desafiadas em várias frentes, seja pelo processo de reencantamento do mundo pautado nas crenças religiosas e esotéricas (o que compromete a autonomia intelectual), pela existência de regimes políticos ditatoriais ou de democracias sem representatividade (maculando a autonomia política), ou pela má distribuição de recursos, que coloca em situação de miserabilidade boa parte da população mundial (que evidencia que a autonomia econômica na realidade é um privilégio de poucos).

Essas constatações colocam em xeque a chamada “era da segurança”, levando a sociedade a percorrer um caminho no sentido contrário do que fizera outrora, quando, em nome da segurança oferecida pelo Estado – esta pautada nas verdades expressas pela universalidade, individualidade e racionalidade – permitiam a redução de sua esfera de liberdade individual. Na atualidade, reconhece-se que o universalismo não se sustenta em sua concepção original, visto que a sociedade está permeada de particularismos (nacionais, religiosos, raciais, entre outros), que o individualismo se dissolve na necessidade da criação de uma identidade grupal e na massificação promovida pelo amplo acesso aos bens de

consumo e o racionalismo é abalado pela admissão de outros fatores formadores do conhecimento, tais como a cultura, a condição material, a religião, etc.

Se, outrora, eram todos os indivíduos concebidos como iguais independentemente de suas particularidades, vivendo em iguais condições e sujeitos às mesmas regras, inclusive jurídicas, hoje, percebe-se a existência de uma série de situações que tornam desiguais os indivíduos e, para que se estabeleça uma condição mínima de igualdade proliferam-se os microsistemas jurídicos (CDC, ECA, Estatuto do Idoso), de modo que o olhar uniformizante do Estado se desloque para o indivíduo e sua singularidade.

O direito privado, como não poderia deixar de ser, sofre os influxos desse processo, afastando seu foco da seara patrimonial e direcionando-o para o sujeito das relações jurídicas. Tal deslocamento refletiu na responsabilidade civil, pois, se nas codificações oitocentistas o viés patrimonial da reparação privilegiava a função punitiva ao ofensor, nos dias atuais busca-se a mais ampla reparação da vítima, o que inclui o reconhecimento da existência de danos que vão para além daqueles causados ao patrimônio.

Com ampliação do espectro reparatório, ao incluir bens jurídicos e interesses de natureza extrapatrimonial no rol de danos ressarcíveis, evidencia-se que o indivíduo passa a ser concebido para além do complexo dos bens que possui e que o identificam socialmente, voltando-se os olhos do legislador para os elementos relacionados à personalidade e para a garantia de efetivação de seu direito à dignidade, inerente à sua própria condição humana.

Em torno da constatação de que cabe ao Estado proteger todos os bens jurídicos que compõem a identidade e o patrimônio de seus administrados, erige-se o princípio da reparação integral, o qual visa assegurar o ressarcimento de danos provocados aos mais diversos interesses, desde que legítimos e juridicamente relevantes. A partir dele, verifica-se uma mudança de paradigma na responsabilidade civil, deslocando seu eixo da punição do ofensor para a mais completa satisfação da vítima possível.

O princípio da reparação integral vem previsto no artigo 944 do Código Civil brasileiro, ao estabelecer que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, sem fazer distinção entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais e abarcando-os todos, portanto. Contudo, entendeu o legislador que em determinadas situações a reparação integral do dano poderia levar a injustiças no caso concreto, abrindo exceções legais de forma pontual, nas quais o amplo ressarcimento poderia ser limitado por condições do fato (como ocorre quando há desproporção entre culpa e dano) ou pessoais do ofensor (como a incapacidade).

Tem este estudo como objetivo analisar a relação estabelecida entre o princípio da reparação integral e o polêmico parágrafo único do artigo 944 do Código Civil de 2002, que

prevê a possibilidade de redução da indenização quando observada a excessiva desproporção entre a culpa e o dano.

Referido dispositivo legal é admitido no ordenamento jurídico como cláusula geral apta a promover a relativização do princípio da reparação integral, autorizando a redução equitativa do valor da indenização a critério do julgador, através da análise do grau de culpa do ofensor em confronto com a extensão do dano por ele causado.

Por se tratar de medida que excepciona o tão almejado ressarcimento pleno dos danos, evidencia-se a necessidade de uma análise mais acurada do dispositivo, com o fito de averiguar se sua aplicação guarda compatibilidade com a reparação integral - alçada à condição de princípio regulamentador da responsabilidade civil - ou se, ao contrário, enquanto mera regra jurídica, a redução por meio de cláusula geral não seria uma teratologia jurídica.

No intento de encontrar respostas para a questão acima, o presente trabalho procurou se pautar em relevantes obras sobre o tema, buscando compor os ensinamentos de autores clássicos no estudo do instituto da responsabilidade civil – como os irmãos Mazeaud, Alvim Lima, Agostinho Alvim, Rui Stoco, Sérgio Cavalieri e Antonio Lindbergh C. Montenegro – aos novos horizontes do instituto, refletidos nas obras de autores contemporâneos, como, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Anderson Schreiber, Judith Martins-Costa, Ricardo Luis Lorenzetti, dentre outros referenciados.

Estabeleceu-se um *iter* em que se buscou traçar o percurso trilhado pelo instituto da responsabilidade civil desde seu nascimento no direito romano até os dias atuais, em linhas gerais e no direito brasileiro. Para tanto, procurou-se destacar as alterações mais significativas dos pressupostos do dever de indenizar e suas balizas, a fim de demonstrar a tendência atual de proteção à vítima, em detrimento da punição do ofensor, o que modificou sensivelmente as concepções de dano, culpa (*lato sensu*) e nexos causal.

Em seguida, no segundo capítulo, foram apresentados os traços característicos do princípio da reparação integral, sua origem, evolução, pressupostos e possíveis limites de aplicação, para permitir a compreensão de sua relevância para o sistema atual da responsabilidade civil e verificar a existência de hipóteses em que sua aplicação pura e irrestrita implicaria em grave injustiça.

O terceiro capítulo se dedica à análise do sistema de cláusulas gerais como mecanismo de renovação do Direito e sua aplicação no direito civil brasileiro, com conseqüente foco no parágrafo único do artigo 944 do código civil, incluindo a apresentação dos conceitos, elementos e requisitos para aplicação.

Especificamente no tocante à cláusula geral de redução, tratou-se de analisar o requisito central para a utilização do dispositivo, qual seja, a desproporção entre a culpa e o

dano, sob o enfoque dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, destacando a relevância da equidade na aplicação da cláusula geral de redução da indenização, bem como os riscos da produção de efeitos nefastos decorrentes uso excessivo desta medida de exceção.

No quinto capítulo, buscou-se enfrentar o aparente embate entre cláusula geral de redução e o princípio da reparação integral, perscrutando se é possível a aplicação da cláusula geral de redução sem ofensa ao princípio da reparação integral e, ainda, em que se basearia a composição destas normas de natureza oposta. Neste ponto fez-se necessário um confronto entre os pensamentos tópico e sistemático da argumentação jurídica para compreender a relação entre a concepção sistemática do Direito e a solução tópica oferecida pelo parágrafo único do artigo 944, cuja aplicação se restringe a hipóteses específicas. Outro ponto tratado no quinto capítulo se refere à análise do juízo de ponderação de princípios e interesses jurídicos que autorizam a aplicação da redução da indenização, relativizando o princípio da reparação integral. Neste ponto, a fim de orientar o intérprete-aplicador da norma a solucionar os conflitos envolvendo os dispositivos contidos no *caput* e parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, propõe o presente trabalho um caminho a ser observado, com o objetivo de conferir a maior objetividade possível ao intrincado processo de identificação, delimitação e ponderação dos elementos fáticos e jurídicos que deverão fundamentar a decisão judicial, de modo a evitar que a discricionariedade conferida ao julgador se travista em arbitrariedade judicial.

Finalmente, buscou-se trazer os desafios a serem enfrentados na aplicação da cláusula geral de redução em face de questões como a responsabilidade objetiva e danos extrapatrimoniais, sem a pretensão de esgotar tais temas, mas sim de trazer a lume os debates atuais, ressaltando a necessidade de um aprofundamento no estudo de cada uma das situações expostas.

## **1 UMA JORNADA PELAS VEREDAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: DA VINGANÇA PRIVADA AO PROTAGONISMO DA VITÍMA**

Percebe-se na atualidade uma preocupação do Direito em assegurar aos indivíduos e à coletividade o ressarcimento dos danos oriundos das relações intersubjetivas, sejam elas civis, de consumo ou de natureza público-privada, forjando, para este fim, um arcabouço jurídico capaz de amparar de forma ampla as vítimas das condutas lesivas praticadas nesses contextos.

As aceleradas alterações das relações sociais verificadas a partir do advento da modernidade exigem do instituto da responsabilidade civil constante adaptação e aperfeiçoamento, de modo a abarcar os novos danos que surgem a todo o momento.

Para corresponder às exigências da sociedade e se manter atualizado diante de tantas e tão aceleradas mudanças, a responsabilidade civil viu-se diante da necessidade de se despir de algumas barreiras impostas em sua gênese e alterar seus paradigmas, aproximando-se de sua função satisfativa e colocando a punição do ofensor em segundo plano. O reconhecimento dos danos extrapatrimoniais, a ideia de responsabilidade sem culpa e a flexibilização do nexo de causalidade são exemplos claros dos esforços perpetrados pelos teóricos da responsabilidade civil, objetivando assegurar o mais amplo ressarcimento às vítimas dos infortúnios decorrentes da própria convivência social.

Desde seu surgimento no Direito Romano a responsabilidade civil percorreu longo caminho, enfrentando resistência à sua aceitação em parte dele, até atingir seu apogeu nos dias atuais, galgando espaço na busca pela manutenção da harmonia social através da garantia da ressarcibilidade de todo e qualquer dano provocado a outrem.

### **1.1 Considerações iniciais sobre responsabilidade civil: conceito, objetivo, diferenciação de outros institutos e classificações**

O termo responsabilidade possui sentido polissêmico, podendo tanto se referir à diligência e cuidado empregados na prática de um ato, na linguagem vulgar, como designar a obrigação de todo e qualquer indivíduo pelos atos que pratica, sendo utilizado o termo responsabilidade, inclusive, por diversos ramos do próprio Direito – responsabilidade civil, responsabilidade penal, responsabilidade social, etc.

Em sentido amplo, a responsabilidade traduz a ideia de se atribuir a um indivíduo o dever de assumir as consequências de um evento ou de uma ação. Pode-se dizer, assim, que alguém é responsável por outra pessoa, como o capitão do navio pela tripulação e pelo barco

ou o pai pelos filhos menores. Reporta-se ainda o termo responsabilidade ao sentido de capacidade quando, por exemplo, se admite que o indivíduo desprovido desta condição não possa, ao menos em princípio, responder por seus atos<sup>1</sup> (VENOSA, 2013, p. 5).

Aguiar Dias (1995, p. 2) destaca que

[...] *responsável, responsabilidade*, assim como, enfim, todos os vocábulos cognatos, exprimem a ideia de equivalência de contraprestação, de correspondência. É possível, diante disso, fixar uma noção, sem dúvida ainda imperfeita, de responsabilidade, no sentido de repercussão obrigacional (não interessa investigar a repercussão inócua) da atividade do homem. Como esta varia até o infinito, é lógico concluir que são também inúmeras as espécies de responsabilidade, conforme o campo em que se apresenta o problema: na moral, nas relações jurídicas, de direito público ou privado.

A responsabilidade não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes de liga a todos os domínios da vida social.

A pluralidade de significados do termo responsabilidade pode ser extraída da própria Constituição Federal, que o emprega em diferentes sentidos, por exemplo, nos artigos 5º, inciso XXXIII, 21, inciso XXIII, *d*, 37, §8º, inciso II, 58, §3º e 141 (STOCO, 2014, p.183).

São vários os autores que buscam estabelecer um conceito de responsabilidade civil. Jorge Bustamante Alsina (1993, p. 67) afirma que “responder significa dar a cada uno cuenta de sus actos”, e prossegue:

La conducta de los individuos se traduce en actos unilaterales o bilaterales que a su vez producen una modificación del mundo exterior.

La alteración unilateral de las circunstancias que forman el entorno de los demás, puede ser favorable al interés individual o colectivo de éstos, o bien puede ser contrario.

[...] Cuando la alteración ocasionada por acto unilateral constituye la violación de un deber moral o jurídico, y menoscabándose el interés ajeno se invade la órbita de actuación de otro, se produce en el sujeto pasivo del acto una reacción desfavorable que se traduce en una insatisfacción. El autor de la alteración no puede aspirar em este caso a una recompensa: al contrario, se halla frente a la víctima en actitud de dar respuesta a la perentoria exigencia de ésta.

---

<sup>1</sup> Ainda sobre o significado da palavra responsabilidade, Plácido e Silva (*apud* AMARAL; PONA, 2012, p. 15) esclarece que “forma-se o vocábulo de responsável, de responder, do latim ‘responder’, tomado na significação de responsabilizar-se, vir garantindo, assegurar, assumir o pagamento de que se obrigou ou do ato que praticou. Em sentido geral, pois, responsabilidade exprime a obrigação de responder por alguma coisa. Quer significar, assim, a obrigação de satisfazer ou executar o ato jurídico, que se tenha convencionado, ou a obrigação de satisfazer a prestação ou de cumprir o fato atribuído ou imputado à pessoa por determinação legal. A responsabilidade, portanto, tem ampla significação, revela o dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de ato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais que lhe são impostas. Responsabilidade civil. É a expressão usada na linguagem jurídica, em distinção à responsabilidade criminal ou penal. Designa a obrigação de reparar o dano ou de ressarcir o dano, quando injustamente causado a outrem”.

La moral y el derecho señalan cuál es la respuesta que puede pretender el ofendido. Esa respuesta fijada por la norma moral y por la norma jurídica, a veces, constituye, la sanción adecuada a ese proceder. El autor debe responder entonces de su acto lesivo cumpliendo la sanción que le viene impuesta consecuentemente (ALSINA, 1993, p. 67)<sup>2</sup>.

César Fiuza (2006, p. 32) afirma que a responsabilidade civil constitui “um dever, um compromisso, uma sanção, uma imposição decorrente de algum ato ou fato” deixando evidenciado seu caráter secundário em relação ao descumprimento de norma - geral ou específica - preexistente. Assim, pode-se dizer que “imputar a responsabilidade a alguém, é considerar-lhe responsável por alguma coisa, fazendo-o responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever, sendo responsável aquele indivíduo que podia e devia ter agido de outro modo” (TOMASZEWSKI, 2004, p. 245).

A despeito das diversas conceituações de responsabilidade civil, é ponto convergente entre os autores a ideia de uma obrigação decorrente do descumprimento de um dever geral de cautela ou de uma obrigação legal ou contratual. Desta forma, uma pessoa é responsável civilmente quando obrigada a reparar um dano sofrido por outrem, nascendo desta relação um vínculo obrigacional que independe de sua vontade, na medida em que, ainda que o autor desejasse produzir o dano (como ocorre no caso da prática de conduta dolosa), jamais consentiu em responder por ele ou efetivamente assim desejou, dever este que decorre exclusivamente da lei (MAZEUD *et al.*, 1969, p. 7).

Diversas são as causas jurídicas da obrigação de indenizar<sup>3</sup>, sendo as mais relevantes: (1) ato ilícito (*stricto sensu*), enquanto lesão antijurídica e culposa de comandos de observância geral; (2) ilícito contratual, inadimplemento total ou parcial das obrigações assumidas pela vontade das partes; (3) violação de deveres especiais de segurança,

<sup>2</sup> Tradução livre: “O comportamento dos indivíduos se traduz em atos unilaterais ou bilaterais, que por sua vez produzem uma mudança no mundo exterior. A alteração unilateral de circunstâncias que formam o ambiente dos outros, pode ser favorável ao interesse individual ou coletivo destes ou não. [...] Quando a alteração por ato unilateral constitui uma violação de um dever moral ou legal, e menosprezando-se os interesses alheios invade-se a órbita de atuação alheia, se produz no sujeito passivo uma reação adversa que resulta em uma insatisfação. O autor da alteração não pode aspirar neste caso a uma recompensa: ao contrário, deverá responder em face da vítima às necessidades urgentes desta. A moral e o direito dizem qual resposta a vítima pode reclamar. Essa resposta definida pela norma moral e norma jurídica, às vezes, é a sanção apropriada à qual deve a vítima proceder. O autor deve, então, responder por seu ato ilícito cumprir a sanção que lhe é consequentemente imposta”.

<sup>3</sup> No que tange à denominação atribuída à obrigação de indenizar na responsabilidade civil, importante destacar a existência de divergências entre diversos autores acerca da utilização dos termos ressarcimento, reparação, indenização e compensação. Adota este estudo - com base na diferenciação proposta por FARIAS, BRAGA NETTO e ROSENVALD (2015, p. 304-306) - o posicionamento segundo o qual a reparação ou ressarcimento de danos constitui gênero, que inclui a restituição (reparação *in natura*) ou a indenização (reparação em pecúnia) de danos patrimoniais (ou materiais) e a compensação de danos extrapatrimoniais. Admite-se, desta forma, que “indenizar é apagar o dano, o que só se consegue fazer através da reposição do patrimônio na situação em que estava antes, enquanto compensar é dar algo que contrabalança o mal causado, mas sem poder apagar este” (FARIAS *et. al.*, 2015, p. 307).

incolumidade ou garantia determinados pela lei àqueles cujas atividades ofereçam risco ou perigo à coletividade; (4) obrigação de reparar o dano, assumida contratualmente, tal como ocorre nos contratos de seguro e de fiança; (5) violação de deveres especiais impostos pela lei àquele que se encontra em determinada relação jurídica com outra pessoa, como os pais em relação aos filhos menores, tutores e curadores em relação aos pupilos e curatelados (responsabilidade indireta); (6) atos que, embora não revestidos de ilicitude, deem origem a obrigação de indenizar nos termos estabelecidos na própria lei, como, por exemplo, o ato praticado em estado de necessidade<sup>4</sup> (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 6).

Pode-se afirmar, portanto, que a responsabilidade civil constitui obrigação sucessiva, cuja origem remete à existência de uma obrigação originária, estabelecida legal ou contratualmente, cujo inadimplemento traz como consequência o surgimento do dever de indenizar<sup>5</sup>. Nas palavras de Sérgio Cavaliere Filho (2012, p. 2)

A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. A título de exemplo, lembramos que todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o da reparação do dano.

[...] Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida.

Daí ser possível dizer que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.

A correta compreensão da responsabilidade civil exige sua diferenciação em relação a outros institutos relacionados, especialmente a responsabilidade penal e moral, e a

<sup>4</sup> Ver ainda sobre o tema Jaime Santos Briz, La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal, p. 122-123.

<sup>5</sup> Sobre a responsabilidade contratual, os irmãos Mazeaud (1969, p. 11) pontuam que “cuando la cuestión es de responsabilidad contractual, el responsable y la víctima estaban ligados por un contrato; existía la obligación entre ellos; y por el incumplimiento de esa obligación, el acreedor pide reparación al deudor. Así pues, no es la responsabilidad contractual la que hace que nazca la obligación; tan sólo es un efecto de la obligación contractual. La situación, según estiman los autores, es por completo distinta en caso de responsabilidad delictual o cuasidelictual. En este caso no existía ningún vínculo entre el autor del daño y la víctima, antes da realización del daño; por lo tanto, el delito o el cuasdelito es el que hace que nazca la obligación; la responsabilidad delictual o cuasdelictual es fuente de obligación”.

compreensão de que não se configuram em esferas isoladas umas das outras, ao contrário, podem cumular-se sempre que a conduta do autor do dano preencha os requisitos para a caracterização de cada uma delas.

A responsabilidade civil difere da moral na medida em que esta constitui uma noção puramente subjetiva, ou seja, desde o instante em que a consciência de um indivíduo reprova sua atitude, este pode ser considerado moralmente responsável por ela, eis que toda a caracterização da responsabilidade moral ocorre no âmbito interno do sujeito. Sendo assim, não importa para sua caracterização se houve ou não um efetivo prejuízo para outrem. Na responsabilidade civil, ao contrário, é necessária não somente a exteriorização da conduta - seja uma ação ou omissão - mas também a ocorrência de um efetivo prejuízo, material ou imaterial, para que se verifique o surgimento da necessidade de indenizar (MAZEAUD *et al.*, 1969, p. 8).

Quando o dano causado transcende os interesses do lesado (individual ou coletivamente considerados), extrapolando o âmbito privado, e passa a representar uma ameaça à sociedade em geral, estará configurada a responsabilidade penal, sendo a sanção imposta proporcional à perturbação social gerada pela conduta do autor (MAZEAUD *et al.*, 1969, p. 8-9). Outra sensível diferença entre responsabilidade civil e penal reside na taxatividade da conduta danosa, presente nesta (*nulla poena sine lege*), em contraposição à utilização de um sistema de cláusulas gerais, que se limita a estabelecer o conceito de ato ilícito. Assim, o indivíduo tem consciência de que pode agir com certo grau de liberdade, desde que não pratique qualquer das condutas eleitas pelo Estado como prejudiciais à manutenção da paz social, sob pena de sofrer as sanções previstas pelo Direito Penal (STOCO, 2014, p. 187-188). Já no que se refere à responsabilidade civil, prevalece o princípio do *neminem leadere*, o qual estabelece um dever geral de conduta consistente em não lesar aos demais na condução das atividades individuais.

A sanção ressarcitória tem como objetivo principal restabelecer a situação em que a vítima se encontrava em momento anterior ao dano (*status quo ante*), buscando o aniquilamento dos efeitos passados, presentes e futuros oriundos do ato ilícito. Desta forma, se o dano decorreu de um ato ilícito, deve-se restabelecer o patrimônio da vítima à situação anterior à prática da conduta lesiva; se oriundo de um descumprimento contratual, o ressarcimento deve equivaler à situação que se encontraria com o regular cumprimento contratual; e se decorrido da frustração de um contrato por não ter sido concluído, deve a indenização recolocar a vítima na condição que se encontrava antes do início das negociações (ALSINA, 1993, p. 73-74).

Em que pese a responsabilidade civil constitua sempre um dever de ressarcir a outrem de um dano que lhe foi causado, a doutrina se preocupou em estabelecer sua divisão em razão da natureza do dever violado (contratual e extracontratual), da relevância do elemento volitivo da conduta lesiva (subjéitiva, objetiva e pelo risco) e do agente causador (por fato próprio ou de terceiro, por fato da coisa ou de animal sob a guarda do responsável). Nota-se, desta forma que

Distinguiu a doutrina a responsabilidade decorrente do contrato ou das relações contratuais da responsabilidade decorrente do ato ilícito, ou seja, do mau relacionamento entre pessoas e do descumprimento de um direito preexistente. Esta, também designada de responsabilidade aquiliana, divide-se, no aspecto subjéitivo ou da vontade, em responsabilidade: objetiva (sem culpa, quando o dever de reparar decorre do só fato do dano, desde que existente o nexó causal); subjéitiva, que repousa fundamentalmente no conceito de culpa, sem a qual não nasce a obrigação de indenizar; e quanto ao agente causador, em responsabilidade por fato próprio, por fato de terceiro, pelo fato da coisa ou pelo fato dos animais (STOCO, 2014, p. 215).

Quanto à natureza do dever violado, pode ocorrer de o ato unilateral lesivo recair sobre alguém com quem o ofensor não possuía nenhum vínculo anterior, outras vezes tal comportamento produz danos em face daquele já ligado ao autor por um vínculo anteriormente estabelecido, que impunha o cumprimento de uma obrigação específica (ALSINA, 1993, p. 69).

Rui Stoco (2014, p. 215) destaca que os romanistas não conseguem precisar de forma satisfatória qual espécie de responsabilidade civil – contratual ou extracontratual - teria precedido à outra, ou seja, “se primeiro nasceu a responsabilidade delitual, de que a contratual foi consequência; ou se foi o contrato a fonte primeira da obrigação, surgindo mais tarde a responsabilidade delitual”.

Independentemente de qual tenha sido a forma originária de responsabilidade civil reconhecida juridicamente, não se pode negar que a origem do dever violado constitui o cerne da diferenciação estabelecida entre responsabilidade civil contratual e extracontratual (ou aquiliana), havendo identidade quanto aos demais elementos que caracterizam o dever de indenizar - conduta, dano, nexó causal e fatores de imputabilidade. Esta semelhança em relação aos pressupostos que caracterizam o dever de indenizar deu origem à teoria que defende que a unicidade da responsabilidade civil, sendo esta sempre e necessariamente delitual, de forma que a utilização da expressão responsabilidade contratual consistiria em um equívoco<sup>6</sup>, já que a única diferença entre ambas seria a gênese do dever originário violado

---

<sup>6</sup> Alguns autores, a exemplo de Silvio de Salvo Venosa Melhor defendem que a expressão *responsabilidade contratual* é inadequada para descrever o dever de indenizar decorrente de uma relação jurídica previamente

(CAVALIERI FILHO, 2012, p. 306). Tal teoria se baseia no fato de que “a responsabilidade extracontratual e a contratual regulam-se racionalmente pelos mesmos princípios, porque a ideia de responsabilidade, como já enfatizado, é una” (STOCO, 2014, p. 215).

Jorge Bustamante Alsina (1993, p. 81), por exemplo, defende a unicidade da culpa civil, ao afirmar que, uma vez definida a culpa como a violação de uma obrigação preexistente, não há diferença que seja esta contratualmente pactuada entre as partes ou um dever geral de abstenção legalmente estabelecido, pois em ambos os casos a culpa é a fonte da obrigação de indenizar.

De outro lado, Giovanni Pacchioni (*apud* ALSINA, 1993, p. 82) difere a culpa contratual da extracontratual afirmando que neste caso, o indivíduo deve assumir certo grau de diligência que em face dos demais para evitar a produção de danos, independentemente de qualquer relação previamente estabelecida, já na culpa contratual tal diligência estaria relacionada a um dever concreto e específico.

Aguiar Dias (1995, p. 129) resume a questão da divisão da responsabilidade civil em contratual e extracontratual da seguinte forma

Partindo-se do princípio geral de que a culpa se corporifica em ato ilícito e este é a violação de um dever preexistente, passa-se à verificação de que esse dever tanto pode ser de ordem legal, como um preceito moral determinado ou uma obrigação geral de não prejudicar ou, ainda, um dever contratual. As três espécies se agrupam no título ‘culpa extracontratual’, e embora, decerto, menos nítidas as linhas diferenciais entre elas, esses traços distintivos persistem. O jurista que se esmera no mérito não deixará de reconhecê-los. O certo é que a classificação geral é a de culpa extracontratual. A categoria paralela é a culpa contratual.

Observa-se, portanto, que a diferenciação entre responsabilidade civil contratual e extracontratual pauta-se na origem do dever violado e, por consequência, na espécie de culpa que impele à conduta praticada.

Apesar da existência de autores que defendem a unicidade do sistema de responsabilidade, o que parece ser a tendência atual nos países europeus, ainda prevalece a cisão entre ambas as espécies de responsabilidade, refletindo diretamente em questões como, por exemplo: (1) ônus da prova, eis que na responsabilidade contratual o ônus de comprovar o adimplemento da obrigação é do devedor, enquanto na aquiliana é o credor quem deve provar a ocorrência e autoria do dano; (2) extensão do ressarcimento, já que a responsabilidade

---

estabelecida entre as partes, afirmando que parece mais correto que se denomine “de responsabilidade negocial, aquela que tradicionalmente decorre do contrato, pois não apenas do contrato emerge essa responsabilidade como também dos atos unilaterais de vontade em geral, negócios jurídicos, como a gestão de negócios, a promessa de recompensa, o enriquecimento sem causa, entre outros” (VENOSA, 2013, p. 2).

contratual se limita ao ressarcimento dos danos diretos e imediatos oriundos do inadimplemento, ao contrário do que ocorre na responsabilidade aquiliana, em que prevalece a observância do princípio da reparação integral; e (3) constituição em mora, que em regra exige a notificação do devedor no caso de inadimplemento contratual absoluto ou relativo e, na responsabilidade extracontratual, se produz de pleno direito com a prática do ato ilícito (ALSINA, 1993, p. 83-84).

Todavia, apesar da manutenção da dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual, há que se destacar que “em nosso sistema a divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual não é estanque. Pelo contrário, há uma verdadeira simbiose entre esses dois tipos de responsabilidade, uma vez que regras previstas no Código para a responsabilidade contratual (arts. 393, 402 e 403) são também aplicadas à responsabilidade extracontratual” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 17).

Quanto à relevância ou presença do elemento volitivo, a responsabilidade civil é dividida em subjetiva, objetiva e pelo risco. Em resumo, “a responsabilidade civil funda-se na culpa quando esta lhe é elemento indispensável; e prescinde dela quando se satisfaz apenas com o dano e o nexos de causalidade” (ALVIM, 1980, p. 243). A responsabilidade subjetiva é estabelecida como regra geral no direito civil brasileiro, consubstanciada no artigo 186 do Código Civil atual, o qual prevê expressamente que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

A culpa é concebida pelo ordenamento jurídico brasileiro como elemento volitivo essencial da conduta causadora do dano, prevendo a legislação algumas exceções pontuais, às quais se aplicam a responsabilidade objetiva e pelo risco. O atual código civil manteve a doutrina da culpa, sustentada pelo Código Civil de 1916 como regra, sem, contudo, afastar a incidência de outras espécies de responsabilidade, assim, “já não mantém a responsabilidade subjetiva com exclusividade, embora seja a regra. Em várias passagens adotou expressamente a responsabilidade objetiva, em hipóteses pontuais ou *numerus clausus*” (STOCO, 2014, p. 234).

A ideia de culpa, enquanto elemento essencial da conduta danosa, geradora do dever de indenizar, encontra raízes no pensamento liberal, que impunha a necessidade de um sistema de responsabilidade que se pautasse no mau uso das liberdades individuais, diante do amplo espaço de atuação no âmbito privado concedido pelo modelo econômico-social em expansão à época da edição do código napoleônico. Superado o modelo de vingança privada e familiar vigente no período medieval europeu, estabeleceram-se no binômio liberdade-responsabilidade os limites da atuação privada (SCHREIBER, 2013, p. 12).

Entretanto, a multiplicação dos fatores potencialmente causadores de danos evidenciou a insuficiência do sistema puramente subjetivo de responsabilização, o qual aumentava sensivelmente a ocorrência de danos cujo ressarcimento restava inviabilizado em razão da dificuldade na comprovação da culpa do ofensor, a exemplo dos acidentes de trabalho ocorridos durante a Revolução Industrial, ou mesmo dos acidentes ferroviários (SCHREIBER, 2013, p. 17-18).

Nos dias atuais é possível perceber de forma ainda mais cristalina as limitações impostas às vítimas pelo sistema subjetivo de responsabilização, seja pela crescente dificuldade de identificação do ofensor (a exemplo das redes de consumo estabelecidas no ambiente virtual), seja pela impossibilidade de comprovação do ânimo do agente em relações cada vez mais massificadas e despersonalizadas.

A insuficiência evidente da responsabilidade subjetiva para atender aos anseios da plena reparação levou à criação de uma série de mecanismos tendentes a reduzir a dificuldade da vítima em obter a devida indenização, a exemplo da culpa presumida, a qual mesmo mantendo a culpa como principal suporte da responsabilidade civil traz “indícios de sua degradação como elemento etiológico fundamental da reparação e aflorem fatores de consideração da vítima como centro da estrutura ressarcitória, para atentar diretamente para as condições do lesado e a necessidade de ser indenizado” (STOCO, 2014, p. 235).

Frise-se que a culpa presumida não se confunde com a ausência de culpa, característica da responsabilidade objetiva, pois “no sistema da culpa, sem ela, real ou artificialmente criada, não há responsabilidade; no sistema objetivo, responde-se sem culpa, ou melhor, esta indagação não tem lugar” (DIAS, 1995, p. 84). A princípio, a presunção de culpa recaía sobre o deslocamento do ônus da prova<sup>7</sup>, a fim de facilitar a satisfação dos direitos da vítima, fazendo com que coubesse ao ofensor comprovar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos passíveis de afastar a pretensão indenizatória, já que possui melhores condições de produzir tais provas. Todavia, através da atuação jurisprudencial, algumas presunções relativas passaram à condição de absolutas e, assim, atingiram um nível de aplicação em que o julgador a tinha de modo tão definitivo que equivalia à dispensa de aferição de culpa do ofensor para a responsabilização (SCHREIBER, 2013, p. 31).

A culpa presumida, embora tenha representado considerável avanço na ampliação das hipóteses de ressarcimento, também não demonstrou ser capaz de solucionar aos

---

<sup>7</sup> “Dentro da teoria clássica da culpa, a vítima tem de demonstrar a existência dos elementos fundamentais de sua pretensão, sobressaindo o comportamento culposo do demandado. Ao se encaminhar para a especialização da culpa presumida, ocorre uma inversão do *onus probandi*. Em certas circunstâncias, presume-se o comportamento culposo do causador do dano, cabendo-lhe demonstrar a ausência de culpa, para se eximir do dever de indenizar. Foi um modo de afirmar a responsabilidade civil, sem a necessidade de provar o lesado a conduta culposa do agente, mas sem repelir o pressuposto subjetivo da doutrina tradicional” (STOCO, 2014, p. 236).

prementes anseios sociais em relação aos danos oriundos do crescente aumento do risco social. Surgem, então, teorias que defendem a responsabilização independentemente de culpa, por ato próprio, de terceiros, de coisas e animais ou pelo risco potencial de dano inerente à atividade econômica exercida pelo agente<sup>8</sup>.

A ideia de afastar a necessidade de comprovação da culpa para a configuração da responsabilidade teve como marco inicial a obra de Raymond Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civil: essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, na qual defendia o autor a substituição da culpa pela causalidade, afastando o foco da análise do comportamento do autor e sua motivação para a relação entre a conduta e o resultado danoso. A ofensiva promovida por Saleilles deu início a um profícuo debate doutrinário, que culminou na aceitação de hipóteses específicas de responsabilização independentemente da comprovação da culpa, o que em regra ocorreu por meio da edição de leis direcionadas a setores específicos da sociedade (SCHREIBER, 2013, p. 19).

No Brasil, a responsabilidade objetiva e a baseada no risco estão previstas no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, o qual prevê que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Conclui-se, da redação do citado dispositivo, que o Código atual manteve a responsabilidade subjetiva como regra, estabelecendo a necessidade de expressa previsão legal para a incidência da dispensa de comprovação de culpa. A responsabilidade pelo risco, ao contrário, deixou margem para a análise da existência e extensão dos potenciais danos decorrentes da atividade desenvolvida. Sobre a margem de discricionariedade conferida ao julgador por força da redação do parágrafo único do artigo 927, Sílvio de Salvo Venosa (2013, p. 13) pontua que

[...] o presente Código apresenta norma aberta para a responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único). Nas chamadas normas abertas realça-se a discricionariedade do juiz, pontilhada amplamente no Código de 2002.

---

<sup>8</sup> Sílvio de Salvo Venosa (2013, p. 7-8) ao tratar do processo de objetivação da responsabilidade civil, afirma que “Ao analisarmos especificamente a culpa, lembremos a tendência jurisprudencial cada vez mais marcante de alargar seu conceito, ou de dispensá-lo como requisito para o dever de indenizar. Surge, descarte, a noção de culpa presumida, sob o prisma do dever genérico de não prejudicar (Direito civil: parte geral, seção 29.2). Esse fundamento fez surgir a teoria da responsabilidade objetiva, presente na lei em várias oportunidades, que desconsidera a culpabilidade, ainda que não se confunda a culpa presumida com a responsabilidade objetiva. A insuficiência da fundamentação da teoria da culpabilidade levou à criação da teoria do risco, com vários matizes, que sustenta ser o sujeito responsável por riscos ou perigos que sua atuação promove, ainda que coloque toda diligência para evitar o dano. Trata-se da denominada teoria do risco criado e do risco benefício. [...] Em síntese, cuida-se da responsabilidade sem culpa em inúmeras situações nas quais sua comprovação inviabilizaria a indenização para a parte presumivelmente mais vulnerável. A legislação dos acidentes do trabalho imediatamente aflora como exemplo”.

Essa norma da lei mais recente transfere para a jurisprudência a conceituação de atividade de risco no caso concreto, o que talvez signifique perigoso alargamento da responsabilidade sem culpa. É discutível a conveniência, ao menos na atualidade, de uma norma genérica nesse sentido. Melhor seria que se mantivesse ainda nas rédeas do legislador com norma descritiva a definição das situações de aplicação da teoria do risco, embora, nesse campo, seja tempo de reformar; revolucionar, de superar limites [...].

Há que se destacar ainda que a própria teoria do risco se desdobrou em discussões mais aprofundadas que resultaram em sua subdivisão em diversas espécies de risco<sup>9</sup>. A teoria do risco-proveito, por exemplo, defende que todo aquele que obtém proveito econômico de determinada atividade deve responder pelos riscos que esta traz; a teoria do risco criado, por sua vez, dispensa a ideia de proveito econômico, atribuindo o dever de indenizar ao promotor da atividade pela simples existência de potencialidade de dano a ela inerente; a teoria do risco de empresa transplanta esta mesma ideia à atividade empresarial e aos possíveis danos que esta pode vir a causar; a teoria do risco integral se refere à extensão da responsabilidade, que será maior ou menor na medida em que se aceite, ou não, a ocorrência de excludentes como o caso fortuito e força maior (SCHREIBER, 2013, p. 29).

A responsabilidade objetiva, vale destacar, nem sempre se relaciona ao risco produzido pelo autor do dano ou por sua atividade econômica, havendo situações em que o indivíduo é responsabilizado sem que a lesão tenha decorrido de uma situação de risco em potencial. Exemplo disto é a responsabilidade dos pais por atos de filhos menores, em que estes não representam, a princípio, um potencial manancial de produção de danos, todavia, se excepcionalmente vierem a causá-los, respondem os pais independentemente de culpa.

Ao prescindir do risco como elemento essencial à sua caracterização, a responsabilidade objetiva amplia seu alcance, pois, embora aquele continue sendo um fator importante de aplicação desta, perde a qualidade de fundamento exclusivo, sendo possível observar a aplicação da responsabilidade objetiva em situações em que não se evidencia o risco como fator de vinculação entre o dever de indenizar e o ofensor, ou em que isso pode ser feito apenas artificialmente.

Revela-se, assim, a real essência da responsabilidade objetiva na contemporaneidade: a de uma responsabilidade que transcende a ideia de risco para constituir “uma responsabilidade independente de culpa, ou de qualquer outro fator de imputação subjetiva, inspirada na necessidade de se garantir reparação pelos danos que, de acordo com a solidariedade social, não devem ser exclusivamente suportados pela vítima” (SCHREIBER, 2013, p. 30).

---

<sup>9</sup> Sobre as diversas teorias do risco, ver Rui Stoco, op. cit, p. 242-244.

No que tange às espécies de responsabilidade civil baseadas na relevância da culpa para a caracterização do dever de indenizar, pode-se concluir, do exposto, que embora o Código Civil de 2002 tenha estabelecido como regra geral a modalidade subjetiva, o que se extrai da redação do artigo 186, também abriu margem para a incidência pontual da responsabilidade objetiva, aplicável nas hipóteses previstas em lei, e da responsabilidade pelo risco, cuja aferição remete a uma zona de atuação discricionária do julgador na análise das atividades desenvolvidas pelo agente no caso concreto.

A responsabilidade civil foi concebida, inicialmente, para que cada indivíduo respondesse pelas consequências de seus atos perante terceiros aos quais tivesse imputado algum prejuízo injusto. Porém, a responsabilidade direta nem sempre se mostra suficiente para assegurar o mais amplo ressarcimento possível, motivo pelo qual a doutrina desenvolveu algumas hipóteses em que a responsabilidade pode recair sobre determinada pessoa, ainda que o dano tenha sido causado por outrem, como forma de evitar ao máximo a ocorrência de danos irressarcidos. Trata-se da responsabilidade por fato de terceiro, por fato da coisa ou de animal, também denominada responsabilidade indireta ou complexa.

Nesse âmbito, uma pessoa é responsável quando suscetível de ser sancionada, independentemente de ter cometido pessoalmente um ato antijurídico. Nesse sentido, a responsabilidade pode ser direta, se diz respeito ao próprio causador do dano, ou indireta, quando se refere a terceiro, o qual, de uma forma ou de outra no ordenamento, está ligado ao ofensor. Se não puder ser identificado o agente que responde pelo dano, este ficará irressarcido; a vítima suportará o prejuízo. O ideal, porém, que se busca no ordenamento, é no sentido de que todos os danos sejam reparados. No século XXI descortina-se uma amplitude para os seguros que deverão, em futuro não distante, dar cobertura a todos os danos sociais, segundo a tendência que se pode divisar (VENOSA, 2013, p. 5-6).

Importante destacar que não trata a responsabilidade indireta da culpa alheia, mas sim da própria culpa do responsável, tal como ocorre na teoria do risco, pois todo aquele que coloca outro indivíduo para atuar em benefício de seus interesses deve responder a terceiros por eventuais danos que tal atividade venha a produzir, valendo o mesmo para os danos oriundos de fatos de coisas próprias (BRIZ, 1970, p. 10).

Evidentemente, por se tratar de exceção à regra da responsabilidade pessoal e direta as hipóteses de responsabilidade indireta estão expressamente previstas em lei, sempre recaindo nas situações em que há um liame entre o responsável e o agente capaz de estabelecer os deveres de guarda, vigilância e/ou cuidado, tal como ocorre com os pais em relação aos filhos menores sob sua guarda, com o empregador em face de seus empregados e

prepostos, tutores e curadores, pelos pupilos e curatelados, dentre outros. Além disso, pode haver a responsabilização de alguém por dano causado por animal ou coisa sob sua guarda.

Nos casos de responsabilização indireta, portanto, é possível a responsabilização por conduta praticada por outrem por haver “um dever de guarda, vigilância ou cuidado em relação a certas pessoas, animais ou coisas e se omitiram no cumprimento desse dever. Em última instância, estas pessoas não respondem por fato de outrem, mas pelo fato próprio da omissão” (CAVALIERI, 2012, p. 26).

Rui Stoco (2014, p. 185), invocando os ensinamentos de Maria Helena Diniz, destaca o caráter excepcional da responsabilidade por fato de terceiro ou da coisa, na medida em que a transferência do dever de indenizar para além da figura do agente se opõe à regra geral de que cada indivíduo é responsável por seus próprios atos. Dito isso, somente poderá ser invocada nos limites impostos pela lei, não admitindo interpretação extensiva ou ampliativa, restringindo-se às hipóteses expressamente previstas.

O objetivo do código ao prever hipóteses de responsabilidade por fato de terceiro ou de coisa foi assegurar à vítima maior proteção, eis que os agentes, em regra, não possuem a necessária capacidade para responder pessoalmente pelos atos praticados.

Expostas as linhas gerais acerca da responsabilidade civil, ainda que respeitados os limites impostos pelo recorte temático estabelecido no presente estudo, é possível notar que o instituto em análise se mostra como um dos mais dinâmicos na seara civilista, em razão, principalmente, das aceleradas mudanças observadas nas relações humanas, que exigem respostas rápidas para a prevenção e repressão dos danos em uma sociedade de risco<sup>10</sup>. Desta forma, para que seja possível compreender a responsabilidade civil na atualidade é necessário traçar um panorama do instituto a partir de sua gênese.

## **1.2 Nascimento e evolução da responsabilidade civil: de suas origens ao ordenamento jurídico brasileiro**

Conforme dito anteriormente, a compreensão do tema proposto exige que seja traçado breve retrospecto acerca da evolução do instituto da responsabilidade civil desde seus primeiros passos, partindo da vingança privada, perpassando pelo seu embrião - oriundo da ideia de justiça corretiva desenvolvida por Aristóteles na obra *Ética a Nicômaco* - até chegar aos dias atuais, para que seja possível conceber a importância do princípio da reparação integral e, via de consequência, da relativização promovida pelo parágrafo único do artigo 944 do Código Civil.

---

<sup>10</sup> Ver Alvino Lima, *Culpa e Risco*, p. 15-16.

Os povos antigos tinham na vingança privada uma expressão primitiva, espontânea e natural de reação a algum mal sofrido (CASILLO, 1994, p. 30), como forma de infligir ao ofensor o mesmo prejuízo por este provocado.

Bajo el imperio de la pasión son dos las notas que destacan la conducta de la víctima frente al autor del hecho lesivo en aquellos primitivos tiempos. Por una parte, la pasión dominante hace perder de vista la culpabilidad. Por otra, interesa más el castigo del ofensor para satisfacer el espíritu vengativo de la víctima, que perseguirlo para obtener la reparación del dano sufrido por ella. Puede decirse que en esta época la cuestión de los daños y la necesidad de su resarcimiento se hallan al margen del derecho. El ataque a la persona y a los bienes no constituye en sí mismo el agravio sino que, a través del daño material, se quebranta el sentimiento de autoconservación y la propia estimación de la víctima comprometiéndose la solidaridad del grupo al que ésta pertenece. Es el imperio de la fuerza. A la violencia se opone la violencia. El mal se paga con el mal. Por el daño recibido se causa un daño semejante. Es la Ley del Talión: “ojo por ojo y diente por diente”. Es éste el período de la venganza privada, la forma más imperfecta y más antigua de represión de la injusticia (ALSINA, 1993, p. 24)<sup>11</sup>.

O sistema de reparacão de danos, portanto, ao mesmo tempo em que permitia a puniçãõ do ofensor, objetivava permitir ao ofendido o exercício de seu direito à vingança pessoal (MAZEAUD *et al.*, 1969, p. 14).

O mais remoto texto conhecido que previu a imposiçãõ de penalidade àquele que causasse dano a outrem data de 2.050 a.C., sendo conhecido como Tábua de Nippur (ou Lei de Ur-Nammu), seguida do Código de Hamurábi, surgido aproximadamente em 1.750 a.C., sendo este o primeiro a trazer a ideia de indenizaçãõ propriamente dita, trazendo para cada dano que previa uma reparacão equivalente. Ainda na antiguidade, os hebraicos deixaram como legado a *Michna*, codificaçãõ de usos e costumes que trazia um sistema completo de compensaçãõ por danos corporais, baseado em princípios gerais (CASILLO, 1994, p. 30-32).

Com a intensificaçãõ do convívio social, surgiu a necessidade de refrear os impulsos humanos de vingança e estabelecer outras formas de tornar indene a vítima, possibilitando ao ofensor que se livrasse das consequências físicas do dano causado, especialmente danos

---

<sup>11</sup> Traduçãõ livre: “Sob o governo de paixãõ sãõ dois os apontamentos que se destacam do comportamento da vítima contra o malfeitor naqueles primeiros dias. Por um lado, a paixãõ dominante faz perder de vista a culpabilidade. Além disso, interessa mais a puniçãõ do ofensor para satisfazer o espírito vingativo da vítima, do que perseguir a reparacão do prejuízo sofrido por ela. Pode-se dizer que naquele momento a causa dos danos e a necessidade de sua compensaçãõ estavam à margem do direito. O ataque à pessoa e à propriedade não constitui, em si mesmo, a queixa do ofendido, mas, através do dano material, verifica-se a quebra do sentimento de autopreservaçãõ e autoestima da vítima, comprometendo a solidariedade do grupo ao qual esta pertence. É a regra da força. A violênciã se opõe à violênciã. O mal se combate com o mal. Pelo dano se causa um dano semelhante. É a lei de taliãõ: ‘olho por olho e dente por dente’. Este é o período de vingança privada, a forma mais imperfeita e mais antiga da repressãõ da injustiça” (ALSINA, 1993, p. 24).

corporais, mediante o pagamento de uma soma em dinheiro, criando a era da composição voluntária, ou da pena privada (ALSINA, 1993, p. 24).

A consolidação de organizações políticas fez nascer a necessidade de institucionalização do sistema de composição, garantindo, assim, a tranquilidade pública e a harmonia na convivência social. Passa o Estado, a partir de então, a se preocupar não somente com os danos causados contra si, mas também na relação entre particulares, não havendo clara distinção entre punição e reparação, entre responsabilidade civil e penal. Estabeleceu-se a fixação de tarifas pelas autoridades, às quais estava limitada a reparação do dano, criando um sistema de composição obrigatória, em substituição ao de composição voluntária, o qual prevalecia até então (MAZEAUD *et al.*, 1969, p. 14).

A evolução do sistema de responsabilidade da vingança privada à composição obrigatória pode ser observada de forma mais clara no direito romano, até o esboço de uma distinção, ainda precária, entre delitos civis e penais. Inicialmente submetido ao talião, o sistema de reparação de danos evoluiu diante da repugnância que causava e da insegurança que gerava no convívio social (CASILLO, 1994, p. 33).

O conceito de justiça corretiva, cunhado por Aristóteles ainda na antiga Grécia, viria a constituir o embrião da responsabilidade civil no Direito Romano, esclarecendo mencionado autor em *Ética a Nicômaco* a diferença entre as concepções de justiça comutativa e corretiva da seguinte forma

Da justiça particular e do que é justo no sentido correspondente, (A) uma espécie é a que se manifesta nas distribuições de honras, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois aí é possível receber um quinhão igual ou desigual ao de um outro); e (B) outra espécie é aquela que desempenha um papel corretivo nas transações entre indivíduos. Desta última há duas divisões: dentre as transações, (1) algumas são voluntárias, e (2) outras são involuntárias — voluntárias, por exemplo, as compras e vendas, os empréstimos para consumo, as arras, o empréstimo para uso, os depósitos, as locações (todos estes são chamados voluntários porque a origem das transações é voluntária); ao passo que das involuntárias, (a) algumas são clandestinas, como o furto, o adultério, o envenenamento, o lenocínio, o engodo a fim de escravizar, o falso testemunho, e (b) outras são violentas, como a agressão, o sequestro, o homicídio, o roubo a mão armada, a mutilação, as invectivas e os insultos. (ARISTÓTELES, 1991, p. 124)

Extrai-se da passagem acima que a ideia de justiça comutativa se relaciona à distribuição equitativa de riquezas e honrarias entre aqueles que ajudaram a constituí-la ou que a elas fazem jus, caracterizando uma relação entre a sociedade e o indivíduo, enquanto que a justiça corretiva se preocupa em restabelecer a igualdade entre particulares, seja nas

situações em que houve o surgimento de obrigações de forma voluntária (a exemplo dos contratos), seja naquelas em que a obrigação decorre de ato ilícito previsto em lei.

