

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CIVIL APLICADO**

Alexandra Lago Magro

**Exceção ao princípio da reparação integral do
dano na responsabilidade civil objetiva**

**Porto Alegre
2011**

Alexandra Lago Magro

Exceção ao princípio da reparação integral do dano na responsabilidade civil objetiva

Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Direito Civil Aplicado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito Civil Aplicado.

Orientador: Sérgio Severo

Porto Alegre

2011

RESUMO

O presente trabalho aborda a mitigação ao princípio da reparação integral do dano, o qual se encontra esculpido no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, e sua possibilidade de aplicação no sistema da responsabilidade objetiva. O elemento constante na norma de redução – gravidade da culpa – levaria o intérprete acreditar, num primeiro momento, somente ser possível a redução nos casos de responsabilidade civil subjetiva. Este estudo, portanto, demonstrará a possibilidade de aplicação da norma de redução nos casos de responsabilidade objetiva ao se examinar, preponderantemente, o nexu causal. Assim, o magistrado poderá, com fundamento na equidade, reduzir a indenização desde que verificada a excessiva desproporção entre a extensão dos danos e a importância da causa atribuída ao demandado.

Palavras chaves: Reparação Integral. Responsabilidade Civil Objetiva. Redução da indenização. Culpa. Nexu Causal. Parágrafo único do art. 944 do Código Civil.

ABSTRACT

This work analyses the mitigation of full compensation of damage provided in the paragraph of the article 944 of the Brazilian Civil Code and its possible application in the strict liability system. The element provided in the reduction rule - gravity of fault – may lead the interpreter to believe that it is only possible to reduce the liability damage based on fault. This study demonstrates the possibility of applying the reduction rule in cases of strict liability by primarily examining the causal connection. Therefore, the magistrate may, based on equity, reduce the damage when excessive disproportion between the magnitude of the damage and the importance of the cause attributed to the defendant are demonstrated.

Keywords: Full Compensation. Strict Liability. Mitigation. Fault. Causation. Paragraph of the article 944 of the Brazilian Civil Code.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 A REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO	6
1.1 LINEAMENTO HISTÓRICO SOBRE A REPARAÇÃO DO DANO	6
1.2 DO CONCEITO DE DANO	8
1.3 CLASSIFICAÇÃO DOS DANOS QUANTO AO INTERESSE LESADO	10
1.3.1 Dano Patrimonial	10
1.3.2 Dano Extrapatrimonial	10
1.4 DA FORMA DE RESSARCIMENTO DO DANO: NATURAL E PECÚNIARIA.....	11
1.5 O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO	13
2 DA EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO	18
2.1 CLÁUSULA GERAL DE REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO	18
2.2 O DIREITO COMPARADO COMO ORIGEM DA CLÁUSULA GERAL DE REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO	20
2.3 OS ELEMENTOS CONCRETIZADORES DA CLÁUSULA GERAL DE REDUÇÃO	21
2.3.1 Do grau da culpa do agente causador do dano	21
2.4 DA EXCESSIVA DESPROPORÇÃO ENTRE CULPA E DANO	26
2.5 DA EQUIDADE.....	28
2.6 DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.....	30
3 DA CAUSALIDADE, EXCLUDENTES E ATENUADORAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	32
3.1 CAUSALIDADE	32
3.2 CLÁUSULAS EXCLUDENTES OU ATENUADORAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	34
3.2.1 Cláusulas gerais de exoneração	34
3.2.1.1. Força Maior	34
3.2.1.2. Fato da vítima.....	35
3.2.2 Cláusulas especiais de exoneração	38
3.2.2.1 Caso Fortuito.....	38
3.2.2.2 Fato de Terceiro	39
4 CLÁUSULA DA REDUÇÃO E A RESPONSABILIDADE OBJETIVA	41
4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA	41
4.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E O ART. 944, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CC.....	42
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

Com o advento do Código Civil de 2002, consagrou-se, no artigo 944, o princípio da reparação integral do dano, o qual estabelece que a indenização mede-se pela extensão do dano. Embora previsto, somente, agora, em lei, referido princípio sempre foi utilizado pela doutrina e jurisprudência, pois corresponde à clássica função reparatória da responsabilidade civil.

A inovação legislativa se deu, porém, com o parágrafo único do artigo 944, o qual mitiga o princípio da reparação integral do dano, permitindo ao juiz, com base na equidade, reduzir o quantum indenizatório, caso verificado a excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

Numa primeira leitura desta cláusula geral de redução leva-se à conclusão de que somente teria aplicação na responsabilidade civil subjetiva, já que há a análise do elemento culpa e, não, na responsabilidade objetiva, a qual prescinde de culpa. O presente estudo tecerá, portanto, considerações sobre a possibilidade de aplicação, também, nos casos de responsabilidade civil objetiva.

Para elucidar este questionamento, mister se fez dividir o trabalho em quatro capítulos. No primeiro capítulo tratou-se da regra geral – reparação integral do dano – onde se analisou o dano em si, o fundamento do princípio da reparação integral e as suas funções. No segundo capítulo, examinou-se a exceção à regra geral, ou seja, o próprio parágrafo único do artigo 944, passando-se pela sua origem no direito comparado e pela apreciação de todos os elementos concretizadores da norma legal.

No terceiro capítulo, avaliaram-se as excludentes e atenuadoras da responsabilidade civil e, em especial o nexo de causalidade, o qual é de suma importância para a compreensão do quarto e último capítulo. Por fim, o quarto capítulo respondeu à pergunta inicial do trabalho, demonstrando a possibilidade de aplicação da cláusula de redução do dano na responsabilidade objetiva.

Portanto, o objetivo do trabalho é questionar a aplicabilidade do parágrafo único do artigo 944 (neste estudo chamado, também, de exceção ao princípio da reparação integral do dano e cláusula geral de redução) nos casos de responsabilidade civil objetiva, uma vez há a exigência legal da análise do grau da culpa para fins de redução da indenização.