No que tange à justiça corretiva, Aristóteles diferencia as hipóteses em que sua aplicação decorre de obrigações voluntária e involuntariamente contraídas, frisando que a justiça nas relações entre particulares constitui efetivamente uma espécie de igualdade, de acordo com uma proporção aritmética. Dito isso, não importa a índole do sujeito que causou o dano, visto que a lei considera apenas o caráter distintivo do delito e trata as partes, sejam elas pessoas boas ou más, como iguais, de forma que se uma comete e a outra sofre uma injustiça, aquela é autora e a outra é vítima do delito. Cabe ao juiz, nesse contexto, restabelecer a igualdade entre as partes, pois no caso em que um recebeu e o outro infligiu um ferimento, em que um matou e o outro foi morto, o sofrimento e a ação foram distribuídos de modo desigual. O restabelecimento da condição de igualdade é obtido com a imposição de uma pena, que tem por objetivo retirar parte do benefício obtido pelo ofensor, seja de natureza financeira ou não (nos casos de *iniuria*) (ARISTÓTELES, 1991, p. 126).

Prosseguindo com seu raciocínio, Aristóteles afirma que a justiça corretiva será um ponto intermediário entre a perda experimentada pela vítima e o ganho auferido pelo ofensor e que, para que se possa estabelecer qual o ponto de equilíbrio, deve-se recorrer ao juiz e, conseqüentemente, à justiça, sendo a natureza do juiz uma espécie de justiça animada, que busca restabelecer a igualdade “como se houvesse uma linha dividida em partes desiguais e ele retirasse a diferença pela qual o segmento maior excede a metade para acrescentá-la ao menor. E quando o todo foi igualmente dividido, os litigantes dizem que receberam ‘o que lhes pertence’ - isto é, receberam o que é igual” (ARISTÓTELES, 1991, p. 126-127).

A partir da ideia de restabelecimento da igualdade entre particulares por meio da redistribuição entre perdas e ganhos da vítima e do ofensor, respectivamente, erigiu-se o sistema de responsabilidade romano, tirando-o da era da vingança privada para o monopólio estatal na aplicação das penas e indenizações.

Nesse sentido, a Lei das XII Tábuas (450 a.C.) constituiu importante marco no sistema de responsabilidade civil, representando a transição entre as espécies de composição dos danos, prevendo situações em que a vítima era obrigada a aceitar a composição legalmente prevista e renunciar à vingança, e outras em que a composição era meramente facultativa (MAZEAUD *et al.*, 1969, p. 14). As ações passaram a ser divididas em reipersecutórias (ações civis por danos e prejuízos), ações penais propriamente ditas (que visavam a aplicação de uma pena privada) e ações mistas, que possuíam elementos de ambas as ações. Tal distinção, no entanto, se mostrou nebulosa, visto que, por exemplo, existiam

regras nas ações reipersecutórias que se assemelhavam à ideia de pena, causando confusão entre os institutos (ALSINA, 1993, p. 28).

A Lei das XII Tábuas previa delitos contra o patrimônio (*furtum*) e contra a pessoa (*iniuria*), porém, percebeu-se que alguns delitos não se enquadravam em uma nem outra situação, tal como aqueles decorrentes de danos ao patrimônio alheio sem resultar em lucro para os autores. Visando a repressão desses danos, realizou-se um plebiscito, proposto pelo Tributo Aquilius, propondo a instituição de uma ação única para danos ao patrimônio alheio, cuja pena consistiria no pagamento do valor equivalente ao prejuízo apurado ou no dobro deste, em caso de desconhecimento ou negativa injustificada do ofensor (ALSINA, 1993, p. 28-29).

Surge, assim, a *Lex Aquilia*, que passa a regulamentar a responsabilidade por danos e traz importantes inovações, como a necessidade, para sua propositura, da observância dos seguintes pressupostos a existência de: (a) dano praticado contra o direito ou sem permissivo legal (*iniuria*)<sup>12</sup>; (b) falta (conduta) positiva<sup>13</sup>, mesmo que levíssima; e (c) dano causado diretamente por contato físico<sup>14</sup> (CASILLO, 1994, p. 36).

A *Lex Aquilia* não previa expressamente a culpa como requisito essencial do dever de indenizar, bastando a verificação da existência de conduta positiva, antijurídica e do dano causado diretamente pelo ofensor. A inserção da culpa como elemento necessário à caracterização do dever de indenizar na responsabilidade delitual seria, pois, uma criação dos jurisconsultos da época, ainda que não conseguissem distinguir com clareza as noções de culpabilidade e ilicitude da conduta (ALSINA, 1993, p. 30).

Cumprir destacar que a *Lex Aquilia* não era à época o único instrumento jurídico destinado à apuração e punição do ofensor, existindo, para alguns casos especiais envolvendo lesões e violações de domicílio, por exemplo, a *Lex Cornelia*, todavia, representava o principal instrumento do direito romano para reparação de danos (CASILLO, 1994, p. 36).

Ainda que sem estabelecer os contornos e fronteiras entre responsabilidade civil e penal, entre indenização e pena, foi no direito romano que se desenvolveu o gérmen da

<sup>12</sup> De acordo com Jorge Bustamante Alsina (1993, p. 30) “bastaba que el daño hubiese sido causado sin derecho, es decir que la persona perseguida no hubiese estado en el ejercicio legítimo de su derecho: la persona que mata al esclavo que lo había atacado no puede ser molestada pues la ley autoriza la legítima defensa”.

<sup>13</sup> Acerca da necessidade de uma conduta positiva, Alsina (1993, p. 31) esclarece que “si un deudor está comprometido hacia su acreedor a un cierto grado de diligencia, es responsable de sus omisiones. La situación era diferente cuando las personas no se hallaban ligadas por un vínculo, pues según el derecho romano, aunque no en moral, nadie es obligado a actuar en interes de otro y las omisiones no pueden por lo tanto comprometer la responsabilidad. Para que hubiese delito era necesario un acto, un hecho por el cual se hubiese inmiscuido uno en la esfera de otro”.

<sup>14</sup> Para fins de responsabilidade era necessário “que el dano consistiere en la destrucción o deterioro material de una cosa corporal (corpus laesum) y que él fuese causado ‘corpore’ es decir por el cuerpo: el contacto mismo del autor del delito. Así, el que mata al esclavo de otro golpeándolo y no encerrándolo y dejándolo morir de hambre” (ALSINA, 1993, p. 30).

responsabilidade civil como conhecemos na atualidade, buscando o restabelecimento do equilíbrio nas relações entre particulares de alguma forma maculada pela conduta de uma das partes.

Após a queda do Império Romano do Ocidente e o advento da Idade Média – e com a consolidação do sistema feudal que lhe é característico - verificou-se um fortalecimento da solidariedade familiar e um retorno ao exercício da vingança privada (voltando até mesmo o homicídio a ser caracterizado como delito privado), o que muitas vezes dava início a verdadeiras guerras particulares. Além do fortalecimento da solidariedade familiar, a fragmentação política e territorial imposta pelo sistema feudal dificultava a unificação de qualquer ordenamento jurídico, dando origem a uma série de regulamentações esparsas (CASILLO, p. 38). A composição entre as partes, outrora obrigatória para o direito romano, volta a ser meramente facultativa, e a intervenção da autoridade pública ou religiosa se limita à oferta de mediação por estas instituições (SANSEVERINO, 2010 p. 23).

Por volta dos séculos XII e XIII, já no declínio da Idade Média, embora subsistissem práticas bárbaras e o exercício da vingança privada, verifica-se uma retomada do prestígio do direito romano, sob influência do direito costumeiro, trazendo a tona novamente da responsabilidade civil e resultando em três importantes avanços na teoria do instituto: (1) a aceitação gradual de que todo dano deveria ser reparado; (2) a busca da cisão entre responsabilidade civil e penal; e (3) estabelecimento de critérios mais objetivos para distinguir as espécies de reparação (pecuniária ou *in natura*) e para quantificar a indenização (SANSEVERINO, 2010 p. 23).

Segundo Jorge Bustamante Alsina (1993, p. 43-44) a separação entre responsabilidade civil e penal teria se consolidado na segunda metade do século XII, principalmente na França, com a condenação de homicidas a uma pena corporal, acrescida da reparação do dano, não deixando dúvida quanto à cumulação da sanção penal pelo delito praticado (punição) e da obrigação de reparar os danos causados (indenização).

Foi também na França que a culpa passou a ser concebida como regra geral para a caracterização do dever de indenizar, sob forte influência das ideias de Domat e Pothier acerca do tema, o que restou consignado no texto do Código Civil francês de 1804 (ALSINA, 1993, p. 44). Domat defendeu, em sua obra *Loix civiles*, a culpa como requisito fundamental para a caracterização do dever de indenizar, tanto na responsabilidade contratual quanto na delitual, enquanto Pothier desenvolveu a teoria da gradação da culpa, dividindo-a em grave (*lata*), leve (*levis*) e levíssima (*levíssima*), admitindo, porém, que na responsabilidade delitual até mesmo a culpa levíssima seria capaz de caracterizar o dever de indenizar (MAZEAUD *et al.*, 1969, p. 15-16).

Queda así expresado na la más autorizada doctrina que precedió e inspiró el Código Civil Francés, el principio según el cual quien ha causado un daño por violar el deber general de conducirse diligentemente para no dañar a otros es responsable del perjuicio ocasionado. Es decir que por haber violado la norma genérica que impone esse deber de conducta o sea por haber actuado culposamente se ha cometido un acto ilícito que da nacimiento al deber de reparar el daño.

La culpa es, en matéria de responsabilidad extracontractual a partir de ese momento, un elemento indispensable de la responsabilidad por atribuir al acto la nota de ilicitud que da nacimiento al deber de resarcir<sup>15</sup> (ALSINA, 1993, p. 44).

No que se refere especificamente à responsabilidade contratual, Pothier defendeu a existência de um dever geral do devedor de conservar o objeto do contrato em caso de obrigação de dar coisa certa, agindo com a prudência que se esperaria na guarda de seus próprios bens, sob pena de caracterização da culpa (ALSINA, 1993, p. 46).

O Código Civil Francês de 1804 (também chamado Código Napoleônico), baseado nos ensinamentos de Domat e Pothier, trouxe a culpa como regra para a caracterização do dever de indenizar, estabelecendo uma cláusula geral responsabilidade subjetiva no artigo 1382 (SANSEVERINO, 2010, p. 23). Referida codificação consignou de forma definitiva a distinção entre responsabilidade civil e penal, entre sanção repressiva e ressarcitória, elencando ainda diversas espécies de responsabilidades específicas – danos causados por filhos, por alunos e prepostos, por animais, por ruínas de edifícios – além de prever expressamente a possibilidade de responsabilização por descumprimento contratual (MAZEAUD *et al.*, 1969, p. 17).

O sistema de responsabilidade objetiva vigente na França a partir da edição do Código Napoleônico, embora tenha sido capaz de regulamentar o ressarcimento de danos de modo satisfatório nas primeiras décadas de sua aplicação, passou a mostrar sinais de desgaste a partir de 1870 e 1880, quando o advento da Revolução Industrial e da utilização do maquinário implementado à época aumentou consideravelmente o número de acidentes decorrentes das relações de trabalho, sem que houvesse a necessidade de conduta humana para a ocorrência de danos físicos e materiais.

A sensível alteração da realidade social e das relações trabalhistas fez nascer a necessidade de proteção das vítimas, originando um esforço legislativo, doutrinário e

---

<sup>15</sup> Tradução livre: “Restou consignado na doutrina mais respeitada que precedeu e inspirou o Código Civil francês, o princípio segundo o qual aquele que tenha causado danos por violar o dever geral de conduzir-se diligentemente para não prejudicar os outros deve ser responsável pelos danos. Isto é, por violar a regra genérica que impõe esse dever de conduta, ou por ter agido culposamente, cometeu ato ilícito, o qual dá origem à obrigação de reparar o dano. A culpa é, em matéria de responsabilidade extracontractual, a partir desse momento, elemento indispensável à responsabilidade para atribuir ao ato o caráter ilícito que dá origem à obrigação de reparar” (ALSINA, 1993, p. 44).

jurisprudencial no sentido de flexibilizar, em benefício destas, as normas de responsabilidade civil (MAZEAUD *et al.*, 1969, p. 17). O resultado deste movimento pela facilitação do ressarcimento às vítimas de danos decorrentes do processo de industrialização foi o surgimento da teoria do risco nos anos de 1870 (CASILLO, 1994, p. 39).

O Código Civil alemão de 1896, conhecido como BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), adotou o método romano de tipificação de delitos e a fórmula francesa de responsabilidade. Assim, ao mesmo tempo em que estabeleceu um conceito geral de ato ilícito no §844, também tipificou os danos indenizáveis oriundos das principais modalidades de ato ilícito, como, por exemplo, o dano morte (SANSEVERINO, 2010, p. 25).

A sistemática adotada pelo Código Civil francês de 1804 inspirou diversas outras codificações pelo mundo, dentre elas o Código Civil brasileiro de 1916, sendo possível vislumbrar quatro fases da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro.

Na primeira fase, anterior ao Código Civil de 1916, a obrigação de ressarcir os danos é regulamentada pela cláusula geral contida no artigo 22 do Código Penal de 1830, o qual previa que a satisfação da vítima deveria ser a mais completa possível – demonstrando a existência, já nessa época, do embrião do princípio da reparação integral.

A segunda fase tem início com a edição do Código Civil de 1916, o qual muito se assemelhava ao sistema adotado pelo código napoleônico, com a existência de uma cláusula geral para conceituação de ato ilícito, seguida da tipificação dos principais danos indenizáveis, limitando a atuação jurisprudencial no reconhecimento de novos danos, não previstos expressamente no código.

A edição da Constituição Federal de 1988 marca o início de uma terceira fase, com o reconhecimento do indivíduo enquanto pilar central do sistema jurídico pátrio e a consequente aceitação da existência dos danos extrapatrimoniais – embora a referência contida no artigo 5º, inciso X seja aos danos morais – afastando o viés meramente patrimonialista do código em vigor e permitindo uma interpretação e aplicação extensivas de suas disposições aos danos não previstos taxativamente.

Por fim, a edição do Código Civil de 2002 inicia a quarta fase, instituindo um sistema baseado em cláusulas gerais, prescindindo da tipificação expressa e taxativa dos danos, de modo a assegurar o amplo e efetivo ressarcimento (SANSEVERINO, 2010, p. 26-27).

Há que se destacar, ainda, que o sistema de responsabilidade civil brasileiro, em que pese tenha como fonte principal o Código Civil de 2002, também se encontra pautado em outras normas especiais, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, que possui

disposições específicas acerca do alcance da responsabilização de fornecedores nas relações de consumo.

Para a caracterização do dever de indenizar foram estabelecidos alguns pressupostos – conduta, culpa, dano, nexo de imputabilidade e nexo de causalidade – cujos conceitos e grau de relevância variaram ao longo da história do instituto, verificando-se uma verdadeira virada paradigmática na concepção da indenização e de suas funções.

### **1.3 Os pressupostos do dever de indenizar: da teoria tradicional às novas balizas da responsabilidade civil na atualidade**

O nascimento do dever de indenizar, enquanto cerne da responsabilidade civil, exige a observância de alguns pressupostos caracterizadores, que visam não somente estabelecer critérios e limites à pretensão ressarcitória, evitando seu uso abusivo, mas, principalmente, pretendem assegurar o ressarcimento da forma mais ampla e justa possível, possibilitando o retorno ou, quando impossível este, ao menos a (re)aproximação da vítima do *status quo ante*, principal objetivo da ideia de responsabilização.

As teorias tradicionais da responsabilidade civil gravitam em torno de alguns pressupostos cuja presença deveria ser necessariamente comprovada pela vítima para a caracterização da obrigação de indenizar do ofensor. Conduta (ato ilícito), dano e o nexo de causalidade entre ambos, com seus limites claros e bem delineados, constituíram durante um longo período os pilares fundamentais da pretensão ressarcitória.

O próprio Código Civil de 2002, ao estabelecer a responsabilidade subjetiva como regra, dispôs que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Como ato ilícito, por sua vez, designou toda ação ou omissão voluntária, negligente ou imprudente que viole direito e cause dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, além de estender o conceito às condutas praticadas em abuso de direito. Desta forma “mantém-se o binômio: ato ilícito + dano = reparação, herdado da teoria clássica e conservado em nosso ordenamento jurídico ao longo dos últimos três séculos” (STOCO, 2014, p. 257).

O instituto da responsabilidade civil foi, portanto, erigido sobre o fundamento da culpa, e nesta condição permaneceu durante longo período de tempo. No entanto, conforme exposto, a responsabilidade civil – em especial a de natureza extracontratual - parece ser o instituto do direito civil que passou pelas mais significativas alterações nos últimos anos, tanto no campo doutrinário quanto produção legislativa, na tentativa de se manter atual e eficaz diante dos novos contornos das relações sociais.

Diversas são as causas de sua acelerada evolução, desde o surgimento de novos inventos mecânicos (maquinário de produção industrial, trens, automóveis, aviões), adensamento populacional, até a constante alteração de fatores produtivos, econômicos, políticos e morais, isso porque “vivemos mais intensamente (Roosevelt) e mais perigosamente (Nietzsche), e, assim, num aumento vertiginoso, crescente e invencível, de movimentos e de motivos para colisões de direitos” (LIMA, 1960, p. 16).

Em face da constante necessidade de adequação surgiram diversos mecanismos destinados ao alargamento da obrigação ressarcitória, tais como a culpa presumida, as hipóteses de responsabilidade objetiva, pelo risco e por fato de terceiro ou de coisa, como exposto no item 1.1.

A construção teórica e o reconhecimento da existência de hipóteses de responsabilidade que prescindissem da culpa, embora representem verdadeiro marco na evolução do instituto, não constituem os únicos instrumentos voltados à ampliação do ressarcimento dos danos. Os pressupostos caracterizadores do dever de indenizar sofreram consideráveis modificações no decorrer das últimas décadas, por meio da reelaboração de seus conceitos, do alargamento de seu alcance e da mitigação de sua prova, os quais serviram de instrumentos para majorar a proteção à vítima e assegurar o mais amplo e completo ressarcimento dos danos.

### **1.3.1 A evolução do conceito de dano, a valorização do interesse juridicamente relevante e os novos danos**

O dano constitui elemento fundamental para a caracterização da responsabilidade civil. Não há dever de ressarcir senão quando evidenciado um prejuízo, injustamente imposto à vítima por outrem.

A ideia de imputação injusta de um prejuízo por terceiro desde os primórdios da convivência social é motivo de repulsa pela coletividade, o que se extrai do exercício da vingança privada, anterior à pretensão estatal de monopolizar o sistema de composição de danos. Nesse sentido, destaca João Casillo (1994, p. 27) que “este antagonismo ao dano é natural, instintivo e antecede a qualquer cogitação de ordem jurídica, existindo mesmo entre as civilizações primitivas e em qualquer indivíduo, incluindo os de pequena cultura ou com menor grau de discernimento”.

O elemento dano pode ser analisado sob mais de um enfoque. Na concepção vulgar, o termo dano remete à destruição, deterioração ou inutilização de um determinado bem, caracterizando, assim, o conceito de dano fático, o qual não está necessariamente ligado à

ideia de alteridade, visto que nada impede que uma determinada pessoa, acidentalmente ou não, cause um prejuízo a si próprio, ao, por exemplo, deixar cair um vaso de significativo valor (CASILLO, 1994, p. 42-43).

Na acepção jurídica, o termo dano adquire outros contornos, tornando-se relevante para o Direito em suas mais variadas esferas. De plano deve-se observar que constituirá dano jurídico a consequência de um ato praticado em desacordo com o princípio do *neminem laedere*. Segundo este princípio

Nadie está autorizado a desbordar su órbita de facultades e invadir la ajena. Si ello ocurre se configura el daño en sentido lato, pero cuando la lesión reace em los bienes que constituyen el patrimonio de una persona, la significación del daño se contrae y se concreta en el sentido estricto de daño patrimonial.

Si se causa un daño no justificado a un tercero menoscabando su patrimonio, es conforme al señalado principio de justicia que el autor responda mediante el debido resarcimiento que ha de restablecer el patrimonio a su estado anterior<sup>16</sup> (ALSINA, 1993, p. 157).

O dano, portanto, ainda que se verifique no universo físico (dano fático), para ser concebido com sentido jurídico, deve afetar um bem ou interesse juridicamente tutelado, enquanto consequência de um ato praticado em desobediência ao princípio geral do *neminem laedere*, obtendo assim a relevância necessária para gozar da proteção estatal. É possível afirmar, desta forma, que “[...] nem todo dano é reparável. Cumpre se mostre injusto, configurando-se pela invasão, *contra ius*, da esfera jurídica alheia, ou de valores básicos do acervo da coletividade, diante da evolução operada nesse campo” (BITTAR, 2015, p. 30).

São dois, por conseguinte, os elementos exigidos para o reconhecimento da ressarcibilidade do dano, sendo um de fato e um de direito, prejuízo e lesão jurídica, respectivamente (MONTENEGRO, 1999, p. 6). Constitui a antijuridicidade elemento central do dano ressarcível, na medida em que somente será facultado à vítima o direito de pleitear ressarcimento daqueles prejuízos oriundos de conduta do autor que viole a ordem jurídica. Além destes, a certeza e atualidade do dano compõem a série de requisitos necessários à pretensão de indenização da vítima.

Infundáveis debates cercam o conceito de dano desde os primórdios da responsabilidade civil no direito romano, um exemplo está na variação da acepção do termo

---

<sup>16</sup> Tradução livre: “ninguém está autorizado a exceder sua órbita de facultades e invadir a alheia. Se isto ocorre configura-se o dano em sentido lato, mas quando a lesão recai sobre os bens que constituem o patrimônio de uma pessoa, o significado do dano se concretiza no sentido estricto de dano patrimonial. Se causado um dano injustificado a um terceiro depreciando assim seu patrimônio, condiz com o princípio de justiça que o autor responda pelo devido ressarcimento para restabelecer o patrimônio a seu estado anterior” (ALSINA, 1993, p. 157).

*damnum* ao longo do tempo: inicialmente o termo fazia referência a todas as espécies de prejuízos causados por terceiro e, tempos depois, passou a representar apenas as lesões imputadas a bens materiais, passando a ser denominada *injuria* a lesão contra a personalidade física do homem livre (MONTENEGRO, 1999, p. 6).

Na atualidade, a variação do conceito de dano reside, especialmente, entre as duas teorias mais difundidas: a teoria da diferença e a teoria do interesse. Para a primeira, o dano não reside na destruição de um bem o objeto, mas na redução patrimonial que ela acarreta<sup>17</sup>, já a segunda compreende o dano como sendo qualquer lesão a interesse jurídico (MONTENEGRO, 1999, p. 6).

Com a dificuldade da teoria da diferença, eminentemente patrimonial, em se adequar aos danos imateriais, os quais cada vez mais vêm sendo objeto de pretensão ressarcitória, a teoria do interesse vem obtendo maior destaque e aceitação entre juristas. Isso porque o conceito meramente patrimonialista de dano não se coaduna com a ideia fundamental de dignidade da pessoa humana e com os bens jurídicos existenciais dela decorrentes, os quais embora demandem e mereçam a tutela estatal, não possuem natureza econômica imediata.

Hans Fisher (*apud* MONTENEGRO, 1999, p. 7) afirma que “dano é todo o prejuízo que o sujeito de direito sofre através da violação de seus bens jurídicos, com exceção única daquele que a si mesmo tenha inferido o próprio lesado: esse é juridicamente irrelevante”<sup>18</sup>. No mesmo sentido Carlos Alberto Bittar (2015, p. 18) define o dano como sendo “qualquer lesão injusta a componentes do complexo de valores protegidos pelo Direito”. Antônio Lindbergh C. Montenegro (1999, p. 10) define dano como “prejuízo que alguém sofre em um bem jurídico, contra a sua vontade”. Nota-se, portanto, uma tendência atual ao reconhecimento do conceito ampla de dano, que extrapola os limites da patrimonialidade, assegurando a proteção a bens e interesses juridicamente relevantes sem caráter primordialmente econômico<sup>19</sup>. Pode-se dizer, assim, que os danos

<sup>17</sup> Jaime Santos Briz (1970, p. 125), ao tratar do conceito de dano para a teoria da diferença afirma que “el daño se determina mediante una operación de cálculo, comparando la situación real del patrimonio después del evento dañoso y el estado imaginario que presentaría se este no hubiese ocurrido”.

<sup>18</sup> Observa-se, ainda, a utilização por alguns autores dos termos dano e prejuízo como sinônimos, embora seja mais correto diferenciá-los, podendo-se afirmar que “o dano é o prejuízo resultante de uma lesão a um direito. Enquanto não se relaciona com uma lesão a um direito alheio, o prejuízo pode-se dizer ‘platônico’. A responsabilidade civil requer ambos, a lesão a direito e prejuízo” (AMARAL; PONA, 2012, p. 25).

<sup>19</sup> Jorge Bustamante Alsina (1993, p. 234-235) traz esclarecedora diferenciação entre bens jurídicos e interesses legítimos, a qual convém lembrar, quando afirma que “bien jurídico es todo objeto material o inmaterial sea de valor económico o no, que sirve el hombre para satisfacer sus necesidades. Interés legítimo es aquel que impulsa al hombre para realizarse mediante la satisfacción de las exigencias físicas y espirituales consustanciales con la naturaleza humana. Todo interés legítimo goza de protección legal mediante los poderes de actuación que constituyen los derechos subjetivos. El objeto del daño en sentido jurídico no es otra cosa que un interés humano jurídicamente tutelado. [...] Los bienes jurídicos son entonces las cosas que constituyen objeto de los derechos mismos. Son también bienes jurídicos los atributos o calidades de la persona humana como sujeto de derecho, e

Constituem, desse modo, perdas, de ordem pecuniária ou moral, que alteram a esfera jurídica do lesado, exigindo a respectiva resposta, traduzida, no plano do Direito, pela necessidade de restauração do equilíbrio afetado, ou compensação pelos traumas sofridos, que na teoria em questão se busca atender. É que de bens espirituais e materiais necessitam as pessoas para a consecução de seus objetivos, na integridade da vida humana (BITTAR, 2015, p. 30).

Se existe certa divergência acerca do conceito de dano, tal não ocorre quanto à necessidade de categorizá-lo de acordo com algumas características, que remontam, por exemplo, à natureza do bem jurídico ou interesse lesado, à origem do dano, ao tempo e à certeza de sua ocorrência. Cumpre frisar que determinado dano pode, e provavelmente irá, se enquadrar em várias categorias, considerando que versam sobre aspectos diversos.

Quanto à natureza do bem jurídico violado, podem os danos ser divididos em patrimoniais (ou materiais) e extrapatrimoniais (não patrimoniais ou imateriais). Os primeiros produzem uma depreciação de bens ou interesses da vítima que sejam valoráveis em dinheiro de forma imediata, já os danos extrapatrimoniais são, em princípio, aqueles cuja valoração em dinheiro não tem a base de equivalência que caracteriza os patrimoniais, por afetar bens jurídicos ou interesses de difícil valoração pecuniária (BRIZ, 1970, p. 139).

A denominação dos danos sem imediato conteúdo patrimonial durante décadas suscitou controvérsias doutrinárias, sendo chamados por alguns autores simplesmente de danos morais, denominação esta que pode ser observada na redação do artigo 5º, inciso X da atual Constituição Federal, que assegura a indenização em casos de “dano material ou moral” e do artigo 186 do Código Civil Brasileiro, ao afirmar que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, *ainda que exclusivamente moral*, comete ato ilícito”. Entretanto, o reconhecimento de novos interesses juridicamente tutelados e, por consequência, de novos danos, tornou evidente a necessidade de ampliação da categoria dos danos sem reflexos patrimoniais imediatos, para abarcar não somente aqueles compreendidos como danos morais, mas aqueles cuja lesão recaísse sobre outros bens jurídicos de natureza pessoal, existencial e todos aqueles que não se enquadrassem como patrimônio do indivíduo. Passa-se, assim, à ampliação da categoria de tais danos, (re)nomeando-os como extrapatrimoniais, não-econômicos, não-patrimoniais ou

---

igualmente los valores existenciales de Ella que constituyen los derechos de la personalidad, tales como la vida, la libertad, la salud, la integridad corporal, el honor, la intimidad, la imagen, etcétera”.

imateriais, terminologias adotadas na maior parte das obras recentes sobre responsabilidade civil<sup>20</sup>.

A expressão dano moral tem sido duramente criticada. Em seu lugar propõem-se denominações como dano imaterial ou ideal, dano extrapatrimonial ou não-patrimonial.

E por que não dano moral?

É que o dano, sem ser patrimonial, pode não ser simplesmente moral, como a dor física que se experimenta em consequência de uma ferida, justifica-o MINOZZI.

[...] Na verdade, a denominação dano imaterial ou ideal é a que tecnicamente melhor se adapta para caracterizar a ofensa àqueles direitos inerentes à personalidade. Possui ainda a vantagem de fazer compreender em sua órbita, tanto aqueles danos que o direito tradicional qualifica como danos morais indiretos (com reflexos no patrimônio), quanto os danos puramente morais (sem reflexos no patrimônio)<sup>21</sup> (MONTENEGRO, 1999, p. 20-21).

No que tange à origem dos danos, classifica-os a doutrina em contratuais e extracontratuais. Tal cisão remete à subdivisão da própria responsabilidade civil em contratual e extracontratual, tema já tratado em item anterior (1.1). Desta forma, será contratual o dano que decorra de uma relação negocial previamente existente entre as partes e com ela guarde pertinência e extracontratual aquele cuja origem não possui ligação com qualquer pacto anterior firmado entre as partes, ou seja, aqueles que tiverem por origem determinada conduta do agente que ofendeu ao dever geral de cautela, de observância obrigatória nas relações sociais.

Em relação ao tempo de sua ocorrência, podem os danos ser classificados em atual e futuro, sendo o primeiro aquele em relação ao qual o ato ilícito gerador já se encontra consumado e com suas consequências devidamente delineadas, enquanto o segundo, apesar da ocorrência do dano ilícito, este ainda não produziu todos os efeitos danosos, embora sua efetivação seja certa (MONTENEGRO, 1999, p. 25). Antonio Lindbergh C. Montenegro (1999, p. 25) afirma ainda que alguns autores estabelecem uma relação entre danos atuais e futuros com os danos certos, ou seja, aqueles cuja existência já está absolutamente determinada, e danos eventuais, sendo estes aqueles com real probabilidade de efetivação, porém sem que se possa determinar a certeza de sua ocorrência, todavia, tal liame não

<sup>20</sup> Cabe destacar, porém, que a despeito da prevalência da ampliação do gênero danos extrapatrimoniais para a inclusão, dentre eles, da espécie dos danos morais, alguns autores ainda mantêm a equiparação das figuras dos danos extrapatrimoniais e morais, a exemplo de Carlos Alberto Bittar em *Reparação civil por danos morais*, ao enquadrá-los como todos aqueles que repercutem “sobre a esfera personalíssima do titular” (2015, p. 34) e Rui Stoco, em seu *Tratado de responsabilidade civil* ao classificar o dano “extrapatrimonial, também denominado moral ou imaterial” (2014, p. 1664).

<sup>21</sup> No presente trabalho, com a devida vênia ao entendimento do citado autor, adotar-se-á o termo danos extrapatrimoniais, diretos e indiretos, a depender de sua repercussão, para fazer referência a toda a categoria de danos que não possuam reflexos imediatos no patrimônio do lesado, podendo, assim, ser aferidos de plano em pecúnia.

necessariamente se verifica de fato, já que é possível a existência de um dano futuro e certo (a exemplo dos lucros cessantes devidamente comprovados) ou mesmo de um dano futuro e eventual que, apesar de destituído da certeza de sua ocorrência, pode gerar a obrigação de indenizar, como prevê a teoria da perda de uma chance.

Esboçadas as principais categorias de danos mencionadas na doutrina, faz-se imprescindível compreender as substanciais alterações na concepção de dano verificadas nas últimas décadas, as quais decorreram de uma ampliação dos riscos sociais, e que vem alterando toda a sistemática da responsabilidade civil na atualidade. Alvino Lima (1960, p. 16-17) ainda nos anos 1960 já destacava tal questão, ao afirmar que

A intensidade da vida e a densidade das populações aproximam, a mais e mais, os homens, intensificando as relações de vizinhança, fonte perene de responsabilidade extracontratual. Os perigos advindos dos novos inventos, fontes inexauríveis de uma multiplicidade alarmante de acidentes, agravados pela crescente impossibilidade, tanta vez, de se provar a causa do sinistro e a culpa do autor do ato ilícito, forçaram as portas, consideradas, até então, sagradas e inexpugnáveis da teoria da culpa, no sentido de se materializar a responsabilidade, numa demonstração eloquente e real de que o Direito é, antes de tudo, uma ciência nascida da vida e feita para disciplinar a própria vida.

Ao lado das causas materiais apontadas, fatores econômicos, sociais, políticos e influências de ordem moral vieram precipitar a evolução da responsabilidade civil extracontratual, ao ponto de se afirmar que, em nenhuma outra matéria jurídica, o movimento de ideias foi tão acentuado nestes últimos dez anos.

O exponencial aumento dos danos, oriundo da massificação das relações de consumo, do advento dos recursos informáticos e da internet, com a ampliação do alcance dos efeitos dos atos lesivos praticados nestes contextos, bem como da manipulação genética e o aperfeiçoamento das técnicas de reprodução assistida, dentre outros fatores, fez surgir a necessidade da facilitação de defesa dos interesses das vítimas de tais eventos.

Se o reconhecimento de novos danos, como o biológico e o existencial, outrora impensados em termos de ressarcimento, torna-se medida essencial para evitar a ocorrência de danos irressarcidos, estimulando, assim, práticas lesivas, em contrapartida a ampliação da concepção de dano faz surgir uma verdadeira pandemia, em que todo e qualquer evento contrário à vontade ou à necessidade do indivíduo o leva a buscar uma indenização, provocando uma excessiva - e muitas vezes arbitrária - judicialização da vida social.

É notório que a sociedade atual tem como característica o espelhamento na figura dos ídolos, os quais “constituem a personificação da felicidade, estabelecem metas de plenitude inalcançáveis, com a paralela dificuldade em aceitar a infelicidade e a tristeza como sentimentos humanos: *‘toda frustração torna-se prejuízo a exigir um responsável’*, nas

palavras críticas de Philippe Le Tourneau” (LEVY, 2012, p. 11). Neste contexto, o dano deixa de ser um efetivo prejuízo para representar a frustração e a sensação de não atingir o (inatingível) nível de bem-estar daqueles eleitos como ídolos, o que significa que “o Direito começa, perigosamente, a tutelar vaidades e ambições” (LEVY, 2012, p. 11).

Torna-se imprescindível, assim, uma reformulação da noção de dano para, de um lado, compreender as lesões decorrentes da expansão do risco social, assegurando a máxima proteção ao indivíduo e à sociedade e, de outro, refrear o ímpeto de mobilização do Poder Judiciário em face de toda e qualquer frustração em busca de ressarcimento.

É compreensível, diante das expressivas alterações nas formas de interação humana, que a noção de dano passe por considerável modificação. Outrora considerado somente como resultado de uma lesão a direito subjetivo – ou seja, àquele diretamente ligado a um direito objetivo positivado –, houve nas últimas décadas uma ampliação dos bens jurídicos considerados objeto do dano ressarcível para abarcar a ideia de interesses juridicamente relevantes.

A limitação dos danos às lesões a direitos subjetivos fundava-se na “permissão legal, dada pelo ordenamento, faculdade concedida pela norma para o sujeito agir dentro do círculo e na persecução de seus particulares interesses, e causasse dano, esse seria passível de reparação, haja vista a previsão legal de proteção ao direito violado” (AMARAL; PONA, 2012, p. 26).

Embora tenha embasado satisfatoriamente o sistema de responsabilidade civil durante os séculos XIX e início do século XX, a restrição do dano indenizável às lesões a direitos subjetivos já não atendia à compreensão do indivíduo enquanto ser humano em sua plenitude, pois, evidentemente, nem todos os interesses deste, legítimos ao desenvolvimento de suas potencialidades, estavam resguardados em norma jurídica positivada. Isso posto, passou-se a admitir o ressarcimento de danos oriundos da violação de interesses, não sendo estes considerados, “contudo, como lesão indiscriminada a interesse qualquer, mas, sim, em verdade, o vilipêndio que, tendo em vista a ordem jurídica, deveria ser evitado ou então reparado, o que demonstra a necessidade da configuração de um dano antijurídico, injusto” (AMARAL; PONA, 2012, p. 27). Assim sendo

[...] Considerou-se injusto o dano oriundo de qualquer lesão causada a interesse juridicamente relevante, não amparado em uma determinada causa de justificação, tese superada em razão da máxima existente no ordenamento italiano, tal como no brasileiro, de que tudo o quanto não seja expressamente proibido é permitido.

Destacou-se na Sentença nº. 500/99, de igual modo, a não ressarcibilidade da lesão a simples acontecimentos, como o interesse de fato, mas digna de tutela, a lesão a interesses relevantes para o ordenamento jurídico.

Não basta, entretanto, a mera relevância jurídica de um interesse para que se infira a injustiça do dano, uma vez que muitos interesses, embora juridicamente relevantes, não ingressam na tutela extracontratual.

[...] Consequentemente, pode-se asseverar que injusto é, então, segundo a doutrina italiana, o dano causado pelo agente que, agindo culposa ou dolosamente, viole interesses juridicamente relevantes ou tutelados da vítima, pelo que deve ser responsabilizado, como decorrência da imperatividade da regra que ninguém tem o direito de causar dano a outrem (AMARAL; PONA, 2012, p. 29-30).

Na condição de interesses juridicamente relevantes devem-se selecionar todos aqueles que condizem com os princípios e valores adotados por determinado Estado para reger as relações sociais estabelecidas sob a égide de seu ordenamento jurídico, dotados esses interesses, portanto, da legitimidade necessária para buscar a atuação para sua proteção. Tomando por exemplo o ordenamento brasileiro, a análise de legitimidade de um interesse cuja lesão torne ressarcível o dano, “deve pautar-se pela opção realizada pelo constituinte de proteção da dignidade da pessoa humana, redução das desigualdades, construção da sociedade livre, justa e solidária, erradicação da pobreza, se tal interesse se relaciona com os direitos fundamentais mais relevantes” (AMARAL; PONA, 2012, p. 33).

Com a expansão da noção de dano de forma a conceber os interesses legítimos e aqueles juridicamente relevantes enquanto objeto de proteção estatal, verificou-se um movimento de ampliação exacerbada por parte da doutrina dos chamados danos ressarcíveis, em especial aqueles de natureza extrapatrimonial, conforme pontua Anderson Schreiber (2013, p. 84-85), quando afirma que o significativo desenvolvimento dos direitos da personalidade e o reconhecimento de danos que ultrapassam a esfera da individualidade para atingir a sociedade ou um setor desta, atingindo interesses transindividuais, supraindividuais e coletivos, os quais passaram a ser considerados dignos de proteção estatal, tornando inevitável uma reflexão acerca do caráter primordialmente individual e patrimonial dos danos, como se via até então.

Cumprido frisar que até o advento da dignidade humana como parâmetro constitucional para a criação e interpretação de normas, a proteção ao indivíduo tinha como objetivo assegurar a preservação da força de trabalho, instrumento de produção de riquezas durante a Revolução Industrial e a ascensão do capitalismo que a ela se seguiu. Todavia, a compreensão de que a produtividade do indivíduo encontra-se diretamente relacionada ao seu bem-estar e que, somente diante da manutenção deste o sistema é capaz de (se re)produzir passou-se à aceitação do homem em suas potencialidade e concretude, superando o paradigma do *homo faber* para reconhecer o indivíduo não somente enquanto destinatário das normas jurídicas, mas como o próprio paradigma de sua interpretação (LEVY, 2012, p. 19-20).

Desta forma, pode-se afirmar que a concepção da dignidade humana como valor fundamental de grande parte das Constituições dos séculos XX e XXI elevou os direitos da personalidade e todos aqueles relacionados à existência humana a um novo patamar, refletindo diretamente nas relações privadas e nas consequências oriundas dos liames intersubjetivos estabelecidos nas mais diferentes esferas jurídicas (SCHREIBER, 2013, p. 90-91).

Embora tenha representado um salto evolutivo na teoria da responsabilidade civil, a ampliação da noção de dano produz reflexos mais expressivos na definição dos danos extrapatrimoniais, pois nesse campo a lesão repercute de forma diferenciada em cada indivíduo, carecendo de um critério objetivo para sua aferição (SCHREIBER, 2013, p. 109). Nesse contexto

[...] fazer depender a configuração do dano moral<sup>22</sup> de um momento consequencial (dor, sofrimento, etc.) equivale a lançá-lo em um limbo inacessível de sensações pessoais, íntimas e eventuais. Da mesma forma, defini-lo por via negativa, como todo prejuízo economicamente incalculável, acaba por converter o dano moral em figura receptora de todos os anseios, dotada de uma vastidão tecnicamente insustentável. A definição de dano como lesão a um interesse tutelado, muito ao contrário, estimula a investigação sobre o objeto da lesão – a fim de se aferir seu merecimento de tutela ou não, possibilitando a seleção dos danos ressarcíveis (SCHREIBER, 2013, p. 109).

Vive-se atualmente, portanto, uma substancial mudança paradigmática no instituto da responsabilidade civil, em que, de um lado, busca-se ampliar o rol de danos ressarcíveis de modo a garantir a proteção social contra os riscos cada vez mais presentes em decorrência dos inúmeros fatores intensificadores da quantidade e complexidade das relações humanas, e, de outro, busca-se reprimir a ocorrência de demandas frívolas oriundas da efetiva judicialização da vida social e da hipersensibilidade do indivíduo às frustrações naturais da vida.

### **1.3.2 Os novos contornos do nexo de causalidade e seus reflexos no dever de indenizar**

As alterações experimentadas pelo instituto da responsabilidade civil não se limitam ao elemento dano, apesar das substanciais modificações analisadas acima. O nexo de causalidade, seus contornos e limites também passaram pelo elastecimento indispensável à sua adequação à realidade social nos tempos pós-modernos.

---

<sup>22</sup> Destacando que o autor citado utiliza a nomenclatura de dano moral como gênero, em contraposição ao dano patrimonial.

O nexu causal constitui o segundo elemento de análise para a imputação do dever de indenizar, pois, uma vez verificada a existência do dano, é preciso relacioná-lo à conduta de um agente para poder identificar o autor da lesão e, somente então, adentrar à seara da culpa (ou de sua dispensa) na configuração da responsabilidade civil.

Mais do que puramente jurídico, o conceito de nexu causal tem sua origem nas leis da física ou da lógica, constituindo “o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano; determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 49).

Com base na admissão do nexu de causalidade como pressuposto da responsabilidade civil, pode-se concluir que não basta a prática de uma conduta ilícita pelo agente, tampouco que tenha a vítima experimentado um dano. Mais do que isso,

É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado nexu causal. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 49).

Há que se destacar, todavia, que nem todo nexu de causalidade natural ou lógico pode ser concebido como jurídico<sup>23</sup>, de modo que nem todas as causas que no mundo dos fatos deram origem a determinado evento podem ser consideradas para a responsabilização do agente, sob pena de ampliação infinita do dever de indenizar, condenando-se, por exemplo, o marceneiro que construiu a cama sobre a qual se consumou um adultério como partícipe (SCHREIBER, 2013, p. 55).

Desta forma, “a consideração abstrata das pessoas, que podem causar dano, bem como a dos danos ou prejuízos causados, só nos conduz à ideia de dano ressarcível, quando haja possibilidade de se estabelecer uma relação entre certa infração, cometida por alguém, e o dano, que daí se originou” (ALVIM, 1980, p. 340).

A dificuldade em se estabelecer o nexu causal decorre do fato de que nem sempre o liame entre conduta e dano é linear, podendo ser entremeado de outros elementos que atuam

---

<sup>23</sup> “Se fisicamente, ou metafisicamente, logicamente ou ontologicamente, aqueles elementos, sem os quais o acontecimento danoso não teria acontecido, têm todos ou quase todos, o caráter de elementos causais, ou de concausas, juridicamente, pelo contrário, não se podem reputar causas senão unicamente os fatos ilícitos” (MOSCA apud ALVIM, 1980, p. 349).

de forma mais ou menos decisiva na produção do resultado lesivo. Pode ocorrer que “um só dano deva ser atribuído a diversas causas ou, ainda, haver vários danos de diversas naturezas ligados a um só fato ou a fatos diversos, sem se poder saber quais seriam os danos determinados por cada fato” (STOCO, 2014, p. 228).

É preciso considerar ainda que os acontecimentos são sempre fenômenos complexos, resultados de fatores diversos que atuam como condicionantes, atuando em concorrência para a verificação do resultado, que, no caso, seria o dano cuja reparação se pretende. Ao pensar em um fato, deve-se considerar a ocorrência de uma modificação no mundo exterior que se dá em determinado local e momento, mediante a intervenção de coisas e pessoas que constituem elementos atuantes. Cada acontecimento não é senão o elo de uma cadeia causal, em que se relacionam fatos que o antecedem e sucedem<sup>24</sup>. Desta forma, determinar em cada caso qual dos acontecimentos antecedentes constituem a causa de certo resultado é questão que há muito tempo preocupa filósofos e juristas (ALSINA, 1993, p. 261).

O nexo de causalidade assume particular relevância na atualidade em decorrência da ampliação das hipóteses de responsabilidade pelo risco e objetiva, em que a aferição da culpa é prescindível ou irrelevante (ALVIM, 1980, p. 342). Nesse contexto, a comprovação do nexo causal passa a ser a última barreira existente entre o dano e o dever de indenizar.

Amplio debate se estabeleceu acerca do nexo causal e das diversas formas de estabelecer a relação entre conduta e dano para fins de responsabilização, dando origem às principais teorias da causalidade: da equivalência das condições, da causalidade adequada, da causalidade eficiente e da causa direta e imediata.

A teoria da equivalência das condições aceita qualquer das causas como eficiente, compreendendo que, suprimida uma delas, não se verificaria a ocorrência do dano (ALVIM, 1980, p. 345). Tal teoria, entretanto, leva a conclusões inadmissíveis, como a responsabilização do indivíduo pelo resultado final do evento danoso, por menor que tivesse sido sua participação no complexo fático determinante do prejuízo (ALSINA, 1993, p. 262).

O problema da teoria da equivalência das condições reside, portanto, no efeito expansionista que atinge na seara civil, eis que o sistema de responsabilidade civil trazido pelo Código Civil de 2002 é regido por uma cláusula geral caracterizadora do ato ilícito, a qual afasta a tipicidade da conduta geradora do dano (SCHREIBER, 2013, p. 57). Nessas circunstâncias, o nexo de causalidade poderia estender a indivíduos sem ligação direta com a

---

<sup>24</sup> Agostinho Alvim (1980, p. 343) afirma que “a teoria do nexo causal, como acentuamos, encerra muitas dificuldades. A razão disto está em que a pesquisa da verdadeira causa do dano nem sempre é fácil, dado o aparecimento de concausas, que podem ser sucessivas – danos sucessivos, o último dos quais só se explica pelos seus antecedentes; ou, concomitantes – um só dano, ocasionado por mais de uma causa. Toda causa é causa em relação ao efeito que produz, mas é efeito, em relação à causa que o produziu, estabelecendo-se, deste modo, uma cadeia indefinida de causas e efeitos”.

produção do dano o dever de indenizar, obrigando, por exemplo, o fabricante de munição a indenizar a família da vítima de bala perdida, visto que se não a houvesse produzido, jamais se verificaria o evento morte gerador dos danos de diversas espécies (material, moral, etc.).

A teoria da causalidade adequada, por sua vez, defende que as causas não atuam com igualdade de forças na produção de um resultado danoso, de modo que será considerado como causa o antecedente que, além de necessário, seja o mais adequado à produção do resultado. “assim, ao contrário da ‘teoria da equivalência’, nem todas as condições serão consideradas causa, mas tão somente aquela que for a mais apropriada a produzir o resultado, ou seja, aquela que, de acordo com a experiência comum, for a mais idônea à realização do evento danoso” (STOCO, 2014, p. 229).

Limita-se a teoria da causalidade adequada, desta forma, aos fatores determinantes do dano, afastando-se daqueles que constituem mero elemento acidental e que por si só não seriam adequados à produção da lesão. Nesse exercício, deve o juiz retroceder somente até o momento da ação ou omissão, verificando se esta se mostra idônea para a produção do dano, atuando com fundamento em um juízo de probabilidade e previsibilidade das consequências pelo agente, com base no homem médio (GARCEZ NETO *apud* STOCO, 2014, p. 229).

A ponderação acerca da adequação da causa é promovida de forma abstrata, baseada em um princípio de normalidade, ou seja, se o resultado produzido pela conduta do agente condiz com aquele que se verifica em situações semelhantes (SCHREIBER, 2013, p. 58).

A análise *in abstracto* do nexa causal e a fragilidade do juízo de probabilidade – até que ponto o provável em abstrato se converteria em certeza no caso concreto? – são as principais críticas formuladas em torno da teoria da causalidade adequada. Sobre o tema, indaga Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 52)

Como estabelecer, entre várias condições, qual foi a mais adequada? Não há uma regra teórica, nenhuma fórmula hipotética para resolver o problema, de sorte que a solução terá que ser encontrada em cada caso, atentando-se para a realidade fática, com bom-senso e ponderação.

Causa adequada será aquela que, de acordo com o curso normal das coisas e a experiência comum da vida, se revelar a mais idônea para gerar o evento.

Diante da necessidade de reduzir o campo de incertezas deixado pela ideia de adequação da causa foi elaborada a teoria da causalidade eficiente, a qual se assemelha, em certa medida, à da causalidade adequada, ao buscar quais as condições concorrentes idôneas para a produção de determinado resultado. A diferença essencial entre ambas, contudo, está na forma como devem tais circunstâncias ser analisadas para a determinação da causa eficiente: enquanto a causalidade adequada se baseia em um juízo de normalidade, em que as

circunstâncias são ponderadas em abstrato, na causalidade eficiente estas devem ser aferidas em concreto, para identificar a relevância de cada uma delas, a fim de verificar qual a mais eficiente na realização do dano (SCHREIBER, 2013, p. 59). À teoria da causalidade eficiente são tecidas as mesmas críticas destinadas à teoria da causalidade adequada, quanto à inexistência de critérios para estabelecer quais condições seriam mais ou menos eficientes em relação a outras (ALSINA, 1993, p. 263).

As teorias da equivalência das condições, da causalidade adequada e da causalidade eficiente se mostraram incapazes de oferecer respostas satisfatórias à questão da delimitação do nexos causal para fins de responsabilização na seara civil, ora em razão da exagerada amplitude, ora da inexatidão de critérios, abrindo espaço para o advento da teoria da causalidade direta ou imediata (também chamada de teoria da interrupção do nexos causal), a qual “considera sinônimas e reforçativas as expressões dano direto e dano imediato, ambas identificadas com a ideia da necessariedade do liame entre causa e efeito” (TEPEDINO, 2002, p. 10).

O dever de reparar, portanto, nasce quando o dano constitui efeito necessário de determinada causa, de modo que se pode “identificar, assim, na mesma série causal, danos indiretos, passíveis de ressarcimento, desde que sejam consequência direta (o adjetivo pode ser aqui empregado), porque necessária, de um ato ilícito ou atividade objetivamente considerada” (TEPEDINO, 2002, p. 10). Tal compreensão de causa como elemento necessário à produção do resultado danoso dentro do contexto da causalidade direta ou imediata é denominada subteoria da necessariedade da causa.

A qualificação da causa como direta e imediata, vale destacar, não guarda relação com a proximidade ou a sucessão temporal entre conduta e dano, mas sim à ideia de implicação decisiva da conduta na produção da lesão cuja indenização se pretende, ou seja, “o que caracteriza a imediatidade não é a contiguidade entre a inexecução e o dano e, sim, precisamente, a eliminação de concausas”<sup>25</sup> (ALVIM, 1980, p. 368).

A teoria da causalidade direta ou imediata exige a análise das condutas dos agentes, deixando de lado causas naturais e fatos voluntários não ilícitos. Em suma, “se o novo dano origina-se de fato natural, ou de pessoa não-imputável, subsiste a responsabilidade do causador do primeiro dano; se o causador do segundo dano é pessoa imputável e o ato é ilícito, desaparece a responsabilidade do primeiro” (ALVIM, 1980, p. 350).

---

<sup>25</sup> Em que pese Arruda Alvim se refira especificamente ao dano oriundo da inexecução de obrigações, objeto da obra citada, tal conceito de imediatidade se estende às causas determinantes de danos extrapatrimoniais por força dos elementos de similaridade observados entre ambas as categorias de responsabilidade civil, conforme tratado no item 1.1, ao qual se remete o leitor.

O Código Civil brasileiro de 2002, segundo alguns autores<sup>26</sup>, demonstra sua adesão à teoria da causalidade direta ou imediata ao dispor em seu artigo 403 que “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”, evidenciando que somente os danos resultantes direta e imediatamente da conduta do agente seriam passíveis de indenização, rompendo-se o nexo em relação àqueles que porventura não tenham origem naquele determinado ato ilícito.

Observa-se ainda uma tendência dos tribunais brasileiros de fixar de forma intuitiva o nexo de causalidade, sob a influência de todas as correntes antes mencionadas, invocando sem critérios bem definidos a teoria da causalidade adequada, da interrupção do nexo causal, e da *conditio sine qua non*, na busca de estabelecer a relação de implicação necessária entre causa e efeito, de modo a demonstrar que o resultado danoso foi consequência direta da conduta lesiva. Dito isso, pode-se afirmar que para compreender o panorama da causalidade na jurisprudência brasileira, mais importante do que se ater às designações das teorias, muitas vezes tratadas de modo eclético ou atécnico pelos tribunais, é perceber a motivação de tais decisões, nas quais estão arraigados os fundamentos da teoria da causalidade necessária (TEPEDINO, 2002, p. 11).

A indefinição dos tribunais acerca de qual a linha teórica adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro e a lacuna legal sobre o tema – eis que não é possível concluir com convicção da redação do artigo 403 do Código Civil que o ordenamento pátrio se limita à teoria da causa direta ou imediata – é justamente o permissivo necessário para permitir uma compreensão mais flexível do nexo de causalidade, com vistas a assegurar o ressarcimento da vítima de forma mais ampla. Instrumentos como as presunções de nexo causal, a utilização de regras comuns de experiência e a relativização das excludentes de causalidade (a exemplo da teoria do fortuito interno como elemento de manutenção da responsabilidade do agente), associados a outros fatores de cunho social, político, moral, econômico, ideológico, dentre outros, muitas vezes convergem para viabilizar um ressarcimento à vítima sem a cabal comprovação da relação causal direta entre conduta lesiva e dano (SCHREIBER, 2013, p. 65-67).

Tal como ocorre em decorrência da ampliação da noção de culpas para fins de reparação, a flexibilização e relativização do nexo causal representam duas faces da mesma moeda: se de um lado permitem ampliar o acesso das vítimas à reparação por facilitar a comprovação da relação de causalidade (ou mesmo dispensá-la), de outro constituem um

---

<sup>26</sup> Vide Anderson Schreiber, op. cit., p. 60, e Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, op. cit., p. 162.

estímulo a demandas temerárias e infundadas, diante da possibilidade de adoção de um posicionamento menos técnico e mais social do Poder Judiciário.

Mesmo diante deste novo panorama e dos desafios que se colocam ao enfrentamento pelos juristas, constitui o nexo de causalidade elemento de vital relevância na caracterização da obrigação de indenizar, constituindo um dos pilares que fundamentam todo o sistema de responsabilidade civil previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

### **1.3.3 A evolução do conceito de culpa e seu papel no direito brasileiro**

A exemplo do que se verificou com os dois primeiros pressupostos da responsabilidade civil acima tratados – dano e nexo de causalidade – também a culpa vem sendo objeto de reestruturação doutrinária e jurisprudencial, a fim de promover a facilitação do ressarcimento, quando experimentados danos injustos pela vítima.

A culpa, em que pese demande análises teóricas próprias, não pode ser vista de forma dissociada da ideia de conduta, na medida em que constitui justamente o elemento subjetivo que a compõe. Esta, por sua vez, pode ser compreendida como “o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 25). Diante disso, não há como conceber a culpa e seus desdobramentos sem vislumbrar a ação ou omissão à qual necessariamente se relaciona.

Outro ponto de estreita relação com a culpa é o dano, eis que a função primordial da culpa no direito civil é compor o rol de pressupostos para o nascimento do dever de indenizar. Isso porque “la culpa civil es declarada com la finalidad principal de reparar un perjuicio causado al agraviado. Sin un daño a resarcir no es concebible la culpa civil”<sup>27</sup> (BRIZ, 1970, p. 78). Assim, a análise da culpa é precedida pela existência de uma conduta e de um dano a ela relacionado, sendo o último dos pressupostos a ser examinado para a caracterização do dever de indenizar.

No direito brasileiro atual, a noção de culpa relaciona-se intimamente ao conceito de ato ilícito, na medida em que a cláusula geral contida no artigo 186 do Código Civil prevê expressamente a negligência e imprudência enquanto elementos necessários à configuração daquele. Todavia, nem sempre a culpa foi elemento essencial da responsabilidade civil, assumindo relevância somente alguns séculos após o surgimento do instituto.

---

<sup>27</sup> Tradução livre: “a culpa civil é declarada com a finalidade principal de reparar um prejuízo causado ao lesado. Sem um dano a ressarcir não é concebível a culpa civil” (BRIZ, 1970, p. 78).

Até o advento da *Lex Aquilia*, primeiro diploma legal a tratar da responsabilidade civil, o dever de reparar se baseava exclusivamente na existência de uma conduta, de um dano e de uma relação de causalidade entre ambos<sup>28</sup>. Mencionada norma, por sua vez, trazia como fator de atribuição da responsabilidade a *iniuria*, ou seja, a prática de um ato contrário ao Direito, cuja aferição deveria ser realizada de modo objetivo, sem exigir expressamente a análise de quaisquer subjetividades relacionadas ao agente. Constituíam-se a culpa, portanto, na lesão injustificada ao direito alheio (CATALAN, 2013, p. 171-172).

Conforme já mencionado, o desenvolvimento da culpa no direito romano ocorreu como desdobramento direto da necessidade de cindir a responsabilidade civil e penal, bem como suas consequências. A aferição da culpa se torna necessária na medida em que a indenização deixa de ser considerada como pena – herança dos tempos de vingança privada – e passa a ser concebida como reparação do dano, iniciando o processo de diferenciação entre responsabilidade civil e penal. Desta forma

Partimos, como diz Ihering, do período em que o sentimento de paixão predomina no direito; a reação violenta perde de vista a culpabilidade, para alcançar tão-somente a satisfação do dano e infligir um castigo ao autor do ato lesivo. Pena e reparação se confundem; responsabilidade penal e civil não se distinguem. A evolução operou-se, conseqüentemente, no sentido de se introduzir o elemento subjetivo da culpa e diferenciar a responsabilidade civil da penal. [...] A função da pena transformou-se, tendo por fim indenizar, como nas ações reipersecutórias, embora o modo de calcular a pena ainda fosse inspirado na função primitiva de vingança; o caráter penal da ação da lei Aquilia, no direito clássico, não passa de uma sobrevivência (LIMA, 1960, p. 28).

Com a invasão bárbara ao Império Romano do Ocidente, termo inicial da Idade Média<sup>29</sup> e a dispersão das estruturas de poder em razão da consolidação do sistema feudal, verificou-se um movimento de repúdio a tudo o que remetia à cultura romana, incluindo o Direito (SANSEVERINO, 2010, p. 23). O retorno à ideia de vingança privada, agora sob a forma familiar, praticamente resultou no desuso do instituto da responsabilidade civil durante os primeiros seis séculos dessa era, de modo que “na Alta Idade Média, o Direito Romano se

---

<sup>28</sup> Embora existam autores que divergem acerca da exigência da culpa como pressuposto intrínseco do dever de indenizar na *Lex Aquilia*, como ressalva Alvin Lima (1960, p. 24), prevalece o entendimento de que a culpa somente passou a ser considerada como tal tempos depois, por meio da interpretação judicial, em decorrência das necessidades sociais.

<sup>29</sup> Historicamente, compreende-se como Idade Média o período entre 476 e 1453 d.C., que tem como marco inicial a queda do Império Romano do Ocidente e final a queda de Constantinopla, dividindo-se em Alta Idade Média (entre os séculos V e XII) e Baixa Idade Média (séculos XIII e XV). A Idade Moderna, período compreendido entre 1453 e 1789 d.C. é marcada, em seu início, pela queda de Constantinopla, início das grandes navegações e descoberta dos novos continentes, encerrando-se com a Revolução Francesa. A Idade Contemporânea, que se estende de 1789 d.C. aos dias atuais, é iniciada com a Revolução Francesa e, principalmente, com o movimento Iluminista que permeou aquele contexto revolucionário (FIUZA, 2008, p. 63-73).

distanciou de seu modelo clássico. Voltou a ser direito primitivo, consuetudinário e provinciano” (FIUZA, 2008, p. 64).

No que tange ao Império Romano e a esse lapso histórico, de relevância no entendimento da culpa e seu papel na responsabilidade civil, é pertinente lembrar que

O Império Romano era a forma política da antiga civilização da Europa, da África do Norte e do Oriente Médio. Com sua queda, surgiram três novas civilizações: a bizantina (greco-judaico-cristã), a árabe-islâmica e a latino-judaico-cristã, esta composta pelos romanos do Ocidente e pelos povos germânicos invasores. Tanto a civilização bizantina quanto a latina, ao mesmo tempo em que se cristianizaram, também se judaizaram, na medida em que o que se usa chamar de cristianismo foi, na verdade, uma releitura do judaísmo para os gentios. É bem diferente do cristianismo católico moderno, que tem muito mais de cristão do que o daqueles tempos.

A queda do Império do Ocidente ocorreu de forma paulatina. As invasões dos povos germânicos de além-Reno foram vagarosas. Várias tribos, em sua maioria germânicas, desceram para a Europa Meridional, ocupando partes do Império decadente.

[...] Com a divisão do Império Romano entre essas várias tribos, a economia europeia, refinada e mercantilizada, foi muito afetada. A urbanização e a circulação monetária eram mínimas. Voltou a agropecuária de subsistência. (FIUZA, 2008, p. 63-64).

Diante de um Império enfraquecido e da ausência de um poder central, a Igreja Católica encontrou campo fértil para sua ascensão, pois à medida que os povos bárbaros instalavam-se no território romano, preocupou-se a instituição em catequizá-los, de modo que, aos poucos, foram os povos germânicos convertendo-se à fé católica, conferindo à Igreja confortável posição de supremacia atemporal. De outro lado, diante do vácuo de um poder político central, outrora concentrado nas mãos do imperador, a Igreja se tornou forte, assim como seu principal representante, o papa, que era considerado um ser supremo em relação a todos os reis bárbaros, enquanto estes, que permaneciam a lutar entre si, dominavam apenas pequenos territórios e dependiam do apoio dos feudos (FIUZA, 2008, p. 64).

Ainda na Alta Idade Média, embora o Império Romano do Ocidente já estivesse sob domínio bárbaro, sua porção Oriental, embora abalada, ainda estava e constituída sob a forma de um império. Na tentativa de promover a reunificação, Justiniano (427 a 465 d.C.) promoveu a compilação de leis e doutrinas, no que mais tarde viria a ser conhecido como *Corpus Iuris Civilis*<sup>30</sup>. Com a morte de Justiniano já não subsiste o Império Romano, substituído pelo Império Bizantino (FIUZA, 2008, p. 60-63).

<sup>30</sup> A primeira compilação doutrinária de Justiniano foi promulgada no ano de 528 d.C., sendo denominada Código Novo de Justiniano. Em 534, referido documento foi substituído por outro de mesma natureza, ao qual novamente atribuiu-se o nome de Código Novo de Justiniano, passando a compilação anterior a ser conhecida como Código Velho. Somente no século XVI o jurista francês Denis Godefroy reuniu todas as

A Baixa Idade Média representou importante alteração nas sociedades europeias, visto que nesse período a Europa já se encontrava mais organizada e pacificada, havia abandonado a estrutura feudal e agrária arcaica e concentrava seus esforços na consolidação de Estados absolutistas. O crescente processo de urbanização, aliado ao desenvolvimento industrial e comercial abriu as portas para uma nova era econômica, baseada em uma economia de mercado. Na seara cultural, o surgimento das universidades expandiu a ideia de conhecimento racional, que culminou no Renascimento.

Nesse contexto, um Direito consuetudinário e fragmentado já não respondia aos anseios e às necessidades sociais, dando margem à redescoberta do direito romano, especialmente o chamado neorromano, elaborado no período justiniano (FIUZA, 2008, p. 67). Nesse contexto, observa-se que a expansão da igreja católica, a ascensão dos valores humanistas e o desenvolvimento da dogmática foram os principais responsáveis pela promoção da culpa na responsabilidade civil<sup>31</sup> (CATALAN, 2013, p. 175), na medida em que a junção da filosofia e metodologia canônicas com a retomada dos institutos basilares do direito romano criou o ambiente propício para a inserção de valores religiosos no ordenamento jurídico.

Passa a culpa, assim, a constituir uma espécie de pecado jurídico, nas palavras de Josserand (*apud* ALVIM, 1980, p. 244), e sua inclusão no juízo de reprovabilidade da conduta ocorreu de forma a evidenciar que a maior preocupação do Direito estava na punição do ofensor - pelo pecado cometido - e não na indenização da vítima (CATALAN, 2013, p. 173-178).

A estreita relação entre Igreja e Direito (com o fortalecimento do direito canônico) conferiu à culpa contornos mais próximos da ideia de infração moral, de pecado, representando uma violação consciente a um dever de ordem superior (SCHREIBER, 2013, p. 14). De outro lado, é também no final da Idade Média que ocorre efetivamente a cisão entre responsabilidade civil e penal, entre reparação e punição (SANSEVERINO, 2010, p. 23).

---

compilações de Justiniano em um só volume, atribuindo-lhe o nome de *Corpus Iuris Civilis* (FIUZA, 2008, p. 62).

<sup>31</sup> Acerca da relação entre a igreja católica e a disseminação da culpa pelas estruturas do Direito, Marcos Catalan (2012, p. 176-177) esclarece que “as balizas da responsabilidade civil, nessa quadra da História, confundem-se com os critérios ético-comportamentais prevalentes no direito canônico. A partir dessa premissa, é possível entender por que o dever de reparar foi sistematizado como uma exceção indesejada – *uma vez que era equiparado ao pecado* -, sendo assim pensado, ao menos, nesse recorte biográfico da humanidade. [...] É oportuno resgatar, nesse momento, que tanto a força obrigatória dos contratos – premissa elevada, alguns séculos mais tarde, ao *status* de princípio jurídico -, como o dever de reparar parecem ter sido construídos tendo, por fundamento basilar e comum, a noção de pecado. Imprudência e negligência são falhas graves e, enquanto males que afligem a alma, devem ser combatidas a todo custo”.

O alvorecer da Idade Moderna, historicamente compreendida entre os séculos XV e XVIII<sup>32</sup>, traz consigo a ascensão do racionalismo e do humanismo, o fortalecimento dos Estados nacionais e seus ordenamentos jurídicos e o surgimento da burguesia a partir do desenvolvimento do comércio na Europa, contexto este que serviu de palco para a efetiva consolidação da culpa no sistema de responsabilidade civil. Isto porque tanto a igreja quanto a burguesia tinham na culpa um importante instrumento de dominação e manutenção dos poderes econômicos e políticos (CATALAN, 2013, p. 179).

O fortalecimento dos Estados nacionais resultou na necessidade de um Direito mais eficaz, a fim de regulamentar satisfatoriamente as relações comerciais estabelecidas pela burguesia, papel este que o direito romano já não desempenhava com tanta maestria como outrora. Os Estados passaram a ter uma atividade legislativa mais intensa, dividindo-se entre os sistemas da *Common Law* e *Civil Law*, de acordo com a estrutura utilizada na organização de suas normas jurídicas (FIUZA, 2008, p. 69).

Neste ambiente, a culpa, como pressuposto do dever de indenizar, passa a ser valorizada a ponto de constituir o único fundamento legal de imputação, analisada em uma perspectiva exclusivamente subjetivista e revestida de uma natureza pessoal e psíquica (CATALAN, 2013, p. 180).

A valorização da culpa na perspectiva subjetiva, enquanto fator de imputação do dever de indenizar, se relaciona diretamente ao ideal liberal que ganhava forças na Europa nos séculos XVII e XVIII, caracterizando-se pela consolidação da ideia de liberdade negativa do indivíduo em face do Estado, a qual assegura a cada pessoa uma área de atuação mínima na qual não poderia sofrer a interferência de outros indivíduos ou mesmo do Estado. Quanto mais amplo o espaço de livre atuação conferido pelo Estado ao particular, mais ampla sua liberdade (BERLIN, 1981, p. 136-137).

A concepção de um espaço de livre atuação individual permeou as mais diversas esferas da vida de relação, aplicando-se à política, à economia e, principalmente, às relações privadas, negociais ou não. Assim sendo, observa-se que “a ideologia liberal e individualista, então dominante, impunha a construção de um sistema de responsabilidade que se fundasse no mau uso da liberdade individual, justificando, desta forma, a concessão de um amplo espaço à atuação dos particulares. Responsabilidade e liberdade passam, assim, a ser noções intimamente vinculadas, uma servindo de fundamento à outra” (SCHREIBER, 2013, p. 12). Isso significa afirmar que a responsabilidade civil se basearia no uso culpável de uma liberdade que, por causar danos, demandaria uma sanção (SCHREIBER, 2013, p. 13).

---

<sup>32</sup> Cujo marco inicial é a conquista do Império Bizantino pelos otomanos e o terminativo coincide com a Revolução Francesa, em 1789.

Os reflexos da ideologia liberal são evidenciados no Código Civil Francês de 1804 – o qual serviu de modelo para diversas outras codificações, incluindo o Código Civil brasileiro de 1916 – o qual trouxe no artigo 1382 preceito geral de responsabilidade civil que exigia a culpa efetiva e provada. No mesmo sentido caminharam as codificações alemã e suíça da época (LIMA, 1960, p. 29-30).

Ocorre, todavia, que embora fosse a compreensão subjetiva da culpa a que melhor oferece justificativa para a punição do agente, relacionando o caráter anímico da conduta às suas consequências danosas, sua comprovação tornava difícil o acesso da vítima à reparação. Tal situação torna-se ainda mais agravada diante da ampliação dos riscos sociais e da incapacidade do Poder Judiciário de proceder em cada uma das ações à profunda investigação das motivações do agente. Anderson Schreiber (2013, p. 17) pontua que

Em sua versão de falta moral, vinculada aos impulsos anímicos do sujeito e à previsibilidade dos resultados de sua conduta, a culpa mostrava-se um elemento de difícil comprovação. Sua aferição impunha aos juízes tarefa extremamente árdua, representada por exercícios de previsibilidade do dano e análises psicológicas incompatíveis com os limites naturais da atividade judiciária, a exigir do magistrado quase uma capacidade divina [...]. De início, a dificuldade de demonstração da culpa atendia, em boa medida, ao interesse liberal que rejeitava a limitação da autonomia privada, salvo nas hipóteses de uso flagrantemente inaceitável da liberdade individual. Entretanto, com o desenvolvimento do capitalismo industrial e a proliferação de acidentes ligados às novas tecnologias, tal dificuldade intensificou-se ao extremo, atraindo a intolerância social e a rejeição do próprio Poder Judiciário.

Embora houvesse coerência interna em exigir a demonstração do elemento anímico do agente na produção do dano, alguns pontos se mostravam dignos de críticas pela doutrina. O primeiro deles residia justamente na dificuldade da vítima em satisfazer o ônus probatório e na complexidade de se aferir, com segurança, se determinado agente tinha capacidade concreta de antever as consequências de sua conduta. O segundo ponto se relacionava à identificação das balizas a serem utilizadas para caracterizar determinada conduta como culposa, diante da natureza cada vez mais complexa e plural do convívio social, capaz de estabelecer modos de vida distintos e desconectados entre si, dificultando a criação de um modelo de normalidade de atuação individual. O terceiro, por sua vez, se referia a quem deteria a legitimidade para estabelecer as balizas necessárias à aferição da culpa (CATALAN, 2013, p. 184).

Observa-se, assim, que embora traga sólidos fundamentos para a imputação do dever de indenizar, o modelo subjetivo, ao atribuir à vítima o dever de demonstrar o elemento anímico que baseou a conduta do ofensor, produz manifesta instabilidade no instituto da

responsabilidade civil, trazendo prejuízos à compreensão sistêmica do Direito e, muitas vezes, maculando a promoção do princípio da isonomia (CATALAN, 2013, p. 184).

Em face da crescente ineficiência do instituto da responsabilidade civil ante as novas formas de danos oriundos do processo de modernização industrial e tecnológico, mostrou-se necessária a criação de mecanismos capazes de flexibilizar o ônus probatório, facilitando para a vítima o acesso à devida indenização. Os principais instrumentos destinados a tal finalidade foram as presunções de culpa, a responsabilidade objetiva e a teoria do risco, que diminuíram o encargo probatório em relação à vítima, invertendo o ônus da prova ou simplesmente tornando prescindível a comprovação da culpa. Porém, além da criação destes mecanismos, cumpre destacar, a reformulação do conceito de culpa foi essencial para a ampliação do espectro indenizatório, afastando o viés psíquico da conduta e conferindo-lhe certo grau de objetividade.

A reformulação do conceito de culpa constituiu alternativa viável para a manutenção do modelo subjetivo sem, contudo, resultar nas mesmas limitações que a aferição dos elementos anímicos do agente apresentava. Surge, então, o conceito normativo de culpa, segundo o qual esta passou a ser compreendida como um erro de conduta, um desvio em relação ao esperado, em abstrato, de um padrão geral de comportamento, aferido a partir da ideia de *homem médio* ou *homem prudente*<sup>33</sup>.

Passa a culpa, assim, a ser compreendida como “a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar” (SAVATIER *apud* ALVIM, 1980, p. 245), ou, na definição de Planiol (*apud* STOCO, 2014, p. 207) a “culpa é a infração de uma obrigação preexistente, de que a lei ordena a reparação quando causou um dano a outrem”.

Verifica-se, assim, a existência de dois elementos para a caracterização da culpa: um objetivo, consistente na violação de um dever preexistente, outro subjetivo, consistente na imputabilidade do agente. Enquanto que o elemento objetivo possui respaldo no princípio do *neminem laedere*, ou seja, o dever de não lesar aos demais ao agir nos limites das faculdades individuais, o subjetivo compreende a possibilidade do agente conhecer e compreender o dever ao qual encontra-se vinculado (seja o dever geral de abstenção, seja uma cláusula contratual) (ALVIM, 1980, p. 246-255).

A diferenciação entre as espécies de culpa reside justamente na análise de seu elemento subjetivo, ou seja, do objetivo do agente na prática de determinada conduta,

---

<sup>33</sup> Antônio Lindbergh C. Montenegro (1999, p. 33) defende que “Se em todas as relações submetidas à apreciação da jurisdição civil houvesse necessidade de indagar-se do fim colimado pelo agente na ocasião do evento, a missão de julgar estaria seriamente comprometida. A culpa que interessa ao Direito privado há de ser aquela que importa em erro de conduta. O agente deve responder pelo resultado danoso porque foi incapaz de modelar seu comportamento na dimensão jurídica e social a que estava obrigado como cidadão”.

podendo ser classificada em culpa *lato sensu* (dolo) e *stricto sensu* (caracterizada pela imprudência ou negligência do agente)<sup>34</sup>.

No dolo, verifica-se “que há intenção para exprimir que a violação do dever foi intencional, consciente; ao contrário do que se dá na hipótese de culpa, em que a violação se origina de um descuido ou imprudência. [...] Dolo, portanto, é a violação consciente, intencional, quer o autor tenha o intento de prejudicar (o que é muito raro), quer tenha outro intento” (ALVIM, 1980, p. 258). Porém, “ao contrário do dolo, na culpa em sentido estrito, como afirmado, não há intenção do agente, nem ele pretende causar dano ou assume o risco de produzi-lo. Age apenas sem a diligência e cuidado que as circunstâncias exigiriam, atuando quando deveria abster-se, omitindo-se quando lhe era exigida uma conduta positiva, ou intervindo profissionalmente sem o conhecimento ou a habilidade que o mister impõe” (STOCO, 2014, p. 208). Reforçando a diferenciação entre as espécies de culpa, pode-se dizer que

Na culpa, a antijuridicidade se revela na conduta negligente do autor. No dolo, torna-se de rigor a consciência da antijuridicidade. Em outras palavras, o juízo de valoração que no dolo incide sobre a ação, na culpa incide sobre o agente.

No dolo, o resultado danoso foi querido pelo ofensor, donde entender-se que a ação deva ser tomada no seu verdadeiro sentido filosófico ou na concepção final (MONTENEGRO, 1999, p. 33).

Em ambas as espécies de culpa, todavia, é imprescindível que o agente tenha a devida compreensão acerca de seus atos e suas potenciais consequências, só lhe podendo ser atribuída a responsabilidade pelos danos causados se tivesse condições de realizar antes da prática do ato esta previsão (LARENZ *apud* SCHREIBER, 2013, p. 15)<sup>35</sup>.

No que tange à aferição da culpa, é possível observar a existência de dois métodos diversos de análise da conduta praticada, quais sejam, a apreciação em concreto e em abstrato, a depender de quais os parâmetros que serão analisados no juízo de culpabilidade.

Sobre a culpa *in abstracto*, Alvino Lima (1960, p. 64-65) afirma que

<sup>34</sup> Sobre a classificação da culpa, procedem os irmãos Mazeaud (1969, p. 110) à sua divisão em culpa intencional ou delitual (correspondente ao dolo ou culpa *lato sensu*) e culpa não intencional ou quase delitual (que corresponde à negligência e imprudência, caracterizadoras da culpa *stricto sensu*).

<sup>35</sup> Segundo Karl Larenz, em excerto transcrito por Schreiber (2013, p. 15) “El requisito de la culpa se deriva del principio de la responsabilidad personal. Este afirma que el hombre se reconoce idéntico con su acción, se identifica con ella (como su autor espontáneo), que el juzga del mérito o demérito de su obrar (juicio que es ineludible) y que acepta (o ha de aceptar sobre sí) las consecuencias de su acción como algo que a él le concierne directamente. [...] Pero el hombre sólo se reconoce responsable de una acción cuando conoció o pudo haber conocido el mérito o demérito de la misma y si tuvo la posibilidad con respecto a Ella de obrar de otra forma. Sólo es imputable a su actuación ‘a título de culpa’ aquello de que tuviera conocimiento o que hubiera podido prever”.

Na apreciação da culpa *in abstracto* não se tomam em consideração as disposições especiais da pessoa ou seu grau de compreensão das coisas, seus meios ou possibilidades individuais, mas compara-se a conduta do autor do ato à do homem abstratamente diligente, prudente e circunspecto, não se tendo em conta, particularmente, a sua educação, instrução ou aptidões pessoais. [...] Não é, pois, como bem acentua Ferrini, um tipo ideal, um super-homem, mas o tipo eminentemente humano, do *bonus pater familias*.

Apreciar a culpa *in abstracto* é, portanto, perguntar-se, sem examinar os elementos psíquicos individuais do agente, o que teria feito outra pessoa nas mesmas circunstâncias, realizando um comparativo com a conduta praticada (MAZEAUD *et al.*, 1969, p. 113).

Na aferição da culpa *in concreto*, por outro lado, dever-se-ia considerar o grau de compreensão do agente em relação à conduta praticada (LIMA, 1960, p. 63), levando em consideração o elemento subjetivo que motivou a ação. De acordo com os irmãos Mazeaud (1969, p. 113) “apreciar la culpa in concreto es examinar el estado espiritual del agente, averiguar si su consciencia le reprocha algo”<sup>36</sup>.

Defendem os Mazeaud que a culpa *stricto sensu* deve ser apreciada *in abstracto*<sup>37</sup>, ou seja, sem voltar-se em nenhum momento ao elemento subjetivo do agente, sob pena de negar o ressarcimento a uma série de danos, citando como exemplo o motorista que, muito seguro de seus reflexos, conduz seu veículo em alta velocidade. Neste caso, a consciência deste motorista não reprova a conduta adotada, na medida em que acredita ter habilidade para dirigir naquelas condições, todavia, se vier a causar um dano a outrem, deverá indenizá-lo com fundamento na conduta imprudente, a qual só se pode aferir por meio da apreciação *in abstracto* da conduta praticada, eis que intimamente o agente não percebia nenhuma reprovabilidade em sua ação (MAZEAUD *et al.*, 1969, p. 113-114).

Alvino Lima, por sua vez, embora compactue com a apreciação da culpa *in abstracto*, afirma que sua adoção não deve ser absoluta, desprezando elementos relevantes como instrução e classe social do agente, usos e costumes sociais ao tempo do fato, tornando-o uma mera abstração jurídica. Ao contrário, sustenta que se devem considerar os elementos concretos, “colocando-se o tipo de comparação nas mesmas condições em que se encontrava o autor do ato ilícito, ou seja, em face de uma realidade concreta” (LIMA, 1960, p. 66).

<sup>36</sup> Tradução livre: “Apreciar a culpa em concreto é examinar o estado espiritual do agente, averiguar se sua consciência reprova algo” (MAZEAUD *et al.*, 1969, p. 113).

<sup>37</sup> De outro lado, quando tratam da apreciação do dolo (culpa intencional), destacam os irmãos Mazeaud (1969, p. 111) que “para saber si existe culpa intencional, el juez debe entregarse, por lo tanto, a un *examen subjetivo*; debe estudiar un estado espiritual, sondear la conciencia del agente, descubrir en ella la intención malhechora: semejante culpa se aprecia *in concreto*. La tesis clásica, que define la culpa como um acto ‘imputable’ a su autor, exigiendo con ello que esse autor sea culpable, es exacta, pues, en esta esfera. Sobre todo un loco, un *infans*, no pueden incurrir ni en culpa delictual ni en culpa dolosa”.

A despeito de sustentar a adoção da apreciação *in abstracto* da culpa, Alvino Lima discorda dos Mazeaud no ponto em que estes excluem totalmente o elemento subjetivo do agente deste juízo, esclarecendo que a voluntariedade da conduta é requisito essencial à caracterização do ato ilícito, seja ela *in re* ou *in causa*: na primeira, há voluntariedade quanto às consequências do ato (dolo) e na segunda quanto à conduta praticada, ainda que não desejado o resultado (culpa *stricto sensu*). De uma forma ou de outra “se a culpa pressupõe que o autor do dano tenha previsto os efeitos de seu ato ou podido prevê-los, impossível pretender que o alienado possa ter faculdade de previsão” (LIMA, 1960, p. 72-73).

Pode-se relacionar, portanto, a acepção subjetiva da culpa *stricto sensu* à sua análise *in concreto* e a culpa normativa (objetiva) a partir da aferição *in abstracto*, eis que, enquanto a primeira exige a comprovação do elemento anímico, psíquico, contido na ação do agente, para a segunda basta a verificação de um erro de conduta a partir de um padrão geral previamente estipulado. Não obstante, a culpa *lato sensu*, ou dolo, somente pode ser aferida a partir da perspectiva concreta, pois o que se busca comprovar, neste caso, é o objetivo de violação de um dever preexistente e não a mera ocorrência de uma ação descuidada.

A concepção normativa da culpa *stricto sensu*, ao representar uma passagem do modelo *in concreto* para o modelo *in abstracto* de aferição, provocou sensíveis alterações na dinâmica do instituto da responsabilidade civil “marcando, para alguns autores, a inauguração de uma nova compreensão do instituto, mais técnica, como exige a realidade atual, e menos ética, espiritual ou moral, como recomendava a tradição canônica” (SCHREIBER, 2013, p. 38).

Todavia, a tendência à objetivação da culpa, a partir do surgimento de sua concepção normativa, embora tenha representado importante passo na ampliação do acesso ao ressarcimento pelas vítimas, não se mostra imune às críticas, em especial à dificuldade de se estabelecer um padrão geral de comportamento, capaz de balizar a prática de condutas, diante de uma sociedade tão complexa e plural.

A ideia de um único modelo - *bonus pater familias* - já não parece suficiente para dimensionar a análise *in abstracto* da culpa, visto que a diferença de condições econômicas, sociais, culturais, de escolaridade, especialmente em países em desenvolvimento cria verdadeiros abismos entre diversos “homens médios”, que diferem entre si na capacidade de previsão e compreensão das possíveis consequências de sua conduta<sup>38</sup>. Surge, então, a

---

<sup>38</sup> Jorge Bustamante Alsina (1993, p. 336) traça um caminho a ser observado pelo julgador para a aferição da culpa, tomando como parâmetro o Código Civil argentino – que se assemelha ao brasileiro em relação à dinâmica do instituto da responsabilidade civil. Segundo o autor, deve o juiz, em primeiro lugar, considerar em concreto a natureza do ato e as circunstâncias das pessoas, de tempo e de lugar. Após, considerar unicamente as condições pessoais dos agentes envolvidos, no tocante à existência de um maior dever de previsibilidade

necessidade de uma fragmentação dos modelos de conduta, de forma a criar um modelo, ainda que abstrato, mais próximo do indivíduo considerado em seu contexto. Pode-se afirmar que

Sem abandonar o método *in abstracto* ou retornar a um exame de imputabilidade moral, os tribunais têm, em toda parte, procurado dar ênfase às circunstâncias concretas e à especialidade das situações submetidas à sua avaliação, desenhando modelos múltiplos e menos generalizados de comportamento. Estes modelos levam em consideração não as características individuais do sujeito (análise *in abstracto*), mas fatores atinentes à sua formação socioeconômica que, muitas vezes, se vinculam indissociavelmente à situação analisada (SCHREIBER, 2013, p. 42).

Nota-se, deste modo, que a tendência à objetivação da culpa, ao mesmo tempo em que pretendeu afastar o viés moral e psíquico do agente, de difícil comprovação, preocupa-se em respeitar a natureza plural da sociedade atual, estabelecendo modelos de conduta padrão, os quais levam em consideração, principalmente, o contexto social e econômico do agente na análise da ação geradora do dano.

Em síntese, a responsabilidade subjetiva, embora permaneça como regra no regime de responsabilidade civil previsto no Código Civil de 2002, por força do disposto nos artigos 186 e 927, deve ter o elemento culpa compreendido sob o prisma de sua noção normativa, afastado da subjetividade inerente à análise psíquica e moral motivadora da conduta para o efetivo enquadramento desta dentro de padrões de normalidade variáveis, de acordo com as circunstâncias pessoais (e não individuais) do agente.

Além da reformulação da noção de culpa, elastecida após o abandono da concepção subjetiva, outros mecanismos foram criados com a finalidade de facilitar o exercício do ônus da prova em favor da vítima e expandir as hipóteses de ressarcimento, sendo os mais relevantes a criação das hipóteses de presunção de culpa, a responsabilidade objetiva e a teoria do risco.

Na primeira dessas hipóteses, a presunção de culpa, não há o afastamento do desta para a caracterização do dever de indenizar, somente uma alteração no ônus da prova em favor da vítima. Desta forma, em face da dificuldade de se comprovar a culpa em determinadas situações, a culpa presumida foi a forma encontrada para facilitar a defesa dos interesses da vítima. Sendo assim, enquanto no sistema clássico, que exigia a demonstração da presença de culpa, era da vítima a obrigação de prová-la, a presunção atribuí ao

---

impostas pela condição em que atuou (por exemplo, um médico, em razão de sua formação, tem plena capacidade de prever as consequências de condutas realizadas no exercício de sua função). Com base nos elementos concretos colhidos, deve o juiz criar o tipo abstrato de comparação, para averiguar se o sujeito atuou com a diligência esperada, como o faria seus pares em situações análogas.

demandado o ônus de provar que não agiu com culpa, tornando possível, ainda que dentro de uma teoria subjetiva da responsabilidade “um efeito prático próximo ao da teoria objetiva. O causador do dano, até prova em contrário, presume-se culpado; mas, por se tratar de presunção relativa - *juris tantum* -, pode elidir essa presunção provando que não teve culpa” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 42).

A culpa presumida surge, portanto, como uma etapa intermediária, até a efetiva aceitação da responsabilidade objetiva pela doutrina, à qual opôs forte resistência. Trata-se a culpa presumida, nas palavras de Rui Stoco (2014, p. 235) de uma forma de “solução transacional ou escala intermediária, em que se considera não perder a culpa a condição de suporte da responsabilidade civil, embora aí já se deparem indícios de sua degradação como elemento etiológico fundamental da reparação da vítima como centro da estrutura ressarcitória, para atentar diretamente para as condições do lesado e a necessidade de ser indenizado”.

Justamente por conta de tais características, não se deve confundir a culpa presumida com a responsabilidade objetiva, pois enquanto naquela subsiste a necessidade de comprovar o elemento volitivo, invertendo-se apenas o ônus da prova, nesta observa-se a prescindibilidade da culpa para o nascimento do dever de indenizar, devendo ser comprovado apenas o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano provocado. Nas hipóteses de responsabilidade objetiva “a culpa deixa de ser elemento indispensável da responsabilidade, nos casos em que esta é estabelecida por lei, em virtude de necessidades de vária ordem” (ALVIM, 1980, p. 309), ou seja, pode existir sem que, contudo, seja necessária sua demonstração.

O processo de objetivação da culpa e a criação de hipóteses em que se admitiu sua presunção, embora tenham representado grande avanço para a ampliação dos limites da responsabilidade civil, ainda deixavam irressarcidos uma extensa gama de danos que se multiplicavam em decorrência do avanço tecnológico e de outros fatores diversos, tornando necessária a criação de mecanismos mais efetivos de contenção dessas contingências. Desta forma

[...] imprescindível se tornara, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica, do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou diligência, para colocar a questão sob um aspecto até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação do dano. O fim por atingir é exterior, objetivo, de simples reparação, e não interior e subjetivo, como na imposição da pena. Os problemas da responsabilidade são tão-somente os problemas de reparação de perdas. O dano e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do

fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes os interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto, se ficarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva (LIMA, 1960, p. 115-116).

Para a teoria objetiva, portanto, a responsabilização do agente deve decorrer exclusivamente do fato, afastando-se da aferição da culpabilidade, a qual constituiria um resquício da confusão primitiva entre responsabilidade civil e penal. Desta forma, o foco deveria ser direcionado ao ressarcimento da vítima e não à punição de seu ofensor<sup>39</sup> (LIMA, 1960, p. 116).

Embora concebida com o escopo de assegurar às vítimas a facilitação do acesso à indenização, a teoria da responsabilidade objetiva sofreu severa resistência da doutrina, que não admitia outra senão a concepção clássica da responsabilidade, pautada na culpa como elemento central para o nascimento do dever de indenizar. Especialmente porque, em um primeiro momento, apresentou-se sob a justificativa da chamada teoria do risco integral, a qual defendia a responsabilização do agente por todos os atos cometidos, incluindo os involuntários, excetuando-se do âmbito da responsabilidade civil somente os fatos alheios ao homem, ampliando de forma desarrazoada o âmbito de condutas capazes de (LIMA, 1960, p. 117).

A obra de Raymond Saleilles, ao defender que nos acidentes de trabalho – principal causa de acidentes em decorrência da ampliação do uso de máquinas durante o período de industrialização na Europa - a imputabilidade fosse substituída por uma mera relação de causalidade, dispensando a análise da conduta do ofensor, foi o ponto de partida para o desenvolvimento da teoria do risco, que viria a se tornar o principal fundamento da responsabilidade objetiva. Louis Josserand, seguindo a mesma linha de raciocínio, defendeu a aplicação de uma responsabilização independentemente da comprovação da culpa nos casos de danos oriundos da guarda de coisas, invocando que tal situação gerava um risco em potencial (SCHREIBER, 2013, p. 19).

A teoria do risco, a partir desses autores, evoluiu em relação à ideia anterior de risco integral, limitando o espectro da responsabilidade objetiva, ao defender que deveriam estar

---

<sup>39</sup> Ao tratar sobre essa mudança de paradigma da responsabilidade civil, deslocando seu foco da punição do ofensor para o ressarcimento da vítima, Daniel Levy (2012, p. 25) destaca que “[...] a evolução e o questionamento dos valores da sociedade atual demonstram uma crescente centralização da matéria sobre a figura mítica da vítima. Como diz Maria Celina Bodin de Moraes ao examinar o novo propósito da Responsabilidade Civil, ‘deslocou-se o seu eixo da obrigação do ofensor de responder por suas culpas para o direito da vítima de ter reparadas as suas perdas’, concluindo que ‘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’”.

sujeitos a indenizar todos aqueles que, no desempenho de atividades que lhe conferissem proveitos, viessem a lesar direitos alheios e causar danos. Isso porque “a questão da responsabilidade, que é mera questão de reparação dos danos, de proteção ao direito do lesado, de equilíbrio social, deve, pois, ser resolvida atendendo-se somente aquele critério objetivo; quem guarda os benefícios que o acaso da sua atividade lhe proporciona deve, inversamente, suportar os males decorrentes desta mesma atividade” (LIMA, 1960, p. 120).

A possibilidade de indenização sem a demonstração de culpa, no entanto, foi admitida com especial parcimônia, diante da fragilização do sistema de responsabilidade civil ao limitar seus pressupostos somente ao dano (cuja concepção, como exposto anteriormente, foi sensivelmente ampliada a partir da adoção da noção de interesse juridicamente relevante) e ao nexo de causalidade (também flexibilizado nas últimas décadas para promover sua adequação à expansão dos riscos, inerente à realidade social a partir do aumento da industrialização e informatização). Constituiria a culpa, deste modo, a última das barreiras a ser superada na aferição dos pressupostos para a caracterização do dever indenizatório, e a dispensa de sua comprovação deveria ser baseada em critérios bem definidos.

Em face desse contexto, estabeleceu-se no direito brasileiro, inclusive no Código Civil atual, um regime de contenção das hipóteses de responsabilidade objetiva, conforme se extrai da redação de seu artigo 927, parágrafo único<sup>40</sup>. Nota-se do texto do citado artigo que o ordenamento jurídico brasileiro admitiu a teoria do risco como um dos fundamentos da responsabilidade objetiva, mas não o único, na medida em que esta também pode ser invocada nas situações em que o legislador entender conveniente, sem que se caracterize necessariamente o dano resultado de uma atividade da qual o agente aufera proveitos, a exemplo do artigo 938 do Código Civil. Daí a diferenciação de duas hipóteses de responsabilidade sem culpa no Direito brasileiro: (a) nos casos especificados em lei; (b) quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Em face do exposto, pode-se afirmar que, embora a responsabilidade subjetiva ainda figure como regra geral por força do disposto nos artigos 186, 187 e 927, *caput* do Código Civil, é possível observar o desenvolvimento de outros mecanismos – especialmente as hipóteses de presunção de culpa, a responsabilidade objetiva e a fundada no risco da atividade - com o propósito de proteger a vítima nas situações em que a necessidade de demonstração de culpa impediria ou dificultaria sobremaneira o ressarcimento.

---

<sup>40</sup> “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Paralelamente aos processos de objetivação e dispensa da culpa – e até mesmo como consequência destes - percebe-se, mesmo nos casos de responsabilidade subjetiva, uma diminuição da relevância da graduação da culpa na forma outrora estabelecida pela doutrina: culpa grave, leve e levíssima<sup>41</sup>, de forma que, qualquer que seja a graduação de culpa observada na análise da conduta, uma vez presente o elemento volitivo, nasce o dever de indenizar. Isso porque “a maior ou menor gravidade da falta não influi sobre a indenização, a qual só se medirá pela extensão do dano causado. A lei não olha para o causador do prejuízo a fim de medir-lhe o grau de culpa e, sim, para o dano, a fim de avaliar-lhe a extensão” (ALVIM, 1980, p. 199).

É possível perceber, com base no disposto acima, que a doutrina vem se preocupando em conferir à culpa um papel menos central, mais flexível, com objetivo de facilitar o ônus da prova para a vítima e ampliar o alcance da reparação. Neste contexto, a graduação da culpa, tão valorizada em momento anterior para fins de responsabilização, perde sua relevância, eis que mesmo a culpa levíssima, ou mesmo a ausência de culpa, são suficientes em algumas situações para fazer nascer o dever de indenizar.

Há, portanto, uma mudança de paradigma no instituto da responsabilidade civil: a punição do ofensor, antes figura central do dever de indenizar, passa a ser secundária em relação à defesa dos interesses da vítima, a qual por força do princípio *neminem laedere* vê-se imbuída do direito de não ser lesada pela conduta de terceiros. Assim, passa o princípio da reparação integral a constituir um dos pilares da responsabilidade, visto que proporciona a possibilidade efetiva de realização da indenização, qual seja, aproximar ao máximo a vítima da situação em que estaria se não fosse a ocorrência do evento danoso.

Justamente pela valorização do princípio da reparação integral e do afastamento da graduação de culpa como variável do dever de indenizar, causa polêmica o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, na medida em que estabelece a redução equitativa da indenização nos casos em que haja desproporção entre culpa e dano.

---

<sup>41</sup> Na culpa grave o agente, embora não deseje o resultado final, pratica a conduta, ciente dos possíveis resultados danosos; na culpa leve, falta ao agente a diligência média, esperada da conduta daqueles que se encontrem em situação semelhante; a culpa levíssima, por fim, ocorre nos casos em que o dano decorre de conduta que exige um padrão elevado de diligência, acima da normalidade, ou seja, mesmo agindo com a diligência esperada de um homem médio, não foi possível evitar o dano, embora o pudesse fazer o agente se agisse com especial cuidado (STOCO, 2014, p. 222).

## **2 AQUI SE FAZ, AQUI SE PAGA: O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL E A EFETIVA SATISFAÇÃO DO INDIVÍDUO LESADO**

A responsabilidade civil, conforme mencionado, tem como principal objetivo possibilitar o ressarcimento dos danos eventualmente sofridos em decorrência do convívio social, de forma individual ou coletiva, assegurando a devida sanção ao desrespeito à máxima *neminem laedere* (dever geral de conduta, segundo o qual a atuação do indivíduo dentro de sua esfera de liberdade não deve lesar a ninguém).

Ao longo do desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil diversas foram as formas de sanções aplicáveis, inicialmente com o objetivo de punir o ofensor, tal como previa a Lei de Talião, e, mais recentemente, com vistas a satisfazer os direitos da vítima em face da lesão perpetrada pelo ofensor.

Embora o ressarcimento da vítima sempre estivesse presente na ideia de responsabilidade, a ideia de reparação integral do dano ganhou maior relevância a partir da virada paradigmática observada no sistema de responsabilidade civil nas últimas décadas, que resultou em um afastamento do foco na punição do ofensor para concentrar-se no ressarcimento do lesado.

Considerando o atual protagonismo do princípio da reparação integral no sistema de responsabilidade civil, faz-se necessária uma análise de sua evolução histórica, suas diferentes formas e contornos, para que se estabeleça uma melhor compreensão dos limites impostos pelo Código Civil de 2002.

### **2.1 Ressarcimento de danos: do império da paixão ao império da razão**

Conforme exposto em linhas anteriores, a responsabilidade civil tem como objetivo colocar a vítima em situação semelhante àquela em que se encontraria, caso não houvesse experimentado o dano decorrente da conduta do agente. No entanto, a concepção atual de responsabilidade é resultado de uma construção histórica, cujas raízes remontam às origens da regulamentação das interações humanas.

Inicialmente, nas comunidades primitivas, todo dano provocado a outrem despertava na vítima um instinto de vingança, um anseio de devolver o mal pelo mal, em uma reação espontânea e natural. Isso porque o princípio do *neminem laedere*, embora não fosse expresso naquelas comunidades, diante da inexistência de um ordenamento jurídico propriamente dito-, sempre foi de suma importância para a própria preservação humana. Pode-se afirmar, assim, que “ínsitas na consciência dos povos sempre se encontraram essas ideias, de repulsa ao dano

e de responsabilização do agente, com manifestações básicas e necessárias para a preservação da harmonia social e para a consecução dos fins individuais visados pelos componentes da coletividade” (BITTAR, 2015, p. 119).