1 A REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO

1.1 LINEAMENTO HISTÓRICO SOBRE A REPARAÇÃO DO DANO

O conceito de reparar o dano injustamente causado advém de um tempo em que os homens reagiam com violência em relação ao ofensor. Para a maioria dos povos da antiguidade, o ato ilícito era combatido através de uma penalidade, quase sempre coletiva, ou seja, o ofensor acabava por condenar toda a sua tribo a procedimentos cruéis. Nessa época, a preocupação não era como se daria a reparação (ressarcimento), mas sim, a retaliação (punição) do ofensor e de seu grupo (tribo, clã ou nação).¹

No Direito Romano, porém, a responsabilidade coletiva (*vendetta*) não existiu. A vítima, por sua vez, para obter a reparação dos danos, deveria recorrer ao Estado². A Lei das XII Tábuas (elaborada em 451 a 449 a.C.), primeiro documento legal escrito do Direito Romano já apresentava diversos atos ilícitos sancionados com penas pecuniárias, muito deles presentes no nosso atual ordenamento jurídico, como por exemplo, a *actio de pauperie*, onde o dano ocasionado pelos animais a terceiro permitia-lhe o direito de exigir o ressarcimento³.

Posteriormente, passou-se para a vingança individual, a Lei de Talião demonstrava a reparação através do mal pelo mal, no até hoje conhecido "olho por olho".

Foi, porém, com a *Lex Aquilia*, que surgiu o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, ou seja, somente com a averiguação da

¹ FRANCIOSI, Gennaro. **Corso istituzionale de diritto romano**. Torino: G.Giappichelli, 1994, p. 393 *apud* RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Responsabilidade Civil no Direito Romano**, In: MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da Rocha, RODRIGUES, Otavio Luiz Junior (Org.). **Responsabilidade civil contemporânea** (em homenagem a Silvio de Salvo Venosa). São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 1.

² CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. 6.ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.p.403. *apud* RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Responsabilidade Civil no Direito Romano**, In: MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da Rocha, RODRIGUES, Otavio Luiz Junior (Org.). **Responsabilidade civil contemporânea** (em homenagem a Silvio de Salvo Venosa). São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 03.

³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Responsabilidade Civil no Direito Romano**, In: MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da Rocha, RODRIGUES, Otavio Luiz Junior (Org.). **Responsabilidade civil contemporânea** (em homenagem a Silvio de Salvo Venosa). São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 06.

culpa do agente haveria a obrigação de ressarcir. Dessa forma, a *Lex Aquilia* foi o divisor de águas da responsabilidade civil, fazendo surgir a responsabilidade extracontratual fundada na culpa (por isso chamada de responsabilidade aquiliana). A *Lex Aquilia* possibilitou ao titular de um bem lesado obter um pagamento em dinheiro do autor deste dano⁴.

No fim da Idade Média (Séculos XIII e XV), começou-se a esboçar os princípios da moderna responsabilidade civil, destacando-se: o princípio de que todo dano deve ser reparado, a separação entre delitos penais e civis (distinguindo-se pena e reparação), o estabelecimento de espécies de reparação (natural e pecuniária) e o surgimento de critérios de cálculo da indenização.⁵

Após a Revolução Francesa (1789), os franceses aprimoraram os pensamentos dos Romanos concretizando-os com o surgimento do Código Civil Francês (1804), também chamado de Código de Napoleão, que, em seu artigo 1382⁶, estatuiu a cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva: “Qualquer fato do homem que cause a outrem um dano obriga aquele pela falta cometida a repará-lo”. O *Code Civil* serviu de base à doutrina e jurisprudência não somente para a definição dos pressupostos da responsabilidade civil, mas, também, para a fixação dos danos indenizáveis, no momento em que a cláusula geral de responsabilidade civil do artigo 1382 foi complementada pelo princípio da reparação integral, extraído do artigo 1149.⁷ Foi, também, com o *Code Civil* que surgiu a responsabilidade contratual e a distinção entre a responsabilidade civil e penal.

O Código Civil Francês influenciou, portanto, o direito de diversos países, dentre eles, o Brasil, o qual teve, com o Código Civil de 1916, a consagração da teoria da culpa como regra no campo da responsabilidade civil.

A teoria da reparação do dano passou a ser melhor compreendida quando os juristas alinharam que o fundamento da responsabilidade civil estaria na quebra do equilíbrio patrimonial provocado pelo dano, transferindo-se, por conseguinte, o enfoque da culpa para a noção de dano.⁸

⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.19.

⁵ LEVY, Jean-Philippe; CASTALDO, André. *Histoire Du droit civil*. Paris: Dalloz, 2002 *apud* SANSEVERINO, SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da reparação integral**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23.

⁶ *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*

⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da reparação integral**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23.

⁸ VENOSA, 2010, *Loc. cit.*

Poderá, portanto, existir um ato ilícito, segundo dispõe o artigo 186 do atual Código Civil Brasileiro, mas não surgir a obrigação de indenizar se não restou demonstrado o resultado danoso. Em outras palavras, só haverá obrigação de reparar se tiver ocorrido dano através da prática de um ato ilícito.

O dano é, portanto, circunstância elementar da responsabilidade civil e pressuposto da obrigação de reparar (indenizar).⁹ Já Sérgio Severo¹⁰ afirma que o dano vem obtendo uma importância crescente e é o principal pressuposto da responsabilidade civil, cujo papel é sua efetiva reparação.

A vida contemporânea, através do desenvolvimento industrial, tecnológico e econômico trouxe grandes reflexos nos princípios sobre o dever de indenizar, havendo uma constante luta pelo aprimoramento dos instrumentos jurídicos de forma a não deixar o direito alheio à realidade.¹¹

Nesse sentido, verifica-se que o conceito de dano se entendeu a fim de se amoldar à atualidade, como por exemplo, a passagem da clássica idéia de culpa ao risco, dos danos extrapatrimoniais, das novas formas de indenização como a perda de uma chance e da criação de fundos especiais para os danos ecológicos. Ou seja, todas estas novas concretizações jurídicas refletem que o direito jamais fica na contramão da realidade social.¹²

1.2 DO CONCEITO DE DANO

Clóvis do Couto e Silva, com propriedade, disse que apenas se conhece um sistema jurídico quando se consegue precisar o seu conceito de dano.¹³

Para Agostinho Alvim¹⁴, dano, no conceito clássico, “consiste em uma diminuição do patrimônio”. Todavia, este autor, conclui que o dano nem sempre resulta na diminuição do patrimônio, já que muitas vezes o dano se refere à pessoa, de forma

⁹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6 ed. rev.atual. aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.1181.

¹⁰ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p.01.

¹¹ VENOSA, *Op. cit.*, p.19.

¹² *Ibidem*, p. 20.

¹³ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e no direito comparado. RT, São Paulo, v.80, n.667, maio 1991, p. 09.