No contexto das comunidades primitivas a noção de justiça mostra-se intimamente relacionada à paixão humana, de modo que

El dolor gobierna soberanamente el sentimiento jurídico del hombre primitivo. La injusticia es apreciada no según su causa, sino según su efecto; no según las circunstancias relativas a la persona del autor sino desde el ángulo de la víctima. La piedra lo há golpeado, él siente el dolor y el dolor lo empuja a la venganza. Cuando la pasión es excitada no importa mucho que sea la intención o la negligencia o aún el azar que haya conducido la mano que há causado el mal. La pasión impone la expiación aún del inocente (IHERING *apud* ALSINA, 1993, p. 23)<sup>42</sup>.

Desta forma, movidos os homens sob o ímpeto da retaliação, pode-se verificar dois pontos que se destacam na reação da vítima em face do autor: o primeiro deles reside na irrelevância da culpabilidade (na medida em que o mero nexos de causalidade entre a conduta do agente e o dano experimentado pela vítima basta para despertar o desejo de vingança) e o segundo é uma preocupação maior com a punição do autor do que com a efetiva satisfação da vítima. Trata-se de uma questão de força, onde a violência se opõe à violência e o mal com o mal se paga (ALSINA, 1993, p. 24).

Com o decurso do tempo, as civilizações primitivas, já não mais tomadas pelo ímpeto e a necessidade de vingança privada, passam a oferecer à vítima uma alternativa que não o uso da força: a composição. Assim, poderia o ofendido optar entre efetivamente promover sua vingança em face do ofensor ou perdoá-lo, mediante o pagamento de uma determinada quantia em dinheiro. Com o fortalecimento das organizações políticas, percebe-se a necessidade de institucionalização do sistema de composições, que deixam de ser uma opção da vítima e passam a ser uma imposição em prol da tranquilidade pública (ALSINA, 1993, p. 24).

A partir do surgimento das civilizações antigas e de seus ordenamentos jurídicos, intensificou-se a necessidade de contenção desse instinto de vingança privada em prol da pacificação do convívio social, todavia, apesar da tentativa de regulamentação da questão, não havia a dissociação entre pena (punição do ofensor) e indenização (reparação dos danos), como se verifica dos Códigos de Hamurabi e de Manu (LEVY, 2012, p. 37).

---

<sup>42</sup> Tradução livre: “A dor governa soberanamente o sentido jurídico do homem primitivo. A injustiça é apreciada não de acordo com sua causa, mas sim de acordo com seu efeito; não segundo as circunstâncias relativas à pessoa do autor, mas a partir da perspectiva da vítima. A pedra bateu nele, ele sente a dor e a dor o impele à vingança. Quando a paixão é instigada, não importa muito que tenha sido a intenção, a negligência ou mesmo o acaso que conduziu a mão que causou o mal. A paixão impõe expiação, ainda que do inocente”.

Somente com a evolução do Direito romano surgiram os primeiros esboços da separação entre indenização e pena, ao promover a diferenciação entre os ilícitos privados (*delicta privata*) e ilícitos cometidos contra a coletividade (*crimina publica*), estabelecendo em lei as sanções para cada espécie (LEVY, 2012, p. 37).

Com a assunção pelo Estado da função de aplicar as sanções repressivas ao autor do ilícito, a noção de responsabilidade passa por uma sensível transformação, visto que se desdobra em (a) responsabilidade penal, que se constitui na punição do ofensor e (b) responsabilidade civil, que objetiva ressarcir a vítima do dano sofrido (ALSINA, 1993, p. 25).

A inicial confusão existente nos ordenamentos jurídicos anteriores entre pena e reparação passa, ao longo da evolução do Direito romano, a ser sanada, conferindo-se ao Estado a função de punir e à vítima o direito de exigir o devido ressarcimento.

Todavia, com a queda do Império Romano – e, conseqüentemente, de seu ordenamento jurídico – e as sucessivas conquistas territoriais dos povos germânicos, novamente se verificou uma notável mudança no regime das responsabilidades. Isso porque enquanto o ordenamento romano extraía qualquer resquício punitivo dos delitos civil, o Direito germânico mantinha a inclusão de tal aspecto no âmbito do direito privado. Previa, com base na natureza do dano e na qualidade da vítima, um valor a ser pago pelo ofensor para se furtar à vingança privada daquela, criando um sistema de alternativas entre composição e sanção (LEVY, 2012, p. 40).

Reiterando o exposto em tópicos anteriores, destaca-se que foi somente com o decorrer da Baixa Idade Média que se verificou uma reaproximação com o Direito romano e, com isso, a redescoberta de seu sistema de diferenciação entre responsabilidade civil e penal, o qual acabou influenciando as legislações modernas após a consolidação dos Estados nacionais. Há que se destacar, todavia, que mesmo após a consolidação da separação entre pena e reparação, ambos os institutos continuam apresentando alguns pontos em comum, na medida em que

[...] as sanções penais e civis, a par da origem comum e da sujeição ao mesmo princípio geral, o do *neminem laedere*, apresentam-se com vários elementos de contato, eis que ambas constituem instrumentos jurídicos de ministração de justiça do caso concreto, ou, ainda, modos de reação a comportamentos que transgridem deveres impostos ao convívio social pelo Direito.

Assim, não obstante os fatos que as separam - a saber, de que cada qual preenche objetivos centrais diversos, distintas são as formulações teóricas e legislativas e diversas as conseqüências diretas, e que a doutrina salienta -, encontram-se essas sanções no ponto exato em que desestimulam condutas incompatíveis com o respeito devido aos direitos referidos, repousando, ainda, sobre certas causas comuns.

Com efeito, as ações que desencadeiam responsabilidades nos dois campos são, quanto à origem, fatos ilícitos, que o ordenamento jurídico trata diferentemente, instituindo regimes próprios de operacionalização das respostas cabíveis. Por vias diversas, que ao lesado é facultado acionar, pode obter, pois, a satisfação de seus interesses.

Esse sistema conjugado de responsabilidade, a par dos esquemas administrativos citados, constitui garantia que o Direito oferece à sociedade para permitir um desenvolvimento normal às múltiplas e atomizadas relações que em seu seio se processam. Alcançam, de uma só vez, tanto a coletividade em eu tomo como os entes personalizados que nela se inter-relacionam (BITTAR, 2015, p. 115-117).

Embora a separação entre as sanções civis e penais tenha constituído notável avanço no instituto da responsabilidade civil, limitava-se a ideia de reparação aos danos de natureza patrimonial, ou seja, previam os ordenamentos jurídicos o dever de reparar os prejuízos causados ao patrimônio da vítima, inclusive no caso de morte desta, mas somente no tocante aos danos consistentes em parcelas aferíveis em pecúnia - a exemplo do artigo 1.537 do Código Civil de 1916, que determinava como parcelas componentes da indenização em caso de homicídio as despesas com o tratamento da vítima, seu funeral, o luto da família e a prestação de alimentos às pessoas a quem o(a) falecido(a) os devia.

O amplo reconhecimento dos danos patrimoniais, todavia, mostrou-se insuficiente para atender aos anseios sociais, especialmente a partir da inclusão da dignidade humana como valor norteador do ordenamento jurídico por diversas constituições, que alterou completamente o alcance da responsabilidade civil, pois ao conferir protagonismo ao ser humano, passando a conceber o indivíduo como um verdadeiro complexo de características, expectativas e potencialidades, exigiu-se que o Direito privado ultrapassasse as fronteiras da mera patrimonialidade para assegurar a seus tutelados também a proteção de sua dignidade nas relações jurídicas privadas.

Com o posterior reconhecimento da possibilidade da ocorrência de danos extrapatrimoniais e a ampliação da gama de danos ressarcíveis, a noção de reparação sofreu sensível ampliação, na medida em que a vítima já não seria conduzida ao *status quo ante* com a mera reposição material do patrimônio, devendo-lhe ser garantida, ainda, a efetiva compensação pelos danos que não possuem natureza material, patrimonial<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Sobre a composição da efetiva reparação no sistema de responsabilidade civil, Carlos Alberto Bittar (2015, p. 121-122) esclarece que “Realiza-se a reparação, de um modo geral, mediante: devolução das coisas ao *statu quo ante* (*restitutio in integrum*); recomposição patrimonial ou reconstituição da esfera lesada; ressarcimento de danos morais; ou, ainda, combinação de efeitos, diante do espectro fático correspondente. [...] Coadunam-se as respostas referidas à própria índole da noção de reparação de danos - do latim, *reparare*; restaurar, restabelecer, refazer, recuperar -, que se constitui como remédio jurídico para situações fáticas lesivas, ou como sucedâneo para as perdas morais ou materiais, ou ambas, suportadas pela vítima. Com a reparação, busca-se repor, quando possível, o lesado no estado anterior ou satisfazê-lo, pelos modos compatíveis, por meio da responsabilização do

A concepção de que para o efetivo ressarcimento da vítima deve a obrigação de indenizar ir além dos danos patrimoniais, abarcando também os danos à pessoa e sua subjetividade, se traduz na noção de reparação integral, paradigma norteador da atual sistemática da responsabilidade civil.

## **2.2 De Aristóteles ao Código Civil de 2002: evolução histórica do princípio da reparação integral e formas de ressarcimento dos danos**

Diante da impossibilidade de evitar a ocorrência do dano em todas as situações a que estão expostos os indivíduos e a sociedade de forma geral, resta ao ordenamento jurídico assegurar o devido ressarcimento à vítima, na tentativa de colocá-la na posição mais próxima possível daquela que gozava no momento anterior à conduta lesiva.

O princípio da reparação integral - chamado também de equivalência entre o dano e a indenização - busca justamente estabelecer uma equivalência entre a situação em que o ofendido se encontrava antes do evento danoso e aquela que passa a gozar após o ressarcimento (SANSEVERINO, 2010, p. 19) e se mostra essencial para garantir a eficácia do sistema de responsabilidade civil atual, na medida em que

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se 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 Danos, 1991). Limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 14)

Não se pode conceber a responsabilidade civil na atualidade sem o reconhecimento de sua estreita relação com o princípio da reparação integral, na medida em que “os tribunais se esforçam cada vez mais para colocar a vítima em uma situação equivalente àquela em que se encontraria caso não tivesse sido produzido o dano. Este é, desde o início, o papel da responsabilidade civil” (MAZEAUD; MAZEAUD, 1969, p. 22)<sup>44</sup>.

---

agente. Ora, não sendo realizável a *restitutio*, converte-se em jurídica a solução, ou seja, concretizável por meio de instrumentos próprios do direito”.

<sup>44</sup> No original: “Los tribunales se esfuerzan cada vez más por colocar a la víctima en una situación equivalente a aquella en la que se encontraría si no se hubiera producido el daño. Tal es desde luego el papel de la responsabilidad civil”.

As raízes do princípio da reparação integral residem na ideia de justiça corretiva de Aristóteles, expressa na obra *Ética a Nicômaco*, na qual o autor buscou restabelecer o equilíbrio na relação entre particulares afetada por conta de um evento danoso em que uma das partes suportou injusto prejuízo.

Na mencionada obra Aristóteles diferencia a justiça em geral e particular: a primeira se refere à atuação do indivíduo em conformidade com a lei, e a segunda se pauta na ideia de igualdade, subdividindo-se em justiça distributiva e corretiva. Aquela seria a justiça refletida na atuação do Estado, objetivando diminuir desigualdades através da distribuição proporcional de bens ou encargos entre os membros da pólis. Já a justiça corretiva, por outro lado, visaria estabelecer uma situação de igualdade nas relações privadas. Justamente a partir desta concepção de justiça corretiva de Aristóteles desenvolve-se a ideia moderna de responsabilidade civil e de reparação integral do dano (SANSEVERINO, 2010, p. 51).

O tema da Justiça, tratado por Aristóteles, foi retomado por Tomás de Aquino (séc. XIII) em suas obras e influenciou a edição dos códigos atuais, inclusive o Código Civil francês de 1804, que serviu de base para a sistemática adotada no Brasil no que tange à responsabilidade Civil. Foi justamente a já mencionada separação entre as responsabilidades civil e penal pelo sistema francês consignado no Código Civil de 1804 que marcou o advento da reparação integral enquanto princípio.

La consolidación de esta separación tuvo por efecto necesario la consagración del principio de reparación integral del daño como principio cardinal de la responsabilidad civil, cuyo contenido, junto con el establecimiento de un principio general de responsabilidad por daños, fue descrito por Tarrible en su exposición del proyecto de Código, así: “Esta disposición abraza, en su vasta amplitud, todos los géneros de daños y los sujeta a una reparación uniforme, que tiene por medida el valor del perjuicio sufrido”, proyecto del cual surgió el actual artículo 1382 C.C. francés el cual expresa: “cualquier hombre que causa a otro un daño obliga a aquel por cuya culpa ha ocurrido a repararlo”.

De esta manera se estableció, aunque no de manera explícita, el principio antes indicado, según el cual el daño constituye la medida del resarcimiento, por lo que delimita tanto los alcances como los límites del mismo. Así, por un lado, la condena debe abarcar el resarcimiento integral de los perjuicios causados dejando a la víctima indemne, esto es, en el estado en el que se encontraba antes del daño o por lo menos en el estado más próximo posible. Por otro lado el principio constituye un límite a la condena, pues todo lo que supere la entidad misma del daño extralimita su función resarcitoria y constituye daño punitivo, cuya prohibición se consolidó en los ordenamientos civiles continentales europeos desde el periodo codificador (HERNANDEZ, 2012, p. 336-337)<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> Tradução livre: “A consolidação desta separação teve como efeito necessário a consagração da reparação integral dos danos como um princípio fundamental da responsabilidade civil, cujo conteúdo, juntamente com o estabelecimento de um princípio geral de responsabilidade por danos, foi descrito por Tarrible em sua exposição do projeto do código, desta forma: ‘Esta disposição abrange em sua vasta extensão, todos os tipos de danos e os

A preocupação com o amplo ressarcimento dos danos decorrentes de atos ilícitos tem demandado a busca de mecanismos que possibilitem a mais completa reparação da vítima e, especificamente no Brasil, o princípio da reparação integral trilhou longo caminho até que se verificasse o devido reconhecimento e a ampla aceitação (MONTEIRO FILHO, 2008, p. 70).

Isso porque o sistema estabelecido pelo Código Civil de 1916 não previa a possibilidade de compensação por danos extrapatrimoniais, e no âmbito dos danos patrimoniais, especificava algumas espécies de danos (como, por exemplo, o dano morte, previsto no artigo 1.537, e o dano à saúde, no artigo 1.538), o que acabou limitando a atuação do julgador durante sua vigência e impedindo o amplo ressarcimento à vítima.

A primeira decisão do Supremo Tribunal Federal que admitiu a possibilidade de reparação do dano moral foi proferida no RE 59.940-SP em 1966, e desta data até o advento da Constituição Federal de 1988 foram travados muitos embates doutrinários e jurisprudenciais até a aceitação dos danos extrapatrimoniais (especialmente o dano moral) e de sua cumulação com os danos materiais, o que restou superado pela redação do artigo 5º, inciso X da atual Constituição (MONTEIRO FILHO, 2008, p. 70).

Reconhecida a possibilidade da ocorrência de danos diversos advindos de uma mesma conduta, passou-se a admitir a ideia do amplo ressarcimento, compreendido como a reparação e/ou compensação de todas as espécies de danos experimentados pela vítima em decorrência do evento lesivo, direcionando a atividade judicial para a composição, aferição e arbitramento do valor da indenização, cujo respaldo positivo se encontra no artigo 944 do Código Civil de 2002 que prevê que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Os principais meios de reparação dos prejuízos previstos nos ordenamentos jurídicos atuais são a reparação natural (*in natura*) e a reparação em pecúnia. A primeira é uma forma de restituir ao lesado bem de mesma espécie e condições daquele retirado de sua esfera patrimonial, atendendo ao ideal de justiça corretiva – como medida para restabelecer o *status quo ante* -, já a segunda consiste no pagamento de uma indenização em valor equivalente aos prejuízos suportados pelo lesado (SANSEVERINO, 2010, p. 34-42).

---

sujeita a um remédio uniforme, que tem por medida o valor de dano sofrido’, projeto do qual surgiu o atual artigo 1382 do CC Francês que afirma: ‘Qualquer homem que causa um dano a outro fica obrigado a repará-lo, se aquele decorreu de sua culpa’. Assim, estabeleceu-se, embora não explicitamente, o princípio enunciado acima, segundo o qual o dano constitui a medida do ressarcimento, delimitando tanto o alcance quanto os limites do mesmo. Assim, por um lado, a condenação deve abarcar a reparação integral dos prejuízos causados deixando a vítima indene, ou seja, no estado em que se encontrava antes do dano, ou pelo menos o mais próximo possível. Por outro lado, o princípio é um limite para a sentença, porque qualquer coisa que excede a extensão dos danos ultrapassa sua função ressarcitória e constitui danos punitivos, cuja proibição se consolidou nos ordenamentos civis da Europa continental desde o período codificador” (HERNANDEZ, 2012, p. 336-337).

Na reparação *in natura* “a restauração da coisa com os elementos originais ou equivalentes constitui o seu objetivo. Substitui-se o sofá incendiado; recoloca-se o para-lama do veículo; devolve-se ao dono o objeto furtado. Atinge-se o mesmo fim, quer pelo conserto da coisa, quer pela substituição, dependendo do estado do bem danificado” (MONTENEGRO, 1999, p. 205). Tal forma de reparação, via de regra, pressupõe a fungibilidade do bem lesado, de modo a tornar possível a sua substituição, observando Maria Helena Diniz (2009a, p. 134) que “esse tipo de reparação é possível, quando se tratar de dano patrimonial direto, por causar menoscabo a bem patrimonial da vítima, pois nesse caso se poderia repor no seu patrimônio o bem lesado como se o dano não tivesse sido produzido”.

Em alguns ordenamentos é possível verificar a coexistência de ambos os sistemas de reparação, como ocorre no direito brasileiro, italiano, alemão, português, que embora optem por uma forma específica de reparação, admitem também o cumprimento de forma diversa, privilegiando a satisfação da vítima. No ordenamento jurídico brasileiro, especificamente, “o art. 927 prioriza e enfatiza que se dê preferência ao cumprimento da prestação na ‘espécie ajustada’, ou seja, à recomposição original ou retorno ao *status quo ante*. Somente se isso não for possível é que se indenizará com o equivalente em dinheiro” (STOCO, 2014, p. 1673).

Embora a reparação *in natura* seja a opção capaz de colocar a vítima no estado mais próximo daquele em que se encontrava antes do evento danoso, é certo que, na prática, encontra algumas dificuldades, seja pela natureza do dano causado (por exemplo, a morte da vítima), pela não fungibilidade do bem jurídico violado (um objeto não passível de substituição ou uma obrigação de fazer personalíssima) ou por outros fatores presentes no caso concreto. Pode-se observar, ainda, que a reparação *in natura* atende melhor ao ressarcimento de danos provocados na esfera contratual, em que o bem jurídico violado pode ser substituído por outro de igual natureza com mais facilidade. Nos danos extrapatrimoniais, por outro lado, por se tratar da violação de um dever geral de cautela, em muitas situações a única forma possível de reparação passa a ser a compensação, ou seja, o pagamento de uma soma em dinheiro como alento à vítima pelo dano experimentado.

Não parece haver maiores dificuldades para a definição da prestação devida ao credor na reparação *in natura*, visto que, para que se configure, deve haver identidade entre o bem danificado e o bem oferecido em substituição. A reparação pecuniária, por outro lado, traz consigo a necessidade de apuração e quantificação do dano para o efetivo ressarcimento e pressupõe uma avaliação dos prejuízos pelo julgador, o qual deverá: a) estabelecer o conteúdo do dano (se este se constitui em dano emergente, lucro cessante, dano moral); b) estimar o montante do prejuízo no momento em que se procede à liquidação, apurando o preço atual que corresponda ao patrimônio destruído; e c) fixação do *quantum* indenizatório (DINIZ,

2009a, p. 135). Passa a obrigação, portanto, a ser uma dívida de valor, apurada em quantia certa, diferente daquela que deu origem à responsabilização do agente, passando a ser uma mera representação pecuniária da obrigação original (DINIZ, 2009a, p. 135).

Sobre a reparação em pecúnia, pode-se afirmar que a efetivação do princípio da reparação integral é medida relativamente simples nos danos materiais, bastando a apuração dos prejuízos experimentados pela vítima por meio da adoção da teoria da diferença, sendo possível mensurar a indenização devida. No entanto, quando se trata da apuração da indenização devida a título de danos extrapatrimoniais surgem dificuldades nessa quantificação, pois se faz necessário estabelecer critérios de arbitramento para que os prejuízos decorrentes da lesão a interesses de natureza primordialmente extrapatrimoniais sejam convertidos em pecúnia, com vista à compensação do ofendido sem, no entanto, resultar em enriquecimento sem causa.

Nota-se ainda, na atualidade, a adoção de outras medidas não pecuniárias que podem ser utilizadas a título de indenização, tais como a retratação, a retificação de notícia injuriosa, a imediata divulgação de direito de resposta, a republicação de material com nome do autor, a publicação de errata pela imprensa, a divulgação de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos ou serviços (BITTAR, 2015, p. 215).

Sendo o objetivo do princípio da reparação integral recolocar a vítima na condição mais próxima possível daquela em que se encontrava antes da conduta lesiva, deve-se conceber o dano de forma ampla, incluindo não somente o valor do bem danificado, mas também eventuais deteriorações, frutos, lucros cessantes, danos emergentes e todas as despesas suportadas pelo ofendido em decorrência da lesão sofrida. Nas palavras de Pontes de Miranda (1959, p. 43) “por ‘todo o dano’ se há de entender o dano em si e as repercussões do dano na esfera jurídica do ofendido”, a princípio sem distinção dos graus de culpa.

A reparação integral deve ser o objetivo do julgador ao apreciar a ação de responsabilidade civil, podendo ser promovida das formas acima descritas. Todavia, embora constitua a finalidade principal do instituto da responsabilidade civil, deve-se atentar para os limites estabelecidos pelas funções inerentes ao princípio, as quais passam a ser expostas no item seguinte.

### **2.3 Funções do princípio da reparação integral e parcelas componentes da indenização/compensação**

Ao se falar em reparação integral, é necessário ter em mente um instituto que objetiva recolocar a vítima o mais próximo do *status quo ante*, de modo a eliminar, tanto

quanto possível, os nefastos efeitos que a violação de direitos produziu na esfera patrimonial e/ou pessoal do ofendido.

Todavia, o princípio da reparação integral deve obedecer a algumas limitações, que estão evidenciadas nas próprias funções a ele correlatas: (a) função compensatória; (b) função indenitória e (c) função concretizadora, as quais, juntas, implicam na total compensação pelos prejuízos decorrentes do dano, mas sem excedê-lo a ponto de caracterizar enriquecimento ilícito do lesado (SANSEVERINO, 2010, p. 58).

A função compensatória estabelece a necessidade de guardar a reparação uma relação de equivalência com o prejuízo experimentado pela vítima, de modo que a indenização, admitida em sentido lato, deve ser quantificada considerando todos os reflexos do dano na esfera jurídica do ofendido.

Referida função constitui o cerne do princípio da reparação integral, na medida em que é esta quem garante a ampla ressarcibilidade dos danos, admitindo o reconhecimento e a cumulação de danos de natureza diversa, a fim de compor a totalidade dos prejuízos decorrentes da conduta lesiva.

Por função concretizadora se compreende a exigência de que o *quantum* da reparação seja avaliado concretamente de acordo com o caso individualmente considerado, levando em conta suas peculiaridades, o que deverá ser feito pelo julgador. Impede, desta forma, a denominada "tarifação indenizatória" exigindo a perfeita individualização dos danos reparados. Portanto, “[...] o juiz, se quer cumprir – e está obrigado a fazê-lo – o princípio da reparação integral, deverá determinar com exatidão não somente cada uma dessas lesões, além de valorá-las e somá-las para que se possa falar, de fato, de uma reparação integral” (ARROYO, 2007, p. 291)<sup>46</sup>.

Assegura-se, com base na função concretizadora, que o juízo proceda à avaliação pormenorizada e individualizada dos danos, considerando e ponderando os elementos de quantificação presentes no caso em análise. Ao tratar da possibilidade da aplicação da cláusula geral de redução da indenização, esta função assume especial relevo, pois não se pode aferir a desproporção entre a culpa do agente e o dano causado sem que se volte os olhos do julgador para a situação específica posta para solução jurisdicional.

A função indenitória, por fim, é o mais evidente liame entre o princípio da reparação integral e o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa – positivado no artigo 884 do

---

<sup>46</sup> No original: “[...] el juez, si quiere cumplir –y está obligado a hacerlo– con el precepto de la indemnización integral, deberá determinar con exactitud no sólo cada una de esas lesiones, sino que además deberá valorarlas y sumarlas para que pueda hablarse, a ciencia cierta, de una reparación total” (ARROYO, 2007, p. 291).

Código Civil - visto que dela se depreende que o valor da indenização deve corresponder rigorosamente ao patrimônio lesado. Desta forma, pode-se afirmar que

La regla es reparar *tout le dommage, mais rien que le dommage*, esto es, se trata de indemnizar la totalidad de los daños padecidos sin que se puedan superar sus estrictos límites. Como lo explica Henao Pérez, “si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la ‘víctima’; si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima”. De manera más elocuente aún: “el derecho de daños es un imperativo de restablecimiento de lo perdido por obra ajena, y nada más” (GARRIDO, 2013, p. 241)<sup>47</sup>.

Pode-se afirmar, assim, que “a vedação ao enriquecimento sem causa, estabelecida pelo art. 884 do CC/2002, embora sem se confundir com a responsabilidade civil, atua sobre ela, para limitar os excessos indenizatórios, como ‘cláusula geral intrassistêmica” (SANSEVERINO, 2012, p. 62).

Busca-se, portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, a exata restituição patrimonial ao lesado e, embora existam situações de exceção em que a diminuição da indenização é permitida (como é o caso, por exemplo, do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil), sua majoração para além dos contornos definidos pelo dano não goza da mesma aceitação, em respeito à vedação ao enriquecimento sem causa.

Neste ponto, é necessário promover a diferenciação entre as funções da responsabilidade civil e as funções do princípio da reparação integral.

O instituto da responsabilidade civil tem por objetivos principais (a) conferir à vítima a reparação integral dos danos experimentados – função reparatória ou ressarcitória; (b) demonstrar para o ofensor que o Estado não admite que se promova a lesão a direito alheio sem o devido ressarcimento à vítima – função pedagógica ou punitiva; e (c) desestimular a reincidência da conduta lesiva – função preventiva.

O princípio da reparação integral - principal fundamento da função ressarcitória da responsabilidade civil - deve observar, por sua vez, as seguintes funções: (a) garantir o ressarcimento de todos os danos oriundos da conduta lesiva, assegurando sua ampla reparação – função compensatória; (b) a análise individualizada do caso concreto, a partir dos fatos e peculiaridades que o compõem, para que a indenização fixada seja a mais próxima possível do

---

<sup>47</sup> Tradução livre: “A regra é reparar *tout le dommage, mais rien que le dommage*, ou seja, compensar todos os danos sofridos, sem superar seus limites estritos. Como explicado Perez Henao, ‘se o dano é indenizado em valor acima do dano realmente causado ocorre um enriquecimento sem causa ocorre em favor da ‘víctima’; se o dano é indenizado abaixo, na verdade, se gera um empobrecimento sem justa causa para a vítima. De maneira mais eloquentemente ainda: ‘o direito de danos impõe restaurar o que se foi perdido pela conduta de outra pessoa, e nada mais” (GARRIDO, 2013, 241 p.).

dano causado – função concretizadora; e (c) corresponder da forma mais fiel possível ao patrimônio lesado, evitando o enriquecimento sem causa de qualquer das partes envolvidas na relação jurídica – função indenitária.

A diferenciação acima se mostra de suma importância para que não haja confusão entre a função indenitária do princípio da reparação integral e a função punitiva da responsabilidade civil. Embora a função indenitária do princípio da reparação integral limite a reparação à extensão do dano, a função punitiva da responsabilidade civil continua sendo respeitada, na medida em que o agente experimenta, ainda que nos limites dos danos causados, o poder sancionatório exercido pelo Estado, quando este o obriga a ressarcir a vítima.

Há que se destacar, ainda, que a função punitiva (ou repressiva) da responsabilidade civil, esta admitida amplamente pela doutrina, difere da ideia de indenização punitiva (*punitive damages* ou ainda denominada de *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart money*), a qual sofre intensa resistência no direito brasileiro, que por força de sua própria origem e evolução estabeleceu clara separação funcional entre responsabilidade civil (ressarcimento) e penal (punição).

Os *punitive damages* consistem

[...] na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*) opondo-se – nesse aspecto funcional - aos *compensatory damages*, que consistem no montante da indenização compatível equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 16).

Referido instrumento tem origem no direito anglo-saxão, cujo desenvolvimento na seara da responsabilidade civil se distancia dos ordenamentos jurídicos de tradição romana, ao admitir que - obedecidos alguns critérios e requisitos<sup>48</sup> - seja possível conferir à indenização o efetivo encargo de efetivamente punir o ofensor, os ordenamentos de inspiração romana mantêm a cisão entre as vias sancionadoras punitiva e ressarcitória, desenvolvidas a partir da distinção entre *delicta* e *crimen*, estabelecida para diferenciar os delitos privados e públicos,

<sup>48</sup> Sobre os critérios para a incidência de *punitive damages*, deve-se observar que (a) estes não constituem direito subjetivo do ofendido, mas sim discricionariedade do júri, o qual após analisar os elementos do caso concreto decidirá pela incidência ou não da condenação em valor expressivamente superior, em penalização à conduta do agente; (b) não se aplicam, via de regra, à responsabilidade civil contratual, mas apenas à aquiliana (*law of torts*), quando houver prova de que as circunstâncias subjetivas da conduta a elevam a uma categoria continental de dolo (*malice, wantonness, willfulness, oppression, fraud*, dentre outras reconhecidas pelo direito anglo-saxão) (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 19).

respectivamente, e as reparações devidas em âmbito privado e público (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 17).

Desta forma, enquanto no direito de tradição romana prevaleceu a concepção ressarcitória da responsabilidade civil, atribuindo-se ao direito penal a prerrogativa de estabelecer penas para os casos em que a conduta repercutir socialmente de forma negativa, os ordenamentos de inspiração anglo-saxã admitem, dentro do sistema de responsabilidade civil, que sejam aplicadas punições exemplares em casos específicos, a fim de evitar a reincidência do ofensor, nas hipóteses em que o dano atinge grandes proporções (como ocorre, por exemplo, no caso dos danos oriundos de desastres ambientais) ou pode gerar consequências para um número expressivo de pessoas (como em acidente de consumo por defeito de produto colocado em circulação, por exemplo).

Todavia, em que pese não ser admitida – ao menos por enquanto – a aplicação da indenização punitiva no sistema de responsabilidade civil brasileiro, é inegável o reconhecimento da função punitiva da responsabilidade civil.

Isso porque no âmbito dos danos patrimoniais, a imposição do dever de reparar pelo Poder Judiciário dá à vítima a sensação de punição daquele que violou seus direitos ou interesses juridicamente relevantes e, ao autor do dano, a certeza de que não poderá causar lesão a outrem sem que seja compelido a promover a devida reparação.

No entanto, é no âmbito do arbitramento de danos extrapatrimoniais que a função punitiva da responsabilidade civil tem aplicação mais evidente, na medida em que a reprovabilidade da conduta do agente servirá de parâmetro para a definição do valor devido a título de compensação.

Desta forma, pode-se afirmar que a fixação da indenização por danos materiais, embora deva observar os limites do efetivo prejuízo experimentado pela vítima, em respeito à função indenitória da reparação, também reflete a função punitiva da responsabilidade civil, ao proporcionar ao lesado o sentimento de proteção de seus direitos por parte do Estado, com a imposição de uma indenização que implicará na diminuição do patrimônio do devedor e, ainda, ao reafirmar ao lesante que atitudes semelhantes não serão admitidas sem a devida reparação dos danos à vítima.

Já no arbitramento dos danos extrapatrimoniais a função punitiva da responsabilidade civil

[...] aparece com nitidez no momento de sua quantificação, pois se leva em conta não apenas a gravidade da ofensa ao interesse jurídico tutelado, como também circunstâncias com nítida conotação penal, como a intensidade do dolo ou o grau de culpa do ofensor. Ora, o agravamento ou a redução da

indenização em conformidade com o dolo ou o grau de culpa do autor do dano confere à indenização inequívoca natureza de pena privada. Apesar de não ser possível extirpar essa faceta punitiva da indenização por dano extrapatrimonial, o grande cuidado, no momento de seu arbitramento, é evitar um excessivo desvirtuamento da sua finalidade nessa linha, o que, em última análise, acabaria por afastar de sua própria função primordial a responsabilidade civil, que continua a ser o ressarcimento mais completo possível dos prejuízos sofridos pela vítima do evento danoso, mais do que a punição do seu autor, além da própria inconstitucionalidade de imposição de uma pena sem prévia previsão legal (*nulla poena sine lege*) (SANSEVERINO, 2010, p. 274).

Não se pode olvidar que o avesso da moeda da função punitiva da indenização se constitui na função preventiva, a qual, em suma, consiste no fator desestimulante da prática de condutas lesivas semelhantes, pois, uma vez obrigado a reparar o dano, o ofensor supostamente evitaria a reincidência, partindo do pressuposto de que haveria de ressarcir os prejuízos à vítima todas as vezes que assim procedesse. Assim sendo

Especificamente quanto à esfera civil, tem-se na reparação dos danos a meta final. Nessa órbita, há submissão pessoal ou patrimonial do lesante à consecução dos fins visados, objetivando-se, sob o prisma moral, também a prevenção de atentados aos direitos em questão. De fato, não só reparatória, mas ainda preventiva é a missão da sanção civil, que ora frisamos.

Possibilita, de um lado, a desestimulação de ações lesivas, diante da perspectiva desfavorável com que se depara o possível agente, obrigando-o ou a retrair-se, ou, no mínimo, a meditar sobre o ônus que terá que suportar. Pode, no entanto, em concreto, assumir aquele ônus, agindo desoladamente, ou, pelo menos, deixar de tomar as cautelas de uso: nesses casos, sobrevindo o resultado e à luz as medidas tomadas na prática, terá que atuar para a reposição patrimonial, quando materiais os danos, ou para a compensação, como vimos salientando.

A sanção civil realiza, pois, no fundo, o papel de meio indireto de devolução do equilíbrio às relações privadas. Com a sua aplicação prática, ou o agente atua para reparar os danos causados, ou, então, deve dispor de parcela de seu patrimônio para arcar com a indenização, a que vier a ser condenado a pagar. Defende, assim, mais propriamente, o interesse privado da vítima, embora as conotações sociais de que também se reveste (BITTAR, 2015, p. 117-118).

Feitas as distinções entre (1) função indenitária do princípio da reparação integral, (2) função punitiva da responsabilidade civil e (3) indenização punitiva, é possível afirmar que a função indenitária do princípio da reparação integral pode ser concebida como o dever de observar, no ressarcimento dos danos patrimoniais, os limites impostos pelo valor apurado do prejuízo e, nos danos extrapatrimoniais, o arbitramento de uma quantia razoável, que seja suficiente para compensar a lesão experimentada pela vítima, sem, no entanto, representar uma pena - sem a devida previsão legal - para o ofensor.

Desta forma, pode-se afirmar que a função indenitária não contraria o intuito punitivo da responsabilidade civil, na medida em que, ainda que limitada a reparação à extensão dos danos, subsiste a imposição do encargo ao devedor, ao qual é transmitida a ideia de que todo dano por ele causado deverá ser ressarcido. A indenização punitiva, por outro lado, caracteriza um excesso indenizatório, ultrapassando os limites da função indenitária do princípio da reparação integral e, por essa razão, encontra óbice no *caput* do artigo 944 do Código Civil.

Evidenciadas as funções que norteiam o princípio da reparação integral e a necessidade de manter-se a correspondência entre os danos e o mais amplo ressarcimento possível, cumpre destacar as parcelas que, em regra, irão compor a indenização/compensação dos danos apurados.

O dano patrimonial é composto por duas parcelas distintas, denominadas pela doutrina de danos emergentes e lucros cessantes.

Caracteriza-se como *dano positivo* ou *emergente* o “déficit real e efetivo no patrimônio do lesado, isto é, numa concreta diminuição em sua fortuna, seja porque se depreciou o ativo, seja porque aumentou o passivo, sendo, pois, imprescindível que a vítima tenha, efetivamente, experimentado real prejuízo, visto que não são passíveis de indenização danos eventuais ou potenciais, a não ser que sejam consequência necessária, certa, inevitável e previsível da ação” (DINIZ, 2009a, p. 69).

Correspondem os danos emergentes ao montante necessário para recompor o patrimônio do lesado, eliminando as perdas econômicas decorrentes da lesão que lhe fora injustamente imputada. Não refletem, necessariamente, a uma redução do ativo da vítima, podendo se caracterizar também pelo acréscimo de seu passivo, a exemplo dos casos em que o dano agrava a debilidade econômica daquele que se encontra em situação de insolvência (FARIAS *et. al.*, 2015, p. 247).

O *lucro cessante*, também denominado *dano negativo* ou *frustrado*, por outro lado, se refere “à privação de um ganho pelo lesado, ou seja, ao lucro que ele deixou de auferir, em razão do prejuízo que lhe foi causado” (DINIZ, 2009a, p. 69). Pode compreender a supressão de uma renda que seria auferida pela vítima tanto pela paralisação de uma atividade que geraria lucros, quanto pela mera perturbação do ritmo de desenvolvimento desta mesma atividade, reduzindo, assim, os ganhos do lesado (MONTENEGRO, 1999, p. 12).

Demandam os lucros cessantes muito mais cautela do julgador em sua aferição, seja no âmbito da comprovação de que tais ganhos seriam incorporados ao patrimônio do ofendido, acaso não houvesse ocorrido o dano, seja para o cálculo do montante de referidos

ganhos, visto se tratar de uma expectativa de acréscimo patrimonial que, embora verossímil, ainda não se concretizou.

Tal modalidade de dano “tangencia o campo do nexos causal, na medida em que a estima dos lucros cessantes é basicamente um exame de um processo causal hipotético, com base naquilo que ordinariamente aconteceria se suprimíssemos o evento lesivo” (FARIAS *et. al.*, 2015, p. 250).

Há que se destacar ainda que, apesar da relação comumente estabelecida entre danos emergentes como atuais e lucros cessantes como futuros, não necessariamente serão experimentados nesse contexto. Caracterizam danos emergentes e futuros, por exemplo, os gastos da vítima com medicação da qual fará uso por determinado período, ou até o final de sua vida, em decorrência de condição de saúde decorrente da conduta lesiva do autor do dano. Tais despesas são certas e claramente constituem danos emergentes, embora ainda não atuais no momento da prolação da sentença da ação de indenização (SANSEVERINO, 2010, p. 185).

No que se refere aos danos patrimoniais na responsabilidade aquiliana, devem os danos emergentes e lucros cessantes ser apurados com base nas provas trazidas aos autos, que servirão de parâmetro para a quantificação e fixação da indenização correspondente. Caberá ao juízo, assim, analisar quais os danos efetivamente experimentados e qual a extensão desses prejuízos com base na demonstração promovida pelas partes, obedecendo-se aos critérios de distribuição do ônus da prova.

Na responsabilidade contratual pode-se promover a apuração do dano a partir da mesma sistemática, compreendendo os danos emergentes como as despesas realizadas pelo lesado para o cumprimento do contrato nos termos pactuados e os lucros cessantes como os frutos e rendas que deixou de auferir em decorrência da mora ou do inadimplemento absoluto da obrigação pelo devedor (MONTENEGRO, 1999, p. 190). Nessas condições haveria uma necessária equivalência entre o dano injustamente imputado ao credor e o valor apurado a título de perdas e danos, mediante a aferição de sua redução patrimonial decorrente da inadimplência, incluindo os encargos suportados pelo credor até o efetivo cumprimento da prestação (atualização monetária, juros de mora, custas processuais e honorários advocatícios, dentre outros) (GOMES, 2007, p. 188).

Todavia, nada impede que as partes fixem antecipadamente um valor a ser pago a título de danos materiais, consistente na denominada cláusula penal (ou pena convencional). Tal disposição constitui pacto acessório do contrato, pelo qual as partes fixam, de antemão, o valor das perdas e danos caso se verifique a inexecução culposa da obrigação, não podendo seu valor ultrapassar o da obrigação principal.

Admitido em nome do princípio da autonomia privada, referido pacto tem, para alguns autores, a função de liquidar previamente os danos oriundos do inadimplemento, enquanto outros sustentam que seu real objetivo seria reforçar o vínculo obrigacional (GOMES, 2007, p. 190).

Concebida a cláusula penal como forma de liquidação prévia de eventuais prejuízos oriundos do descumprimento da obrigação contratual, corrente de maior prestígio sobre o tema, seriam devidos os valores pactuados independentemente da comprovação do dano, bastando a verificação do inadimplemento culposo. Já na condição de reforço do vínculo obrigacional, tendo como objetivo compelir o devedor ao adimplemento dos termos pactuados, seria necessária a demonstração da ocorrência do dano para sua concretização.

Antonio Lindbergh C. Montenegro (1999, p. 191), filiando-se à primeira corrente, pontua que a cláusula penal se reveste de relevante valor prático ao avaliar e liquidar as perdas e danos, de modo que “a parte inocente forra-se aos inconvenientes de maiores discussões, liberando-se, igualmente, do ônus de provar o dano e sua extensão”.

Pode tal instrumento ser estabelecido pelas partes para resguardá-las do inadimplemento total do contrato (cláusula penal compensatória), circunstância em que substituirá a obrigação principal, ou pelo inadimplemento de cláusula especial, situação que permite sua cobrança de forma cumulativa com a obrigação principal (cláusula penal moratória) (CAVALIERI, 2012, p. 316).

Não se deve, por fim, confundir a cláusula penal com a multa simples, consistindo esta no pagamento de uma penalidade especificada no contrato pelo descumprimento contratual, não possuindo este instituto a função de ressarcir os danos, mas sim de promover o agravamento da obrigação para o devedor que não observou os termos pactuados (GOMES, 2007, p. 194).

Na dinâmica da responsabilidade contratual as perdas e danos (apuração dos danos emergentes e lucros cessantes), bem como a cláusula penal, fazem referência aos danos patrimoniais experimentados pelo contratante lesado, não se estendendo aos danos extrapatrimoniais, cuja apuração necessita do prudente arbitramento judicial para fixação.

Ao se tratar da reparação integral de danos patrimoniais - tanto na responsabilidade aquiliana quanto na contratual - devem estar compreendidas, portanto, as parcelas referentes às duas espécies de prejuízos: danos emergentes e lucros cessantes, de forma a compreender o ressarcimento à vítima da forma mais ampla possível.

Quanto às parcelas que integram os danos extrapatrimoniais, em que pese possam se cumular para a composição da reparação integral, visto que vários bens jurídicos diferentes podem ser violados por uma mesma conduta (dano estético + dano à vida de relação + dano

existencial, etc.)<sup>49</sup>, devem ser analisados e ponderados de forma individualizada pelo julgador, que deverá estabelecer qual a espécie de dano, sua extensão, sua repercussão na vida da vítima, o grau de reprovabilidade da conduta do agente, dentre outros parâmetros.

O reconhecimento de uma modalidade de prejuízo extrapatrimonial não exclui a possibilidade de constatação de outras. Pelo contrário, mostra-se perfeitamente possível que um mesmo evento danoso provoque a ocorrência de mais de um prejuízo extrapatrimonial. Por exemplo, danos corporais graves sofridos por um adolescente em acidente de trânsito podem ensejar, além dos patrimoniais, a ocorrência de diferentes prejuízos extrapatrimoniais: dano moral stricto sensu, dano estético, prejuízo juvenil, prejuízo sexual. O ideal, para efeito de reparação integral do dano, é que cada uma dessas modalidades de prejuízo extrapatrimonial seja indenizada de forma autônoma. Não apenas alcança-se um ressarcimento mais completo do dano efetivamente sofrido, como também estabelece-se, com maior precisão, a avaliação concreta dos prejuízos (SANSEVERINO, 2010, p. 305).

Referido arbitramento, de acordo com a doutrina atual, deveria ser dividido em duas etapas: na primeira, denominada fase de valoração, cabe ao julgador constatar a existência do dano extrapatrimonial pela violação de interesses juridicamente relevantes. Identificada e comprovada a ocorrência do dano, deve se iniciar a segunda fase, em que se buscaria a quantificação do dano moral, a partir da investigação de sua extensão.

Nesse segundo momento, já não cabe considerar o fato lesivo por si só, mas seu impacto sobre a pessoa da vítima, ou seja, as mudanças provocadas em sua vida pelo dano. O que se busca é a individualização do dano extrapatrimonial mediante uma comparação da condição da vítima antes e após a lesão, avaliando a gravidade dos reflexos dela sobre o ofendido, visto que “em sua singularidade, cada indivíduo é atingido de uma maneira peculiar por danos existenciais. Com a análise desse contexto, a sentença revelará a razoável relação que existe entre as particularidades da vítima e o valor da condenação” (FARIAS et. al, 2015, p. 355-356).

Sendo assim, o procedimento acima deverá ser realizado separadamente para cada bem jurídico imaterial lesado, com vistas a obter a devida compensação para cada um dos danos extrapatrimoniais decorrentes da conduta lesiva, assegurando a reparação de todos os prejuízos injustamente causados à vítima.

Conclui-se, desta forma, que para que se configure efetivamente a reparação integral do dano, se mostra indispensável a aferição de diferentes parcelas que, reunidas, são capazes de promover o ressarcimento da vítima da forma mais ampla possível. Danos emergentes e

---

<sup>49</sup> O entendimento pela possibilidade de cumulação de danos extrapatrimoniais de naturezas diversas, está, inclusive, consignado na Súmula 387 do STJ, que dispõe que “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

lucros cessantes constituem o montante a ser apurado a título de danos patrimoniais (podendo ser substituídos pela cláusula penal, no caso de responsabilidade contratual, a critério das partes), somando-se a estes as diversas compensações a serem identificadas e quantificadas pelo julgador, de acordo com cada bem jurídico cuja violação resultou em lesões à vítima.

#### **2.4 Aplicabilidade do princípio da reparação integral: existem limites para as boas intenções do julgador?**

Como se pode inferir do exposto, vem o princípio da reparação integral coroar o instituto da responsabilidade civil, ao permitir ao Poder Judiciário que recoloca a vítima na situação mais próxima possível daquela que estaria vivenciando se não tivesse sido contra ela praticado ato injusto e lesivo.

Apesar da nobre função atribuída à reparação integral, esta - assim como ocorre com a grande maioria dos institutos do direito privado - não possui um caráter absoluto, devendo ser concebida em consonância com outros princípios e valores que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro.

Desta forma, por melhores que sejam as intenções do julgador ao identificar e quantificar a indenização/compensação dos danos, devem ser observados alguns limites na promoção da reparação integral como, por exemplo, a vedação ao enriquecimento sem causa, a tendência à socialização dos danos e a manutenção do patrimônio mínimo existencial para assegurar o respeito à dignidade pessoal do ofensor.

No que se refere ao enriquecimento sem causa, deve-se observar que o julgador, ao arbitrar o montante dos danos extrapatrimoniais, deverá buscar a concretização da função punitiva da responsabilidade civil, de modo a garantir que a condenação sirva de ensinamento ao ofensor, para que este tome consciência de que atos lesivos não serão aturados pela sociedade, evitando ainda que reitere na prática da conduta lesiva.

Todavia, ao mesmo tempo em que permanece adstrito à função compensatória do princípio da reparação integral - que assegura o ressarcimento de todos os danos oriundos da mesma conduta lesiva, admitindo a cumulação entre eles - o julgador também está vinculado à função indenitária, a qual estabelece que a indenização deve corresponder à exata medida do dano experimentado pela vítima. Tais parâmetros se revestem de especial relevância quando os danos em questão possuem natureza extrapatrimonial, pois, como visto no item anterior, sua aferição imediata em pecúnia é impossível, sendo imprescindível o exercício de ponderação entre os elementos do caso concreto para que se proceda ao arbitramento de um valor destinado à compensação da vítima. Isso porque

[...] na fixação do *quantum debeat* da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve-o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 105).

Os limites acima traçados são de fundamental observância, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro não admite a imposição de indenização punitiva, atribuindo à responsabilidade civil o encargo de ressarcir os danos à vítima e não de penalizar o ofensor. Dito isso, “se o juiz não fixar com prudência e bom senso o dano moral, vamos torná-lo injusto e insuportável, o que, de resto, já vem ocorrendo em alguns países, comprometendo a imagem da Justiça” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 105).

Além da vedação legal ao enriquecimento sem causa outros fatores devem nortear a aplicação do princípio da reparação integral, especialmente no que tange ao arbitramento dos danos extrapatrimoniais, situação em que se mostra de fundamental relevância a avaliação das condições pessoais do ofensor para a fixação do *quantum debeat*.

Se, de um lado, ao tratar de danos patrimoniais, a aferição do prejuízo independe de qualquer análise em relação à pessoa do agente, refletindo apenas a perda patrimonial experimentada pela vítima, o mesmo não se verifica nos extrapatrimoniais, visto que o reflexo punitivo e pedagógico da compensação dos prejuízos, cujo montante deve ser estabelecido pelo juízo no caso concreto, não pode culminar em um encargo de tamanha expressão a ponto de violar os direitos fundamentais do lesante ou mesmo impedir a continuidade de suas atividades econômicas, caso este seja uma pessoa jurídica. Pode-se afirmar, desta forma, quanto ao arbitramento dos danos extrapatrimoniais, que

Na situação econômica do ofensor, manifestam-se as funções preventiva e punitiva da indenização por dano moral, pois, ao mesmo tempo em que se busca desestimular o autor do dano para a prática de novos fatos semelhantes, pune-se o responsável com maior ou menor rigor, conforme sua condição financeira. Assim, se o agente ofensor uma grande empresa (v. g. grande magazine) que pratica reiteradamente o mesmo tipo de evento danoso, eleva-se o valor da indenização para que sejam tomadas providências no sentido de evitar a reiteração do fato. Em sentido oposto, se o ofensor é uma pequena empresa, a indenização deve ser reduzida para evitar a sua quebra (SANSEVERINO, 2010, p. 284).

Ao concebermos que o ofensor seja um indivíduo (pessoa física), a análise de suas condições econômicas assume relevância ainda maior, visto que o arbitramento de compensação em valores excessivos pode comprometer sua própria sobrevivência e a

daqueles que dele dependem, violando um campo de ampla proteção constitucional, consistente na dignidade pessoal, caracterizando claro conflito entre direitos e interesses da vítima e do ofensor, os quais, vale destacar, encontram-se no mesmo patamar de respaldo legal.

Assim, encontra o princípio da reparação integral, mormente na seara do arbitramento dos danos extrapatrimoniais, limites da garantia do mínimo existencial do ofensor, o qual visa assegurar o desenvolvimento de seus direitos fundamentais e potencialidades, constituindo um espaço protegido da atuação de terceiros, ainda que diante da necessidade de reparação de danos causados por ele a outrem.

Quando, do ponto de vista jurídico, falamos de um “mínimo existencial” estamos tratando de algo intrinsecamente ligado à realização dos direitos fundamentais, que representam a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. A ideia que o norteia refere-se à preservação e garantia das condições e exigências mínimas de uma vida digna. Isso significa dizer que o direito ao mínimo existencial está alicerçado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana (WEBER, 2013, p. 198).

Isso posto, não pode o julgador, ao avaliar os elementos existentes no caso concreto, deixar de considerar que, se de um lado, deve procurar garantir o mais amplo ressarcimento à vítima, de outro, tem como obrigação observar os limites impostos pelas balizas acima descritas, de modo a atender, na medida do possível, as funções compensatória e indenitória do princípio da reparação integral.

Outro limite a ser observado na aplicação do princípio da reparação integral consiste na norma contida do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, a qual prevê a redução da indenização quando verificada a desproporção entre a culpa do agente e o dano provocado. Tal dispositivo, ao prever hipótese de mitigação da reparação integral, desperta controvérsia e enseja calorosos debates doutrinários, merecendo uma análise mais aprofundada acerca dos eventuais benefícios e prejuízos que representa na sistemática da responsabilidade civil brasileira.

### **3 O SISTEMA DE CLÁUSULAS GERAIS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO E O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 944 DO CÓDIGO CIVIL**

O Código Civil Brasileiro de 2002 alterou sensivelmente a sistemática das normas de direito privado ao evitar reproduzir a estrutura composta por normas fechadas e taxativas, modelo predominante até então, trazendo, mediante a adoção de cláusulas gerais, a possibilidade de constante reelaboração e modernização do direito sem alteração do texto da norma. Distanciou-se o atual Código da casuística e da pretensão de completude legislativa, abrindo espaço para a evolução de conceitos e definições no tempo e espaço, compatíveis com a acelerada dinâmica da realidade atual.

A inserção das cláusulas gerais permitiu uma maior integração da codificação civil com o sistema principiológico da Constituição Federal, na qual prepondera uma base axiológica voltada à concreção da dignidade humana (artigo 1º, inciso III da CF/88), de modo a afastar o direito privado da esfera meramente patrimonialista e voltá-lo para o indivíduo e a sociedade, mediante a consignação em seu texto de conceitos como função social (artigo 421 do CC/02), a boa-fé objetiva e probidade (artigo 422 do CC/02), que servirão de norte para a interpretação dos preceitos contidos no código civil.

#### **3.1 Noções introdutórias sobre cláusulas gerais: conceito, funções e limites**

A mudança na estruturação do Código Civil atual coincide com o movimento de constitucionalização do direito privado observado nas últimas décadas, o qual vem rompendo a dicotomia entre este e o direito público, afastando-se do ideal liberal e individualista para um olhar do indivíduo enquanto ser social.

Deste modo, “abandona-se a ética do individualismo pela ética da solidariedade: relativiza-se a tutela da autonomia da vontade e se acentua a proteção da dignidade da pessoa humana” (FACCHINI NETO, 2010, p. 46).

Nesse contexto, em que o indivíduo deixa de ser percebido como abstração para ser concebido em sua concretude - enquanto consumidor, locatário, empregado - recebendo tratamento jurídico próprio, a fim de compensar juridicamente o desequilíbrio econômico e social existente em cada uma destas situações (FACCHINI NETO, 2010, p. 50). Desta forma, além do Código Civil e das situações e relações nele regulamentadas, surgem diversos microsistemas, tais como o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei de Locação (Lei n.º 8.245/90), todos permeados de conceitos indefinidos e cláusulas abertas.

Todavia, se, por um lado, o modelo legislativo baseado em cláusulas gerais permite a necessária maleabilidade do ordenamento jurídico, tornando possível trazer para a esfera de proteção do direito novas formas de relações jurídicas ainda não positivadas, por outro exige atuação ativa e ponderada do jurista, pois a ele cabe adequar a realidade do caso concreto ao enunciado baseado em conceitos fluidos e indeterminados, sem ultrapassar os limites da razoabilidade.

Necessário frisar que as cláusulas gerais consistem em técnica legislativa na qual se opta pela adoção de conceitos vagos ou indeterminados para compor um enunciado, evitando o uso de expressões de alcance limitado, taxativo ou que limitem sobremaneira o espaço de atuação do jurista. Desta forma serão elas sempre expressas, tendo na generalidade do enunciado sua característica primeira, não havendo que se falar, portanto, na existência de cláusulas gerais implícitas (FABIANO MENKE, 2011, p. 3).

Na definição de Judith Martins-Costa (2000, p.303)

Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio de elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico.

A principal função das cláusulas gerais está em conferir ao juiz

[...] à luz do caso concreto e atento às transformações sociais, a possibilidade de proceder à efetiva integração/interpretação da norma de acordo com as regras de experiência, as exigências atuais do bem comum, os valores éticos e morais incorporados à sociedade, as novas tecnologias, as características regionais e a cultura local (TOSTA, 2008, p. 10)

Permite ainda a inserção no ordenamento jurídico de princípios, valores, expectativas de condutas ainda não reconhecidas pelo legislador e, portanto, não positivados, bem como de elementos oriundos de outras ciências (economia, ciências sociais e política), incorporando elementos metajurídicos, viabilizando assim a constante e permanente ressystematização do ordenamento positivo (MARTINS-COSTA, 1998, p. 7).

As cláusulas gerais, ao incorporarem valores e conceitos dotados de generalidade, atribuem mobilidade e maleabilidade ao ordenamento jurídico evitando “a tensão entre preceitos normativos rígidos e valores em mutação a implicar um indesejável mal-estar decorrente de um embate sem solução sistêmica” (JORGE JÚNIOR, 2004, p. 10).

A forma escolhida pelo legislador para elaborar o sistema de normas vigentes é que estabelece qual será o papel do jurista, visto que, quanto mais fechado o ordenamento, menor sua área de atuação, mas se, ao contrário, o sistema estabelecido é baseado em cláusulas gerais, permite-se ao aplicador um verdadeiro espaço de criação, em que este é chamado a colaborar com o constante processo de transformação da norma em face das mudanças na sociedade.

A contribuição do jurista para a constante reelaboração da norma ocorre por meio da inserção de elementos metajurídicos e conceitos não positivados, conferindo sentido àqueles conceitos outrora vagos, abertos.

Acerca da importância da atuação do jurista no ordenamento jurídico, Jorge Júnior (2004, p. 11), com base na teoria de Norberto Bobbio, destaca que

O jurista pode desempenhar o papel de quem conserva e transmite um determinado conjunto de regras do qual é depositário e guardião (intérprete do direito), ou, então, de criador desse sistema, transformando-o, integrando-o, inovando-o, num perfil de colaborador ativo e por vezes até crítico (pesquisador do direito).

A atuação efetiva do jurista no processo de criação da norma assume especial importância na atualidade, diante do acelerado processo de mudanças sociais oriundos da globalização, intensificação dos fluxos de informação, disseminação do comércio eletrônico, dentre outros fatores que atribuem à realidade das relações intersubjetivas um dinamismo impossível de ser acompanhado pelo extenso e burocrático processo legislativo.

Assumem as cláusulas gerais relevância no processo decisório, na medida em que cabe ao juiz selecionar os fatos ou comportamentos verificados no caso concreto e confrontá-los com os parâmetros estabelecidos pela estrutura normativa aberta, buscando neste confronto consequências jurídicas que não estão predeterminadas (MARTINS-COSTA, 1998, p. 9).

A diferenciação entre as cláusulas gerais e os enunciados tradicionais reside justamente nos limites dos poderes atribuídos ao jurista em sua aplicação, pois enquanto nas normas fechadas o grau de generalidade é mínimo, e ao juiz cabe apenas estabelecer o significado do enunciado normativo, nas cláusulas abertas verifica-se uma verdadeira criação do direito pelo julgador.

Além de permitir a renovação constante do direito sem a alteração do texto dos enunciados, outra importante função das cláusulas gerais está em oportunizar a fundamentação da decisão em casos precedentes, de forma que, mesmo não havendo norma que regulamente determinada relação e seus efeitos no mundo jurídico, os valores trazidos

pela cláusula geral podem servir de base para a fundamentação da decisão, tal como ocorre, por exemplo, na interpretação de cláusulas contratuais, quando na ausência de dispositivo de lei específico para regulamentar aquela avença, o julgador se vale do princípio da boa-fé objetiva, instituído por meio de cláusula geral no ordenamento privatista.

A função integrativa exercida pelas cláusulas gerais permite, de um lado, a comunicação entre dispositivos situados em diversos capítulos do Código Civil (denominada mobilidade interna ou integração intrassistemática) e, de outro, a migração de conceitos entre os diversos microssistemas existentes no ordenamento jurídico (integração intersistemática), podendo o aplicador da norma, para completar o sentido das normas abertas, lançar mão de conceitos trazidos nos mais variados diplomas legais, tais como a Constituição, o Código de Defesa do Consumidor e as leis especiais. Acerca da função integrativa das cláusulas gerais, Judith Martins-Costa pontua que

[...] em razão da potencial variabilidade do seu significado, estas permitem o permanente e dialético fluir de princípios e conceitos entre esses corpos normativos, evitando não só a danosa construção de paredes internas no sistema, considerado em sua globalidade, quanto a necessidade de a eficácia da Constituição no Direito depender da decisão do legislador do dia (1998, p. 10).

Importante consequência do emprego de enunciados genéricos na elaboração das normas jurídicas é evitar a inflação legislativa, na medida em que uma série de situações pode ser regulada a partir de uma única proposição genérica, o que não ocorre com o uso de enunciados casuísticos. A inflação legislativa, consistente no aumento desordenado e desarticulado do número de matérias, atividades e comportamentos regulados por textos legais, pode culminar na “ruptura da organicidade, da unidade lógico-formal e da racionalidade sistêmica do ordenamento jurídico e, por consequência, na perda da própria capacidade de predeterminação das decisões concretas por meio do direito positivo” (FARIA, 1999, p. 117).

As cláusulas gerais não devem ser confundidas com outros institutos jurídicos, como os princípios gerais de direito, pois destes diferem sensivelmente. Enquanto estes são concebidos como “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas” (REALE, 2001, p. 286) e constituem fonte supletiva do direito positivo, conforme prevê o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657/42), não se encontrando necessariamente positivados, as cláusulas

gerais, ao contrário, por constituírem técnica legislativa de elaboração de enunciados devem estar necessariamente expressas no texto legal, não podendo ser deduzidas ou inferidas.

Constituem as cláusulas gerais instrumento hábil para o ingresso no ordenamento jurídico de princípios expressos legislativamente ou ainda não positivados (MARTINS-COSTA, 2000, p. 274), não se limitando, porém, a esta função. Relacionam-se os institutos sem necessária identidade, uma vez que podem os princípios prescindir de posituação, da mesma forma que as cláusulas gerais podem positivar outras condutas ou situações que não necessariamente se revestem da universalidade dos princípios. Destaca Jorge Júnior (2004, p. 41) que “não há que se confundir a norma que contém um princípio em seu bojo (caso da boa-fé) com a identificação pura e simples da clausula geral com as normas de princípio ou simplesmente com os princípios”.

Propõem-se as cláusulas gerais, portanto, a promover a abertura e a maleabilidade do ordenamento jurídico para adequá-lo às rápidas e constantes mudanças nas relações sociais, especialmente nas relações privadas, aplicando-se não somente na regulamentação das relações negociais, mas também às hipóteses de responsabilidade civil, tendo em vista as recentes e aceleradas transformações experimentadas pelo instituto.

### **3.2 Cláusulas gerais e responsabilidade civil no direito brasileiro**

O atual Código Civil tem como norte os princípios da socialidade, operabilidade, eticidade e concretude, se afastando do viés patrimonialista do Código Civil anterior para servir de instrumento à efetivação dos direitos fundamentais e sociais previstos na Constituição Federal de 1988, ao invés de se limitar a regulamentar as relações das quais emanam interesses econômicos privados.

No âmbito da responsabilidade civil, percebe-se uma mudança de paradigma, em que a tutela estatal deixa de se voltar prioritariamente para a punição do ofensor e passa a focar a satisfação dos interesses da vítima. Esta virada metodológica exigiu a criação de mecanismos de facilitação da reparação do ofendido, tais como a relativização do papel da culpa e até mesmo do nexa causal em algumas circunstâncias, conforme exposto anteriormente.

Outro importante recurso adotado pelo legislador objetivando viabilizar a integral reparação dos danos foi a adoção das cláusulas gerais como técnica legislativa, ampliando significativamente o leque de possibilidades do jurista no ato de aplicação da norma, dando espaço para o reconhecimento de novos danos, oriundos das modernas formas de relações privadas, cujos conceitos e alcance são construídos pela doutrina e jurisprudência. Observa-se um protagonismo destes modelos abertos, visto que o sistema de responsabilidade atual está

erigido basicamente sobre dois dispositivos desta natureza, os artigos 186 e 927 do Código Civil, os quais devem ser interpretados de forma conjunta e harmônica com os princípios que regem o ordenamento jurídico pátrio.

A utilização de um modelo mais flexível de normas possibilitou a ampliação dos interesses merecedores de tutela, não se limitando apenas aos danos patrimoniais, como o fez o Código Civil de 1916, mas possibilitando a admissão de outras espécies de danos, principalmente aqueles que recaem sobre bens jurídicos imateriais (ou extrapatrimoniais), cujo ressarcimento por tanto tempo foram refutados pelo direito pátrio.

Ao contrário do Código Civil anterior, que trazia em seu bojo o rol taxativo das hipóteses de responsabilização civil – nos artigos 1.537, 1.538 e 1.539 – restringindo demasiadamente a possibilidade de reparação de danos (SANSEVERINO, 2010, p. 26), observa-se uma preocupação do legislador do atual código em conferir amplo espectro às hipóteses de responsabilização civil, evitando o emprego de conceitos fechados e rol taxativo, de forma a permitir a constante renovação do conteúdo da norma, diante do surgimento de novos danos e interesses jurídicos tutelados. Nesse sentido, Jorge Júnior (2004, p. 2) destaca que

O legislador, em vez de detalhar o bem lesado ensejador da reparação civil (a vida, o corpo, a saúde, etc.), como no caso do §823 do BGB, simplesmente *generaliza* o conteúdo da norma, prescrevendo a violação do direito e a ocorrência do dano patrimonial ou extrapatrimonial, como elementos definidores para todo o leque de possíveis bens jurídicos passíveis de lesão e de reparação.

Isso porque a excessiva restrição às hipóteses de reparação tornava difícil a ampliação, ainda que jurisprudencial, dos danos indenizáveis, mormente aqueles de natureza extrapatrimonial, problema este cuja superação se verificou somente com a expressa previsão da reparação de danos morais decorrentes da violação dos direitos da personalidade pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, abrindo uma gama de possibilidades para a exploração de novos danos.

A adoção de conceitos jurídicos abertos e indeterminados, característicos das cláusulas gerais, promove uma judicialização do Direito Civil, permitindo aos juízes – quando da análise desses dispositivos em conjuntos com o rol de valores que fundamentam o texto constitucional - exercer a função criativa do direito em consonância com a realidade em que se encontra. Se pautada nos valores e princípios que regem todo o sistema jurídico brasileiro, esta se mostra uma tendência positiva, na medida em que “mantém o Direito sempre vivo e

atual, além de permitir a penetração da equidade na resolução dos conflitos intersubjetivos e metaindividuais” (TOSTA, 2008, p. 5).

Em suma, o formato do código atual se mostra de grande utilidade na resolução de questões relacionadas à responsabilidade civil, eis que em muitas situações verificam-se particularidades do caso concreto que dificultam sua pura e simples subsunção à norma. Ademais, a valorização da atuação do jurista na concreção das cláusulas gerais permite contínua renovação jurisprudencial, tornando possível o reconhecimento de novos danos e atualização dos conceitos, definições e valores que as compõem.

### **3.3 Cláusula geral de redução da indenização (parágrafo único do artigo 944 do Código Civil): elementos e requisitos para aplicação**

Como exposto nos itens anteriores, o sistema de responsabilidade civil no código atual é marcado pela adoção de cláusulas gerais, compostas de conceitos abertos e dotadas da flexibilidade necessária para manter o instituto em constante renovação e atualizado com as tendências atuais da sociedade. Dentre essas cláusulas destaca-se o parágrafo único do artigo 944 – foco do presente trabalho - dispositivo este que prevê a possibilidade de redução proporcional da indenização nos casos em que houver excessiva desproporção entre a culpa do ofensor e a extensão do dano causado.

A possibilidade de redução equitativa da indenização está prevista em diversas codificações estrangeiras, a exemplo dos artigos 43 e 44 do Código Federal Suíço das Obrigações<sup>50</sup> e do §§829<sup>51</sup> do Código Civil alemão, que preveem que se leve em consideração a graduação da culpa para a fixação da indenização, além de dar atenção à possível redução do lesado a estado de necessidade. O Código Civil argentino prevê em seu artigo 1.742<sup>52</sup> que poderá ser observada na fixação do valor da indenização a situação patrimonial do causador,

---

<sup>50</sup> Código das Obrigações Suíço: “Art. 43 <sup>1</sup> The court determines the form and extent of the compensation provided for loss or damage incurred, with due regard to the circumstances and the degree of culpability. Art. 44 [...] <sup>2</sup> The court may also reduce the compensation award in cases in which the loss or damage was caused neither wilfully nor by gross negligence and where payment of such compensation would leave the liable party in financial hardship”.

<sup>51</sup> BGB “Section 829 Liability in damages for reasons of equity A person who, for reasons cited in sections 827 and 828, is not responsible for damage he caused in the instances specified in sections 823 to 826 must nonetheless make compensation for the damage, unless damage compensation can be obtained from a third party with a duty of supervision, to the extent that in the circumstances, including without limitation the circumstances of the parties involved, equity requires indemnification and he is not deprived of the resources needed for reasonable maintenance and to discharge his statutory maintenance duties”. Versão em inglês do Código Civil alemão disponibilizada no site do Ministério Federal da Justiça e Proteção do Consumidor (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz).

<sup>52</sup> Código Civil Argentino “Artículo 1742. - Atenuación de la responsabilidad. El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable.”.

para atenuar de forma equitativa o valor da indenização, salvo em casos de conduta dolosa do ofensor, em que não é facultada a redução. O Código Civil português, por sua vez, estabelece no artigo 494<sup>53</sup> a redução equitativa da indenização baseada na mera culpa (excluindo, assim, a redução nas condutas dolosas), estabelecendo como critério para a redução a condição econômica do ofensor e do ofendido, além das circunstâncias do caso concreto. Como é possível notar, os ordenamentos jurídicos citados acima têm como ponto comum a previsão da redução da indenização por meio da equidade, nos casos em que o agente age com culpa *stricto sensu*, e preveem a aferição da situação econômica do ofensor como elemento crucial para autorizar a redução do *quantum*.

No caso brasileiro, a redução da indenização foi concebida no projeto do atual código civil sob o fundamento da socialidade, como instrumento para a efetivação de justiça social, conforme fez constar Miguel Reale na alínea z, do item 22 da exposição de motivos apresentada no encaminhamento do projeto para votação<sup>54</sup>.

Trata-se, assim, de uma hipótese de mitigação do princípio da reparação integral, o qual norteia todo o sistema de responsabilidade civil e, nesta condição, deve o dispositivo ser aplicado com cautela, para não colocar em risco toda a evolução do instituto, atribuindo à vítima parte do prejuízo para o qual não concorreu.

Enquanto medida que excepciona o princípio da reparação integral a previsão do parágrafo único do artigo 944 deve ser interpretada e aplicada de forma restritiva, posto que subtrai da vítima o direito à restauração do *status quo ante*. Deste mesmo entendimento partilha Monteiro Filho (2006, p. 74) ao frisar que

[...] a correlação entre o caput e o parágrafo traduz-se, juridicamente pelo raciocínio regra-exceção. Seja por virtude do exame de força axiológica, seja pela análise da estrutura interna da norma, chega-se à idêntica constatação: a relação é de exceção para com regra do caput do dispositivo, que prevê a reparação integral do dano [...].

O caráter de excepcionalidade da aplicação da redução equitativa da indenização, prevista no parágrafo único do artigo 944, foi confirmado pelo Enunciado 46, aprovado na I Jornada de Direito Civil:

<sup>53</sup> Código Civil Português “Artigo 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.

<sup>54</sup> Consta da exposição de motivos encaminhada por Miguel Reale (BRASIL, 2005, p. 44) no item 22, alínea z: “para dar mais um exemplo do cunho de “socialidade” ou “justiça social” que presidiu a elaboração do Projeto, em todas as suas fases, destaco a nova redação do preceito que fixa a medida das indenizações: ‘Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização’”.

46 – Art. 944: a possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano. (Redação dada pelo Enunciado 380 aprovado na IV Jornada de Direito Civil)

A despeito da forte oposição de alguns autores em relação à previsão contida no artigo 944, parágrafo único, Cavalieri (2012, p. 39) afirma que “o dispositivo é salutar na medida em que, sem impedir a reparação integral do dano, evita o excesso na condenação”, trazendo como justificativa para sua afirmação as palavras de Agostinho Alvim, que já chamava atenção para esse ponto, ao afirmar que “sucede às vezes, que, por culpa leve, sem esquecer uma dose de fatalidade, vê-se alguém obrigado a reparar prejuízos de vastas proporções. O juiz poderia sentir-se inclinado a negar a culpa, para evitar uma condenação que não comporta meio termo” (ALVIM, 1980, p. 201).

O parágrafo único do artigo 944 do Código Civil traz em seu bojo três elementos essenciais, aos quais deve observância o julgador para a redução da indenização: a gravidade da culpa, a extensão do dano e a excessiva desproporção entre ambos, sendo pertinente traçarmos algumas considerações sobre tais elementos, em especial acerca da (des)proporcionalidade invocada entre culpa e dano.

No que se refere ao elemento culpa, diferentemente do que ocorre no artigo 186 do Código Civil - em que culpa *stricto sensu* e dolo foram equiparados para fim de caracterização do ato ilícito - no caso da aplicação da cláusula de redução aquela deve ser concebida em sentido estrito, não sendo aplicável a redução legalmente prevista quando a conduta lesiva é praticada com dolo pelo agente (SANSEVERINO, 2010, p. 99).

Tal como se verifica em caso de dolo, não se admite a redução equitativa aos casos em que houve culpa grave, isso porque, se analisarmos a graduação estabelecida pela doutrina, em especial a doutrina francesa, nesses casos, embora o agente não tenha a intenção de causar o dano, comporta-se como se o tivesse desejado (STOCO, 2014, p. 222), ou seja, age sem observância das cautelas mínimas para assegurar que não causaria danos a outros indivíduos, sendo impossível aferir a desproporção em relação à extensão dos danos quando a conduta do ofensor foi praticada nessas condições.

Corroborando este entendimento Agostinho Alvim frisou quando da elaboração do anteprojeto do novo código, em sua exposição de motivos, que “o fato de ser leve a culpa, ou levíssima, não exclui a responsabilidade, salvo casos expressos em lei; [...]. Todavia não parece justo que, no caso de culpa leve e dano vultoso, a responsabilidade recaia inteira sobre o causador do dano” (ALVIM, [19--], p. 101).

A aferição da culpa para a aplicação da cláusula geral de redução constitui objeto de controvérsia, na medida em que a forma e os critérios utilizados para sua caracterização certamente afetam o juízo de proporcionalidade em relação ao dano experimentado pela vítima. Explica-se: ao analisar a conduta do agente e, em consequência, o grau de culpa que a permeia, tal juízo pode ser feito *in abstracto* ou *in concreto*<sup>55</sup>.

Na primeira hipótese, o grau de culpa do agente será avaliado de acordo com um padrão de comportamento socialmente estabelecido, do chamado “homem médio”, tomando por base elementos da realidade do agente, como grau de instrução, posição econômica, formação cultural, dentre outros, de modo que a conduta praticada seja comparada à de outro indivíduo em condições semelhantes. Já na aferição *in concreto*, levar-se-ia em conta aspectos anímicos do agente, tais como suas intenções, seu caráter, seus hábitos, eventual reincidência, de modo que a análise da ação que ocasionou o dano seja individualizada no tocante ao elemento subjetivo do agente e não colocada em comparação com o padrão de comportamento esperado socialmente<sup>56</sup>.

No direito brasileiro atual adota-se a aferição *in abstracto* da culpa, valendo-se de uma concepção objetiva mitigada, ou seja, realiza-se a análise da culpa do agente a partir do “padrão de comportamento do homem médio, mas considerando circunstâncias concretas como o meio social, cultural e profissional em que o agente está inserido” (SANSEVERINO, 2010, p. 105). Parte-se, assim, de critérios objetivos, como um desvio do modelo de conduta esperado ou de um dever geral de cuidado, levando-se em consideração, todavia, a previsibilidade do resultado pelo agente.

A aferição da culpa, portanto, deve ser feita tomando como base o “homem médio”, porém este não deve ser qualquer um, indiscriminadamente, mas aquele de mesma situação cultural, social e instrução que o ofensor, de forma que a aferição da culpa deverá ocorrer de acordo com as circunstâncias objetivas do caso concreto para que seja possível analisar em cada caso a magnitude da culpa do ofensor.

Quanto à extensão dos danos como elemento a ser observado para a aplicação da redução da indenização, mostra-se necessário aferir efetivamente a extensão objetiva e econômica do prejuízo suportado pela vítima, permitindo, desta forma, que seja possível verificar a desproporção entre este e a culpa do autor, elemento que serve de contrapeso nesta ponderação, necessária à concreção da redução.

---

<sup>55</sup> Sobre a aferição *in concreto* e *in abstracto* da culpa, fazemos remissão ao item 1.3.3 deste trabalho.

<sup>56</sup> Acerca deste assunto Jaime Santos Briz (1970, p. 80) afirma que “obra culposamente en Derecho civil el que acepta una actividad aunque sepa o tenga que saber que no es apto para ello, según la medida de suficiencia objetiva. Es decir, se sigue um módulo objetivo e abstracto que no considera la individualidad ni inclinaciones personales, cualidades y costumbres del responsable”.

Nesta aferição é imprescindível avaliar ainda a repercussão do dano na vida social da vítima, de seus familiares e, ainda, as condições pessoais e sociais do ofendido (CARVALHO FILHO, 2003, p. 103), de modo a mensurar a extensão dos efeitos da lesão para aquele indivíduo considerado em suas particularidades, visto, como dito anteriormente, que a redução da indenização constitui medida de exceção.

A análise da excessiva desproporção entre a culpa do agente e o dano, no entanto, parece a chave para a aplicação da cláusula geral de redução da indenização prevista no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, motivo pelo qual convém analisá-lo com mais profundidade, o que se pretende no item seguinte.

Destaca-se que, inspirada nos textos análogos positivados em ordenamentos estrangeiros, alguns autores admitem como requisito para a aplicação da cláusula geral de redução outro elemento não previsto expressamente no texto do artigo em tela, qual seja, a condição econômica do ofensor. Conforme exposto anteriormente alguns sistemas jurídicos estrangeiros que adotam a cláusula geral de redução da indenização (tais como as codificações suíça, portuguesa e argentina) fazem expressa menção à condição econômica do ofensor como requisito para a aplicação da norma ao caso concreto, o que não se verifica no ordenamento jurídico brasileiro.

A parte da doutrina que admite a utilização da condição econômica do ofensor como requisito para a redução da indenização defende que diante da previsão de um julgamento equitativo, o juiz está dotado de poderes para analisar outros elementos além daqueles expressamente contidos na redação do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, já que este, por se tratar de cláusula geral, necessita que seu conteúdo seja preenchido pelo magistrado, com base nos valores trazidos pela Constituição Federal (MONTEIRO FILHO, 2008, p. 81). Assim, se analisando o caso concreto, o julgador concluir que o ofensor é solvente e que a reparação integral não o reduzirá a um estado de miserabilidade, não há razão para a redução do *quantum* indenizatório, devendo prevalecer a regra geral da ampla e integral reparação.

A admissão da condição econômica como objeto de análise pelo julgador no momento do exercício da redução indenitária, com base na tábua axiológica constitucional - que prevê a dignidade humana e a solidariedade como valores fundamentais - será objeto de análise no capítulo quarto deste estudo, no qual serão debatidos os fundamentos para a aplicação da cláusula geral redução da indenização em face do princípio da reparação integral.

### 3.3.1 A metáfora da balança: a desproporção entre a culpa e o dano como pressuposto para a aplicação da cláusula geral de redução da indenização

Apesar de trazer em seu texto a necessidade de *desproporção* entre a culpa do agente e o dano causado, defendem alguns autores que o juízo a ser realizado na aplicação do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil seria de razoabilidade, considerando que a ponderação necessária à identificação de excessiva desproporção mencionada no dispositivo legal exige a análise, de forma concreta, dos elementos fáticos que individualizam cada demanda.

A razoabilidade e a proporcionalidade, apesar de serem denominadas comumente de princípios, constituem postulados normativos, metanormas que norteiam a aplicação de todo o sistema de princípios e regras, diferenciando-se dos princípios na medida em que não impõem determinado fim, mas servem de base para o raciocínio e a argumentação jurídica (SANSEVERINO, 2010, p. 108).

Segundo Humberto Ávila (2011, p. 134)

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas.

A razoabilidade e a proporcionalidade devem, assim, ser compreendidas como postulados normativos, sobrepondo-se às regras e princípios para compor o seletivo grupo das metanormas, as quais informam a aplicação das demais normas do ordenamento. Desta forma “não se pode falar, portanto, em violação dos postulados da razoabilidade ou proporcionalidade, mas sim em violação de regras e princípios que não foram aplicados conforme os referidos postulados, cuja interpretação foi empreendida em desacordo com sua estruturação” (CRISTÓVAM, 2005, p. 144).

Os postulados não impõem a promoção de um fim, tal como fazem dos princípios, apenas estruturam a aplicação destes. Tampouco prescrevem comportamentos, mas sim auxiliam na formação dos raciocínios e argumentações para a aplicação das normas que indiretamente prescrevem comportamentos. De outro lado, ao contrário das regras, os

postulados não descrevem comportamentos, mas estruturam as normas que o fazem. Assim, não se limitam à mera subsunção - caracterizada pela simples análise da correspondência entre a hipótese da norma e a situação fática - como ocorre com as regras, ordenando a relação entre vários elementos<sup>57</sup> (CRISTÓVAM, 2005, p. 144).

Deve o julgador, portanto, observar na aplicação de qualquer princípio ou regra os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, como forma de evitar desvios de finalidade da norma e assegurar o atendimento da função primordial do direito enquanto pacificador social.

Embora guardem forte relação entre si – sendo utilizados como recurso legítimo para assegurar a legalidade e constitucionalidade na interpretação e aplicação de normas de origens diversas - os postulados da proporcionalidade e razoabilidade possuem diferenças elementares, sendo pertinente traçar breve diferenciação entre ambos<sup>58</sup>.

A proporcionalidade se relaciona de forma mais próxima com o direito constitucional, servindo, em especial, para controlar a atuação do Estado na limitação de direitos fundamentais (BRANCO, 2006, p. 132). Pode-se defini-la como

[...] uma regra de interpretação e aplicação do direito - no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais -, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais (SILVA, V.A., 2002, p. 24)

A aferição da proporcionalidade na elaboração de uma lei, ato administrativo ou na adoção de determinada medida deve ser realizada a partir de três perspectivas (ou sub-regras):

<sup>57</sup> Ainda acerca da diferenciação da figura dos postulados em relação aos princípios e regras, Humberto Ávila (2011, p. 134-135) afirma que “os postulados não se enquadram na definição nem de regras nem de princípios segundo o modelo tradicional. Se as regras forem definidas como normas que descrevem um comportamento a ser observado (ou reservam parcela de poder, instituem procedimentos ou estabelecem definições, sempre sendo cumpridos por meio de comportamentos), devendo ser cumpridas de modo integral e, no caso de conflito, podendo ser excluídas do ordenamento jurídico se houver uma outra regra antinômica, os postulados não são regras: eles não descrevem um comportamento (nem reservam poder, instituem procedimento ou estabelecem definições), não são cumpridos de modo integral e, muito menos, podem ser excluídos do ordenamento jurídico. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas, em tudo e por tudo exigindo uma aplicação mais complexa que uma operação inicial ou final de subsunção. Se os princípios forem definidos como normas que estabelecem um dever-ser ideal, que podem ser cumpridas em vários graus e, no caso de conflito, podem ter uma dimensão de peso maior ou menor, os postulados não são princípios: eles não estabelecem um dever-ser ideal, não são cumpridos de maneira gradual e, muito menos, possuem peso móvel e circunstancial. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas, com aplicação estruturante e constante relativamente a outras variáveis”.

<sup>58</sup> O presente trabalho compartilha do entendimento de que não se confundem os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, conforme exposto nas páginas seguintes. Ressalta, porém a existência de parte da doutrina que os considera sinônimos ou fungíveis entre si, como pontua Barroso (2015, p. 210-211).

necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito<sup>59</sup>, elementos estes que levarão em consideração a norma em tese, sem verificar os elementos do caso concreto (análise *in abstracto*).

Pertinente destacar que, para aferição da proporcionalidade, há que se analisar de forma subsidiária as citadas perspectivas, pois não preenchendo ao critério de adequação, por exemplo, torna-se desnecessário analisar a necessidade; verificada a ausência de necessidade, não há porque ponderar a proporcionalidade em sentido estrito<sup>60</sup>.

Trata-se de instrumento voltado à ponderação entre dois elementos, discerníveis empiricamente, que guardem relação de causalidade entre si, visando a atingir uma determinada finalidade da forma mais adequada, menos onerosa e de modo que as desvantagens decorrentes da medida adotada sejam menores que o bem alcançado (SANSEVERINO, 2010, p. 108-109).

O postulado da razoabilidade - diferentemente da proporcionalidade, que inicialmente se voltou ao direito constitucional e administrativo – guarda afinidade com o princípio do devido processo legal substantivo, de modo a verificar se determinada norma, quando aplicada, possui o condão de promover efetivamente o justo.

Acerca do princípio da razoabilidade, Barroso (2015, p. 211) destaca que

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.

A razoabilidade, ao contrário da proporcionalidade, pode ser concebida sob duas perspectivas: como equidade (sentido aristotélico-tomista – vide item 3.2.1), ou seja, como instrumento de harmonização entre a norma e o caso concreto; e como equivalência, promovendo a análise da correspondência entre a medida adotada (indenização) e o critério

<sup>59</sup> Sanseverino (2010, p. 109) ao tratar do postulado da proporcionalidade esclarece acerca de suas perspectivas de análise: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Afirma o que "a proporcionalidade tem sido examinada na concretização de direitos fundamentais, verificando-se, em primeiro lugar, que o meio deve conduzir à realização do fim (adequação). Em segundo lugar, havendo vários meios disponíveis, deve-se escolher o menos restritivo dos direitos fundamentais afetados (necessidade). Em terceiro lugar, o grau de importância de realização do fim almejado deve ser proporcional às desvantagens causadas pela escolha do meio, que restringe um direito fundamental (proporcionalidade em sentido estrito)".

<sup>60</sup> Neste sentido Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 34) esclarece “Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito”.

utilizado para tanto (culpabilidade do agente) (SANSEVERINO, 2010, p. 111). Para sua verificação, tanto no sentido de equidade, quanto no sentido de equivalência, mostra-se necessária a análise do caso *in concreto*, considerando a realidade e os elementos que a compõem<sup>61</sup>.

Em suma, deve-se se considerar que proporcionalidade e razoabilidade não são sinônimos, pois enquanto a primeira possui uma estrutura racionalmente definida, desdobrando-se em suas três sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), a razoabilidade pode ser concebida como um dos vários *topoi* dos quais os tribunais se servem para fundamentar uma decisão, ou como uma simples análise de compatibilidade entre meios e fins (SILVA, V.A., 2002, p. 45)<sup>62</sup>.

Superada a distinção entre proporcionalidade e razoabilidade, é possível afirmar que

A norma do parágrafo único do art. 944 do CC/2002, ao fazer referência expressa à "excessiva desproporção" entre a culpabilidade e o dano, apesar de conduzir o raciocínio do intérprete para a proporcionalidade, amolda-se melhor ao postulado da razoabilidade.

Não se está a estabelecer uma relação entre meio e fim no plano abstrato, como se faz com a utilização do postulado da proporcionalidade, mas de uma relação entre critério e medida para se alcançar uma relação de equidade ou equivalência entre a indenização (medida) e a culpabilidade do responsável (critério). Ou seja, a referência à "desproporção" é feita com a conotação de proporcionalidade em sentido estrito.

O postulado da razoabilidade aplica-se, assim, à hipótese em questão em dupla perspectiva (equidade e equivalência) (SANSEVERINO, 2010, p. 111).

---

<sup>61</sup> Seguindo o mesmo entendimento sobre as diversas acepções da razoabilidade, Humberto Ávila (2011, p. 164) leciona que “[...] dentre tantas acepções, três se destacam. Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas”.

<sup>62</sup> Objetivando traçar uma diferenciação entre o postulado da proporcionalidade e outras figuras análogas, destaca Humberto Ávila (2011, p. 176-177) que este “não se confunde com o da *justa proporção*: enquanto esse exige uma realização proporcional de bens que se entrelaçam numa dada relação jurídica, independentemente da existência de uma restrição decorrente de medida adotada para atingir um fim externo, o postulado da proporcionalidade exige adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de uma medida havida como meio para atingir um fim empiricamente controlável. O postulado da proporcionalidade não se identifica com o da *ponderação de bens*: esse último exige a atribuição de uma dimensão de importância a valores que se imbricam, sem que contenha qualquer determinação quanto ao modo como deve ser feita essa ponderação, ao passo que o postulado da proporcionalidade contém exigências precisas em relação à estrutura de raciocínio a ser empregada no ato de aplicação. O postulado da proporcionalidade não é igual ao da *concordância prática*: esse último exige a realização máxima de valores que se imbricam, também sem qualquer referência ao modo de implementação dessa otimização, enquanto a proporcionalidade relaciona o meio relativamente ao fim, em função de uma estrutura racional de aplicação. [...] O postulado da proporcionalidade não se identifica com o da *razoabilidade*: esse exige, por exemplo, a consideração das particularidades individuais dos sujeitos atingidos pelo ato de aplicação concreta do Direito, sem qualquer menção a uma proporção entre meios e fins”.

Ainda sobre a pertinência da aplicação do postulado da razoabilidade, a despeito da expressão *desproporção* empregada pelo texto legal, seu cabimento pode ser invocado em dupla perspectiva: equidade e equivalência. Na primeira, quando a pura e simples aplicação da norma (reparação integral do dano) mostrar-se excessivamente onerosa em face das circunstâncias do caso concreto (culpa leve e danos extensos). Na segunda, enquanto equivalência entre a medida tomada (no caso da responsabilidade civil, a indenização) e o critério de aferição adotado (grau de culpa do agente) (SANSEVERINO, 2010, p. 111).

O princípio da reparação integral, conforme anteriormente exposto, constitui o principal objetivo da responsabilidade civil, devendo, portanto, ser concebido como regra geral e finalidade última do instituto. A mitigação ou relativização proposta pelo parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, por outro lado, constitui expressa exceção do ordenamento jurídico, de modo que somente será aplicável quando patente a falta de razoabilidade do valor necessário para o ressarcimento dos danos em comparação com a culpa do agente na prática da conduta danosa, análise esta que deverá se ater aos elementos do caso concreto. Isto porque a noção de equidade que deve orientar o julgador para a aplicação da cláusula de redução, devendo este ponderar se a minoração da indenização é cabível e necessária, e se tal medida compensa o sacrifício do princípio da reparação integral e o prejuízo que será suportado exclusivamente pela vítima (diferença entre o valor do dano e da reparação).

### **3.4 Equidade: a chave para a aplicação da cláusula geral de redução da indenização**

O legislador pátrio, ao configurar o Código Civil de 2002, optou por se valer de cláusulas abertas e conceitos ético-jurídicos como recursos para a solução de questões diversas, a fim de evitar o engessamento do sistema jurídico diante das constantes e aceleradas mudanças que as relações sociais experimentam na atualidade.

Conceitos como boa-fé objetiva, probidade e equidade passaram a servir de base para a criação e interpretação de normas, sendo concebidos de acordo com o contexto histórico-social em que se inserem, conferindo aos juízes e à doutrina um espaço de atuação com vistas à concreção dessas mesmas normas (CARVALHO FILHO, 2003, p.11).

A redução da indenização prevista no parágrafo único do artigo 944 se baseia justamente na ideia de equidade, conceito aberto que se constitui, dentre outras definições, na adequação do texto legal excessivamente rigoroso, limitado ou lacunoso ao caso concreto, utilizando como base as circunstâncias específicas de cada caso.

Com vista à regulamentação do maior número de situações fáticas possíveis, torna-se impossível ao legislador editar normas que se atenham às especificidades de cada caso concreto. Ao contrário, deve a lei abarcar o maior leque de hipóteses de incidência em sua generalidade, sem que se elasteça a ponto de perder sua função regulamentadora, tornando-se inócua diante da realidade que visa regulamentar.

Disto decorre a importância dos conceitos abertos já mencionados, cujo significado é atribuído pelo julgador no contexto do caso concreto, após análise de todos os elementos que o individualizam. A equidade se torna, assim, instrumento de suma importância, permitindo a necessária adequação da letra da lei às demandas decorrentes da convivência humana.

### **3.4.1 Equidade: conceitos, funções e evolução histórica**

Para corrigir eventuais equívocos oriundos do excesso de generalidade da lei, deve o intérprete se utilizar de recursos para obter a concreção da norma e assegurar uma decisão justa. A equidade constitui um dos recursos colocados à disposição do aplicador do direito na busca pela efetiva justiça, o que não raro demanda uma adequação da norma ao caso concreto, seja por sua amplitude e generalidade excessivas ou pela patente injustiça oriunda de sua aplicação pura e simples.

Nas palavras de José de Oliveira Ascensão (1984, p. 369)

Quando o legislador, presa da necessária generalidade das suas declarações, emite uma prescrição lata demais, em que abrange casos que não teria abrangido se tivesse podido considerar as consequências nocivas da sua intervenção ou, dito por outras palavras, quando a lei é demasiado absoluta, por a aplicação a certos casos que não são os que ditaram a regra ir contra o bem comum — então o intérprete deve restringir o âmbito da lei para evitar esses resultados absurdos.

Atualmente concebida como conceito jurídico indeterminado, justamente por compor cláusulas gerais destinadas a conferir maleabilidade ao sistema jurídico, diversas foram as tentativas doutrinárias de estabelecer um conceito de equidade, de modo que a doutrina menciona seu caráter plurissignificativo<sup>63</sup>, possuindo muitas vezes de sentido antinômico, a

---

<sup>63</sup> Sobre as diversas acepções do termo equidade, Limongi França afirma que seu conceito é do gênero dos chamados conceitos análogos, ou seja, apresenta vários significados que se assemelham e se relacionam entre si. Destaca ainda que “do exame dos autores que, em Filosofia, em Ética e em Direito, se ocupam com o assunto, resulta que cinco são as suas acepções mais importantes: a) a de princípio similar e anexo ao da justiça; b) a de virtude ou hábito prático informado por esse princípio; c) a de direito de agir de modo conforme a essa virtude; d) a de ato de julgar conforme os ditames do mesmo princípio; e e) a de jurisprudência em geral” (FRANÇA, 1988, p. 69).

dependem do aspecto ou função ao qual o doutrinador deu enfoque como objeto de estudo<sup>64</sup>. Carvalho Filho (2003, p. 27-28) traz uma compilação do conceito de equidade para diversos autores:

Entre os diversos conceitos de equidade não se pode deixar de mencionar o de Aristóteles, que a definiu como “uma mitigação da lei escrita por circunstâncias que ocorrem em relação às pessoas, às coisas, ao lugar ou tempos”.

[...] Santo Tomás de Aquino, em concepção naturalista, liga a equidade à noção da justiça e à utilidade comum, consoante já salientado.

Vicente Ráo, em conceito moderno de equidade, considera-a não mais como direito, mas como atributo deste, quer lhe seja conferido pelo legislador, ao formular a norma jurídica, quer pelo juiz, ao aplicá-la.

Para Agostinho Alvim, o conceito de equidade reduz-se ao de justiça perfeita, ou aproximada.

Tornaghi define equidade como a justiça iluminada pela razão, que lhe permite ver melhor as circunstâncias de cada caso.

Eduardo Espínola e seu filho conceitual a equidade como a capacidade, que a norma tem, de atenuar seu rigor, adaptar-se ao caso concreto.

Maria Helena Diniz ressalta que a maioria dos autores modernos (Forti, Calamandrei, Bolaffio, Filomusi-Guelfi, Albini) conceitua a equidade como justiça do caso concreto, singular, conceito este que se prende ao aristotélico-tomista.

A despeito do conteúdo diverso dos conceitos de equidade acima apresentados, Sanseverino (2010, p. 90) sintetiza-os, agrupando-os em duas concepções principais, uma aristotélica, de natureza subjetivista, que a concebe como princípio inerente ao direito positivo, permitindo ao intérprete corrigir a norma abstrata, humanizando-a e trazendo-a para a realidade do caso concreto se, no entanto, criar uma nova regra; outra romana, de natureza objetiva, que compreende a equidade como externa ao direito positivo, aproximando-a do direito natural e, portanto, superior às regras estabelecidas, de cunho positivo, atuando como verdadeiro princípio geral de direito.

Dito isso, é possível notar que a equidade é admitida no direito brasileiro na concepção aristotélica, sendo conferido ao juiz o poder de corrigir eventuais desvios provocados pela aplicação pura e simples da norma ao caso concreto, que resultariam em decisões contrárias aos princípios que regem o ordenamento jurídico.

Portanto, a solução pela equidade é aquela proferida em “harmonia com as circunstâncias do caso concreto, e não com quaisquer injunções, mesmo indirectas, do sistema jurídico. A equidade, segundo a definição que referimos já, é a justiça do caso concreto, ao

<sup>64</sup> A fim de explicitar a ideia de conceito plurissignificativo atribuído à equidade, Silveira (*apud* CARVALHO FILHO, 2003, p. 26) elenca o conteúdo de referido conceito para diversos autores de relevo. Difere entre o direito natural (Aristóteles, Tomás de Aquino), espírito da lei (Cícero), justiça absoluta (Teixeira de Freitas), poder discricionário (Calamandrei), o justo moral (Gianini), sendo estes apenas exemplos dos diversos conceitos de equidade cunhados ao longo do estudo do instituto pela doutrina filosófica e jurídica.

qual se adapta plenamente, porque plenamente valora as circunstâncias de cada espécie” (ASCENSÃO, 1984, p. 394).

Reconhece a doutrina três espécies de equidade: a civil (fundada em determinação legal), a natural (fundada no direito natural do juiz de distribuir a justiça de forma equânime) e a cerebrina (também chamada de falsa equidade, de origem sentimentalista, anticientífica, arbitrária) (FRANÇA, 1988, p. 73). A primeira e a segunda forma coadunam com o sistema jurídico posto, na medida em que constituem recursos para a adequação da norma ao caso concreto, de modo a promover a almejada justiça. A última, todavia, é refutada pelo direito nos dias atuais, visto que a decisão proferida sem base legal, fundada meramente no sentimentalismo ou na benevolência do julgador, resulta em um estado de insegurança jurídica, acabando com o mínimo de previsibilidade no ato de julgar, conferido em alguma medida pelas normas positivadas.

A relevância do instituto da equidade nas mais diversas áreas do direito pode ser creditada às funções que lhe são atribuídas, que consistem nas funções (a) substitutiva; (b) integrativa; (c) interpretativa. Na primeira função - praticamente inexistente no direito brasileiro atual - a equidade teria o condão de possibilitar ao julgador afastar a incidência da norma legal para adotar decisão diversa, que entenda justa para o caso concreto; na segunda, serviria de instrumento colocado à disposição do juiz para especificação de elementos específicos que a norma não é capaz de prever em abstrato; por fim, na função interpretativa, a equidade seria utilizada como forma de estabelecer um adequado sentido às leis e cláusulas contratuais, em conformidade com os critérios de razoabilidade e proporcionalidade (SANSEVERINO, 2010, p. 91).

A ideia de equidade não constitui instituto recente, prevista de forma inédita no direito contemporâneo, ao contrário, sua origem remonta à antiga Grécia e às lições de Aristóteles, sendo incorporada pelos mais diversos ordenamentos jurídicos e transmitidas até os dias atuais.

Historicamente, podemos atribuir o surgimento da equidade a Platão, todavia, esta somente passa a ter destaque na obra de Aristóteles, por guardar estreita relação com a ideia de justiça por ele desenvolvida. À *epieikeia* atribuíam-se a função de corrigir os equívocos da justiça legal, definindo-a como "o justo que ultrapassa a lei escrita", com a prevalência desta sobre a lei quando houvesse patente injustiça na aplicação da norma legal. Destaca Aristóteles que “o equitativo é justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal” (ARISTÓTELES, 1991, p. 136).

Prosseguindo com sua ideia de equidade, o autor ressalta que

[...] quando a lei se expressa universalmente e surge um caso que não é abrangido pela declaração universal, é justo, uma vez que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade, corrigir a omissão — era outras palavras, dizer o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse conhecimento do caso (ARISTÓTELES, 1991, p. 136).

Conclui afirmando que o equitativo é justo, e se sobrepõe a uma espécie de justiça, que não a justiça absoluta, mas aquela que decorre de equívoco surgido do caráter absoluto e genérico do texto legal, sendo essa a sua natureza, qual seja, “uma correção da lei quando ela é deficiente em razão da sua universalidade” (ARISTÓTELES, 1991, p. 136).