¹⁴ ALVIM, Da inexecução das obrigações e suas conseqüências. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p.170-172.

que conclui que o “dano, em sentido amplo, é todo prejuízo que alguém sofre na sua alma, corpo ou bens, sendo assim, lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral”

Duas são as teorias acerca do conceito do dano. A teoria da diferença (differenztheorie) e a teoria do interesse. A primeira se baseia na diferença entre a situação patrimonial anterior e aquela verificada após a sua ocorrência. Ocorre que esta definição acaba por não ter utilidade nos casos de reposição *in natura*, nos lucros cessantes e nos danos extrapatrimoniais. Já a segunda se baseia na lesão de interesses juridicamente protegidos, ou seja, o interesse consistente de uma pessoa em relação a um bem que lhe seja capaz de satisfazer-lhe uma necessidade.¹⁵

Esta segunda teoria, portanto, enquadra-se melhor no conceito atual de dano. Nas palavras de De Cupis¹⁶:

O que o direito tutela, o dano vulnera. Se o direito tutela determinado interesse humano, este pode ser atacado por um dano, que será um dano em sentido jurídico (dano jurídico), enquanto contra ele o direito impõe sua reação.

Este também é o entendimento de Rui Stocco¹⁷:

Para que um dano seja indenizável não basta que seja um dano econômico; é fundamental que traduza, ainda, um “dano jurídico”, quer dizer, um bem jurídico cuja integridade o sistema normativo proteja, garantindo-o como um direito do indivíduo.

Para Anderson Schreiber¹⁸, considerando que a sociedade aumentou seu poder de causar danos, fenômenos jurídicos acabaram por contribuir para a expansão do instituto da responsabilidade civil, dentre eles, a ampliação do conceito jurídico de dano. Hoje, a noção jurídica de dano não é mais exprimida pela antiga teoria da diferença, resultado de uma formula matemática, nem se limitando à lesão de interesses existenciais ligados à pessoa humana, mas sim, a interesses supraindividuais, como por exemplo, os relacionados ao direito do consumidor, direito ambiental e ao dano moral coletivo.

¹⁵ SEVERO, Sérgio. **Tratado da Responsabilidade pública**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4-6.

¹⁶ *Ibidem*, p. 188.

¹⁷ STOCO, 2004, p. 1179.

¹⁸ SCHREIBER, Anderson. O futuro da Responsabilidade Civil: um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: **Responsabilidade civil contemporânea** (em homenagem a Silvio de Salvo Venosa). São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 717.

1.3 CLASSIFICAÇÃO DOS DANOS QUANTO AO INTERESSE LESADO

1.3.1 Dano Patrimonial

É aquele dano que atinge o patrimônio da vítima, tendo-se, assim, uma noção razoavelmente certa do *quantum* a ser ressarcido. Estes danos expressam-se a partir de conceitos como os danos emergentes e lucros cessantes, incluindo-se, também, a noção de perda de uma chance e do dano por ricochete¹⁹.

Para Clóvis do Couto e Silva²⁰, há certos interesses lesados de suma importância, como a chance (como, por exemplo, em matéria de responsabilidade profissional e contratual, sobretudo, dos advogados e médicos) e os interesses coletivos.

O dano patrimonial (ou material) atinge, portanto, diretamente, o patrimônio da vítima, ou seja, há uma lesão aos bens da pessoa que sejam suscetíveis de avaliação pecuniária²¹.

1.3.2 Dano Extrapatrimonial

Sergio Severo²² assim define o dano extrapatrimonial: É a lesão de interesse sem expressão econômica, em contraposição ao dano patrimonial.

Para Yussef Said Cahali²³, o dano extrapatrimonial é todo aquele que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe seriamente os valores ligados à sua personalidade, de modo que não há como enumerá-los. O dano moral se configura

¹⁹ SEVERO, 1996, p. 39.

²⁰ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **O conceito do dano no Direito brasileiro e comparado. In: O direito privado brasileiro na visão de Clóvis Couto e Silva**, org. Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 221.

²¹ ALONSO, Paulo Sergio Gomes. **Pressupostos da responsabilidade objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 138.

²² SEVERO, 1996, p. 43.

²³ CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.22-23 *apud* NANNI, Giovanni Ettore. Indenização e Homicídio. In: **Responsabilidade civil contemporânea** (em homenagem a Silvio de Salvo Venosa). São Paulo: Editora Atlas, 2011, p.657.

na dor, no sofrimento, na tristeza de um ente falecido, no descrédito à reputação, na humilhação pública, na depressão, na violação da privacidade.

Sérgio Severo assim classifica os principais tipos de danos extrapatrimoniais: a) ofensas aos direitos morais de personalidade (nome, vida privada, intimidade, honra)²⁴; b) ofensas à integridade psicofísica em seu aspecto não econômico (dano moral *stricto sensu* e classes derivadas do dano corporal, como o dano estético, prejuízos fisiológicos e danos à vida de relação, como por exemplo, o prejuízo de lazer, sexual e juvenil)²⁵; c) dano morte²⁶.

O dano moralmente sofrido, diferentemente do dano patrimonial, é de difícil quantificação, primeiro, porque não é mensurável economicamente; segundo, porque cada pessoa é única, de modo que os danos causados à intimidade de cada ser são diferentes entre si. O lesado deverá demonstrar com certa precisão a extensão de seu dano, o qual poderá ser muito maior ou muito menos do que ocorre com seu vizinho, por exemplo²⁷.

1.4 DA FORMA DE RESSARCIMENTO DO DANO: NATURAL E PECUNIÁRIA

Reparar o dano significa restaurar o *status quo ante* da vítima, ou seja, devolver a ela o estado em que se encontrava, ainda que de forma aproximada, antes da ocorrência do ato ilícito.

A reparação dos danos pode ser dividida em dois grupos: a reparação natural (*in natura*) e a pecuniária (em dinheiro).

Na indenização *in natura*, o lesado deverá ser restituído exatamente com o mesmo bem que lhe fora extraído de seu patrimônio, como por exemplo, a restituição ao consumidor de um celular eivado de vício de qualidade.

Esta forma de indenização constituiu a maneira ideal de ressarcimento em termos de justiça corretiva²⁸. Nesse sentido, já doutrinava Pontes de Miranda: para a

²⁴ SEVERO, 1996, p. 164.

²⁵ *Ibidem*, p. 165.

²⁶ *Ibidem*, 165.

²⁷ LOTUFO, Renan. Curso avançado de direito civil. v.1: parte geral. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 *apud* NANNI, Giovanni Ettore. **Indenização e Homicídio**. In: **Responsabilidade civil contemporânea** (em homenagem a Silvio de Salvo Venosa). São Paulo: Editora Atlas, 2011, p.658.