No direito romano a *aequitas* (baseada na ideia de *epieikeia* de Aristóteles), deixa o plano filosófico para fazer parte da prática jurídica, não como instrumento superior à lei, mas efetivamente como método de adaptação da lei ao caso concreto. No período pós-clássico a *aequitas* assume novo significado, passando a ser compreendida como antítese do *ius*, eis que utilizada no sentido de benignidade, benevolência, podendo fundamentar atos contra a lei, incluindo a derrogação de princípios jurídicos (SANSEVERINO, 2010, p. 86-87).

Já na Idade Média, Tomás de Aquino retoma a ideia aristotélica de *epieikeia* e ao enfrentar o tema conclui que, sendo os atos humanos particulares e contingentes, podendo chegar ao infinito, é impossível que uma lei abranja todos os casos, podendo gerar situações em que a mera aplicação dos dispositivos legais implique em injustiças no caso concreto. Portanto, a equidade não seria o julgamento contra a lei, mas contra a norma geral cuja aplicação pura e simples se mostre passível de causar uma injustiça (CHRISTOFOLETTI JR., 2014, p. 55-57).

Tomás de Aquino relacionava ainda a equidade à noção de justiça e bem comum, guardando íntima relação com a prudência a ser adotada pelo julgador na resolução de casos particulares ou excepcionais, que fogem à simples aplicação da norma (CARVALHO FILHO, 2003, p. 23).

Com a invasão normanda e a necessidade de instituir um direito unificado, a equidade ganhou força na Inglaterra a partir de 1066, sendo adotada como um instrumento corretivo da *common law*. Isso porque, embora tenha instituído um direito comum a toda a Inglaterra, o *common law* inicialmente se pautava na jurisprudência dos Tribunais de Westminster, cujo rigor excessivo resultou em um sistema de regras insuficiente, impedindo a solução satisfatória de uma vasta gama de situações (SOARES, 1997, p. 175-177).

Por esse motivo surge no decorrer do século XV uma nova jurisdição que tornava possível recorrer diretamente ao rei (e ao seu Chanceler) para que promovam a retificação de decisões proferidas nos tribunais sob a jurisdição da *common law*, em razão da injustiça ou inadequação da solução oferecida por força da obsolescência das jurisprudências

sedimentadas. A este procedimento, que não se pautava nas normas processuais comuns ou mesmo no direito material sedimentado, ao contrário, se utilizava da equidade e de normas do Direito Romano e Canônico para a solução das questões postas, se deu o nome de *equity*, recurso que assumiu relevante papel na efetivação da justiça da época (BRANCO, 2006, p. 113)<sup>65</sup>. De acordo com Carvalho Filho (2003, p. 25) “a finalidade da jurisdição de *equity* não é resolver os litígios de acordo com as regras legais, mas fazer justiça, completando e corrigindo as normas, se preciso”.

No direito moderno, com a forte influência do positivismo e da racionalização normativa em toda a Europa, a equidade perde muito de seu espaço, passando sua aplicação a ser admitida somente diante de expressa autorização em lei. Tal limitação ocorre porque, sob a concepção de que a lei constitui-se em reflexo da vontade do Estado e que o legislador busca sempre criar leis de acordo com a justiça e o bem comum, não seria necessário dispor de meios externos ao ordenamento para corrigir a norma positivada (CARVALHO FILHO, 2003, p. 25).

Superado o excessivo apego ao formalismo característico do positivismo jurídico e a ideia de completude do ordenamento jurídico, porquanto inatingível diante das peculiaridades das demandas sociais, a equidade volta a conquistar espaço nas mais diversas codificações, a exemplo do Código Federal Suíço das Obrigações, dos códigos civis português, espanhol, italiano e argentino, entre outros (SANSEVERINO, 2010, p. 81-82).

Além das mencionadas codificações, não se pode olvidar que o direito brasileiro em diversas oportunidades fez menção à equidade, incorporando-a ao ordenamento jurídico como instrumento de interpretação e integração.

No Brasil, o Código Civil de 1916 trazia duas possibilidades expressas de aplicação da equidade: na fundamentação de decisão de árbitros no compromisso arbitral (art. 1.040, IV) e na avaliação pelo juiz da perda do direito à cobertura do prêmio de seguro por riscos criados pelo próprio segurado (art. 1.456).

O Código de Processo Civil de 1939 previa a expressa de aplicação da equidade pelo julgador, nos casos previstos em lei (art. 114), já o Código de Processo Civil de 1973 conferiu ao juiz a faculdade de utilizada somente nos casos previstos em lei (art. 127), autorização esta que foi mantida na redação de seu artigo 140 do Código de Processo Civil atual.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) ressaltou, em seu art. 7º, que os direitos nele previstos não excluem outros decorrentes dos princípios gerais do direito, analogia,

---

<sup>65</sup> Branco (2006, p. 113) afirma que a unificação das jurisdições da *common law* e da *equity* ocorreu apenas entre 1873 e 1875, com uma reforma judiciária (*Judicature Acts*) que integrou as regras da *equity* ao *common law* como forma de corrigir e completar seu conteúdo, até então baseado unicamente em precedentes jurisprudenciais, muitas vezes obsoletos ou insuficientes à solução de diversos conflitos.

costumes e equidade, trazendo expressamente a utilização desta como método de integração e interpretação de seus dispositivos.

Por fim, com a utilização das cláusulas gerais como técnica legislativa e de conceitos jurídicos abertos ou indeterminados como instrumentos aptos a conferir maleabilidade ao direito positivado, o Código Civil de 2002 trouxe em seu bojo diversos dispositivos que fazem expressa menção à equidade<sup>66</sup>, especialmente no tocante às obrigações ressarcitórias.

A adoção de normas que trazem expressamente a equidade como recurso a ser utilizado pelo julgador na aplicação da norma, por um lado, abriu um leque de possibilidades a serem exploradas no cotidiano forense, permitindo cada dia mais a necessária adequação do texto à realidade; de outro, porém, trouxe a questão dos limites a serem observados pelo julgador, visto que a utilização errônea ou inadequada desse permissivo legal pode levar a uma situação de insegurança jurídica, contrariando o que se espera em um estado democrático de direito.

### **3.4.2 Aplicação da equidade: limites do julgador**

A equidade, embora seja um recurso de grande valia para a promoção da justiça, ao admitir que o julgador realize a adequação da letra fria da lei ao caso concreto, demanda limites em sua utilização, para que não represente um risco ao estado democrático de direito e à segurança jurídica.

Cabe destacar, de início, que há “três modos de fundamentar o exercício da equidade no direito brasileiro: a) nos textos que expressamente referem o termo equidade; b) nos textos que, sem referir essa palavra, direta ou indiretamente, apelam para o “prudente arbítrio” do magistrado; c) nos textos gerais, referentes à interpretação e aplicação da lei” (FRANÇA, 1988, p. 74), devendo o julgador se ater a estas hipóteses de cabimento para sua utilização.

Não se pode olvidar que a equidade confere certa dose de discricionariedade ao julgador, a qual não se deve confundir com arbitrariedade. Esclarece Maria Helena Diniz (2009, p. 483) que

---

<sup>66</sup> No que tange aos dispositivos contidos no Código Civil de 2002 que fazem expressa menção à equidade, tem-se o artigo 413 trata da redução equitativa da cláusula penal em caso de cumprimento parcial da obrigação principal; o artigo 479, por sua vez, trata da possibilidade de modificação equitativa do contrato em caso de onerosidade excessiva; já no parágrafo único do artigo 928 o Código Civil traz a possibilidade de redução da indenização quando os danos forem causados por incapaz, quando a reparação integral puder reduzir a si ou aos que dele dependem a uma situação de necessidade; o artigo 953, parágrafo único, também prevê a redução equitativa da indenização nos casos em que não houver comprovação dos prejuízos materiais decorrentes de calúnia, injúria ou difamação; por fim, o parágrafo único do artigo 944, sobre o qual se debruça este estudo, dispõe acerca da redução equitativa da indenização nos casos em que houver desproporção entre dolo e culpa.

A equidade confere, por assim dizer, um poder discricionário ao magistrado, mas não uma arbitrariedade. É uma autorização de apreciar, segundo a lógica do razoável, interesses e fatos não determinados a priori pelo legislador, estabelecendo uma norma individual para o caso concreto ou singular, sempre considerando as pautas axiológicas contidas no sistema jurídico, ou seja, relacionando sempre os subsistemas normativo, valorativo e fáticos.

É o poder conferido ao magistrado para revelar o direito latente, apesar de interferir, como vimos, na elaboração de normas jurídicas gerais ou de leis, traçando diretivas ao comportamento do órgão judicante ao aplicá-las.

Assim, não há que se confundir a discricionariedade, concedida ao juiz quando prevista a utilização da equidade como instrumento para julgar, com arbitrariedade, caracterizada por sua utilização sem critérios, caracterizando o que se denomina falsa equidade (ou equidade cerebina), aquela adotada sem critério científico, apenas movida pelo sentimentalismo ou benevolência do julgador, afastando-se completamente do direito positivado. Esta espécie de equidade – ao contrário da equidade civil e natural, que são indispensáveis à realização prática da justiça – “deve ser banida de uma visão autêntica da missão de julgar, pois, no dizer de Ascarelli, o *bom juiz*, como todo bom tirano, permanece um tirano” (FRANÇA, 1988, p. 74).

A equidade, conforme exposto, é admitida no ordenamento jurídico brasileiro na concepção aristotélica, ou seja, como instituto intrinsecamente relacionado com o direito positivo, servindo como recurso de integração e interpretação das normas, atribuindo ao juiz poderes para corrigir eventuais injustiças na aplicação pura e simples da lei ao caso concreto, sem, no entanto, se afastar do disposto no ordenamento jurídico<sup>67</sup> (SANSEVERINO, 2010, p. 90). Por esta razão

Mesmo quando lhe caiba decidir por equidade, não pode o juiz se conduzir como um "emancipado" das ideias e valores dominantes, sobre que se funda a ordem jurídica vigente, pois se presume que o legislador só emane regras em consonância com as exigências da comunidade. Daí a justa ponderação de Calamandrei de que, nas decisões por equidade, o juiz deve agir como intérprete de uma consciência preexistente (REALE, 2002, p. 583).

Na mesma linha de pensamento, Limonge França (1988, p. 77) pontua que para evitar eventuais abusos “a construção da regra de equidade não deve ser sentimental ou arbitrária,

---

<sup>67</sup> No que tange às diferentes concepções de equidade, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (2010, p. 90) pontua que são duas as formas distintas de conceber a equidade no Direito: na concepção aristotélica, de cunho subjetivo, que a compreende como intrínseca ao direito positivo, constituindo um método de humanização, que permite ao julgador aplicar de forma ponderada o direito considerando as circunstâncias do caso concreto, sem se afastar da lei; e a concepção romana, de natureza objetiva, que considera a equidade externa ao próprio direito positivo, mais próxima do direito natural, enquanto princípio geral de direito que fundamenta a criação e a aplicação das demais normas.

mas o fruto de uma elaboração científica, em harmonia com o espírito que rege o sistema e especialmente com os princípios que informam o instituto objeto da decisão”.

Pelos motivos acima expostos podemos concluir que a correta utilização da equidade enquanto instrumento para redução da indenização, conforme previsto no artigo 944, parágrafo único do Código Civil, não se limita à verificação de existência do requisito explícito (desproporção entre a extensão do dano e a culpa do agente), encontrando outros limites, como os princípios que regem o ordenamento jurídico e o instituto da responsabilidade civil, devendo ser aplicada com objetividade e cientificidade, de modo a promover a justiça no caso concreto sem ofensa às bases estabelecidas pelo estado democrático de direito.

Quando o objeto da decisão judicial a ser proferida com base na equidade é a redução da indenização, exige-se ainda mais cautela por parte do julgador, na medida em que implica na mitigação do princípio da reparação integral, base de todo o sistema de responsabilidade civil, o qual representa o ideal de justiça no ressarcimento da vítima em caso de dano injusto.

Os fundamentos justificadores da redução equitativa da indenização e algumas questões relacionadas à sua aplicabilidade serão objeto de análise mais aprofundada no capítulo seguinte.

## **4 DESAFIOS NA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DE REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO EM FACE DO PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL**

O legislador, ao conceber o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil atual, inspirou-se em legislações estrangeiras, as quais buscaram tornar mais justo o ressarcimento de danos em face de circunstâncias peculiares do caso concreto, a serem analisadas pelo julgador no ato de aplicação da norma.

Ocorre, todavia, que, no caso específico deste dispositivo, a opção pela adoção de cláusula geral como técnica legislativa, abriu fecundo campo para dúvidas e divergências acerca de seus fundamentos e limites à sua aplicação, devido ao excesso de generalidade contida na norma, que se limita a autorizar a redução da indenização nos casos em que há desproporção entre a culpa do agente e o dano resultante de sua conduta, sem estabelecer quaisquer restrições ou elementos mais concretos para orientar o julgador.

Inúmeras são as críticas da doutrina acerca da redação do parágrafo único do artigo 944, especialmente acerca da falta de parâmetros para sua aplicação, o que cria um perigoso terreno para arbitrariedades judiciais, gerando um retrocesso para o instituto da responsabilidade civil e uma insegurança para a vítima, que deixa de ter a certeza de que os danos experimentados serão ressarcidos.

Diante deste quadro, observa-se a necessidade de uma análise mais aprofundada da complexa relação estabelecida entre o *caput* do artigo 944 e seu parágrafo único, superando a dicotomia regra/exceção, para compreender a dinâmica que torna possível a mitigação de um princípio de vital importância para todo o sistema de responsabilidade civil.

### **4.1 Em busca do equilíbrio: o aparente embate entre cláusula geral de redução e o princípio da reparação integral**

Conforme exposto no segundo Capítulo, o advento do princípio da reparação integral representou um marco na evolução do instituto da responsabilidade civil, que se afastou do ideal meramente econômico para reconhecer a existência de diversos interesses de natureza não patrimonial que merecem a tutela do estado.

Ao consistir na base de todo o sistema da responsabilidade civil, o princípio da reparação integral deve ser o norte e o fim do julgador ao se deparar com o caso concreto, para que a vítima possa ser recolocada da forma mais próxima possível na situação que tinha antes do evento danoso (*status quo ante*). Qualquer mácula em sua observância, portanto,

deve se pautar em motivos de extrema relevância, que justifiquem o fato da vítima vir a suportar parte do prejuízo ao qual não deu causa.

Uma primeira leitura do teor do artigo 944 sugere a existência de antinomia entre seu *caput* e parágrafo único, causando certo desconforto nos defensores mais contundentes do princípio da reparação integral, seja pela ausência de limites para a aplicação da redução da indenização, seja pelo critério adotado. Rui Stoco (2014, p. 1674) ao tratar deste tema afirma

[...] temos para nós que a disposição contida no parágrafo único do art. 944, a título de exceção, não parece adequada no que se refere ao critério que o legislador adotou, 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. Ademais, cabe reiterar, esta disposição está em contradição com o referido princípio, expressamente enunciado no *caput* do art. 944, ao preceituar que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Vale frisar que a ideia de ressarcimento concebida na atualidade teve origem em um dos mais elementares instintos humanos, a vingança, de modo que, ao longo da história, a racionalidade legislativa buscou, cada vez mais, manter afastada a análise da reprovabilidade da conduta do ofensor do ponto de vista subjetivo (LEVY, 2012, p. 34), a fim de facilitar a caracterização do dever de indenizar e ampliar a proteção à vítima. Apesar disso, embora busquem afastar a culpa na apreciação da conduta do ofensor, alguns ordenamentos jurídicos – tal como o brasileiro – preveem também a redução da indenização quando verificada a desproporção entre a culpa levíssima e o dano causado, criando um indesejável contrassenso no interior de um mesmo instituto.

A tensão criada entre o *caput* e o parágrafo único do referido artigo talvez se deva, em parte, à própria redação deste, que, embora constitua uma exceção pontual à regra, se apresenta de forma tão ampla que confere ao julgador poder discricionário que, se mal utilizado, é capaz de subverter a longa construção doutrinária e jurisprudencial que resultou na consagração do princípio da reparação integral.

A utilização do grau de culpa - desconsiderado pelo atual código para fins de caracterização do dever de ressarcir - como elemento central da redução da indenização, sem a adoção de critérios complementares, mostra-se capaz de produzir tantas injustiças quanto a aplicação pura e simples do princípio da reparação integral, pois a minoração da indenização pela mera desproporção entre culpa e dano pode acabar por premiar aqueles que teriam condições de ressarcir totalmente a vítima e não o fazem pelo excessivo apego do julgador à

lei e aos critérios por ela estabelecidos, o que acaba por se revelar uma perigosa brecha para a ineficácia do sistema de responsabilidade civil atual.

Considerados simplesmente sob a óptica de regra e exceção, em contato superficial com os enunciados, subsiste a contradição entre o *caput* do artigo 944 e seu parágrafo único, pois se de um lado aquele determina que todo dano deve ser integralmente ressarcido, este apresenta uma hipótese de redução desta indenização, o que corresponde a afirmar, portanto, que nem todo dano será ressarcido por completo, como sugere o *caput* do artigo.

A solução para o embate travado entre os ditames contidos no artigo 944 parece residir no campo da argumentação jurídica, exigindo uma análise do raciocínio judicial para além dos limites impostos pela mera subsunção e por uma visão restritiva de sistema jurídico. Desta forma, a redução da indenização prevista na lei se constituiria uma restrição pontual à regra geral - reparação integral - exigindo a utilização do pensamento problemático (SANSEVERINO, 2010, p. 94), ou seja, parte-se do caso concreto e dos elementos que compõem a realidade para avaliar a presença dos necessários requisitos de aplicabilidade exigidos pela lei.

#### **4.1.1 Pensamento sistemático e pensamento tópico: argumentação jurídica, cláusulas gerais e a aplicação do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil**

A aplicação da redução equitativa da indenização prevista no artigo 944 suscita dúvidas e controvérsias doutrinárias, dentre elas sua aparente contradição em face do princípio da reparação integral. Todavia, ao recorrer às teorias da argumentação jurídica, em especial àquelas que tratam do pensamento sistemático e tópico, torna-se possível conceber a coexistência de ambos os dispositivos contidos no referido artigo, de modo a eliminar o embate entre o *caput* e o parágrafo único.

O raciocínio sistemático fechado, do tipo axiomático-dedutivo, defendido com severidade pelo positivismo jurídico, pressupõe a completude do ordenamento jurídico, a inexistência de lacunas ou contradições e sua capacidade de resolver os problemas que lhe são apresentados por meio das balizas encontradas dentro do próprio sistema normativo, sem necessidade de elementos externos (SILVA S. S., 2011, p. 216-217). Tal forma de raciocínio “percebe o direito como um conjunto estruturado de normas jurídicas, racionalmente elaborado, que, além de uma ordem externa, possui uma conexão conceitual interna e possui em si mesmo todas as soluções possíveis para os problemas que surgem na vida social” (LORENZETTI, 2009, p. 76).

A ideia do direito enquanto sistema de proposições gerais oriundas da razão humana (princípios ou axiomas), das quais derivariam outras regras, ordenando-se todas de forma encadeada, surgiu sob forte influência do humanismo e do jusracionalismo<sup>68</sup>, e a lei como sua principal fonte para a resolução dos problemas sociais (ALTHEIM, 2008, p. 58-59).

Influentes codificações estrangeiras, tais como o BGB e o Código Civil francês de 1804, foram erigidos sobre as sólidas bases dos sistemas fechados – que se pautam na pretensão de completude e perenidade – refutando a hipótese de existência de lacunas e da necessidade de elementos externos para dar sentido e concreção a seus dispositivos. No mesmo sentido caminhou o Código Civil brasileiro de 1916, reconhecidamente inspirado nos ordenamentos acima mencionados.

A essa forma de compreender o direito denominou-se pensamento sistemático-axiomático, o qual atribuía ao seu aplicador “uma postura apenas lógico-dedutiva, enquadrando os fatos da realidade nos elementos pré-colocados do sistema para então encontrar as soluções desejadas. Isto porque bastava subsumir o fato aos elementos postos para então encontrar a solução adequada ao problema apresentado” (ALTHEIM, 2008, p. 64).

Referido pensamento encontrava sentido nos pilares da modernidade<sup>69</sup> - individualismo, racionalismo e universalismo – segundo os quais todos os seres humanos eram iguais em liberdade e capacidade de tomada de decisões, de modo que o direito deveria corresponder à lei para que o resultado das condutas realizadas no meio social fosse previsível. Trata-se, esta fase, da *era da segurança* (ALTHEIM, 2008, p. 31-32).

Todavia, a realidade demonstrou a impossibilidade de tratar os indivíduos como uma categoria jurídica abstrata, apenas como sujeitos de direitos que atuam de acordo com os parâmetros permissivos ou proibitivos estabelecidos pela legislação civil, especialmente porque aquele desprovido de recursos financeiros e educação encontram dificuldade em desempenhar os papéis que o legislador genérica e abstratamente para ele definiu (ALTHEIM, 2008, p. 68-69). Tal diferenciação fática entre os indivíduos levou à percepção de que muitas vezes o sistema estabelecido e a equiparação artificialmente por ele promovida não era capaz

---

<sup>68</sup> Acerca do jus-racionalismo, Judith Martins-Costa (*apud* ALTHEIM, p. 58) leciona que “O jusracionalismo foi a forma ideológica adotada pelo humanismo para transmutar os princípios do direito natural, conhecido no Ocidente pelo menos desde Aristóteles, assumindo-os como consubstanciais ao homem e à sociedade e mediando-os pelos critérios da razão, a qual teria força de, por si e isoladamente, reformar o mundo [...]. No campo do direito privado, o jusnaturalismo pretendeu expurgar do ordenamento positivo as normas que considerava em desacordo com os ‘princípios superiores da razão’, assim preparando caminho para uma construção sistemática autônoma, vale dizer, independente de outros critérios, fatos ou valores que não os contidos intrassistematicamente”.

<sup>69</sup> A modernidade ocidental pode ser definida “como o paradigma sócio-cultural dominante do pensamento filosófico e científico a partir do século XVI. A Modernidade, assentada em uma ideologia de base iluminista (racional, individualista e humanista, caracterizada pela prevalência do conhecimento científico sobre as outras formas de cognição humana), atuou sobre toda a atividade intelectual e social ocidental” (SANTOS *apud* THEODORO FILHO, 2005, p. 232).

de oferecer solução para todas as demandas propostas, o que impulsionou a busca por outros modelos de elaboração, aplicação e interpretação do ordenamento jurídico.

A crescente complexidade da tecitura social exigiu o reconhecimento da incompletude do direito codificado, a criação de sistemas cada vez mais especializados e a utilização de instrumentos capazes de manter a atualidade e eficácia do ordenamento no tempo e espaço. Observa-se, portanto, no modelo jurídico atual, a criação de microssistemas que se afastam cada vez mais da ideia de codificação e criam diversas alternativas de solução de problemas<sup>70</sup>. Por vezes, porém, esta abundância normativa cria soluções contraditórias ou divergentes entre si, exigindo do julgador o exercício de interpretação, seleção de normas e ponderação de interesses. Além disso, a utilização de cláusulas gerais e conceitos indeterminados como método legislativo exige o diálogo com elementos de outras esferas, como a filosofia, o biodireito, a administração, a economia, dentre tantos outros.

Nesse contexto, o raciocínio sistemático do tipo axiomático-dedutivo e sua pretensão de completude se mostraram insuficientes para responder a todas as demandas, motivo pelo qual se passou a visualizar a ordem jurídica como um sistema aberto, um conjunto ordenado de princípios gerais que em razão de sua própria incompletude, apresenta constante capacidade de modificação e atualização (SANSEVERINO, 2010, p. 95-96).

Nas situações em que o jurista se depara com a presença de cláusulas gerais, conceitos indeterminados ou mesmo diante do conflito de interesses e princípios, observa-se a insuficiência do modelo dedutivo, sendo necessário recorrer a outros recursos da argumentação jurídica para a elaboração da decisão judicial.

Isso porque, levando em conta o atual cenário, a compartimentação e a subsunção na forma como concebida pela doutrina positivista clássica já não respondem satisfatoriamente a alguns obstáculos, tais como “a ocorrência de normas vagas, indeterminadas, susceptíveis de concretização, apenas, no caso concreto; a incompletude do sistema com a subsequente presença de lacunas intra e extra-sistemáticas; a ocorrência de contradições de princípios; a existência, por fim, de soluções injustas ou inconvenientes” (CORDEIRO, 2002, p. CXIV).

Necessário, portanto, conceber o Direito sob uma nova sistemática - já despida da pretensão da completude e mais propensa a aceitação de elementos externos - capaz de responder às constantes mudanças observadas na realidade em que está inserido. Tal sistema se caracteriza por ser aberto, móvel, heterogêneo e cibernético:

---

<sup>70</sup> Sobre a criação de microssistemas e a descentralização normativa, Lorenzetti (2009, p. 44) cita a analogia de Wittgenstein entre o código e as normas especiais, segundo o qual “o Código é o velho centro da cidade, a que foram se agregando novos subúrbios, cada qual com seus próprios centros e características de bairro. Poucos são os que se visitam uns aos outros. Ao centro, apenas se vai de vez em quando a contemplar relíquias históricas”.

Aberto no duplo sentido de extensivo e intensivo; extensivo por oposição a pleno: admite questões a ele exteriores, que terão de encontrar saídas; intensivo por oposição a contínuo: compatibiliza-se, no seu interior, com elementos materiais a ele estranhos. Móvel por, no seu seio, não postular proposições hierarquizadas, antes surgindo intermutáveis. Heterogêneo por apresentar, no seu corpo, áreas de densidade diversa: desde coberturas integrais por proposições rígidas até às quebras intra-sistemáticas e às lacunas rebeldes à analogia. Cibernético por atentar nas consequências das decisões que legitime, modificando-se e adaptando-se em função desses elementos periféricos (CORDEIRO, 2002, p. CXII).

A concepção de sistema jurídico como um organismo maleável, capaz de sofrer influxos de diversas naturezas em prol da realização do direito, é o que permite ao julgador a utilização de outros meios na busca de soluções, o que se mostra de particular relevância na aplicação da cláusula geral de redução da indenização. Dessa forma “perante um problema a resolver, não se aplica, apenas, a norma primacialmente vocacionada para a solução: todo o Direito é chamado a depor” (CORDEIRO, 2002, p. CXI). Assim, não sendo possível a solução do conflito pela utilização do pensamento sistemático, em especial diante de casos em que se verifica a incidência de cláusulas gerais, pode o julgador recorrer ao pensamento problemático (ou tópico) na busca pela resposta mais justa para a composição dos interesses em conflito.

A ideia de pensamento tópico foi desenvolvida por Theodor Viehweg na obra *Topik und Jurisprudenz* de 1953, na qual sustenta que a ciência do Direito não poderia ser concebida satisfatoriamente por meio do raciocínio sistemático – considerando-se a ideia hermética de sistema jurídico defendida pela doutrina positivista - mas sim mediante o emprego de técnica de pensamento orientada pelo problema a ser solucionado (CANARIS, 2002, p. 243-246).

Por problema deve-se compreender “toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução” (VIEHWEG, 1979, p. 34).

Baseado nas obras de Aristóteles, Cícero e Vico, Viehweg sustenta que o raciocínio tópico seria o mais adequado à argumentação jurídica, na medida em que “se caracteriza como um estilo de reflexão que exige que sua operacionalização se efetue por meio de um ato que nos lança à busca de soluções sem, contudo, nos afastarmos do ponto de partida” (MOURA, 2009, p. 18). Afirma o autor que a busca de soluções por meio do logicismo conduz a extensas cadeias dedutivas que acabam por afastar o aplicador da norma do problema inicial. A utilização do pensamento problemático, por outro lado, permitiria a solução de conflitos situados espacial e temporalmente “para não deixar de atender as demandas de nossa condição humana – nós somos seres tempo espacialmente situados, e

assim, nossas necessidades não são abstratas, mas estabelecidas materialmente no contexto concreto intra-mundano” (MOURA, 2009, p. 18).

Sugere a tópica de Viehweg, que, se colocada ênfase no sistema, sendo este concebido como “um conjunto de deduções, previamente dado, mais ou menos explícito e mais ou menos abrangente, a partir do qual se infere uma resposta” (1979, p. 34), o problema que não encontrasse naquele sua solução poderia ser desprezado, concebido como meramente aparente, na medida em que não seria possível extrair daquele sistema um expediente capaz de elucidar a questão posta. Mesmo havendo vários sistemas, cada um deles selecionaria seus próprios problemas de acordo com a capacidade de resolução, abandonando aqueles para os quais não apresenta respostas Assim, “em outras palavras, a ênfase no sistema opera uma seleção de problemas” (VIEHWEG, 1979, p. 34).

Hartmann (*apud* VIEHWEG, 1979, p. 35), ao tratar da dinâmica observada pelo pensamento sistemático, esclarece que

O modo de pensar sistemático procede do todo. A concepção é nele o principal e permanece sempre como o dominante. Não há que buscar um ponto de vista. O ponto de vista está adotado desde o princípio. E a partir dele se selecionam os problemas. Os conteúdos do problema que não se conciliam com o ponto de vista são rejeitados. São considerados como questão falsamente colocada. Decide-se previamente não sobre a solução dos problemas, mas sim sobre os limites dentro dos quais a solução pode mover-se.

Se, ao contrário do que propõe o pensamento sistemático, o acento for colocado no problema, este mesmo se incumbe de buscar um sistema que se preste a encontrar a solução, ou seja, se determinado sistema (A) declarasse o problema insolúvel (como mero problema aparente), seria possível buscar em outros sistemas a almejada solução. Em suma, nas palavras do autor, “a ênfase no problema opera uma seleção de sistemas, sem que se demonstre a sua compatibilidade a partir de um sistema” (VIEHWEG, 1979, p. 35).

O pensamento tópico busca, portanto, soluções a partir de catálogos de *topoi*, os quais podem ser compreendidos como lugares comuns ou pontos de vistas adotados pelo senso comum<sup>71</sup>. Não são submetidos a um procedimento extensivo ou reflexivo de construção, na medida em que sua validade não é procedimentalmente estabelecida, mas, ao contrário, “reside na sua gênese constitutiva: a opinião da maioria, ou da maioria dentre os

---

<sup>71</sup> Em sua introdução à edição brasileira de *Tópica e Jurisprudência*, Tércio Ferraz Júnior esclarece ainda a divisão realizada por Viehweg entre as tópicas de primeiro e segundo grau. Afirma que “os *topoi*, tomados isoladamente, constituem, para a argumentação, o que ele chama de tópica de primeiro grau. Quando organizados, formam uma tópica de segundo grau. Esta organização, contudo, é sempre limitada, não surgindo nem na forma rigorosa de deduções lógicas, nem como sistemas unitários, abarcantes, como grandes hierarquias conceituais que alcancem toda a realidade em questão” (FERRAZ JÚNIOR, 1979, p. 5).

mais sábios, ou dos mais sábios, ou ainda dos mais famosos entre os sábios ou entre todos” (MOURA, 2009, p. 25).

Não devem os *topoi* concebidos como proposições formalmente rigorosas ou verdades absolutas, constituindo

[...] fórmulas variáveis no tempo e no espaço, de reconhecida força persuasiva, e que usamos, com frequência, mesmo nas argumentações não técnicas das discussões cotidianas. Por exemplo, fórmulas do tipo "a maioria decide" indicam, num contexto dado, que a ideia que obtenha um maior número de adesões é avaliada, pelo grupo social, como mais importante do que a ideia, por melhor que seja, que tenha apoio de uns poucos ou de um único. A maioria é, assim, um topos ou lugar comum de argumentação, ao qual se contrapõe, por outro lado, o topos do mais sábio, do técnico, do especialista, quando dizemos, então, que uma decisão deve caber a quem entenda do assunto e mão a um conjunto de opinantes que se impõem pelo número.

No Direito, são *topoi*, neste sentido, noções como interesse, interesse público, boa fé, autonomia da vontade, soberania, direitos individuais, legalidade, legitimidade. Viehweg assinala que os *topoi*, numa determinada cultura, constituem repertórios mais ou menos organizados conforme outros *topoi*, o que permite séries de *topoi*. Assim, por exemplo, a noção de interesse permite construir uma série do tipo interesse público, privado, legítimo, protegido etc. (FERRAZ JÚNIOR, 1979, p. 4-5).

Noções-chave como interesse público, autonomia da vontade, boa-fé, dentre outros, guardam um sentido vago, que será determinado de acordo com o problema a ser analisado no caso concreto, sempre remetendo à discussão de uma questão elementar que move toda a jurisprudência<sup>72</sup>: a busca pela justiça (FERRAZ JÚNIOR, 1979, p. 4).

Nota-se, assim, que no pensamento tópico as proposições que compõem um determinado catálogo não são concebidas como verdade categórica, como ocorre na elaboração de um pensamento sistemático, mas sim como enunciados verossímeis, a depender de sua adequação ao problema apresentado, de modo que “em face das particularidades dos casos e que o direito vigente, como tópico ou resposta histórica, deve ser imbuído de sentido e caso seja necessário ao problema esse sentido deve poder ser modificado” (TAVARES, 2010, p. 135-136). À interpretação cabe, pois, “trazer aos postulados do direito positivo a

---

<sup>72</sup> Necessário destacar que a expressão *jurisprudência* é utilizada por Viehweg na acepção alemã do termo, que corresponde à ideia de ciência do Direito, esta entendida pelo autor de forma mais ampla do que admite a doutrina positivista, em que se buscou uma aproximação com as ciências naturais, as quais se atêm à descrição do comportamento de objetos em determinadas situações em busca de uma previsibilidade, criando um sistema capaz de antever condutas e resultados, criando hipóteses genéricas que se confirmam pelos experimentos empíricos, servindo de prognóstico para outros eventos em condições teoricamente semelhantes (FERRAZ JÚNIOR, 1979, p. 3). A prudência, ao contrário, se caracteriza pelo conjunto dos discursos elaborados por especialistas de diversas áreas do direito, baseando-se na legislação, nas decisões judiciais e a partir do desenvolvimento e atualização de conceitos jurídicos, atividades estas que são também, via de regra, consideradas científicas (ROESLER *apud* MOURA, 2009, p. 15).

flexibilidade e capacidade de extensão indispensáveis para corresponder as invocações pelos problemas em sua infinita multiplicidade” (TAVARES, 2010, p. 135-136).

O catálogo de *topoi* que norteia a aplicação da tópica na argumentação jurídica não é, portanto, composto exclusivamente de leis positivadas que constituem o sistema jurídico (em uma visão mais restritiva), incluindo enunciados, princípios, paradigmas e outros recursos externos capazes de conferir legitimidade à decisão de problemas cuja solução não pode ser encontrada no texto legal<sup>73</sup>.

Pode-se compreender que a busca por soluções por meio da tópica não consiste em um método propriamente dito, mas em um estilo de pensamento que tem no problema seu ponto de saída e de chegada, desta forma

[...] num campo teórico como o jurídico, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com caráter problemático, na medida em que jamais perdem sua qualidade de tentativa. Como tentativas, as figuras doutrinárias do Direito são abertas, delimitadas sem maior rigor lógico, assumindo significações em função dos problemas a resolver, constituindo verdadeiras “fórmulas de procura” de solução de conflito (FERRAZ JÚNIOR, 1979, p. 3).

Considerando a superação do apego à codificação, o surgimento de legislações cada vez mais especializadas e o recurso a princípios e valores na realização do direito, pode-se defender a inexistência de um único sistema sob uma concatenação lógica, ao contrário, observa-se uma pluralidade de sistemas, de alcances diversos e que mantêm entre si relações de natureza diferenciada (VIEHWEG, 1979, p. 80). É justamente esta pluralidade de sistemas que favorece a produção de contradições, verificando-se a necessidade de um instrumento capaz de eliminá-las, o que somente se torna possível por meio da interpretação. Desta forma

Sua tarefa, neste aspecto, tem de consistir em criar uma concordância que seja até certo ponto aceitável. Há que se estabelecer, em caso de necessidade, conexões por meio de interpretações que sejam aceitáveis e adequadas. [...] Para nosso objetivo, basta constatar que a tópica se infiltra no sistema jurídico através da mencionada interpretação, exigida pelo estado efetivo do direito. O pensamento interpretativo tem de mover-se dentro do estilo da tópica (VIEHWEG, 1979, p. 80-81).

---

<sup>73</sup> Robert Steven Vieira Tavares (2010, p. 136) ao tratar da composição do catálogo de tópicos no universo jurídico afirma que vários são os elementos que o compõem, destacando que “Viehweg e tampouco Perelman deixam claro o que pode ser tomado como tópico pelos juristas e o que seria o catálogo de tópicos do Direito. E mesmo possível que tenham deixado de fazê-lo conscientemente para evitar um retorno ao fetichismo do ordenamento. [...] A estrutura do direito nos países de tradição romano-germânica e mesmo a tripartição de poderes no fundamento do Estado Democrático de Direito, impõe que os enunciados normativos sejam incluídos em tal catálogo. A prática jurídica torna impossível, por sua vez, negligenciar a importância dos postulados jurisprudenciais e doutrinários, ainda que em um nível secundário em relação a primazia da norma”.

O raciocínio tópico, na forma concebida por Viehweg, não obstante severas críticas suportadas desde a publicação de *Tópica e Jurisprudência*<sup>74</sup> - consistentes, em resumo, na imprecisão de seus conceitos fundamentais (ATIENZA, 2002, p. 70) e em sua suposta insuficiência diante do problema da validade e da adstringibilidade jurídicas<sup>75</sup> - mostra sua relevância nos dias atuais ao possibilitar a realização do Direito nas hipóteses reguladas por cláusulas gerais ou naqueles em que se faz necessário o preenchimento de conceitos indeterminados.

A concepção atual de sistema jurídico, que reconhece sua incompletude e a necessidade de constante evolução e modificação (CANARIS, 2002, p. 104), o torna aberto à incidência de elementos extrassistemáticos, tornando possível e desejável a utilização do pensamento problemático em situações em que a mera subsunção não tem o condão de oferecer soluções. Desta forma, ao contrário da concepção inicial dos defensores do pensamento tópico, que o opunham ao pensamento sistemático concebido sob a óptica axiomático-dedutiva, sustentando a insuficiência deste na resolução de inúmeros casos concretos, observa-se na atualidade, com a adoção de um novo pensamento sistemático, a coexistência desses dois meios de raciocínio jurídico, admitindo-se a existência de pontos específicos em que há necessidade de utilização do pensamento problemático (SANSEVERINO, 2010, p. 96), em situações em que a concepção sistemática é incapaz de oferecer respostas satisfatórias ao conflito real.

Observa-se, a partir do exposto, que os pensamentos tópico e sistemático não são opostos exclusivistas, tampouco estão isolados um em face do outro, antes se completam e interpenetram mutuamente, de modo que ainda “quando à tópica seja conferida primazia, não se torna a sistemática totalmente sem sentido” (CANARIS, 2002, p. 273).

Acerca do diálogo estabelecido entre os pensamentos tópico e sistemático, mostra-se imprescindível destacar que

O problema pensado pela tópica situa-se sempre em determinado contexto histórico – que é jurídico, político, econômico, social, cultural... – no qual há um ordenamento jurídico a ser considerado. Este é compreendido pelo jurista

---

<sup>74</sup> Sobre o tema, o qual não comporta maiores debates neste contexto, remete-se à leitura do Capítulo 2 da obra *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica de Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros*, de Manuel Atienza e do Capítulo 7º de *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, de Claus-Wilhelm Canaris, cujas referências seguem ao final do trabalho.

<sup>75</sup> Assevera Claus-Wilhelm Canaris (2002, p. 259-260) que “um tópico é portanto, apenas e sempre uma proposta de decisão e, assim, ele precisa de um critério complementar para proporcionar a sua adstringibilidade e para possibilitar a escolha entre os mais diversos pontos de vista, consoante as circunstâncias, para a solução de um determinado problema. [...] Mas torna-se, com isso, claro que a tópica desconhece, no fundamental, a essência da Ciência do Direito. Pois não se determina qual seja o Direito vigente ou qual o ponto de vista vinculativo, em regra. Através do ‘*common sense*’ ou da ‘opinião de todos ou da maioria ou dos mais sábios’, mas antes através do Direito objectivo”.

como um sistema. Por isso, a visão tópica e a sistemática não são, em verdade, complementares. O enfoque tópico está preocupado com o problema e quer sua solução, porém esta, há de ser encontrada à luz da ordem jurídica vigente, vista como um sistema. Tal sistema pode ser entendido então como um conjunto de normas que são princípios e regras, voltados para a salvaguarda de valores. No bojo do sistema, são encontrados muitos topoi. Assim, na Constituição há expressões que os revelam, tais como: Estado Democrático de Direito, direitos fundamentais, fins sociais, bem comum, democracia... É à luz destes conceitos, que pertencem ao sistema, que se devem solucionar os problemas, estabelecendo-se assim o indispensável diálogo entre visão tópica e sistêmica, capaz de produzir complementaridade entre ambas (GOMES, 2011, p. 190)

Reconhece-se, assim, que embora prevaleça no Direito o pensamento sistemático, a ideia de sistema possui algumas limitações, dentre elas os conflitos entre regras e princípios decorrente de uma série de fatores (como, por exemplo, a ausência de adstrição do legislador à ideia de sistema, de modo que se torna possível a criação de normas que se contraponham entre si) ou nos casos em que não há respostas no próprio ordenamento jurídico, como ocorre nas normas cujo preenchimento valorativo é deixado a cargo do intérprete-aplicador (CANARIS, 2002, 200-236).

A aplicação do pensamento tópico constitui, dessa forma, instrumento de suma importância na verificação de lacunas para as quais o Direito positivo não contenha valorações para a integração e na concretização de cláusulas gerais, que por sua própria forma demandam preenchimento de sentido com valorações externas ao texto escrito (CANARIS, 2002, p. 273).

No campo da responsabilidade civil, em especial, cuja regulamentação se pauta basicamente em cláusulas gerais, a solução das questões demanda a análise de diversos elementos (ou *forças móveis*)<sup>76</sup> que diferem caso a caso, dificultando ainda mais a mera subsunção da norma ao fato.

Segundo Walter Wilburg (*apud* CANARIS, 1979, p. 128), questões como o perigo causado pelo autor do dano, a aproximação por meio do nexos causal entre as causas e consequências da conduta danosa e a ponderação da situação econômica das partes são elementos que diferem casuisticamente, de modo a tornar imprescindível para a correta aplicação da norma a observância dos elementos fáticos.

---

<sup>76</sup> Menezes Cordeiro, na introdução da obra de Claus-Wilhelm Canaris afirma que as decisões judiciais se baseiam em determinados modelos, resultantes da articulação de uma série de proposições dadas pela Ciência do Direito. A densidade destes modelos pode variar de acordo com a discricionariedade que atribui ao intérprete-aplicador, caracterizando modelos rígidos, quando a decisão deva se vincular às proposições (por exemplo, a maioria penal aos 18 anos), modelos comuns, quando há proposições firmemente reconhecidas que vinculam a atuação do intérprete (como na interpretação dos negócios jurídicos), modelos móveis, nos casos em que coexistem diversas proposições de pesos semelhantes, cabendo ao intérprete-aplicador ordená-las em cada caso concreto, modelos de equidade, quando dispensam qualquer elemento formal e modelos em branco, quando ocorrem lacunas extrassistemáticas ou irreduzível contradição de princípios (CORDEIRO, 2002, p. CVIII).

Ao tratar do conflito entre cláusulas gerais de mesma hierarquia, antiguidade e especialidade, tal como ocorre com o *caput* do artigo 944 e seu parágrafo único, Anderson Schreiber também defende que a análise das circunstâncias particulares do caso concreto deve orientar o julgador na seleção da norma cuja prevalência deverá ser observada naquela situação específica, de forma pontual, sem, no entanto, negar à norma preterida a devida eficácia em ocasião diversa. Segundo o autor

[...] as circunstâncias de que um conflito entre cláusulas gerais somente pode se dar em concreto, diante de um caso específico, e da interpretação dada à parcela aberta de cada cláusula geral recomenda que a antinomia desta espécie se resolva não pela exclusão de uma das normas (resultado da aplicação dos tradicionais critérios da hierarquia, antiguidade e especialidade), mas pela sua simples prevalência episódica em face de certas condições. (SCHREIBER, 2013, p. 150)

Outro ponto de incidência do pensamento tópico que se relaciona de forma estreita com a responsabilidade civil está nas situações em que a lei autoriza o julgamento por equidade, visto que nestes casos

[...] a tópica tem, assim, aqui, uma função complementadora inteiramente legítima a cumprir; pode-se mesmo dizer que, nesta questão, se exprime de novo a “polaridade” dos valores jurídicos mais elevados: a tópica ordena-se na equidade, portanto na tendência individualizadora da justiça; ela representa o processo adequado para um problema singular formulado o mais estritamente possível ou uma argumentação de equidade, orientada para o caso concreto, na qual, no essencial, nenhum ponto de vista discutível se pode rejeitar liminarmente como inadmissível, tal como é típico do pensamento sistemático abstracto, apoiado na tendência generalizadora da justiça (CANARIS, 2002, p. 272)

Assim, a responsabilidade civil, mormente nos casos em que estão presentes os elementos para a utilização da cláusula geral de redução, demanda a aplicação do pensamento problemático para o correto preenchimento dos conceitos e requisitos previstos na norma, de modo que somente a partir da avaliação das circunstâncias concretas poderá o julgador analisar qual, dentre as possíveis soluções existentes (apresentadas no catálogo de *topoi* vigente), aparenta ser a mais adequada.

Desta forma, ao optar, por exemplo, entre a reparação integral do dano, prevista no *caput* do artigo 944 do Código Civil, e a redução equitativa, não há que se falar em dispositivos opostos entre si, mas sim em possibilidades diversas para a resolução do problema apresentado, coexistindo harmonicamente.

Superada a questão referente ao aparente embate entre os dispositivos contidos no artigo 944 do Código Civil, passa-se a outro ponto de relevo para a problemática posta, que pretende enfrentar o conflito de interesses na aplicação da redução da indenização e identificar meios de compô-los de modo a assegurar-lhes a maior efetividade possível.

Isto porque no caso da aplicação do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil tem-se, necessariamente, de um lado, o princípio da reparação integral, que respalda a pretensão da vítima, e de outro, em algumas situações, a possibilidade de ofensa ao princípio da dignidade humana em relação ao ofensor, seja por sua redução à miséria, decorrente do ressarcimento completo à vítima, seja pelo sentimento de injustiça resultante do confronto entre a expressiva condenação e a mínima culpa.

Some-se a isso o fato de que, não raro, o dano provocado resulta da ofensa à intimidade, privacidade, honra e outros direitos relacionados à dignidade pessoal da vítima, tornando ainda mais intrincada a solução judicial do conflito.

Evidente que nesses casos a mera subsunção dos fatos, tanto ao *caput* do artigo 944 do Código Civil quanto ao seu parágrafo, constitui potencial fonte de injustiças, motivo pelo qual se exige para a correta aplicação destas normas a análise não somente do caso concreto para a seleção da melhor solução, mas também a ponderação de interesses e princípios em conflito, respeitando-se a *mens legis*, sob pena de macular o espírito do sistema de responsabilidade civil.

#### **4.1.2 Aplicação da redução da indenização: observância de elementos externos à norma e discricionariedade judicial**

O parágrafo único do artigo 944 do Código Civil prevê uma hipótese de mitigação do princípio da reparação integral ao dispor que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Observa-se a existência expressa de duas grandezas a serem sopesadas na análise de cabimento de sua aplicação – extensão do dano e gravidade da culpa – e a necessidade de uma ponderação entre ambos que, como mencionado no terceiro capítulo, em que pese apareça no texto da lei como excessiva desproporção, se assemelha mais ao postulado da razoabilidade.

Os critérios escolhidos pelo legislador para a redução da indenização são alvo de severas críticas por parte de diversos autores - a exemplo de Rui Stoco - os quais defendem que deveriam ser observados outros elementos como, por exemplo, a condição econômica do ofensor, tal como previsto nos códigos civil argentino e alemão e em diversas legislações estrangeiras que inspiraram a redação do dispositivo em estudo. Nos citados ordenamentos,

além da ponderação dos elementos culpa e dano, exige-se a verificação da situação econômica do ofensor como parte do contexto autorizador da redução equitativa, visto que, na concepção desses ordenamentos, se não houver o risco de comprometimento do mínimo existencial do ofensor, não há justificativa para a ofensa ao princípio da reparação integral.

Pontua Rui Stoco (2014, p. 1676) que a opção legislativa pelo condicionamento da redução à gravidade da culpa conduz a uma série de distorções e injustiças, sendo mais adequada a utilização da condição econômica das partes, tal como expressamente previstos nas codificações já mencionadas. Na mesma direção segue Anderson Schreiber (2013, p. 45) ao tratar do parágrafo único do artigo 944 quando ressalta que “além das recomendações de cautela, valorosa doutrina tem sustentado que a redução equitativa é inaplicável se não estiver caracterizado o ‘comprometimento patrimonial do agente para o pagamento da indenização’”.

Isso porque a redução da indenização deve ser vista, como exaustivamente mencionado, como exceção a ser aplicada em casos pontuais, assim

[...] o sacrifício da tutela especial da vítima (e do princípio da reparação integral) para se autorizar a redução equitativa da indenização só ocorrerá quando houver, em contraposição, um conjunto de circunstâncias de tal força que permita justificar o mecanismo. Não basta, como aparentemente se deduz do parágrafo único do art. 944, que haja excessiva desproporção entre a culpa e o dano. Para que a solução seja verdadeiramente condizente com a equidade, deve-se estar em presença de outros requisitos, como as situações patrimoniais do ofensor e da vítima - que se revelam, em definitivo, como componentes essenciais na equação. Serão o limite e o fundamento da redução. (MONTEIRO FILHO, 2008, p. 87)

A justificativa para a admissão da análise da condição econômica do ofensor como elemento a ser observado para a aplicação da redução da indenização decorre da finalidade da norma, a qual visa “evitar que a reparação integral dos danos prive o ofensor do mínimo necessário à sua sobrevivência, em prestígio dos princípios da dignidade humana e da solidariedade” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 40).

Percebe-se, assim, “um limite humanitário ao dever de indenizar, que não pode resultar na colocação do agente causador do dano em uma situação de necessidade” (SCHREIBER, 2013, p. 46).

Importante frisar que, a despeito da omissão do parágrafo único do artigo 944 quanto à inclusão da condição econômica do ofensor como elemento a ser observado na aplicação da redução equitativa da indenização, tal previsão é trazida pelo parágrafo único do artigo 928 do Código Civil<sup>77</sup>, evidenciando sua relevância para uma justa quantificação da reparação.

---

<sup>77</sup> Código Civil “Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

É possível notar a preocupação do legislador com a redução do incapaz - e daqueles que dependem economicamente dele – a uma situação de miserabilidade, de modo que

[...] a indenização a ser fixada equitativamente pode reparar total ou parcialmente os danos suportados pela vítima, porque aqui se terá em vista o estado econômico das partes, ou seja, se a condição financeira do lesante não prejudicará seu sustento, ou daqueles que dele dependam, e se a do lesado se tornou difícil, em razão dos prejuízos que sofreu com a conduta do incapaz. Havendo possibilidade, o julgador deverá sempre buscar o ressarcimento total dos danos da vítima, visando a recolocá-la na situação anterior ao fato (CARVALHO FILHO, 2003, p. 94)

O Enunciado nº 39 da I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, ao tratar da observância dos limites para a fixação da indenização equitativa nos danos provocados por incapazes, consignou que

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

Evidente que, uma vez expressa a preocupação em não reduzir à miséria o incapaz causador de um dano, deve-se estender esta mesma proteção ao lesante capaz, visto que a tutela constitucional ao mínimo existencial e à dignidade humana assume caráter universal, alcançando a todos aqueles que estão sob seu pálio. Da mesma forma que o incapaz e seus dependentes estão protegidos da redução à miséria decorrente da reparação dos danos provocados por aqueles, deve-se tal proteção se estender aos demais ofensores, enquanto detentores dos mesmos direitos invocados para justificar a limitação estabelecida no parágrafo único do artigo 928 do Código Civil.

Sendo assim, embora não haja menção expressa de que o direito à redução da indenização somente será aplicável quando o lesante, além de ter agido com culpa leve ou levíssima, possa ser reduzido a estado de necessidade pela prestação reparatória, se deve ao fato de que

---

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

[...] não se pode perder de vista que a norma deve ser interpretada de acordo com seus fins cognoscíveis e suas ideias fundamentais, em sintonia com todo o ordenamento jurídico, como um sistema de fins e, em consequência, deixar de considerar que o artigo foi criado exatamente para evitar que situações de injustiça como essa, cujo ressarcimento total poderia ocasionar a ruína do lesante, ocorressem (CARVALHO FILHO, 2003, p. 101).

Milton Paulo de Carvalho Filho (2003, p. 101) amplia ainda mais o rol de elementos concretos a serem observados para a correta aplicação da redução da indenização ao fazer menção à forma e aos meios pelos quais o autor praticou o ato danoso, o local e o ambiente em que a conduta ocorreu, a participação do ofensor no evento danoso, dentre outros fatores a serem apurados por ocasião da análise individualizada do caso.

Evidentemente que, para refletirem a equidade e a justiça no caso concreto, os fatores a serem considerados na aplicação da redução pelo magistrado, todavia, deverão ter relevância para o direito, constituindo “circunstâncias que o legislador levaria em consideração, se legislasse para o caso em apreço” (ALVIM, 2002, p. 770).

A utilização de critérios outros que não aqueles expressos na norma parece se justificar na medida em que, sendo a equidade reconhecida como a justiça aplicada ao caso concreto, devendo a ele, portanto, se ajustar, torna-se necessário ao juízo valorar todas as circunstâncias para estabelecer o que efetivamente se mostraria justo na análise do caso individualmente considerado (ASCENSÃO, 1984, p. 394), indo além da desproporção entre culpa e dano exigida no parágrafo único do artigo 944.

Além disso, a admissão de outros critérios que não aqueles expressos no texto da norma encontra guarida na própria previsão da equidade como instrumento decisório, visto que esta não se limita à integração das lacunas do sistema jurídico, ao contrário, pode ser empregada quando a norma existente prevê sua utilização na substituição de determinação legal rígida por uma solução equitativa ou para adequação da norma às circunstâncias do caso concreto. A admissão de que a redução do *quantum* da indenização “seja realizada pelo juiz mediante critérios de equidade, é essencialmente um momento de aplicação da regra sobre responsabilidade civil que é subtraído a critérios de direito estrito para ser submetido à equidade” (ASCENSÃO, 1984, p. 394-395).

Destaca-se que, mesmo na aplicação do ordenamento jurídico português pelos Tribunais lusitanos, admite-se, para que se proceda à fixação equitativa da indenização, a avaliação de critérios não previstos no texto do artigo 494º do Código Civil, de modo a efetivamente buscar um valor que reflita uma efetiva compensação do lesado e penalização do ofensor

---

<sup>78</sup> Supremo Tribunal de Justiça de Portugal - “ACIDENTE DE VIAÇÃO - OBRIGAÇÃO DE INDEMNIZAR - DANOS NÃO PATRIMONIAIS - CÁLCULO DA INDEMNIZAÇÃO. I - O art. 496.º, n.º 1, do CC, não concretiza os casos de danos não patrimoniais que justifiquem uma indemnização, cabendo ao tribunal, no caso

A apreciação de fatores circunstanciais para além da desproporção entre culpa e dano, portanto, não só se mostra desejável para a aferição da medida mais justa no caso concreto, mas também compõe a própria noção de equidade, expressamente prevista no texto da lei como critério a ser adotado pelo julgador no juízo de ponderação necessário à redução da indenização.

Além de despertar questões acerca dos critérios a serem observados para a aplicação do parágrafo único do artigo 944, observa-se que o dispositivo ainda suscita dúvidas relacionadas à extensão do poder que confere ao julgador, não somente em relação aos limites do juízo de equidade, mas principalmente acerca da obrigatoriedade (ou não) da redução da indenização se presentes os requisitos contidos em seu texto.

Primeiramente, deve-se reiterar que a adoção do modelo de cláusula geral para regulamentar a redução da indenização abre espaço para uma atuação mais ativa do intérprete-aplicador, exigindo que o juiz se porte como efetivo legislador ao integrar ao texto da norma os valores e conceitos vigentes em determinado contexto espaço-temporal. A necessidade de realização do direito, nesse contexto, confere certo grau de discricionariedade do julgador, “conferindo-lhe o poder-dever de julgar com fundamento nos princípios éticos da equidade, boa-fé ou da probidade como pressupostos da conduta geral na sociedade civil” (CARVALHO FILHO, 2003, p. 116).

Surge então a seguinte questão: presentes os requisitos objetivos presentes na lei, a redução da indenização constitui dever ou faculdade de seu aplicador?

concreto, dizer se o dano merece a tutela do direito. II - A indemnização por danos não patrimoniais deve ser fixada de forma equilibrada e ponderada, atendendo em qualquer caso (quer haja dolo ou mera culpa do lesante) ao grau de culpabilidade do ofensor, à situação económica deste e do lesado *e demais circunstâncias do caso, como, por exemplo, o valor actual da moeda* (cf. arts. 496.º, n.º 3, e 494.º do CC). III - O valor de uma indemnização, neste âmbito, deve visar compensar realmente o lesado pelo mal causado, donde resulta que o valor da indemnização deve ter um alcance significativo e não ser meramente simbólico. IV - Não se desconhece a dificuldade que existe, neste campo, em concretizar em algo de material, aquilo que é imaterial ou espiritual, realidades tais como “dor”, “desgosto”, “sofrimento”, “contrariedades”, “preocupações”, “mágoa”. Mas a lei impõe que assim seja *devendo o juiz na fixação ou concretização de tais danos usar de todas as regras de boa prudência, de bom senso prático, de justa medida das coisas e de criteriosa ponderação da realidade da vida.* [...]” (16-06-2009 - Revista n.º 2261/03-4TBVRL.S1 - 1.ª Secção - Garcia Calejo (Relator), Hélder Roque e Sebastião Póvoas - Gabinete de Juizes Assesores do Supremo Tribunal de Justiça Assessoria Cível). (destaque não original)

Supremo Tribunal de Justiça de Portugal - “ACIDENTE DE VIAÇÃO - RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL - DIREITO À INDEMNIZAÇÃO - DANOS NÃO PATRIMONIAIS - EQUIDADE - CÁLCULO DA INDEMNIZAÇÃO. I - Danos morais ou prejuízos de ordem não patrimonial são prejuízos insusceptíveis de avaliação pecuniária, porque atingem bens que não integram o património do lesado, como por exemplo a vida, a saúde, a liberdade e a beleza, razão pela qual a obrigação de ressarcimento surge com uma natureza mais compensatória do que indemnizatória. II - O montante indemnizatório destes danos deve ser fixado equitativamente tendo em conta os factores referidos no art. 494.º do CC – grau de culpabilidade do agente, situação económica deste e do lesado, *bem como quaisquer outras circunstâncias –, devendo o quantitativo ser o bastante para contrapor às dores e sofrimentos ou, ao menos, a minorar de modo significativo os danos delas provenientes.* [...]”. (15-10-2009 - Revista n.º 1030/04.9TBLLS1 - 2.ª Secção - Oliveira Vasconcelos (Relator), Serra Baptista e Álvaro Rodrigues) (destaque não original)

Neste ponto, a doutrina tem se posicionado no sentido de que, verificada a presença dos requisitos objetivos, é vedado ao aplicador deixar de proceder a redução da indenização, “e isso a despeito da utilização, no preceito, do verbo poder, mas a rigor erigindo-se verdadeiro direito subjetivo do lesante. Por outra, quer-se dizer que não se permite ao juiz, se preenchidos os requisitos legais, indeferir a redução, frise-se, apenas com base na suposição de que ela encerre uma pura faculdade, uma potestade” (GODOY, 2010, p. 944).

Milton Paulo de Carvalho Filho (2003, p. 103) afirma que embora se possa extrair da redação da lei que esta tenha conferido ao julgador a faculdade de reduzir o *quantum* indenizatório, na realidade trata-se de um direito público subjetivo do ofensor, ou seja, uma vez caracterizada a desproporção entre culpa do agente e dano (requisitos objetivos previstos na norma) e a possibilidade de redução do devedor a um estado de necessidade, não seria possível ao Poder Judiciário negar a minoração da indenização. No mesmo sentido Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho pontua que

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

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

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

A razão que embasa a assertiva anterior reside no reconhecimento da tutela privilegiada dos princípios e valores constitucionais e sua aplicação (direta) às relações privadas, na unidade interpretativa do sistema jurídico, e na funcionalização dos institutos jurídicos à tábua axiológica da Constituição, com a submissão de todas as situações jurídicas subjetivas ao controle de merecimento de tutela com base no projeto constitucional (MONTEIRO FILHO, 2008, p. 88)

Há que se destacar, entretanto, que prevalece o entendimento de que a obrigatoriedade da redução da indenização está condicionada a fatores que excedem a desproporção entre culpa do agente e extensão do dano, requisitos objetivos expressamente previstos no parágrafo único do art. 944, devendo o aplicador analisar as circunstâncias do caso concreto, mormente a condição econômica do agente, de modo que esteja caracterizada a impossibilidade da reparação integral, sob pena de sua redução à miséria.

Assim, se mesmo havendo desproporção entre a culpa e o dano a reparação integral não representar ameaça ao patrimônio mínimo do ofensor, expressiva parcela da doutrina, a exemplo de Paulo Vieira de Tarso Sanseverino (2010, p. 121) e Anderson Screiber (2013, p. 45), defende a manutenção da completa reparação, a qual deve prevalecer enquanto um dos pilares da responsabilidade civil atual<sup>79</sup>.

Neste caso “cumprir ao juiz temperar a aplicação do princípio da reparação integral, atribuindo a indenização mais ampla possível à vítima, mas sem privar o réu de um patrimônio mínimo, necessário à manutenção de uma vida digna” (SCHREIBER, 2013, p. 46). Ao transferir para o julgador a responsabilidade de ponderar os elementos do caso concreto em busca de uma justa solução, não lhe restará alternativa senão “se valer do bom-senso, do equilíbrio, da razoabilidade, de sorte a não deixar a vítima ao desamparo, nem levar o causador do dano à insolvência” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 128)

Pode-se concluir do exposto que a correta aplicação da redução equitativa da indenização vai além da razão de proporção entre culpa e dano, ao qual se limita o texto da norma, exige, ao contrário, a observância da realidade, a ser extraída da análise individualizada do caso, dos princípios em colisão e de sistemas de argumentação jurídica, elementos estes que, em conjunto, devem orientar o aplicador da norma.

#### **4.1.3 Da decisão judicial: o campo de tensão e a ponderação de bens jurídicos, interesses, valores e princípios**

A maior dificuldade na aplicação da cláusula geral de redução da indenização repousa não somente no conflito entre direitos subjetivos e interesses legítimos de ambas as partes envolvidas, mas também, e principalmente, nos princípios que fundamentam e respaldam a proteção jurídica oferecida pelo Estado a ofendido e ofensor.

Por detrás do direito à reparação integral da vítima existe o reconhecimento de uma dignidade individual que lhe é conferida pelo simples *status* de ser humano, o qual passa a ser visto, nesta condição, como um indivíduo dotado de potencialidades cujo desenvolvimento o Estado em alguma medida tenta lhe assegurar através dos direitos fundamentais e sociais. Paralelo a isso o dever de solidariedade, colocado entre os objetivos fundamentais da carta

---

<sup>79</sup> Partilhando do mesmo entendimento, Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2010, p. 944) assevera que “[...] se o sistema se volta à reparação completa, a mitigação no dispositivo contida deve ser interpretada de maneira restritiva, por isso, aí sim, permitindo-se ao juiz que negue a redução equitativa quando, mesmo diante de grau mínimo de culpa com que se portou, possa o ofensor indenizar a vítima por completo, sem nenhum risco maior a seu patrimônio ou, antes, à manutenção de seu padrão de vida digno”.

magna, estabelece o dever geral de abstenção na prática de atos passíveis de causar danos a outros indivíduos e à sociedade como um todo.

Ao analisar o ofensor, em situação diametralmente oposta, tampouco se pode olvidar que possui o mesmo *status* de ser humano que a vítima, gozando da dignidade que lhe é inerente, de modo que a reparação de um dano, especialmente se oriundo de conduta pautada em culpa levíssima ou leve, não poderia colocá-lo em situação de penúria, retirando dele e de sua família o mínimo necessário para a sobrevivência, requisito este se reconhece doutrinariamente como sendo implícito, porém necessário, para a aplicação da cláusula geral de redução.

O direito da vítima à reparação integral possui, assim, para além do viés patrimonial (que reside na segurança de que seu patrimônio está resguardado de danos provocados por terceiros) uma base humanitária e social, que encontra respaldo na dignidade humana e solidariedade. O direito do ofensor ao patrimônio mínimo, por sua vez, encontra fundamento nas mesmas bases, visto que a manutenção de condições materiais mínimas para sua subsistência tem como fundamento o reconhecimento da mesma dignidade e do mesmo dever de solidariedade que se aplicam ao ofendido<sup>80</sup>. Resulta deste conflito o ponto nevrálgico na aplicação da cláusula geral de redução, eis que não se encontra o julgador diante de interesses meramente patrimoniais, mas sim de dois indivíduos que necessitam da tutela do Estado para assegurar a observância de sua própria condição humana em uma situação de conflito.

Como regra, as antinomias entre disposições de mesma força normativa são solucionadas pelos critérios de hierarquia, antiguidade e especialidade. Todavia, nem sempre estes são capazes de desatar os nós que se formam em um ordenamento jurídico inflacionado e permeado de microssistemas. Sobre o tema, Anderson Schreiber (2013, p. 149) frisa que

[...] no conflito entre dois interesses juridicamente tutelados, de duas uma: ou há uma regra de prevalência entre eles que pode ser extraída de normas específicas, que, a princípio, prevalecem sobre normas gerais por sua especialidade; ou na falta desta regra, somente as normas gerais podem ser invocadas como fundamento de tutela destes interesses. Nesta segunda hipótese, não é raro que o conflito se dê entre normas gerais de mesma hierarquia, antiguidade e especialidade (*rectius*: generalidade). Pense-se nos princípios constitucionais, mas também nas cláusulas gerais de um mesmo

---

<sup>80</sup> Ao discorrer sobre a dignidade Pietro Perlingieri (2002, p. 37) afirma que “os princípios da solidariedade e da igualdade são instrumentos e resultados da atuação da dignidade social do cidadão. Uma das interpretações mais avançadas é aquela que define a noção de igual dignidade social como o instrumento que ‘confere a cada um o direito ao respeito inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes’. [...] De acordo com a interpretação mais restrita, a igual dignidade social impõe ao Estado agir contra as situações econômicas, culturais e morais mais degradantes e que tornam os sujeitos indignos do tratamento social reservado à generalidade”.

estatuto ou codificação, ou nos conceitos indeterminados reunidos em uma mesma lei.

Às situações em que se verifica a existência de conflitos entre regras ou princípios impedindo a aplicação da norma ao fato pela mera subsunção (método dedutivo)<sup>81</sup>, denomina-se *casos difíceis*<sup>82</sup> (LORENZETTI, 2009, p. 163). Não há, para os casos difíceis, uma única resposta correta, eis que há, ao menos, duas soluções possíveis - daí a existência de um conflito a ser dirimido. Diante deles, mais do que buscar uma única solução, deve o intérprete e aplicador buscar conciliar os direitos e interesses legítimos em choque, de modo a restringi-los o mínimo possível, em respeito ao postulado da concordância prática<sup>83</sup>.

Importante destacar que o mencionado confronto entre interesses e direitos ocorre em razão da existência de um estado de escassez. Se houvesse a possibilidade de assegurar a todos os indivíduos a totalidade de seus direitos, não haveria a necessidade da atuação do legislador e do julgador no sentido de restringi-los ou atribuí-los a um ou a outro, mas “a realidade é que há proliferação de direitos e escassez de bens; direitos que colidem entre si, e é necessário atribuir” (LORENZETTI, 2009, p. 214). Diante da constatação da existência de casos complexos, em que se torna impossível a concessão integral dos direitos envolvidos a qualquer das partes, deve-se considerar que

[...] resolver um caso complexo, ou ditar uma norma legal, importa em uma decisão de atribuição de recursos escassos, para a qual se necessita de um critério. Não se trata de uma tarefa de tudo ou nada, senão de um esforço de otimização, atribuindo do modo mais satisfatório possível para a maior quantidade de pessoas, de forma igualitária. [...] É difícil conseguir que todos os direitos, normas institucionais, princípios e valores se realizem plenamente, ao mesmo tempo em determinado caso concreto. Configura-se

<sup>81</sup> Dworkin (*apud* KIM; MENOZZI JÚNIOR, 2012, p. 171) faz menção à insuficiência do método subsuntivo para a resolução de conflitos, destacando que “sob a égide de uma visão positivista do Direito, a subsunção afigurou-se como a fórmula típica de aplicação normativa, caracterizada por uma operação meramente formal e lógico-dedutiva: a identificação da premissa maior (a norma jurídica); a delimitação da premissa menor (os fatos) e a posterior elaboração de um juízo conclusivo (adequação da norma jurídica ao caso concreto). Se esta espécie de raciocínio ainda serve para a aplicação de algumas regras de Direito, revela-se, no entanto, insuficiente para lidar com a interpretação dos princípios jurídicos como fundamentos para a decidibilidade de conflitos”.

<sup>82</sup> Ricardo Luis Lorenzetti (2009, p. 158), ao dissertar sobre a relação entre o método dedutivo e a argumentação jurídica pontua que “os casos fáceis são a regra e os casos difíceis são exceção: segundo essa concepção, a maioria das situações é resolvida com base no raciocínio dedutivo de uma norma válida (requisito de validade) e aceita (norma de reconhecimento). Os casos difíceis são aqueles em que se detectam dificuldades no elemento normativo (determinação da norma aplicável, interpretação) ou no fático (prova dos fatos) ou na dedução (qualificação). É dizer que a regra dedutiva, sendo geral, tem limites”.

<sup>83</sup> O postulado da concordância prática, nas palavras de Humberto Ávila (2011, p. 157) decorre da “coexistência de valores que apontam total ou parcialmente para sentidos contrários. Daí se falar em dever de harmonizar os valores de modo que eles sejam protegidos ao máximo. Como existe uma relação de tensão entre os princípios e as regras constitucionais, especialmente entre aqueles que protegem os cidadãos e aqueles que atribuem poderes ao Estado, deve ser buscado um equilíbrio entre eles. A esse respeito, Dürig fala do dever de buscar uma síntese dialética entre as normas imbricadas, com a finalidade de encontrar uma otimização entre os valores em conflito”.

um campo de tensão similar ao que expõe a escassez de recursos (LORENZETTI, 2009, p. 214).

A solução para os casos difíceis, portanto, encontra guarida na técnica da ponderação, a qual vem sendo invocada nas hipóteses de conflito entre princípios, cláusulas gerais, enunciados abertos, e quaisquer outras espécies normativas que, por sua natureza, não admitem a resolução do caso concreto pelos critérios de hierarquia, antiguidade e especialidade, e que “incidam sobre os mesmos pressupostos fáticos presentes em certo caso concreto, impondo soluções distintas, sem que se possa, por conta disto, declarar de forma definitiva a impossibilidade de convivência abstrata entre tais normas” (SCHREIBER, 2013, p. 151).

Tal ponderação consiste na comparação do peso de cada um dos princípios ou cláusulas gerais de mesma hierarquia, antiguidade e especialidade diante dos elementos fáticos verificados no caso concreto, a fim de verificar sua amplitude como causa de justificação (LORENZETTI, 2009, p. 126).

No campo da responsabilidade civil, a ponderação enquanto técnica decisória assume particular relevância na medida em que praticamente a totalidade do sistema trazido pelo Código Civil atual se baseia em cláusulas gerais, nos enunciados abertos e conceitos indeterminados que as caracterizam, fórmulas adotadas com o objetivo de manter a atualidade e eficácia do Direito mesmo diante da proliferação de situações lesivas, advindas do avanço tecnológico e das aceleradas transformações sociais, conforme exposto anteriormente.

Neste contexto, “os conflitos de responsabilidade civil se dão, amiúde, no campo de colisão entre normas de conteúdo genérico e abstrato, campo de predominante aplicação da técnica da ponderação” (SCHREIBER, 2013, p. 151), visto que a situação na qual se encontram o ofendido e o ofensor demanda uma atuação judicial no sentido de assegurar a ambas as partes a maior observância possível aos princípios que fundamentam os direitos opostos.

Cria-se, para além da antinomia de normas, um *campo de tensão*, de modo em que não se caracteriza uma relação de exclusão – como se daria diante de um mero conflito de normas – restando evidenciada a necessidade de um juízo de ponderação, que irá definir qual dos interesses, os quais abstratamente se encontram em uma mesma categoria, prevalecerá no caso concreto (LORENZETTI, 2009, p. 210).

Os princípios, em que pesem as extensas discussões acerca de sua natureza jurídica e definição, expostas anteriormente, podem ser concebidos como “enunciado normativo amplo, que permite solucionar um problema e orienta um comportamento, resolvido em um esquema abstrato através de um procedimento de redução a uma unidade da multiplicidade de feitos

que oferece a vida real” (LORENZETTI, 2009, p. 124). Nesta condição, possuem formulação abstrata, de modo a permitir sua aplicação às mais diversas situações concretas passíveis de observação na convivência social.

No tocante ao conflito entre cláusulas gerais, por sua vez, Dworkin (*apud* SCHREIBER, 2013, p. 149) chega a afirmar que estas constituem regras que mais se assemelham a princípios, destes diferenciando-se apenas pelo fato de que, em última análise, contêm as cláusulas gerais um comando mínimo que não admite flexibilização.

O conflito verificado entre as disposições contidas no *caput* e parágrafo único do artigo 944 do Código Civil se enquadra justamente nas situações em que, por tratar de cláusulas abertas constantes de uma mesma codificação, se equiparam em termos de hierarquia, antiguidade e especialidade (ou, no caso, generalidade). Além disso, os princípios que as fundamentam são de mesma relevância, de modo que a nenhuma das partes se deve negar totalmente o interesse jurídico cuja tutela se pretende.

Assim, faz-se necessária a elaboração de um raciocínio jurídico capaz de oferecer a resposta mais adequada e menos onerosa às partes diante do choque de interesses contrapostos.

A fim de traçar um *iter* a ser percorrido pelo aplicador quando da elaboração de uma decisão judicial, Ricardo Luis Lorenzetti (2009, p. 159-164) estabelece quatro passos para a formação do raciocínio legal: (1) deve-se, em primeiro lugar, aplicar o método dedutivo, que se inicia na delimitação dos fatos, seguida da identificação da norma aplicável e de sua aplicação aos fatos delimitados; (2) após a aplicação da norma compreendida como adequada ao caso que se pretende solucionar, deve o juiz analisar os elementos de consistência (precedentes judiciais oriundos de casos semelhantes), de coerência (se a norma eleita para a dirimir o confronto não se opõe a outras normas ou princípios do sistema jurídico, que apontam em sentido contrário) e de consequência (reflexos jurídicos e econômico-sociais que a decisão pode produzir no futuro, adentrando à verificação da razoabilidade da medida a ser adotada) para verificar se a utilização do método dedutivo foi, de fato, suficiente para solucionar o conflito; (3) verificada a insuficiência dos primeiros dois passos para a adequada decisão judicial, estará o juiz diante de um caso difícil e, então, terá que recorrer à ponderação para encontrar a melhor forma de responder à questão colocada para desate jurisdicional; (4) por fim, o julgador deve recorrer aos paradigmas – classificados em protetor, de acesso, coletivo, consequencialista ou do Estado de Direito -, que constituem os modelos disponíveis

para a explicação e harmonização das normas conflitantes, de modo a fundamentar a decisão<sup>84</sup>.

Segundo o mencionado autor, portanto, a decisão judicial deve partir da regra (método dedutivo) para a exceção (argumentação jurídica), de modo que somente se não encontrada de plano a resposta para o caso concreto é que deve o julgador partir para outras formas de buscá-la. Neste caminho, especialmente quando são os institutos regulamentados por meio de cláusulas gerais e/ou conceitos indeterminados, pode se valer de instrumentos como a tópica para encontrar um caminho capaz de oferecer às partes uma solução para a questão controvertida.

Nas situações que envolvem a aplicação da cláusula geral de redução, evidenciou-se, conforme exposto anteriormente, a insuficiência do método dedutivo para decidir o conflito de interesses existente entre ofendido e ofensor, de modo que a ponderação é o meio mais efetivo do qual dispõe o julgador para conciliar os direitos contrapostos.

Desta forma, o raciocínio judicial deve se concentrar em estabelecer um equilíbrio capaz de reduzir o mínimo possível os interesses de cada uma das partes, dirimindo assim o campo de tensão criado pelo embate entre os princípios que fundamentam as pretensões opostas. Não deve a decisão judicial excluir qualquer um dos princípios, eis que “não se trata de eliminar uma de duas regras incompatíveis, mas de eliminar a incompatibilidade que origina a colisão de princípios, e por isso se trata de uma atividade corretiva. Não pode haver uma interpretação que leve a uma destruição recíproca dos direitos” (LORENZETTI, 2009, p. 220).

Não se restringe a ponderação aos princípios, podendo os interesses, valores e bens jurídicos fazer parte do sopesamento a ser realizado no caso concreto. Referidos elementos podem ser diferenciados entre si da seguinte forma

Os *bens jurídicos* são situações, estados ou propriedades essenciais á promoção dos princípios jurídicos. "Por exemplo, o princípio da livre iniciativa pressupõe, como condição para sua realização, liberdade de escolha e autonomia. Liberdade e autonomia são bens jurídicos protegidos pelo princípio da livre iniciativa. Os *interesses* são os próprios bens jurídicos na sua vinculação com algum sujeito que os pretende obter. Por exemplo, sendo liberdade e autonomia bens jurídicos, protegidos pelo princípio da

---

<sup>84</sup> Ricardo Luis Lorenzetti (2009, p. 227) explica que, independentemente de utilizar a dedução ou a ponderação como métodos para a elaboração da decisão judicial, o julgador traz consigo uma pré-compreensão do mundo, que o leva a realizar determinada interpretação das normas ou a atribuir maior peso a uma delas. Desta forma, diante de um conflito consumerista relacionado a cláusulas abusivas, por exemplo, um intérprete pode ampliar o conceito de *abusiva* de modo a decidir de forma mais favorável ao consumidor (partindo do paradigma protetivo), enquanto outro pode interpretar de forma mais restrita o mesmo dispositivo, baseado nas possíveis consequências que a ampliação excessiva do conceito pode trazer para a economia e para as relações jurídicas análogas (paradigma consequencialista). Os paradigmas, portanto, servem de base para a interpretação realizada pelo aplicador da norma no caso concreto, influenciando diretamente o processo de dedução ou ponderação.

livre iniciativa, algum sujeito pode ter, em função de determinadas circunstâncias, condições de usufruir daquela liberdade e autonomia. Liberdade e autonomia passam, então, a integrar a esfera de interesses de determinado sujeito. Os *valores* constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicara que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado ou preservado." Nessa perspectiva, a liberdade é um valor, e, por isso, deve ser buscada ou preservada. Os *princípios* constituem o aspecto deontológico dos valores, pois, além de demonstrarem que algo vale a pena ser buscado, determinam que esse estado de coisas deve ser promovido (ÁVILA, 2011, p. 156).

Para que a ponderação seja realizada com algum rigor científico, se faz necessário estabelecer qual o caminho a ser trilhado pelo intérprete-aplicador da norma, caso contrário abrir-se-ia um leque de excessiva amplitude para a tomada de decisões de forma arbitrária, com base exclusivamente na subjetividade do julgador. Mostra-se imprescindível o respeito a algumas etapas na realização do juízo de ponderação para conferir certo grau de objetividade, necessário para evitar que a discricionariedade judicial se converta em arbitrariedade.

A primeira dessas etapas é a da preparação da ponderação, em que devem ser analisados todos os elementos e argumentos, exaustivamente, indicando-se previamente o objeto de sopesamento, a fim de atender ao postulado científico da explicitude das premissas, além de promover a fundamentação das decisões. A segunda consiste na realização da ponderação, em que se deve fundamentar a relação havida entre os elementos que constituem o objeto de sopesamento, indicando a razão da primazia entre um e outro. Por fim, deve-se proceder a reconstrução da ponderação, mediante a definição de regras de relação - inclusive de como será determinada a primazia entre os elementos objeto analisados - com a pretensão de validade para além do caso (ÁVILA, 2011, p. 156-157).

No que se refere aos critérios de ponderação, várias são as possibilidades do julgador, em especial a utilização de princípios constitucionais, das regras de argumentação que podem ser construídas a partir deles (como, por exemplo, a adoção do pensamento tópico), destacando-se que argumentos linguísticos e sistemáticos devem se sobrepor aos históricos, genéticos e meramente pragmáticos (ÁVILA, 2011, p. 157). Deve o aplicador da norma se ater, ainda, ao postulado da concordância prática, de modo a restringir somente o mínimo necessário cada um dos elementos em conflito.

Observa Humberto Ávila (2011, p. 157) que nem o postulado da ponderação, nem o da concordância prática indicam quais os critérios formais ou materiais a serem utilizados na promoção das finalidades almejadas. Segundo o autor (2011, p. 155), diante de tal situação, a efetiva estruturação necessária para a realização das normas constitucionais submetidas ao juízo de ponderação dependerá da atenção aos postulados da proporcionalidade (e suas subdivisões em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e da

razoabilidade (compreendido em suas acepções de equidade, congruência e equivalência)<sup>85</sup> como critérios, como diretrizes interpretativas das normas (regras e princípios) em conflito.

Somente com base nos postulados da razoabilidade, proporcionalidade e concordância prática é possível trilhar pelas veredas do ordenamento jurídico em busca da solução capaz de assegurar ao devedor condições de ressarcir o dano sem que seja atingido o mínimo existencial e garantir ao ofendido uma indenização o mais próxima possível da extensão total dos danos experimentados, respeitados os limites necessários para que a utilização da redução da indenização não se torne instrumento destinado a tolher a eficácia do corolário da reparação integral.

#### **4.2 Aplicação da cláusula geral de redução da indenização no caso concreto: um caminho na busca pela equidade**

A previsão de uma cláusula geral de redução da indenização pelo Código Civil em vigor, conforme mencionado em itens anteriores, tem como objetivo possibilitar a realização da efetiva Justiça em situações peculiares, nas quais danos de grande monta tenham decorrido de condutas permeadas pela culpa leve ou levíssima do agente.

Desta forma, invocou-se a equidade como instrumento para moldar a norma geral ao caso concreto, mitigando a aplicação do princípio da reparação integral em situações excepcionais, cuja mera observância da regra geral e abstrata contida no *caput* do artigo 944 do Código Civil pudesse resultar em patentes injustiças.

Em face do exposto, acredita-se que seja possível traçar algumas diretrizes para que o intérprete-aplicador da norma possa assegurar ao máximo a integridade do princípio da reparação integral, sem preterir a cláusula geral de redução, cuja aplicação demanda uma análise tópica do caso concreto.

Assim sendo, cabe ao julgador analisar concretamente o conflito posto pelas partes – partindo da problemática, em busca da melhor solução dentre as possíveis -, identificar os elementos que compõem a situação fática e ponderar se no caso concreto deverá prevalecer o princípio da reparação integral ou se estão presentes os requisitos previstos no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil para a redução da indenização, incluindo a condição econômica do ofensor, que embora não expressa no texto da lei tem sua relevância reconhecida doutrinariamente como justificadora da mitigação ao amplo e completo ressarcimento, o qual deve figurar como regra.

---

<sup>85</sup> No tocante às semelhanças e especificidades dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, vide item 3.3.1.

Evidenciada a aplicabilidade da cláusula geral de redução da indenização, deve o julgador verificar a existência de direitos e interesses contrapostos, observando, inclusive, os princípios que os permeiam e fundamentam, a fim de identificar o campo de tensão a ser solucionado por meio da utilização da ponderação como instrumento apto a oferecer respostas ao conflito, visto que a mera subsunção, neste caso, se mostra insuficiente para assegurar a máxima satisfação dos envolvidos.

Verificada a necessidade da realização do juízo de ponderação, devem ser estabelecidos e delimitados os interesses, valores, bens jurídicos e/ou princípios que irão compor o sopesamento, estabelecendo previamente as premissas que comporão o raciocínio argumentativo, com o objetivo de assegurar cientificidade ao procedimento, tornando possível a fundamentação da decisão, essencial para sua validade.

O julgador deverá atentar para o postulado da concordância prática, atuando em busca do ponto em que a composição dos interesses em conflito implique na menor restrição possível, atingindo o equilíbrio, tão almejado no juízo de ponderação. Nas palavras de Anderson Schreiber (2013, p. 170) “a premissa do raciocínio ponderativo está em que, na existência de regra de prevalência estabelecida pelo legislador, os interesses devem realizar-se na maior medida possível, respeitando-se mutuamente”.

Neste ponto, os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade servirão de guias para a aferição de qual(is) interesse(s), valor(es), bem(s) jurídico(s) ou princípio(s) deverá(ão) prevalecer no embate entre o princípio da reparação integral e a cláusula geral de redução da indenização.

Há que se observar ainda, para a correção e validade do procedimento, o encargo de argumentação, ou seja, a necessidade de apresentar fundamentos que justifiquem a restrição do alcance desses princípios, e algumas regras de interpretação capazes de subsidiar tal fundamentação, em especial a máxima de que direitos fundamentais são limitados pela existência de outros de idêntica natureza e devem ser reconhecidos na medida de sua compatibilidade com outros direitos fundamentais e bens coletivos (LORENZETTI, 2009, p. 221).

Por fim, é necessário definir o valor da indenização e o montante da redução por meio da análise da desproporção entre a gravidade da culpa e a extensão objetiva dos danos, o que deverá ser realizado de forma equitativa, tomando-se como norte a ponderação de todos os elementos identificados e delimitados no caso concreto<sup>86</sup>, sempre considerando a equidade

---

<sup>86</sup> Miguel Kfoury Neto (2006, p. 21), sem adentrar efetivamente no juízo de ponderação a ser realizado pelo julgador, estabelece o seguinte roteiro a ser observado na elaboração da decisão judicial: “ao juiz, quando decidir ação de reparação de danos, fundada na alegação de culpa, incumbirá demarcar, na motivação do *decisum*, quatro fases distintas: na primeira, analisará a existência da culpa - e, caso positivo esse juízo, firmar-se-á a

enquanto instrumento de individualização da justiça à práxis judiciária, capaz de conferir concretude às normas elaboradas de forma genérica e abstrata para atender à maior gama possível de situações de conflito.

### **4.3 Questões polêmicas envolvendo a aplicação do parágrafo único do artigo 944 do CC/02**

A previsão contida no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil de 2002, conforme exposto nos itens anteriores, suscita calorosos embates doutrinários desde o seu advento, ora em decorrência da amplitude conferida por sua redação a uma medida que deveria ser excepcional, ora pela ausência de critérios claros para sua utilização.

Não menos tormentosos são os debates travados em torno dos limites à aplicação da redução prevista no artigo 944, parágrafo único do Código Civil em situações específicas, com peculiaridades que tornam ainda mais delicada a análise da culpa do agente - ou mesmo a ponderação de princípios e valores em conflito.

Com o objetivo de trazer a lume temas especialmente controversos na aplicação da redução equitativa da indenização e estimular o debate em torno destes, propõe-se uma reflexão acerca das questões que envolvem a aplicabilidade do mencionado dispositivo legal às hipóteses de danos extrapatrimoniais e àqueles oriundos de responsabilidade contratual e responsabilidade objetiva.

#### **4.3.1 A redução equitativa da indenização e os danos extrapatrimoniais: medida de Justiça ou retrocesso?**

Consoante exposto em linhas anteriores constituem danos extrapatrimoniais (ou imateriais) aqueles cujo bem jurídico violado não possui valor econômico imediato, não sendo possível conceber o retorno da vítima ao *status quo ante*, mas somente a compensação do prejuízo mediante o pagamento de uma quantia em dinheiro ou através da prática de algum

---

obrigação de indenizar; na segunda, resolverá a questão das verbas indenizatórias, concedendo aquelas que entender cabíveis (danos emergentes, lucros cessantes, pensionamento, danos morais etc.), com adequada motivação; no terceiro momento, já admitido o agir culposo - devidamente provado - o julgador estabelecerá o grau da culpa, por ele identificado, no caso concreto. Quando grave, exporá as razões do seu convencimento e deferirá a reparação integral, já explicitada - encerrando-se aí a sentença. Todavia, caso reconhecida a culpa leve - ou levíssima - passará à quarta fase, que consistirá na indicação, fundamentada, do percentual ou valor da redução, aplicável a cada uma das parcelas integrantes da indenização, deferidas à vítima. Nesta última fase, a par do grau da culpa, deve-se evidenciar a excessiva desproporção entre a culpa e o dano - ou seja, o prejuízo ocasionado pela mínima negligência, v.g., deve assumir grande vulto. Nessa apuração, como o dano é o requisito de maior visibilidade, dentre os que integram a responsabilidade civil, uma vez fixado o grau da culpa, não haverá dificuldade para se identificar a ocorrência ou não da desproporção a que alude o parágrafo único do art. 944”.

ato capaz de minorar os efeitos da lesão, como, por exemplo, a utilização de mecanismos como a retratação do ofensor ou o exercício do direito de resposta da vítima.

Sabe-se que a reparação de danos extrapatrimoniais no sistema brasileiro, embora preveja a reparação *in natura*, inclina-se à compensação pecuniária, com o arbitramento judicial de valores destinados a proporcionar à vítima algum conforto, ainda que a satisfação se dê de forma imperfeita em face do dano experimentado. À referida compensação de cunho monetário atribui-se comumente a denominação *indenização*, embora tecnicamente não seja o termo mais adequado, visto que impossível restabelecer o estado anterior à lesão, como sugere o vocábulo, derivado da expressão latina *in dene* (que pode ser traduzida como *sem dano* ou *antes do dano*) (FARIAS *et. al.*, 2015, p. 306).

O Código Civil de 2002, ao conferir amplitude ao termo indenização, concebendo-a como reparação pecuniária de danos em geral, sem especificar a natureza do bem jurídico violado (patrimonial ou extrapatrimonial), parece indicar a possibilidade de aplicação da redução equitativa da indenização em face da ocorrência de desproporção entre culpa e dano, como prevê o parágrafo único de seu artigo 944.

Diante da imprecisão terminológica do Código neste ponto, surgiram três correntes interpretativas distintas acerca do alcance da aplicação da cláusula geral de redução quanto ao bem jurídico lesado: uma defende a aplicação da redução apenas aos danos patrimoniais; outra, em sentido diametralmente oposto, defende sua aplicação somente aos danos extrapatrimoniais; e uma corrente intermediária, que admite a aplicação da redução a ambas as espécies de danos (MONTEIRO FILHO, 2008, p. 86).

Defensores da aplicação da redução exclusivamente à reparação de danos extrapatrimoniais, justificam que sua incidência sobre danos patrimoniais encontraria óbice no direito fundamental à propriedade, que seria violado no caso de redução da indenização quando atingido o patrimônio material da vítima, que faria jus à reparação integral (MONTEIRO FILHO, 2008, p. 92).

Tal entendimento, todavia, parece superado, na medida em que, - conforme exposto em linhas anteriores, quando discutido o exercício judicial da ponderação de interesses tutelados – restou evidenciado que o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, ao conferir protagonismo ao indivíduo, enquanto ser humano em constante desenvolvimento de suas potencialidades, admitiu a relativização do direito à propriedade em face de outros direitos e interesses. Tal relativização pode decorrer do conflito com interesses de cunho social (como nos casos de desrespeito à função social da propriedade, por exemplo), mas também em confronto com direitos

individuais, como a dignidade pessoal, fundamento da aplicação da redução indenizatória, quando necessária à garantia do patrimônio mínimo do devedor. Isso porque

[...] sobrelêva reconhecer como (incontroversa) *tendência do Direito Civil*, especialmente a partir de sua compreensão na legalidade constitucional, a *(re)personalização da ciência privada*, voltando a pessoa humana a ser a grande referência do Direito Civil, só que, desta feita, conferindo-se maior relevância à promoção da inderrogável dignidade da pessoa humana. Com efeito, a *pessoa humana*, mais do que simples titular de negócios e bens jurídicos, passa a ser o centro epistemológico do Direito Civil, a *ratio essendi* da ciência privada, que passa a ter como finalidade a afirmação de sua dignidade (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 95).

Limitar a aplicação da cláusula geral de redução indenizatória - cuja finalidade consiste em assegurar a justiça no caso concreto, evitando que o atendimento ao princípio da reparação integral reduza o ofensor que tenha agido com culpa leve ou levíssima ao estado de miserabilidade – aos danos patrimoniais, em virtude da proteção constitucional do direito de propriedade, com o devido respeito aos ilustres defensores deste entendimento, parece caminhar contra o processo de (re)personalização do direito privado e de valorização do ser humano enquanto fonte e fim de todos os direitos e obrigações previstos no ordenamento jurídico.

Para a corrente que defende ser aplicável a redução apenas aos danos patrimoniais, o princípio da dignidade humana seria o fator impeditivo da aplicação da cláusula geral de redução aos danos extrapatrimoniais, pois o direito da vítima à dignidade - e à reparação integral do dano moral - deve se sobrepôr aos direitos patrimoniais do ofensor, independentemente de sua condição econômica (SANSEVERINO, 2010, p. 120).

O princípio da dignidade da pessoa humana figura como fundamento da República Federativa do Brasil, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988, havendo ainda referência a ela em outros dispositivos, como nos que tratam da ordem social, proteção da criança e do adolescente, entre outros.

Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 60) define a dignidade<sup>87</sup> humana como

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de

<sup>87</sup> Sanseverino (2010, p. 116) menciona o conceito talhado por Judith Martins-Costa, segundo a qual a dignidade humana constitui o “valor-fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico”. Ressalta, ainda, que, de acordo com a mencionada autora, não é o ordenamento jurídico quem outorga o direito à dignidade, ele apenas o reconhece como objeto de necessária proteção.

cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Maria Celina Bodin de Moraes destaca ainda a condição relacional da dignidade humana, na medida em que somente é possível conceber a necessidade de se estabelecer um espaço mínimo de respeito à individualidade, permitindo ao ser humano existir e se desenvolver sem objeções externas, quando evidenciado uma tensão entre diversos interesses de mesma natureza. Segundo a autora

O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular, iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral - psicofísica -, da liberdade e da solidariedade (MORAES, 2003, p. 85).

O reconhecimento da dignidade como valor fundamental, sabe-se, foi fruto de lenta evolução histórica, inicialmente admitida pela religião e filosofia para, somente tempos depois, merecer guarida no plano jurídico em grande parte das constituições contemporâneas (SANSEVERINO, 2010, p. 116). Em respeito à extensa trajetória percorrida até o efetivo acolhimento e reconhecida sua relevância para a função primordial do Direito, consistente na pacificação das relações sociais, é que se busca assegurar ao princípio da dignidade humana a mais ampla observância, invocando-o nas mais diversas áreas de aplicação jurídica.

No que tange à responsabilidade civil, evidente que a dignidade humana assume papel de destaque, eis que, se em um primeiro momento no desenvolvimento do instituto o que se pretendia era a reparação de danos patrimoniais (por exemplo, ressarcimento pela morte de um animal ou de um escravo), com sua evolução passou-se a reconhecer, cada dia mais, uma série de danos que extrapolam a seara material e geram reflexos nos elementos pessoais que compõem o indivíduo, sendo tais, portanto, indissociáveis da ideia de dignidade pessoal.

Ao defender a manutenção da reparação integral nos casos de danos extrapatrimoniais, sem exceção, em respeito à dignidade pessoal da vítima, não se pode olvidar que do outro lado da relação jurídica se encontra outro ser humano, igualmente detentor desta mesma dignidade, caracterizando-se um conflito de direitos e interesses de mesma natureza.

Se, de um lado, pode-se observar a lesão à dignidade da vítima em decorrência da ofensa de bem jurídico extrapatrimonial de sua esfera privada, de outro, há que se considerar que a redução do ofensor (e daqueles sob sua responsabilidade) à miséria, também representa séria mácula não somente à sua dignidade, mas ao seu direito à existência digna.

Ambos os institutos - dignidade da pessoa humana e direito à existência digna – embora apresentem pontos de contato, podem ser facilmente diferenciados, visto que o primeiro tem fundamento imediato na esfera da personalidade, enquanto o segundo se refere a questões de ordem econômica, assegurando a proteção de um mínimo de condições materiais a ser respeitado para assegurar a existência condigna ao indivíduo (SANSEVERINO, 2010, p. 116). Guerra e Emerique (2006, p. 398) destacam o seguinte acerca do mínimo existencial, destinado à promoção da existência digna do indivíduo:

As formulações em torno do mínimo existencial expressam que este apresenta uma vertente garantística e uma vertente prestacional. A feição garantística impede agressão do direito, isto é, requer cedência de outros direitos ou de deveres (pagar imposto, p. ex.) perante a garantia de meios que satisfaçam as mínimas condições de vivência digna da pessoa ou da sua família. Neste aspecto o mínimo existencial vincula o Estado e o particular. A feição prestacional tem caráter de direito social, exigível frente ao Estado. Neste caso, não se pode deixar de equacionar se esse mínimo é suficiente para cumprir os desideratos do Estado Democrático de Direito.

A existência digna do ofensor deve, portanto, ser considerada na aplicação da cláusula de redução prevista no parágrafo único do art. 944 do Código Civil, assegurando que lhe reste o mínimo necessário para continuar gozando de uma existência digna, ainda que isto implique na redução da indenização necessária à reparação integral.

Ao vedar de forma irrestrita a aplicação da cláusula geral de redução no caso de danos extrapatrimoniais, objetivando garantir a dignidade da vítima, muitas vezes deixa-se de perceber o ofensor como sujeito detentor de iguais direitos. Obrigá-lo a reparar integralmente danos extrapatrimoniais para os quais concorreu com culpa levíssima, sem a intenção de causar qualquer dano – pressuposto essencial de aplicação do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil –, sabendo-se que tal encargo poderá prejudicar o sustento de dele próprio e de sua família, constitui verdadeiro contrassenso, motivo pelo qual não parece razoável sustentar a inaplicabilidade da redução da indenização aos danos extrapatrimoniais.

Podendo estar presentes os pressupostos explícitos de aplicação da cláusula geral de redução – desproporção entre culpa e dano – tanto nas hipóteses de danos patrimoniais, quanto extrapatrimoniais e, não havendo qualquer restrição no código quanto à diferenciação entre indenização e compensação, na medida em que utiliza a primeira expressão como sinônimo de reparação, soa coerente admitir a análise da culpabilidade para a fixação do

*quantum* da reparação em ambas as espécies de danos, necessitando, porém, que seja promovida a devida diferenciação entre a utilização desse elemento em uma e outra.

Antes de adentrar ao mérito da aplicabilidade do dispositivo em questão, há que se destacar que o sistema de quantificação da indenização, na forma prevista pelo artigo 944 do Código Civil, pressupõe a existência de um dano aferível em dinheiro, cuja extensão determina o valor da reparação. Pode-se afirmar, assim, que a redação do artigo 944 - e, conseqüentemente, seu parágrafo único -

[...] foi originalmente concebida para delimitar a extensão do dano patrimonial. Refere-se à *indenização*, sanção que apenas será atribuída a uma lesão de natureza econômica. Contudo, podemos nos servir do mencionado dispositivo para compreendermos que o esforço da doutrina será o de estabelecer critérios objetivos aptos a balizar sentenças e conferir à jurisprudência um sistema de valoração e quantificação que tenha em vista um resultado capaz de, conforme as peculiaridades de cada caso, racionalmente estabelecer uma pertinência entre a extensão do dano moral e o montante fixado pelo julgador (FARIAS, 2015, p. 355).

Desta forma, observa-se que o parágrafo único do artigo 944 estabelece que a redução da indenização – pela verificação de desproporção entre culpa e dano – se dará em momento posterior ao reconhecimento da extensão deste.

Todavia, a fixação do montante reparatório antes da aplicação da redução somente parece possível nas hipóteses de danos patrimoniais, situações em que o *quantum debeatur* é aferível de plano, ou por operação matemática simples. Obtido o valor do dano, medido por sua extensão, poderá aplicar-se, posteriormente, a redução prevista na mencionada cláusula geral.