²⁸ SANSEVERINO, 2010, p. 35.

reposição ou restabelecimento do estado anterior, com os mesmos elementos ou elementos equivalentes, o *princípio primeiro é a reparação natural*²⁹.

A reparação *in natura* também pode ser constatada em casos de danos extrapatrimoniais, como no caso de ofensa aos direitos da personalidade, tendo-se como exemplo a publicação de uma sentença nos casos de calúnia, difamação ou injúria. Ocorre que, na maioria dos danos extrapatrimoniais isto não é possível, como por exemplo, nos danos corporais³⁰.

Nesse sentido, vislumbramos que, na maioria das vezes, torna-se impossível a reparação *in natura*, de modo que se acaba por buscar uma compensação em forma de pagamento de uma indenização em dinheiro.³¹

O Código Civil Brasileiro estabelece esta opção em seu artigo 947: *Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente.*

Em recente julgado³², o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino modificou a decisão do Tribunal de origem, a qual havia substituído a condenação pecuniária por publicação de retratação na imprensa a título de reparação por danos morais à pessoa jurídica, aplicando, no caso, o princípio da reparação integral do dano. O

Ministro entendeu que, no caso concreto, somente a retratação na imprensa não era a forma mais ampla de reparação dos danos morais sofridos pela empresa, havendo, portanto, violação ao princípio da reparação integral do dano. Em seu voto disse que:

(...) As duas formas de reparação (natural e pecuniária) não são excludentes entre si, pois deve-se respeito ao princípio da reparação integral, que estava implícito no artigo 159 do CC/16 e, atualmente, está expresso no art. 944 do CC/2002. (...) A reparação dos danos morais deve ser a mais ampla possível, o que não ocorreu no julgamento do tribunal de

²⁹ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955-1972. t.53, § 5510, n.8, p.251 *apud* SANSEVERINO, 2010, p. 35.

³⁰ SEVERO, 1996, p. 193.

³¹ STOCCO, 2004, p. 1181.

³² RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. CONDENAÇÃO APENAS À RETRATAÇÃO PÚBLICA. INSUFICIÊNCIA. INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA. REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO MORAL. 1. Limitação da reparação por danos morais pelo tribunal de origem à retratação junto à imprensa. 2. A reparação natural do dano moral, mesmo se tratando de pessoa jurídica, não se mostra suficiente para a compensação dos prejuízos sofridos pelo lesado. 3. Concreção do princípio da reparação integral, determinando a imposição de indenização pecuniária como compensação pelos danos morais sofridos pela empresa lesada. 4. Sentença restabelecida, mantendo-se o valor da indenização por ela arbitrado com razoabilidade. 5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. Acórdão nº REsp 959565 / SP de Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Julgado em 24 de Maio de 2011.

origem. Nesse sentido, tenho que a substituição pelo Tribunal de origem, violando o artigo 159 do Código Civil de 1916, determina o provimento do recurso especial nesse ponto, impondo-se o restabelecimento da sentença, adotando-se seu dispositivo na parte relativa à indenização (...).

Verificamos, portanto, que um modo de reparação não exclui o outro, tendo-se, sempre, como norte, o princípio da reparação integral do dano, o qual, hoje, está proclamado no art. 944 do Código Civil.

1.5 O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO

Eugênio Facchini Neto³³ refere que o princípio da reparação integral do dano sempre foi utilizado pela doutrina e jurisprudência, pois corresponde à clássica função reparatória da responsabilidade civil.

Indenizar significa reparar todo o dano sofrido pela vítima, portanto “mede-se a indenização pela extensão do dano, ou seja, há de corresponder a tudo aquilo que a vítima perdeu e ao que razoavelmente deixou de ganhar e, além disso, ao dano moral”.³⁴

O princípio mais importante no âmbito da responsabilidade civil é aquele que condiciona a reparação ao montante do dano, devendo ser igual ao prejuízo, ou seja, a reparação deve ser integral³⁵

Segundo Sérgio Severo³⁶, “o princípio da reparação integral age no âmbito da função principal da responsabilidade civil, a reparação”.

Este princípio está esculpido no Caput do artigo 944 do Código Civil Brasileiro³⁷ (artigo sem correspondência no Código Civil de 1916), aonde estabelece que a indenização mede-se pela extensão do dano, ou seja, será a influência ou o *quantum* do dano que dará a magnitude da indenização, o que, nada mais é que a

³³ FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no Novo Código. In: O novo código civil e a constituição, org. Ingo Wolfgang Sarlet.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 184.

³⁴ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Comentários ao Novo Código Civil.** Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. vol XIII. Rio de Janeiro: Forense. 2004. p. 331-332.

³⁵ LE TOURNEAU, P. La responsabilité civile, cit., p. 344; Jourdain, P. Les Principes.cit., p. 129; G. Viney, La responsabilité: effets, cit., p.80 e s. apud SEVERO, 1996, p. 199.

³⁶ SEVERO, 1996, p. 199.

³⁷ **Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.** Parágrafo Único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

incidência do princípio da *restitutio in integrum*, através de uma indenização fixada na proporção do dano³⁸.

Cumpre lembrar que, muito embora de forma implícita, o artigo 944 do Código Civil estava presente no artigo 159 do Código Civil de 1916³⁹, bem como no artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor.

Este princípio também é chamado de equivalência entre o dano e a indenização, pois busca colocar a pessoa lesada em situação à que se encontrava antes de ocorrer o ato ilícito.⁴⁰ Referido princípio está intimamente ligado ao fim da responsabilidade civil⁴¹, que é fazer com que desapareçam os efeitos do evento danoso do ato ilícito e volte a vítima ao seu *status quo* anterior.

Para o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino⁴² a reparação de um dano constitui uma exigência do próprio significado de Justiça, devendo, para isso, ser da forma mais completa possível, o que é modernamente chamada de princípio da reparação integral do dano.

Wolfgang Kersting⁴³ descreve que, desde Aristóteles, distinguem-se dois tipos da justiça, a justiça *iustitia regulativa sive correctiva, in comutatibus directiva, e a iustitia distributiva*. A *iustitia directiva* é a justiça que compensa e indeniza, podendo ser uma *iustitia correctiva (ex delictu)* ou *comutativa (ex contractu)*. A *iustitia directiva* não tem como escopo melhorar a ordem vigente, mas apenas reparar um dano sofrido. Para Kersting “O correspondente dessa justiça na ética de virtudes é a honradez do cidadão, sua fidelidade às leis e sua disposição de cumprir contratos realizados e de assumir, se for o caso, compensações adequadas”.