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

Por sua vez, o cálculo de um valor preciso na quantificação enfrenta certas dificuldades no plano dos lucros cessantes, outra espécie de dano patrimonial. Os lucros cessantes correspondem às verbas que a pessoa deixou de lucrar e que lucraria ordinariamente, o que aqui já não é mais possível, sob o prisma da *razoabilidade*. Compreendem tudo o quanto a

vítima deixou de lucrar, nas *condições normais de temperatura e pressão*, em função do dano sofrido. Sobre esse valor, por sua vez, encontrado com base nas legítimas expectativas frustradas - privação do que ordinariamente obteria -, é que vai incidir a redução do § (MONTEIRO FILHO, 2008, p. 89).

Desta forma, pode-se dizer que para a caracterização do *an debeatur* o grau de culpa (ou até mesmo sua ausência, nos casos de responsabilidade objetiva) é irrelevante nos danos patrimoniais, sendo analisada a questão da culpabilidade somente em momento seguinte, ou seja, para averiguar se existe no caso concreto desproporção entre culpa e dano, e se as circunstâncias deste - em especial a condição econômica do ofensor - justificam a mitigação da reparação integral.

No que se refere aos danos extrapatrimoniais, diferentemente do que ocorre na fixação dos danos que produzem um reflexo material direto – os quais são aferíveis em pecúnia por meras operações matemáticas - sua reparação não possui o condão de restituir a vítima ao *status quo ante*, colocando-a em idêntica situação àquela que estaria sem a lesão perpetrada pelo ofensor, destinando-se apenas a oferecer uma compensação, um alento, diante da ofensa a interesses juridicamente relevantes que compõem sua esfera existencial.

A impossibilidade de quantificação objetiva traz a tona uma série de elementos a serem observados pelo julgador no exercício de arbitramento, exigido para a fixação do montante compensatório. Desta forma, podem ser invocadas para medir a extensão de um dano extrapatrimonial (a) características pessoais da vítima (como, por exemplo, idade, notoriedade, grau de exposição à mídia); (b) publicidade e alcance da lesão (se perpetrada em âmbito privado, em espaço público ou em redes sociais); (c) condições pessoais do ofensor (escolaridade, idade, condições de saúde, etc.) e, ainda (d) grau de culpabilidade (e reprovabilidade) da conduta, dentre outros fatores<sup>88</sup>.

Acerca da imprescindibilidade da análise dos elementos presentes no caso concreto para a aferição do montante compensatório dos danos extrapatrimoniais, é preciso observar que

---

<sup>88</sup> Em julgamento proferido no REsp 1.354.384 – MT em 18/12/2014, o Ministro do Supremo Tribunal de Justiça Paulo de Tarso Vieira Sanseverino destacou a importância da análise de diversos elementos do caso concreto na determinação do *quantum debeatur* dos danos extrapatrimoniais, ao afirmar que “[...] embora seja importante que se tenha um montante referencial para a indenização dos prejuízos extrapatrimoniais derivados do dano-morte, isso não deve representar um tarifamento judicial rígido, o que entraria em rota de colisão com o princípio da reparação integral (art. 944 do CC) e a necessidade de um arbitramento equitativo da indenização por danos morais (art. 953, § único, do CC). Com efeito, cada caso apresenta particularidades próprias e variáveis importantes como a gravidade do fato em si, a culpabilidade do autor do dano, a intensidade do sofrimento das vítimas por ricochete, o número de autores, a situação sócio-econômica do responsável, que são elementos de concreção que devem ser sopesados no momento do arbitramento equitativo da indenização pelo juiz”.

Qualquer violação à dignidade da pessoa humana será objeto de compensação econômica, sendo o montante não apenas alcançado pela extensão do dano, mas acrescido da repercussão do fato sobre as condições pessoais da vítima (o antes e o depois do evento sobre sua condição biopsíquica) e também sobre as condições pessoais do ofensor, investigação na qual se insere a eventual constatação da desproporcionalidade entre seu pequeno grau de culpa e a ofensa a um fundamental bem existencial da vítima (FARIAS et. al., 2015, p. 188).

No mesmo sentido leciona Antônio Lindbergh C. Montenegro (1999, p. 128), quando afirma que “para avaliar o dano moral, haver-se-á de levar em consideração, em primeiro lugar, a posição social e cultural do ofensor e do ofendido. [...] O segundo elemento a pesar na dosagem do *quantum* reparatório reside na maior ou menor culpa com que se houve o agente”<sup>89</sup>.

Considerando o exposto acima, deve a análise de culpabilidade do grau do agente compor o próprio arbitramento do *quantum debeatur* nos danos extrapatrimoniais, servindo para majorar ou minorar o valor final, conforme admite o Enunciado n.º 458 da V Jornada de Direito Civil<sup>90</sup>. Tal situação ocorre porque

[...] no âmbito da reparação dos danos extrapatrimoniais se encontram níveis bem mais profundos de dificuldade para se aferir o montante reparatório. A tônica, em lugar da equivalência e da razoabilidade, passa a ser a compensação. Imprescindível frisar, outrossim, que a cautela nesse campo do ressarcimento, á luz da norma em estudo, deve ser muito maior, isto é, os freios e contrapesos da redução tornar-se-ão mais rigorosos, pois os valores existenciais, conectados à reparação do dano moral, são objeto de tutela constitucional privilegiada. [...] A redução a partir de valor exato, prevista na dicção da norma, deve ser interpretada como um valor exógeno de quantificação dos danos extrapatrimoniais, na árdua tarefa do cálculo do valor (MONTEIRO FILHO, 2008, p. 89).

Na quantificação dos danos extrapatrimoniais, portanto, a redução não deve ser aplicada em momento posterior à fixação, como ocorre no caso de danos patrimoniais - em que primeiro é determinado o valor da indenização (que se mede pela extensão do dano, independente do grau de culpabilidade) para, somente após, se proceder à análise dos pressupostos de aplicação do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil -, devendo a

---

<sup>89</sup> Acerca do arbitramento da indenização dos danos extrapatrimoniais, Rafael Viola (2003, p. 224) destaca que “o norte da reparação dos danos morais deve ser a compensação integral. Se a indenização pecuniária não pode desfazer o dano causado, pode, ao menos, proporcionar uma compensação satisfatória ao lesado através da aquisição de bens da vida. A importância dessa noção é extirpar, de vez, todo e qualquer critério matemático para fins de reparação do dano moral. Para alcançar tal valor, que se pauta pelo arbitramento, é necessária a correta fundamentação da decisão que se assentará em critérios de equidade. Para tal, o magistrado, no momento da fixação deverá expor todas as circunstâncias do caso concreto, especialmente as condições pessoais da vítima, que o levaram a alcançar o valor pecuniário da reparação”.

<sup>90</sup> Conselho da Justiça federal - V Jornada de Direito Civil – “Enunciado 458 - O grau de culpa do ofensor, ou a sua eventual conduta intencional, deve ser levado em conta pelo juiz para a quantificação do dano moral”.

culpabilidade ser elemento de análise na própria composição do montante devido, o qual, ao final do arbitramento, já restará estabelecido de forma definitiva.

Em suma, a culpabilidade da conduta e sua reprovabilidade, deverão ser observados no decorrer do arbitramento, o qual, ao final, deverá refletir, já com todas as variáveis sopesadas, o valor que o juízo entende suficiente para a compensação do dano.

A dificuldade de aplicação da redução da indenização aos danos extrapatrimoniais decorre do fato de que a cláusula geral que a regulamenta foi concebida para atender perfeitamente a outro sistema, em que fosse possível a determinação de toda a extensão do dano em pecúnia, aplicando-se a redução em momento posterior, como ocorre no caso de ofensa a bens jurídicos de natureza patrimonial.

Assim sendo, deve-se reconhecer que “a redução prevista na dicção da norma deve ocorrer a partir de um valor determinado. Ou seja, deve-se primeiro alcançar o *quantum debeatur*, abstraindo o parágrafo, para, posteriormente, graduar para baixo o montante ressarcitório, de maneira que, mercê da fundamentação e da transparência, se possa controlar a correta utilização do instituto” (MONTEIRO FILHO, 2008, p. 90).

Mesmo na seara dos danos extrapatrimoniais, em que a redução prevista no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil é constantemente invocada – ainda que de forma atécnica – não se afirmar que tal dispositivo constitui uma revolução no sistema de reparação, na medida em que a apenas corrobora um fundamento já utilizado pelas cortes antes de sua consignação no código atual, qual seja, a análise da reprovabilidade da conduta do ofensor como baliza para a quantificação da compensação devida pelos danos extrapatrimoniais (MONTEIRO FILHO, 2008 ,p. 90).

Diante dos argumentos expostos acima, parece razoável afirmar que a cláusula geral de redução, na forma prevista pelo parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, pressupõe a existência de um *quantum* previamente definido, sobre o qual incidirá a análise da culpabilidade do agente, para a apuração de sua desproporção em relação ao dano e dos demais elementos que, embora não expressos na norma, compõem o caso concreto e que autorizariam a mitigação do princípio da reparação integral em prol da preservação de outros interesses em conflito, tais como a dignidade pessoal do ofensor e seu direito ao mínimo existencial. Esta forma de aplicação da cláusula geral de redução somente seria possível, portanto, em se tratando de danos patrimoniais, sendo, inclusive, para estas hipóteses que a referida norma foi pensada e formatada.

Todavia, não se pode dizer que a análise da desproporção entre culpa e dano para a quantificação do dano não seja possível nas situações envolvendo a violação de bens jurídicos de natureza extrapatrimonial. O que ocorre, nestes casos, é que não se aplica a cláusula geral

de redução na forma prevista pelo parágrafo único do artigo 944, ou seja, posteriormente à apuração do *quantum*. Ao contrário, a análise da culpabilidade da conduta e sua desproporção em relação ao dano constitui um dos elementos a serem ponderados durante o processo de arbitramento. Desta forma, ao chegar ao montante que entende ser suficiente para a compensação dos prejuízos experimentados pela vítima, já terá o julgador sopesado, juntamente a outras tantas variáveis do caso concreto, a graduação da culpa do agente e sua eventual desproporção em face da extensão do dano causado.

Referido tema mostra-se pouco explorado nas obras consultadas para a elaboração do presente estudo, evidenciando ainda mais a necessidade de discussão e aprofundamento, com o qual se pretende contribuir trazendo a lume pontos ainda obscuros acerca dos limites à aplicação da cláusula geral de redução contida no artigo 944, parágrafo único, do Código Civil.

#### **4.3.2 Redução equitativa da indenização e as hipóteses de responsabilidade civil objetiva: quando a culpa é irrelevante**

Outro ponto que suscita calorosos debates no âmbito de aplicação da cláusula de redução nos danos cujo dever de indenizar decorre de responsabilidade objetiva. O silêncio da legislação fez surgir correntes antagônicas de interpretação da norma: de um lado, parte da doutrina não admite a aplicação da cláusula geral de redução da indenização nos casos de responsabilização objetiva e, de outro, em direção oposta, outra parcela da doutrina advoga pela aplicação da redução nesses casos, por ausência de vedação legal nesse sentido.

Em princípio, o entendimento doutrinário e jurisprudencial se firmou pela inaplicabilidade, já que um dos requisitos para aplicação da cláusula de redução se refere à aferição da culpabilidade, a qual restava superada na teoria da responsabilidade objetiva. De acordo com tal entendimento “se, na responsabilidade objetiva, a imputação do dever de reparar prescinde de qualquer aferição em relação ao grau de diligência do ofensor, seria contraditória, com este princípio, a consideração da culpa no momento da fixação do *quantum* indenizatório” (LEAL, 2010, p. 137). Sustenta tal corrente que por expressa ausência de previsão legal da aplicação da mencionada cláusula geral às hipóteses de responsabilidade objetiva e, por se tratar de norma restritiva de direitos, seria impossível conceber sua interpretação extensiva para abarcar tais situações.

A principal motivação para a defesa da inaplicabilidade da redução às hipóteses de responsabilidade objetiva era a preocupação com seu uso indiscriminado, especialmente nas hipóteses de danos pessoais, o que poderia culminar na violação dos princípios da reparação

integral e da dignidade da pessoa humana (SANSEVERINO, 2010, p. 121). Firmou-se entendimento nesse sentido, o qual, inclusive, restou consignado no Enunciado n.º 46 da I Jornada de Direito Civil<sup>91</sup>, realizada em 2002 pelo Conselho da Justiça Federal, o qual excluía expressamente do âmbito de aplicação da redução indenitária nas hipóteses de responsabilidade objetiva.

Segundo tal parcela da doutrina, a redução equitativa da indenização pela desproporção entre a culpa do agente e o dano decorrente de sua conduta somente poderia ser aplicada “na teoria subjetiva da responsabilidade civil, seja pela própria redação do dispositivo, como também pelo apelo à orientação sistemática pela qual no nexo de imputação objetiva será expurgada qualquer discussão sobre a culpa” (FARIAS et. al., 2015, p. 189).

Ainda que, em um primeiro momento, a interpretação acima exposta pareça coerente, não tardou a constatação de um paradoxo a ela inerente: a possibilidade de um agente que atuou com culpa, ainda que leve, ser beneficiado com a redução da indenização, enquanto outro, que atuou sem culpa alguma, não pudesse se valer do mesmo benefício. Assim, não havendo vedação expressa na lei, seria lógico dispensar o mesmo tratamento às responsabilidades subjetiva e objetiva neste ponto.

Argumentam os defensores da aplicabilidade que na responsabilidade objetiva, embora seja comprovação e/ou a graduação da culpa irrelevante para fins de caracterização do dever de indenizar, por força de imperativo legal neste sentido, pode-se avaliar tal elemento para fins de quantificação da reparação. Em suma

[...] a “culpa” pode estar presente tanto na hipótese de incidência de uma norma (como pressuposto da obrigação de indenizar), como em seu comando (para determinação do valor da indenização).

Em outras palavras, é preciso distinguir o papel do dolo e da culpa, quando são aplicados para identificar a incidência ou não de uma regra de imputação de responsabilidade, das hipóteses em que esses elementos são considerados para a fixação do *quantum debeatur* (LEAL, 2010, p. 137).

Parece coerente, com base no argumento acima exposto, admitir a aplicação do benefício contido no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil às situações envolvendo a responsabilidade objetiva - ao menos das hipóteses de danos patrimoniais -, visto que o fato de serem a aferição e a comprovação da culpa irrelevantes para a configuração do dever de

---

<sup>91</sup> Enunciado n.º 46 (redação original) "Art. 944: a possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo código civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, *não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva.*"

indenizar (*an debeatur*) não afasta sua existência (ocorrência de um erro de conduta que levou ao dano) e a possibilidade de sua graduação.

Isso posto, uma vez caracterizada a obrigação de indenizar de forma objetiva, nada impede que o agente invoque a desproporção entre a culpa que permeou a conduta lesiva e a extensão do dano provocado como defesa para a minoração do *quantum debeatur*. Sendo assim, uma vez caracterizada a responsabilidade do agente, independentemente da culpa, a análise e graduação desta poderia ser invocada pelo agente para se beneficiar da redução prevista pelo artigo 944, parágrafo único do Código Civil.

Além da possibilidade de admissão da aplicação da cláusula geral pela diferenciação entre a caracterização e a quantificação do dever de indenizar, conforme acima mencionado, alguns autores partidários desta corrente, defendem, ainda, a utilização da solução oferecida pelo direito português para a questão, que ao enfrentar o tema entendeu que para adequar o dispositivo às hipóteses de responsabilidade objetiva, bastaria a substituição interpretativa da expressão “gravidade da culpa” por “relevância da causa”, ou seja, seria possível a redução da indenização na responsabilidade objetiva se houvesse uma excessiva desproporção entre o fato causador imputado ao ofensor e a extensão do dano (SANSEVERINO, 2010, p. 123).

Adota-se, assim, no direito português - principal inspiração da codificação brasileira - o sistema do nexu causal para a aplicação da redução equitativa da indenização nos casos envolvendo responsabilidade objetiva, compreendendo que cada ofensor responde na medida em que o fato a ele imputado tenha contribuído na extensão do dano. Sobre o tema, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho (2008, p. 81-82) pontua que

[...] o fato de o parágrafo único do art. 944 se referir a uma gradação da culpa do ofensor, em sede de quantificação (segundo momento), significa que a dicção legal deve albergar, inclusive, o grau de culpa "zero". Em outras palavras, a interpretação contemporânea a ser dada à norma recomenda que se proceda à análise da "conduta" do ofensor, e não propriamente à análise do grau de sua culpa, para os efeitos do cálculo do quantum. Dessa forma, afasta-se o risco de uma contradição incompatível com a noção da unidade do sistema que representa o ordenamento jurídico: o paradoxo de o agente causador que agiu com culpa ser beneficiado com a redução ao passo que aquele que age sem qualquer culpa (ou em grau zero, como ora se propõe) vir a ser obrigado à reparação integral.

O argumento acima, segundo o qual a análise deveria se focar na conduta do ofensor, baseada em sua relevância para a ocorrência do dano, uma vez admitido, torna possível a verificação da chamada “culpa concorrente” - que na realidade se refere não à culpa da vítima, mas à influência de sua conduta para a produção do resultado danoso – como hipótese que torna passível de aplicação da redução da indenização.

Nota-se, destarte, que a despeito do entendimento de parte da doutrina, outrora majoritário, pela inaplicabilidade da cláusula geral de redução às hipóteses de responsabilidade civil objetiva, consolidada no Enunciado n.º 46, a discussão acerca da temática culminou na edição do Enunciado n.º 380, aprovado na IV Jornada de Direito Civil<sup>92</sup>, realizada pelo Conselho da Justiça Federal em outubro de 2006, o qual suprimiu expressamente a parte final do Enunciado n.º 46 ("*não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva*"), que fazia ressalva expressa quanto à aplicação da redução indenitária nas hipóteses de responsabilidade independente de culpa.

Recente julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proferido nos autos de n.º 0336266-78.2015.8.21.7000 pelo Desembargador Jorge Alberto Schreiner Pestana na data de 31/03/2016, trazido a título de exemplo, demonstra a forma como a aplicação do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil vem sendo admitida pelo Poder Judiciário nos casos de responsabilidade objetiva<sup>93</sup>. No referido julgado, pretendiam os autores ser indenizados por danos estruturais que acometeram seu imóvel, os quais atribuíam às obras de infraestrutura realizadas pela ré - empresa concessionária de serviço público - no entorno da edificação.

Todavia, restou constatado em perícia técnica que o imóvel já apresentava parte de tais danos por problemas relacionados à própria construção, tendo a obra promovida pela ré apenas agravado a situação. Assim, restou configurado o dever de indenizar, por se tratar de hipótese de responsabilidade objetiva (prevista no artigo 37, § 6º da Constituição Federal), reconhecendo-se, todavia, a redução do *quantum* indenizatório para abarcar apenas os prejuízos oriundos do agravamento dos problemas estruturais da construção. Segundo observou o relator em seu voto que

---

<sup>92</sup> Enunciado 380 – “Art. 944: Atribui-se nova redação ao Enunciado n. 46 da I Jornada de Direito Civil, pela supressão da parte final: não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva”.

<sup>93</sup> Ementa: “RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONSTRUÇÃO DE RODOVIA. AVARIAS EM IMÓVEL DOS AUTORES. PREJUÍZO MATERIAL EVIDENCIADO. EXTENSÃO DO DANO. ART. 944, PARÁGRAFO ÚNICO, E ART. 945, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. 1. Em se tratando de danos ocasionados pela realização de obra pública por pessoa jurídica de direito privado, a responsabilidade civil se dá de acordo com a teoria objetiva, ou seja, independe de culpa, bastando a comprovação do prejuízo e do nexo de causalidade. Inteligência do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. 2. Caso em que a residência da parte autora está localizada na margem de rodovia a qual estava sendo construída pela empresa demandada. Prova pericial a indicar que a obra realizada contribuiu para a presença de avarias no imóvel. Prova testemunhal que fortalece a narrativa da inicial. Nexo de causalidade evidenciado. Dever de indenizar configurado. 3. Inovação recursal no que tange à tese de que o imóvel foi construído dentro da faixa de domínio da União, na medida em que a questão não foi levantada quando da apresentação da contestação. Recurso não conhecido, no ponto. 4. Prejuízo material reconhecido. *An debeatur* comprovado. Apuração do *quantum debeatur* em fase de liquidação de sentença. Precedentes desta Corte. 5. Necessidade de redução proporcional do montante indenizatório. Observância ao art. 944, parágrafo único, e art. 945, ambos do Código Civil. Má execução da residência, sem elementos que garantissem o vigor da fundação e da estrutura. Grau de culpa da construtora requerida observado. Redução de 40% (quarenta por cento) do percentual da indenização. 6. Apuração do marco inicial da correção monetária e dos juros de mora postergado à liquidação de sentença. APELAÇÃO CONHECIDA EM PARTE E, NESSA PARTE, PARCIALMENTE PROVIDA. UNÂNIME” (TJRS - Processo n.º 0336266-78.2015.8.21.7000 – Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana – Publicação em 14/04/2016).

[...] demonstrado o nexo de causalidade da ré para com o evento narrado, deva ela ressarcir a parte autora pelos prejuízos materiais causados quanto às avarias no imóvel, e que digam com a sua responsabilidade (não podendo arcar com consertos para os quais não contribuiu), valor este a ser calculado em liquidação de sentença, momento em que será possível se auferir a extensão do dano, já que a prova pericial não mensurou o *quantum debeatur*. Explico.

Se é possível a realização de consertos no imóvel a fim de habitá-lo com segurança, e que não sejam superiores ao próprio valor da construção, deve a ré arcar com o montante relativo à sua responsabilidade pelo evento danoso, a partir das avarias ocasionadas em razão da obra rodoviária; agora, se não há como se mensurar quais avarias na residência decorreram da construção da rodovia ou se não há mais como se recuperar o imóvel, deve a requerida arcar com o valor da construção existente na propriedade, daí abatida a defasagem em decorrência do tempo de idade da edificação.

Apesar da prevalência, na atualidade, do entendimento a favor da aplicação da cláusula de redução nas hipóteses de responsabilidade objetiva, não se pode deixar de frisar que esta deve, contudo, ser admitida com ressalva, em especial quando os danos recaem sobre direitos fundamentais, da personalidade ou previstos em sistemas específicos de proteção (consumidor, idoso, ECA, etc.).

Embora seja notável certa tendência à aceitação da aplicabilidade do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil aos casos de responsabilidade objetiva - diante da alteração da redação do Enunciado n.º 46 (I Jornada de Direito Civil) pelo Enunciado n.º 380 (IV Jornada de Direito Civil) – o tema ainda carece de investigação doutrinária aprofundada.

#### **4.4 Proposta de *lege ferenda*: em busca da otimização na aplicação da cláusula geral de redução da indenização**

Conforme exposto ao longo do estudo realizado neste trabalho, o maior problema apresentado pelo parágrafo único do artigo 944 do Código Civil reside no excesso de amplitude de sua redação, que acaba por permitir uma mitigação excessiva do princípio da reparação integral, maculando o principal objetivo do instituto da responsabilidade civil: colocar a vítima de um dano na situação mais próxima possível àquela em que se encontrava antes do evento danoso.

A excessiva desproporção entre culpa do agente e extensão do dano como único critério para a redução da indenização acaba por levar a situações em que a transferência de parte das perdas para a figura da vítima se mostra nitidamente injusta, como nos casos em que, mesmo podendo arcar com a integral reparação dos danos, o ofensor é beneficiado com a redução por força do disposto no mencionado artigo.

Verificou-se que a intenção por detrás do mencionado dispositivo foi evitar que a completa reparação de um dano causado por culpa leve do agente pudesse levá-lo a uma situação de miserabilidade, em que a total indenização da vítima pudesse causar prejuízo real ao sustento do ofensor e seus dependentes.

Evidente que a redação do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, na forma como se encontra, dá ensejo a diversas questões relacionadas à sua aplicação, conforme exposto ao longo dos itens anteriores, levando a infundáveis discussões acerca da possibilidade da adoção de critérios não positivados no texto da norma e, ainda, sobre o caráter facultativo (ou não) de sua utilização pelo julgador.

Desta forma, defende-se neste trabalho que se faça constar expressamente no texto do mencionado dispositivo a adoção da situação econômica do ofensor como critério de aplicação da redução, tal como fizeram as legislações estrangeiras que inspiraram a redação da cláusula geral em questão, com o objetivo de limitar seu âmbito de aplicação e reduzir as celeumas acerca de sua aplicabilidade.

Defende-se, ainda, a manutenção do verbo *poder* à redação do texto legal, evidenciando assim o caráter meramente facultativo da aplicação da redução da indenização, com base no conjunto de informações e circunstâncias trazidas pelas partes no caso concreto, de modo a permitir a efetiva utilização da equidade como recurso de adequação da norma à realidade posta para análise judicial.

Sendo assim, sugere-se, para que se promova a correta aplicação da redução equitativa da indenização nas hipóteses de excessiva desproporção entre culpa e dano, que seja alterada a redação do parágrafo único do artigo 944, para que dele passe a constar: “*Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano e, comprovado nos autos que o ofensor não possui condições de promover a reparação integral sem comprometer sua própria subsistência e a de seus dependentes, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização*”.

## CONCLUSÃO

A partir da pesquisa desenvolvida, foi possível notar uma clara tendência à despatrimonialização do direito privado no ordenamento jurídico brasileiro atual, o qual vem se distanciando do viés meramente econômico até então adotado para conferir protagonismo aos indivíduos, atores das relações jurídicas, voltando-se à efetivação do princípio da dignidade humana e valores correlatos, alçados à condição de fundamentos do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988.

Tal movimento, como não poderia deixar de ser, se estende ao instituto da responsabilidade civil, cujo alcance foi ampliado com vistas a reparar mais do que apenas os danos patrimoniais experimentados pela vítima, passando a reconhecer a existência de diversos bens jurídicos extrapatrimoniais que, em caso de violação, fazem nascer o dever de indenizar.

Visando tornar possível que o Direito positivo se adequasse às constantes e velozes modificações das relações sociais nos dias atuais, conferindo a maleabilidade necessária para se manter atual e efetivo ao longo do tempo, optou o legislador pátrio pela utilização de cláusulas gerais, fórmulas que atribuem considerável grau de generalidade e abstração aos enunciados normativos, permitindo ao julgador atuar com uma margem de discricionariedade para completar o conteúdo da norma de acordo com princípios e valores vigentes, conceitos metajurídicos ou aqueles trazidos de outras searas do direito.

No que tange à responsabilidade civil, a utilização de cláusulas gerais se mostra uma opção acertada do legislador, na medida em que estas possibilitam a incorporação de novos tipos de lesões à condição de danos extrapatrimoniais indenizáveis, cujo reconhecimento decorre da atividade doutrinária e jurisprudencial, alterando-se com o passar dos anos, tornando qualquer tentativa de taxatividade fadada à obsolescência. Por outro lado, ao estabelecer a responsabilidade subjetiva como regra, tornando pontuais as exceções para a aplicação de outras formas de responsabilização, o Código Civil garante ao ofensor o filtro da culpa para a caracterização do dever de indenizar, evitando que a ampliação dos danos ressarcíveis resulte em um aumento desenfreado das demandas reparatorias.

Apesar das vantagens expostas e da inegável serventia de sua utilização nas questões de direito privado, é preciso se ater às limitações impostas pelos valores vigentes no momento de sua aplicação, o que no direito brasileiro atual corresponde a respeitar os princípios consignados, expressa ou implicitamente, na Constituição Federal de 1988. Devem ser observados, ainda, na aplicação das cláusulas gerais, os postulados da razoabilidade e

proporcionalidade, sob pena de extrapolar os poderes discricionários conferidos ao julgador e adentrar na esfera da arbitrariedade, subvertendo o objetivo da técnica legislativa.

Isso porque, a excessiva generalidade de alguns dispositivos pode levar ao resultado oposto ao esperado, ou seja, ao invés de ampliar as hipóteses de tutela judicial, passam a restringi-la, a exemplo do que ocorre com o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, o qual, devido à vagueza de sua redação, abre ampla margem para a mitigação do princípio da reparação integral, colocando em risco a efetividade do sistema de responsabilidade civil.

Referido dispositivo, conforme visto, suscita objeções quanto a sua aplicação, justamente por ser considerado, por alguns juristas, como um contrassenso em relação ao *caput* do artigo em que se insere e, por outros, como uma norma cuja vagueza da redação torna possível a excessiva violação do princípio da reparação integral, ofendendo a finalidade da indenização/compensação.

Nesse contexto, desenvolveu-se ao longo deste estudo uma análise da relação entre o *caput* do artigo 944 do Código Civil e seu parágrafo único, buscando estabelecer os pressupostos e os limites à redução da indenização na hipótese de desproporção entre a culpa do agente e o dano causado, traçar balizas para sua correta aplicação, e identificar as questões mais polêmicas acerca de sua aplicabilidade.

Quanto aos pressupostos necessários à promoção da redução equitativa da indenização, a despeito do texto do mencionado dispositivo trazer expressamente a *gravidade da culpa* e a *extensão do dano* como elementos a serem considerados pelo juízo para o cabimento da redução, defende-se, com fundamento na doutrina citada, a utilização da condição econômica do ofensor como critério de aplicação. Tal condição deve ser observada porque a redução da indenização nos casos em que o ofensor, mesmo agindo com culpa leve, possui a capacidade econômica de arcar com a integralidade da reparação, torna injusta a absorção de parte do prejuízo pela vítima.

A observância da capacidade econômica do ofensor vai ao encontro da *mens legis* da referida norma, visto que esta tem como escopo proteger o devedor de eventual redução a uma condição de miserabilidade nos casos em que a reparação integral do dano for capaz de inviabilizar a manutenção de uma condição digna de existência.

Além disso, há que se destacar que, embora não prevista expressamente na redação do dispositivo, a análise de outros elementos relacionados ao caso concreto pode ser admitida pela própria menção à utilização da equidade como instrumento conferido ao julgador para o arbitramento da indenização.

Isso porque, sendo a equidade compreendida como um meio para a concretização da Justiça de forma individualizada, efetivada por meio da adequação da norma ao caso em

análise, a verificação de todas as variáveis que se apresentam é possível e, até, desejável, para que o comando legal seja aplicado de forma a promover uma decisão realmente justa.

Apesar da autorização implícita conferida ao julgador para recorrer a outros critérios na aplicação do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, entende-se que seria desejável, a exemplo dos ordenamentos jurídicos estrangeiros que inspiraram a redação do dispositivo, incluir expressamente condição econômica do ofensor como elemento de ponderação.

Sugere-se, para que se promova a correta aplicação da redução equitativa da indenização nas hipóteses de excessiva desproporção entre culpa e dano, que seja alterada a redação do parágrafo único do artigo 944, para que dele passe a constar: “*Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano e, comprovado nos autos que o ofensor não possui condições de promover a reparação integral sem comprometer sua própria subsistência e a de seus dependentes, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização*”.

No que tange aos limites da aplicação da redução equitativa da indenização, tem-se que deve o julgador observar a real função da equidade no juízo de ponderação, de forma a limitá-la à busca pelo equilíbrio entre os fatos e a norma aplicável, de modo a realizar a amálgama entre ambos da melhor forma possível.

Assim, não deve o julgador decidir por equidade a partir de premissas subjetivas, tais como o sentimento de piedade ou benevolência (equidade cerebrina), mas sim da necessidade de adequação da regra geral e abstrata às circunstâncias peculiares do conflito em estudo.

Tampouco se deve aplicar a equidade de forma a tornar inócua a medida indenizatória, sob pena de não atender a nenhuma das funções inerentes à responsabilidade civil.

A equidade na redução da indenização denota, assim, um equilíbrio delicado a ser buscado pelo aplicador da norma, entre a necessária atenuação do montante econômico da reparação e a expectativa da vítima de ser recolocada o mais próxima possível do *status quo ante*.

Outro ponto de destaque na análise do artigo 944 do Código Civil e de seu parágrafo único diz respeito à aparente contradição entre o teor de ambos os dispositivos, na medida em que o primeiro coroa o princípio da reparação integral como norte e objetivo da responsabilidade civil, enquanto o segundo prevê ampla hipótese para sua mitigação, apresentando significativo potencial para promover a inefetividade da ampla reparação dos danos.

Se, à primeira vista, salta aos olhos uma aparente antinomia entre os dois dispositivos, quando analisados a partir do pensamento sistemático, nota-se que uma

interpretação de ambos a partir do pensamento tópico (ou problemático) é capaz de afastar qualquer questionamento nesse sentido.

Isso se verifica porque, na complexa sociedade atual, o raciocínio sistemático do tipo axiomático-dedutivo e sua pretensão de completude já não atendem às demandas pela regulamentação de relações jurídicas que acontecem de forma mais rápida e complexa a cada dia, exigindo um ordenamento jurídico em constante transformação. Tal realidade exige a adoção de um sistema aberto que, justamente em razão de sua própria incompletude, apresenta constante capacidade de modificação e atualização.

Nas situações, em que o jurista se depara com a presença de cláusulas gerais, conceitos indeterminados e conflito de interesses e princípios, torna-se necessário ao julgador buscar recursos na teoria da argumentação jurídica para a elaboração da decisão judicial. É exatamente o que ocorre no caso da aplicação das normas referentes à responsabilidade civil, cuja regulamentação se pauta em normas de caráter aberto, exigindo de seu aplicador que ultrapasse as barreiras do raciocínio sistemático e se valha de instrumentos diversos que o permitam preencher lacunas e conceitos.

Nesse contexto, diante da proliferação dos microssistemas e da abertura do ordenamento jurídico, apresentam-se mais de uma solução para as lides envolvendo responsabilidade civil, sendo que o julgador deve escolher a mais adequada a partir da análise do caso concreto, utilizando-se do pensamento tópico (ou problemático).

Desta forma, quando colocado em face de situações envolvendo responsabilidade civil, deve-se ter como ponto de partida o problema apresentado e, com base nas circunstâncias da lide, avaliar qual a melhor norma a ser aplicada, dentre as disponibilizadas pelo ordenamento jurídico vigente. Assim, somente a partir da análise de elementos como a extensão do dano e a gravidade da culpa, e da ponderação entre ambos os critérios, é possível estabelecer a melhor opção entre o *caput* do artigo 944 do Código Civil e seu parágrafo único, visando como resultado final a concretização da justiça.

Não se verifica, portanto, uma antinomia real entre o princípio da reparação integral e a possibilidade de mitigação legalmente prevista, eis que qualquer um deles pode ser aplicado após a realização de cuidadosa ponderação de interesses em conflito. Para tanto, pode o julgador se utilizar das diversas correntes de pensamento – sistemático e tópico – de modo a basear a formação de sua convicção pessoal e conferir coerência à decisão, aplicando a norma que melhor se adéqua à lide posta, seja optando pela prevalência da reparação integral do dano (*caput* do artigo 944) ou pela redução equitativa da indenização (parágrafo único do mesmo dispositivo).

De qualquer forma, independentemente da linha de pensamento adotada pelo julgador, faz-se necessário, para conferir cientificidade e validade à decisão judicial, que esta se estabeleça dentro de alguns parâmetros e siga um *iter* que permita a formação de um raciocínio jurídico pautado nos postulados da razoabilidade e proporcionalidade, de modo a assegurar uma prestação jurisdicional efetivamente justa.

Sugeriu-se no presente estudo, para isso, que seja trilhado um caminho pelo julgador, que se inicia a partir da identificação da lide como *caso difícil*, delimitando-se os contornos dos interesses em conflito e pontuando-os de forma a tornar claro o cerne da controvérsia. Somente após seria possível promover a efetiva ponderação dos interesses, direitos e valores em questão, explicitando os elementos que levaram à limitação de um ou mais interesses, com a finalidade de trazer a lume a solução mais adequada, na concepção do aplicador.

Tais medidas se mostram necessárias não somente para assegurar a ampla ciência dos elementos formadores da convicção judicial às partes, mas também, e, principalmente, para garantir que a discricionariedade conferida pela legislação ao juiz não se transmute em arbitrariedade.

No que se refere ao alcance da aplicação da cláusula geral de redução, como visto, alguns pontos estão longe de serem superados no campo teórico, demandando que para eles se voltem os estudiosos do tema, com o objetivo de suscitar o debate em busca de soluções. É o que se procurou realizar neste trabalho, ao promover a apresentação de questões como o cabimento do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil aos danos extrapatrimoniais e às hipóteses de responsabilidade civil objetiva, traçando um breve panorama sobre referidos temas na atualidade e as limitações ainda observadas.

No primeiro caso, conforme visto, estão delineadas três correntes de entendimento, que resumidamente defendem: a primeira, o cabimento da aplicação da redução equitativa apenas no caso de danos patrimoniais, por entender que os danos extrapatrimoniais não são passíveis de mitigação por força do princípio da dignidade da pessoa humana; a segunda a aplicabilidade apenas em relação aos danos extrapatrimoniais, pois a redução da indenização nos danos patrimoniais ofenderia ao direito fundamental à propriedade; e a terceira, por fim, entende que a cláusula geral de redução aplica-se a ambas as espécies de danos, sem exceção.

Todavia, a despeito dos argumentos trazidos e de seus fundamentos, defende-se neste estudo que a redução equitativa da indenização prevista no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil não seria aplicável aos danos extrapatrimoniais não por força do princípio da dignidade humana, mas pela própria dinâmica de arbitramento do *quantum* indenizatório, na medida em que o grau de culpa já caracteriza elemento a ser observado e equacionado para se chegar ao valor da razoável compensação do dano.

Destaca-se que o mencionado dispositivo autorizador da redução atende a uma lógica que somente atende à reparação dos danos patrimoniais, visto que é trazido como uma etapa posterior à fixação do dano, o que somente pode ser realizado diante de prejuízos aferíveis em pecúnia pela teoria da diferença.

No caso dos danos extrapatrimoniais, já tendo sido o grau de culpa do agente objeto de ponderação para o arbitramento da indenização, não pode a excessiva desproporção entre culpa e dano ser aplicada como fator para redução posterior, sob pena de *bis in idem* em desfavor do direito da vítima à reparação.

No tocante à aplicação da cláusula geral de redução às hipóteses de responsabilidade civil objetiva também se observa a existência de entendimentos diametralmente opostos. Entretanto, nota-se certa tendência ao reconhecimento da aplicabilidade da redução da indenização também nesses casos, em face da supressão expressa da proibição prevista no Enunciado n.º 46 da I Jornada de Direito Civil (CJF, 2002) pelo Enunciado n.º 380 da IV Jornada de Direito Civil (CJF, 2006).

Tal ocorre porque, a despeito da prescindibilidade da comprovação da culpa para o surgimento do dever de indenizar, nada impede que o ofensor demonstre sua existência e a excessiva desproporção desta em relação à extensão do dano causado, caracterizando, assim, os pressupostos necessários à aplicação da redução legalmente prevista.

Conclui-se, portanto, que a cláusula geral de redução prevista no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil ainda suscita dúvidas, principalmente quanto à forma de sua aplicação e hipóteses de cabimento, não havendo um parâmetro claramente estabelecido pela doutrina ou pela jurisprudência. Se, de um lado, a admissão da análise da capacidade econômica do ofensor como elemento para a minoração da indenização é medida favorável à vítima, dificultando a mitigação do princípio da reparação integral, de outro lado, a admissão da redução nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva abre um leque de possibilidades para a aplicação do instituto, colocando em risco a ampla reparação dos danos experimentados pelo ofendido.

## REFERÊNCIA

ALEMANHA. **Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB)**. Disponível em: <[http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p0261](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0261)>. Acesso em 02 fev. 2016.

ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoria general de la responsabilidad civil**. 8 ed. ampl. atualiz. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

ALTHEIM, Roberto. **Direito de danos**: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Éverton Willian. Ampliando horizontes: expansão da categoria dos danos ressarcíveis como garantia da sustentabilidade jurídico-social nas relações privadas. In: KEMPFER, Marlene; ESPOADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa (Org.). **Estudos em direito negocial e sustentabilidade**. Curitiba: Editora CRV, 2012. p. 9-42.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

\_\_\_\_\_. Direito das obrigações: exposição de motivos. In: **Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros**. Rio de Janeiro, ano IV, n. 24, p. 101-102.

\_\_\_\_\_. Da equidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 797, p.767-770, mar. 2002.

ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Doutrinas essenciais responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 525-557.

ARGENTINA. Ley nº 26.994, de 07 de outubro de 2014. **Código Civil y Comercial de La Nación**. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.ar/legislacion/codigoCivilyComercial.html>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4. ed. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Os pensadores; v. 2)

ARROYO, Felipe Navia. “Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia”, **Revista de Derecho Privado**, n.º 12-13, 2007, p. 291. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3252645.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2016.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito - introdução e teoria geral**: uma perspectiva luso-brasileira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 6, n. 1, p.1-33, set. 2001. Disponível em:

<[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista do Ministério Público: Edição Comemorativa**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p.207-220, jan. 2015. Disponível em: <[http://publicacao.mprj.mp.br/rmprj/rmp\\_comemorativa/files/assets/common/downloads/publication.pdf](http://publicacao.mprj.mp.br/rmprj/rmp_comemorativa/files/assets/common/downloads/publication.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2015.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Trad. Wamberto Hudson Ferreira. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981. p. 133-145.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4 ed. rev. aum. e mod. Por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n.º 46**. "Art. 944: a possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo código civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano." I Jornada de Direito Civil, Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2607/2685>>. Acesso em: 01/08/2015.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n.º 380**. "Art. 944: atribui-se nova redação ao enunciado n. 46 da i jornada de direito civil, pela supressão da parte final: 'não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva'". IV Jornada de Direito Civil, Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2626/2701>>. Acesso em: 01/08/2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União: Poder Legislativo, Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 01/08/2015.

BRASIL. **Decreto-lei n. 1.608**, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2015.

BRASIL. **Decreto-lei n. 4.657**, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 05 jan.2015.

BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em 05 jan. 2015.

BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>. Acesso em 05 jan. 2015.

BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm)>. Acesso em 05 jan. 2015.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em 05 jan. 2015.

BRASIL. **Novo código civil**: exposição de motivos e texto sancionado. 2. ed. Brasília: Senado Federal - Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70319>>. Acesso em 21 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.354.384. José Francisco de Souza e outros. Os mesmos. Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Brasília, DF, 18 de janeiro de 2014. **Diário de Justiça**. Brasília, 04 fev. 2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1378086&num\\_registro=201202413505&data=20150204&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1378086&num_registro=201202413505&data=20150204&formato=PDF)>. Acesso em: 16 maio 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo nº 0336266-78.2015.8.21.7000. Construtora Queiroz Galvao S/A. Edvaldo de Oliveira Neubert e outra. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana. Porto Alegre, RS, 31 de janeiro de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**. Porto Alegre, 14 abr. 2016.

BRIZ, Jaime Santos. **La responsabilidad civil**: derecho sustantivo y derecho procesual. Madrid: Montecorvo, 1970.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por equidade no novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

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

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAVEDON, Ricardo. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UNINOVE, 23., 2013, São Paulo. **As cláusulas gerais, uma perspectiva histórico-constructiva do direito privado contemporâneo**. São Paulo: Funjab, 2013. 34 p. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=653c579e3f9ba5c0>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

CHRISTOFOLETTI JÚNIOR, Valter. **A transformação do conceito de equidade no direito ocidental e seus reflexos no direito civil e processual civil brasileiro**. 2014. 145 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

Disponível em:  
<[www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde.../2014\\_ValterChristofolettiJunior.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde.../2014_ValterChristofolettiJunior.pdf)>.  
Acesso em: 04 jul. 2016.

CORDEIRO, Antonio Menezes. Introdução à edição portuguesa. *In*: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: uma abordagem a partir da teoria de Robert Alexy**. 2005. 245 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp032730.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.7.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil do empregador por ato lesivo de empregado na Lei n.º 10.406/02. **Revista do advogado**, São Paulo, n.º 70, ano XXIII, p. 74, jul/2003.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012. v. 1.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Prefácio do tradutor. *In*: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

FIUZA, César. Para uma releitura da teoria geral da responsabilidade civil. **Revista Synthesis**, TRT da 2ª Região, número 42, p. 32, 2006;

\_\_\_\_\_. **Direito civil: curso completo**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FRANÇA, Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1988.

GARRIDO, Diego Alejandro Sandoval. Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas. **Revista de Derecho Privado**, Bogotá, v. 1, n. 25, p.237-271, dez. 2013. Semestral. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n25/n25a10.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. Coord. Cezar Peluso. 4. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2010.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008. v.3.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, v. 9, p. 379-399, 2006.

HERNANDEZ, Luis Carlos Sanchez. Reflexiones en torno a las funciones de la condena por daños extrapatrimoniales a la persona a partir del estudio de la "iniuria" del derecho romano clásico. **Revista de Derecho Privado** [online]. 2012, n.23, pp.321-364. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n23/n23a12.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2016.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.

KFOURI NETO, Miguel. **Graus de Culpa e Redução Equitativa da Indenização**. Caderno de doutrina e jurisprudência da Ematra XV, Campinas, v.2, n.1, p. 15-26, jan/fev/2006.

KIM, Richard Pae; MENOZZI JÚNIOR, Moacir. Princípio da proporcionalidade e fundamentalidade: o sentido para o legislador e para o hermenêuta. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 12, n. 22, p.167-186, jan. 2012. Semestral. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/viewFile/1206/962>. Acesso em: 21 mar. 2016.

LARENZ, Karl. **Derecho de las obligaciones**. Tomo II. Trad. Jaime Santos Briz. Madri: Revista de derecho privado, 1959.

LEAL, Márcio Gomes. **O novo perfil da culpa na responsabilidade civil: a culpa como critério para gradação da indenização**. 2010. 228 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <[http://www.btd.uerj.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=2848](http://www.btd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2848)>. Acesso em: 17 maio 2016.

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas**. São Paulo: Atlas, 2012.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1960.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção". **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 139, n. 35, p.5-22, jul./set. 1998.

\_\_\_\_\_. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_; PARGENDLER, Mariana. **Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro)**. Revista do Conselho da Justiça Federal, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar.2005.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Jean; MAZEAUD, Leon. **Derecho civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1969. Tomo I.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, Brasília, v. 50, n. 13, p.1-20, abr. 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1988.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, v.4.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 63, p. 69-94, 2008. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1929147/DLFE-66512.pdf/REVISTA6369.pdf>. Acesso em 15 dez. 2015.

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

MOURA, Gabriela de Souza. **A tópic de Theodor Viehweg: uma revisitação a partir do conceito de racionalização do mundo da vida e da dimensão cognoscitiva das normas do agir prático**. 2009. 118 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_MouraGS\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MouraGS_1.pdf)>. Acesso em: 25 fev. 2016.

PACCHIONI, Giovanni. **Diritto Civile Italiano**. Parte Seconda: Diritto delle obbligazioni, v. IV: Delitti e Quasi Delitti, Padova: CEDAM, 1940.

PARGENDLER, Mariana. **O caráter exemplar da indenização e o Direito Civil Brasileiro: pena privada ou punitive damages**. Disponível em: <http://lanic.utexas.edu/project/etext/llilas/ilassa/2004/pargendler.pdf>. Acesso em 13/05/2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1959. Tomo XXVI, § 3.111.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Ementa nº 2261/03-4TBVRL.S1. Relator: Garcia Calejo. Lisboa, 16 de janeiro de 2009. **Sumários de Acórdãos de 2004 A Dezembro de 2012**. Lisboa, Portugal. Disponível em: <<http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-tematica/cadernodanosnaopatrimoniais-2004-2012.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Ementa nº 1030/04.9TBLLS1. Relator: Oliveira Vasconcelos. Lisboa, 15 de outubro de 2009. **Sumários de Acórdãos de 2004 A Dezembro de 2012**. Lisboa, Portugal. Disponível em: <Disponíveis em <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-tematica/cadernodanosnaopatrimoniais-2004-2012.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

REALE, Miguel. **Noções preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SANTOS, Camila Fernandes; SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. Efeitos jurídicos da violação positiva do contrato: indenização ou resolução contratual? *In: Direito Civil I. XXIII Congresso Brasileiro do CONPEDI/UFPB.* Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2f58929950c0c51f>. Acesso em 15 out. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil.** 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Sandro Subtil da. Raciocínio sistemático e raciocínio tópico. *In: MELGARÉ, Plínio Saraiva; TABORDA, Maren Guimarães. Programa de Hermenêutica Jurídica: Estudos Em Homenagem a Sandro Subtil da Silva.* Porto Alegre: Edipucrs, 2011. p. 213-228.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p.23-50, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 30 dez. 2015.

SOARES, Guido Fernando Silva. Estudos de Direito Comparado (I) - O que é a "Common Law", em particular, a dos EUA. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 92, p. 163-198, jan. 1997. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67360/69970>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.** 10. ed. rev., atual. e reform. com acréscimo de acórdãos do STF e STJ. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SUÍÇA. **Federal Act On The Amendment Of The Swiss Civil Code: Part Five: The Code of Obligations.** Berna, Disponível em: <<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/201601010000/220.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

TAVARES, Robert Steven Vieira. O papel da interpretação para uma concepção tópica do direito. **Revista do Caap**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2010, p.125-140, jan.-jun. 2010. Semestral. Disponível em: <<http://www2.direito.ufmg.br/revistadoacaap/index.php/revista/article/view/270/268>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. *In Revista jurídica*, v. 50, n. 296, p. 7-18, jun. 2002. Disponível em: <<http://www.prto.mpf.mp.br/pub/biblioteca/NotasNexoCausalidade.pdf>>. Acesso em 25 abr. 2016.

THEODORO FILHO, Wilson Roberto. A crise da Modernidade e o Estado Democrático de Direito. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 42, n. 165 (jan./mar. 2005), p. 231-237. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/373>>. Acesso em 05 mar. 2016.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **Separação, violência e danos morais**: a tutela da personalidade dos filhos. São Paulo: Paulistana Jur, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

VIOLA, Rafael. Indenização equitativa: uma análise do art. 944, parágrafo único do Código Civil. **Questio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 6, p.214-248, jan. 2013. Semestral. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/9586/7421>>. Acesso em: 17 maio 2016.

WEBER, Thadeu. A ideia de um “mínimo existencial” de J. Rawls. **Kriterion**, Belo Horizonte, v. 54, n. 127, p.197-210, jun. 2013. Semestral. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/kr/v54n127/n127a11.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2016.