Com efeito, é irrelevante se uma pessoa boa lesa uma pessoa má, ou se uma pessoa má lesa uma pessoa boa, ou se uma pessoa boa ou má comete adultério; a lei contempla somente o aspecto distintivo da justiça, e trata as partes como iguais, perguntando somente se uma das partes cometeu e a outra sofreu a injustiça, se uma infligiu e a outra sofreu um

³⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 1 ed. Malheiros, 1997, p.25.

³⁹ Art. 159 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Art. 6º - São direitos básicos do consumidor: VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

⁴⁰ SANSEVERINO, 2010, p. 19.

⁴¹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁴² SANSEVERINO, 2010, p.34.

⁴³ KERSTING, Wolfgang. A Ética Nicomaquéia. **Philosophos - Revista de Filosofia**. 7, jan. 2008. Disponível em: <<http://www.revistas.ufg.br/index.php/philosophos/article/view/3156>>. Acesso em: 17 set. 2011.

dano. Sendo, portanto, esta espécie de injustiça uma desigualdade, o juiz tenta restabelecer a igualdade, pois também no caso em que a pessoa é ferida e a outra fere ou uma pessoa mata e a outra é morta, o sofrimento e a ação são mal distribuídos, e o juiz tenta igualizar as coisas por meio da penalidade, subtraindo do ofensor o excesso do ganho⁴⁴.

Nesse sentido, percebe-se que o fundamento do princípio contido no artigo 944 do Código Civil está intimamente ligado à noção da justiça corretiva desenvolvida por Aristóteles em *Ética a Nicômaco*. Posteriormente, esta idéia de justiça foi aprimorada por São Tomas de Aquino, com a denominação de *justiça comutativa*⁴⁵.

1.5.1. Funções do princípio da reparação integral do dano

Sanseverino⁴⁶ expõe, como três, as funções do princípio da reparação integral: i) função compensatória; ii) função indenitória; iii) função concretizadora. Aludidas funções têm sido tratadas, com sabedoria, na doutrina francesa - *tout le dommage, mais rien que le dommage* (todo o dano, mas não mais que o dano)⁴⁷.

A função compensatória é a que mais caracteriza o princípio da reparação integral, pois dela advém o próprio sentido do que está estabelecido na norma, ou seja, reparar a totalidade do dano. Afinal, “indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto (...). Limitar a reparação é impor a ela que suporte o resto dos prejuízos não indenizados”.⁴⁸

⁴⁴ ARISTÓTOLES, V, 1132^a *apud* KERSTING, Wolfgang. A *Ética Nicomaquéia*. **Philosophos - Revista de Filosofia**. 7, jan. 2008. Disponível em: <<http://www.revistas.ufg.br/index.php/philosophos/article/view/3156>>. Acesso em: 17 set. 2011.

⁴⁵ SANSEVERINO, 2010, p. 51.

⁴⁶ *Ibidem*, p.57-76.

⁴⁷ VINEY, Geneviève; markesinis, Basil. **La reparation du dommage corporel: essai de comparaison des droits anglais e français**. Paris: Economica, 1985, p.81 *apud* SANSEVERINO, 2010, p.57.

⁴⁸ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALHERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo Código Civil. Da responsabilidade civil. das preferências e privilégios creditórios – arts. 927 a 965**. Coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. XIII, p.332 *apud* ROCHA, Maria Elisabeth Guimarães Teixeira. **Indenização e Delitos contra a Honra**. In: MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da Rocha, RODRIGUES, Otavio Luiz Junior (Org.). **Responsabilidade civil contemporânea** (em homenagem a Silvio de Salvo Venosa). São Paulo: Editora Atlas, 2011.

Pontes de Miranda⁴⁹, com maestria, diz que “o que há de se indenizar é todo o dano. Por ‘todo o dano’ se hão de entender o dano em si e as repercussões do dano na esfera jurídica do ofendido”.

Por sua vez, a função indenitária estabelece que a extensão do dano constitui o alcance máximo da indenização, caso contrário haveria a presença do instituto do enriquecimento sem causa⁵⁰.

Nesse sentido, conclui-se que, no sistema de reparação dos danos, ambas as funções se complementam:

Ao princípio da indenizabilidade de todo o dano junta-se ao princípio de limitação da reparação do dano sofrido. Se esse princípio não existisse, o ofendido estaria satisfeito com a indenização e, injustamente, enriquecido com o valor a mais.⁵¹

Devido ao teto indenizatório ensejado pela função indenitária, verifica-se a impossibilidade⁵², no direito brasileiro, para a indenização punitiva (*punitive damages*). Segundo Débora Cristina Holenbach Grivot⁵³, os *punitive damages*

podem ser também chamados de *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart money* e todas estas denominações querem significar um montante a maior, além do correspondente ao dano, para gerar ao ofensor uma situação de repreensão pela sua conduta.

Nesse sentido, Clóvis do Couto e Silva⁵⁴, ao tratar dos limites da reparação dos danos, diz que “a reparação, qualquer que seja, não deve conter, no seu

⁴⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, t. XXVI, § 3.111, p.43.

⁵⁰ **Art. 884.** Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

⁵¹ MIRANDA, 1959, p.43.

⁵² Nesse sentido, interessante decisão do STJ, na qual expressa a não aplicação dos *punitive damages* em nosso ordenamento: “(...) 13. Ressalte-se que a aplicação irrestrita das “punitive damages” encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, já vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e, após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.(...)” – REsp 401358-PB. Relator Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, Quarta Turma, DJe 16/03/2009.

⁵³ GRIVOT, Débora Cristina Holenbach. Limites ao valor da indenização: O problema da função punitiva da responsabilidade civil. In: MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da Rocha, RODRIGUES, Otavio Luiz Junior (Org.). **Responsabilidade civil contemporânea** (em homenagem a Silvio de Salvo Venosa). São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 619.

⁵⁴ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **O conceito do dano no Direito brasileiro e comparado**. In: **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis Couto e Silva**, org. Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 225.

conteúdo, aspectos penais, como sucede, p. ex., com *exemplary damages* da *common law*.

Entretanto, não é o que tem ocorrido, tanto na doutrina, como na jurisprudência, pois ambas continuam a conotar os aspectos punitivos à indenização por danos morais.⁵⁵

A terceira função é a denominada concretizadora, em que a indenização deverá corresponder, na medida do possível, aos prejuízos efetivamente sofridos e, por consequência, devidamente comprovados pela vítima. Nesse sentido, “compete ao juiz, dentro de seu poder soberano, estabelecer a indenização com base nos elementos fáticos demonstrados no processo a partir da prova produzida.”⁵⁶

Sanseverino⁵⁷ observa que, não obstante a avaliação da extensão dos danos seja uma questão de fato, o STJ, mesmo admitindo este aspecto (Súmula 07⁵⁸), tem desempenhado um considerável papel normativo no estabelecimento de regras concretas para a reparação dos danos, em especial aos danos pessoais e extrapatrimoniais.

⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva**. Revista CEJ, Brasília, n. 28, março de 2005.

⁵⁶ LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. **Droit du dommage corporel**: systèmes d'indemnisation. Paris: Dalloz, 2000 p. 167 *apud* SANSEVERINO, 2010, p. 76.

⁵⁷ SANSEVERINO, 2010, p. 76.

⁵⁸ A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. (28/06/1990 - DJ 03.07.1990)

2 DA EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO

2.1 CLÁUSULA GERAL DE REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO

Segundo Eugênio Facchini Neto⁵⁹, a efetiva inovação em relação ao princípio da reparação integral deu-se com o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil⁶⁰. Conceitua o referido parágrafo como:

o preceito que permite ao magistrado exercer seu prudente arbítrio para resolver aquelas situações – não infrequentes, aliás – em que o autor do dano danoso (lícito ou ilícito), mesmo agindo com culpa levíssima (ou até mesmo sem culpa, como nos casos de responsabilidade civil por ato lícito), tenha causado danos elevados.

O Código Civil de 2002, após consagrar o princípio da reparação integral (artigo 944, caput), restringiu o seu alcance, através do conteúdo do seu parágrafo único, ao estabelecer a cláusula geral⁶¹ de redução da indenização por excessiva desproporção entre a culpa e o dano⁶².

As cláusulas gerais estão presentes no novo código civil a fim de concretizar os valores fundamentais que conduziram a elaboração deste ordenamento, quais sejam: a sociabilidade, a operabilidade e a eticidade⁶³. Dessa forma, como meio de efetivar estes valores, o legislador privilegiou a utilização deste método baseado em conceitos amplos, moduláveis de acordo com a situação concreta, de modo a admitir respostas particulares a determinados problemas da vida diária.

Francisco Amaral Neto⁶⁴, ao conceituar as cláusulas gerais, refere que são “preceitos jurídicos vazios ou incompletos que, graças à sua generalidade e

⁵⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo código**, p. 184.

⁶⁰ **Art. 944.** A indenização mede-se pela extensão do dano.

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

⁶¹ Das cláusulas gerais estatuídas em nosso ordenamento jurídico, temos a boa-fé objetiva, a função social do contrato e, especificamente, ao que nos interessa neste trabalho, a equidade, como instrumento a ser utilizado pelo magistrado na solução do caso concreto.

⁶² SANSEVERINO, 2010, p. 80.

⁶³ REALE, Miguel. Visão geral do novo código civil. Revista dos Tribunais, vol. 808. 2003, p. 13-16 *apud* MENDONÇA, Diogo Naves. **Indenização por equidade: Desproporção entre culpa e o dano.** Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, v.5. n. 28, p.80-84, jan./fev. 2009

⁶⁴ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A equidade no código civil brasileiro.** Revista do CEJ: Centro de Estudos Judiciários, Brasília, Conselho de Justiça Federal, 2004. v.25, p.17.

abstração, podem abranger um mais vasto grupo de situações, de modo lacunar e com possibilidade de ajustamento a uma consequência jurídica.

Judith Martins Costa⁶⁵ explica que “a técnica das cláusulas gerais enseja a possibilidade de circunscrever, em determinada hipótese legal (estatuição), uma ampla variedade de casos, cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial e não legal”, mas lembra que jamais se deve esquecer a combinação destas cláusulas com os métodos de regulamentação casuística, sob pena de reduzir ao mínimo o grau de certeza jurídica.

Referida cláusula geral de redução traz à baila o exame da graduação da culpa e a aplicação do princípio da equidade para se fixar a indenização.⁶⁶

Agostinho Alvim⁶⁷, já na década de 70, chamava a atenção para este ponto: “Sucede, às vezes, que, por culpa leve, sem esquecer uma dose de fatalidade, vê-se alguém obrigado a reparar prejuízos de vastas proporções”, fazendo com que o juiz possa “sentir-se inclinado a negar a culpa para evitar uma condenação que não comporta meio-termo.”

O legislador, portanto, abrandou o princípio da indenização integral do dano, conferindo poderes ao juiz na fixação da indenização de acordo com seu prudente arbítrio, impedindo, assim, um fenômeno que tem ocorrido com indesejável frequência – o excesso na condenação.⁶⁸

Segundo o Ministro Sanseverino⁶⁹, competirá à jurisprudência e à doutrina instituir quando se caracterizará a i) manifesta desproporção entre a extensão do dano e a culpa; ii) qual o significado da expressão “culpa”; iii) quais os danos englobados; iv) a inclusão da responsabilidade objetiva; v) a atuação do juiz no procedimento da redução da indenização de maneira equitativa.

⁶⁵ COSTA, Judith Martins. **O direito Privado como um “sistema em construção”**: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. Revista de Informação Legislativa: São Paulo, v.35, n. 139, p. 5-32, jul./set. 1998, p. 7.

⁶⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Graus da culpa e redução equitativa da indenização**. Caderno de doutrina e jurisprudência da Escola da Magistratura da 15ª Região, Campinas, v. 2, n. 1, p. 15-26, jan./fev. 2006. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/JanFev2006>. Acesso em: 07 ago. 2011.

⁶⁷ ALVIM, 1980, p. 201.

⁶⁸ DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2004, p. 333.

⁶⁹ SANSEVERINO, 2010, p. 98.

2.2 O DIREITO COMPARADO COMO ORIGEM DA CLÁUSULA GERAL DE REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO

A inspiração do legislador para a criação da cláusula geral de redução da indenização se deu no direito comparado, em especial nas codificações suíça, portuguesa, argentina e holandesa.⁷⁰

O Código Federal Suíço, revisto 1911, considera a gravidade da culpa, na fixação da indenização. A lei suíça dispõe:

Art. 43 (III. Fixação do Dano) (1) O modo e a extensão da indenização pelo dano causado, estabelece o juiz que, no caso, tem de considerar não só as circunstâncias como a gravidade da culpa. (...) Art. 44 (IV. Motivos de redução) (1) Se o lesado concordou com o ato danoso, ou se circunstâncias, pelas quais deve ele responder, atuaram para criar ou aumentar o dano ou agravaram, de outro modo, a situação do obrigado à indenização, poderá o juiz minorar a obrigação de indenização ou, inteiramente, não a reconhecer. (2) Se o obrigado à indenização que não causou o dano nem intencionalmente nem por negligência grave, ficar, pela prestação da indenização, reduzido a estado de necessidade, poderá o juiz, também por esse motivo, minorar a obrigação de indenizar.⁷¹

Na mesma seara, o Código Civil Português, de 1966, em seu artigo 494, reza que:

Quando a responsabilidade civil se fundar na mera culpa, poderá a indenização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação econômica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.

Oriundo de um estudo elaborado pelo *European Group on Tort Law*⁷² – *The Principles of European Tort Law* – em seu artigo 10:401⁷³, na mesma dicção dos

⁷⁰ SANSEVERINO, 2010, p. 81.

⁷¹ SOUZA DINIZ. **Código Civil Suíço e Código Federal Suíço das Obrigações** (Livro V do Código Civil). Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora, 1961, pp. 164-165.

⁷² The European Group on Tort Law (formerly also called "Tilburg Group") is a group of scholars in the area of tort law established in 1992. The group meets regularly to discuss fundamental issues of tort law liability as well as recent developments and the future directions of the law of tort. The Group has drafted a collection of Principles of European Tort Law similar to the Principles of European Contract Law drafted by the European Contract Law Commission ("Lando Commission"). The Group cooperates with the European Centre of Tort and Insurance Law in Vienna. Within the framework of this cooperation, the Group presented the Principles in a public conference on May 19 and 20, 2005, in Vienna. Página do Grupo – EGTL (European Group on Tort Law): <http://civil.udg.edu/php/index.php?id=126>.

ordenamentos já citados, dispõe que o juiz poderá reduzir a indenização caso, diante da situação econômica das partes, a reparação integral constitua encargo opressivo para o ofensor, devendo-se considerar, especialmente, o fundamento da responsabilidade, a extensão da proteção do interesse e a dimensão do dano⁷⁴.

O Código Civil Argentino (introduzido pela lei 17.711/68) ordena que:

Os juízes, ao fixarem as indenizações por dano, poderão considerar a situação patrimonial do devedor, atenuando-as se for equitativo; porém, não é aplicável essa faculdade se o dano for imputável dolosamente ao responsável.

Por fim, o Código Civil Holandês, de 1992, em seu artigo 6:109, admite a redução da indenização desde que averiguada determinadas circunstâncias, como o tipo de responsabilidade, a situação econômica das partes, a existência de seguro e a possibilidade de a indenização integral produzir resultados indesejáveis.⁷⁵

A cláusula geral de redução constante no artigo 494 do ordenamento português foi a principal influência do legislador brasileiro, porém, o enunciado do parágrafo único do art. 944 do CC/02 não foi redigido com a mesma linguagem dos ordenamentos alienígenas.⁷⁶

2.3 OS ELEMENTOS CONCRETIZADORES DA CLÁUSULA GERAL DE REDUÇÃO

2.3.1 Do grau da culpa do agente causador do dano

⁷³ **Section 4. Reduction of damages - Art. 10:401. Reduction of damages** - In an exceptional case, if in light of the financial situation of the parties full compensation would be an oppressive burden to the defendant, damages may be reduced. In deciding whether to do so, the basis of liability (Article 1:101), the scope of protection of the interest (Article 2:102) and the magnitude of the damage have to be taken into account in particular.

⁷⁴ KOCH, Bernhard A. "The european group on tort law" and its "principles of european tort law". In: **The American Journal Of Comparative Law.**, Berkeley, the american of comparative society law, v. 53, n. 1, p.189-205, winter, 2005.

⁷⁵ PROENÇA, João Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual.** Coimbra: Almedina, 1997 apud SANSEVERINO, p. 82.

⁷⁶ SANSEVERINO, 2010, p. 83.

A noção de culpa trata-se de um dos pontos mais delicados da responsabilidade civil segundo os irmãos MAZEAUD⁷⁷. Cretella Junior⁷⁸ ressalta que conceituar a culpa (a *faute* dos franceses; falta, culpa, ato ilícito na tradução para o português e *negligence* no regime dos *torts* da *Common Law*) não é tarefa fácil⁷⁹.

Para Paulo Sérgio Gomes Alonso⁸⁰, a culpa possui um elemento objetivo e outro subjetivo. O primeiro é a lesão provocada ao direito de outro; o segundo, a previsibilidade do atentado ao direito de outrem.

A culpa para que seja melhor compreendida deve, portanto, ser analisada sob dois aspectos: a culpa como elemento de configuração da responsabilidade civil (exceto na responsabilidade objetiva) e a culpa como elemento determinante para a fixação do *quantum* indenizatório⁸¹.

Para Agostinho Alvim⁸², “a lei não olha para o causador do prejuízo a fim de medir-lhe o grau da culpa e, sim, para o dano, a fim de avaliar-lhe a extensão.

Yussef Said Cahali⁸³, todavia, elaborou detalhado estudo, ainda sob a égide do Código de 1916, demonstrando o contrário. Para o autor o direito brasileiro sempre levou em conta a gravidade da culpa, não somente para a determinação de sua responsabilidade civil (*an debeatur*), como, também, para a fixação do montante indenizatório (*quantum debeatur*).

Atualmente, as diferenciações entre os graus de culpa e os critérios de sua avaliação voltaram, pois, a ter utilidade para a fixação do quantum indenizatório a partir da cláusula de redução estampada pelo parágrafo único do artigo 944.

⁷⁷ MAZEAUD, H. e L. **Traité théorique ET oratique de La responsabilité civile délictuelle et contractuelle**, t. I, 3ed, 1938, v.1, n.380 *apud* BANDEIRA, Paulo Greco. **A evolução do Conceito de culpa e o artigo 944 do Código Civil**. Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: EMERJ, v.11, n.44, 2008, p. 227.

⁷⁸ CRETELLA JUNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo, Saraiva, 1980 *apud* ALONSO, Paulo Sergio Gomes. **Pressupostos da responsabilidade objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 24.

⁷⁹ FRAZAO, Ana. **Principais distinções e aproximações da responsabilidade civil nos modelos francês, alemão e anglo-saxão**. In: MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da Rocha, RODRIGUES, Otavio Luiz Junior (Org.). **Responsabilidade civil contemporânea** (em homenagem a Silvio de Salvo Venosa). São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 756.

A autora refere que na *negligence*, o aspecto fundamental é a existência do *duty of care* (dever de cuidado), onde a questão central não é saber se um direito foi violado, mas sim, se houve a quebra do dever de cuidado. (p.757)

⁸⁰ ALONSO, 2000, p. 24.

⁸¹ MENDONÇA, Diogo Naves. **Indenização por equidade: Desproporção entre culpa e o dano**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, v.5. n. 28, p.80-84, jan./fev. 2009

⁸² ALVIM, 1980, p. 199.

⁸³ CAHALI, Yussef Said. **Indenização segundo a gravidade da culpa**. In: Revista da Escola PAulista da Magistratura n. 1. 1996, p. 22.

Nesse sentido, Menezes Direito e Cavalieri⁸⁴ referem que houve “um retorno ao velho adágio da culpa grave, da culpa leve e da culpa levíssima, conforme exista uma falta elementar de atenção, uma falta de atenção correspondente ao homem médio e uma falta de atenção extraordinária”. Para os autores, o que importa, portanto, para este dispositivo é “a circunstância do agir do causador do dano: a sua intenção, o prévio conhecimento que lhe permita evitar o ato lesivo, a repetição da conduta, a contumácia, etc.”

Mister lembrar, também, que a influência da culpa na determinação do *quantum debeatur* está presente na legislação esparsa, como por exemplo no artigo 53, II, da Lei de Imprensa⁸⁵ (Lei 5.250/1967), o qual permite o arbitramento da indenização de acordo com “a intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável”.

Quanto ao grau da culpa, a doutrina tradicional a divide em três medidas: grave, leve e levíssima. A grave é a culpa grosseira que se aproxima do conceito de dolo, incluindo-se, também, a culpa consciente (o agente, embora prevendo o resultado, acredita sinceramente, que não ocorrerá). A culpa leve configura-se pela infração a um dever de conduta relativo ao homem-médio, ou seja, poderia ter sido evitada por uma atenção ordinária. Por fim, a culpa levíssima significa a falta de atenção extraordinária, aonde somente uma pessoa muito atenta ou muito perita, dotada de um conhecimento singular poderia possuir.⁸⁶

O Código de 1916 não previa expressamente esta tripartição de graus da culpa; porém, agora, com o parágrafo único do artigo 944, os conceitos de graduação da culpa servirão de base ao julgador para a fixação do valor da indenização, lembrando, todavia, que a graduação da culpa continua irrelevante para o dever de indenizar⁸⁷.

Por meio do exame da gravidade da culpa, nas suas modalidades de imperícia, negligência ou imprudência com que agiu o causador do dano, permitir-se-á uma maior justiça ao se fixar a extensão da reparação. Ou seja, conforme a maior ou menor previsibilidade do resultado, maior ou menor falta de cuidado objetivo, o

⁸⁴ MARTINS COSTA, 2003, p. 337-338.

⁸⁵ Art. 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente: II - **a intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável**, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação.

⁸⁶ VENOSA, 2010, p. 30.

⁸⁷ VENOSA, 2010, p. 31.

agir culposos será enquadrado como levíssimo, leve ou grave. Aí, entrará o papel do magistrado, o qual procederá à justa individualização da culpa e, por conseguinte, determinará a extensão da reparação.⁸⁸

A gravidade da culpa estaria, portanto, “na maior ou menor previsibilidade do resultado e na maior ou menor falta de cuidado *objetivo* por parte do causador do dano”⁸⁹. Com base nisto, o juiz terá como aferir, equitativamente, a desproporção mencionada no parágrafo único do artigo 944.

A fim de se estabelecer os graus de culpa e os modos de sua avaliação pelo juiz, a principal divergência doutrinária é nos sentidos de como se fará esta apreciação, *in concreto* ou *in abstracto*.⁹⁰

A culpa *in concreto* ocorre quando, no caso *em concreto*, detém-se à conduta do agente e, *in abstracto*, quando se faz uma análise comparativa da conduta do agente com a do homem médio ou pessoa normal, ou seja, do *diligens pater familias* dos romanos.⁹¹

Para efeitos de incidência da cláusula geral de redução, a apreciação *in concreto* da culpa é a que se mostra mais pertinente, pois avalia as especificidades da conduta do agente causador do dano em si e suas circunstâncias. Essa avaliação deve ser feita, portanto, “não pela análise de um modelo abstrato ou *standard* de conduta estabelecida pela culpa objetiva, mas por sua aferição *in concreto*”⁹².

Rui Stoco, diferentemente, critica a influência da culpa na fixação do *quantum* indenizatório, pois entende que o legislador se equivocou, não por ter adotado o critério da equidade para a fixação da indenização, mas sim, por ter condicionado a redução com base no grau da culpa. Para o autor, seria mais adequado que a redução tivesse sido condicionada às possibilidades financeiras daquele que causou o dano e do que sofreu o dano.⁹³

⁸⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Graus da culpa e redução equitativa da indenização**. Caderno de doutrina e jurisprudência da Escola da Magistratura da 15ª Região, Campinas, v. 2, n. 1, p. 15-26, jan./fev. 2006. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/JanFev2006>. Acesso em: 07 ago. 2011.

⁸⁹ DIREITO; CAVALHERI FILHO, 2004, p.338.

⁹⁰ SANSEVERINO, 2010, p. 101.

⁹¹ IPPOLITO. Rita Marrasco. **Culpa e Risco: Fundamentos ou Critérios de Responsabilização?** Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/03_rita.pdf>

⁹² SANSEVERINO, 2010, p. 106.

⁹³ STOCO, 2004, p. 1188-1189.

2.3.2 Da extensão dos danos

A norma da redução equitativa deve ser aplicada a qualquer categoria de dano, uma vez que, segundo o Doutor em Direito Civil, Flávio Tartuce:

Refere-se ao abrandamento do nexos de causalidade, atenuando-o de acordo com o caso concreto e a concausalidade que envolve a lide – idéia de causalidade adequada. Acertadamente, a jurisprudência do STJ⁹⁴ vem fazendo incidir esse abrandamento às hipóteses de danos morais.

Neste mesmo sentido, Paula Greco Bandeira⁹⁵, afirma que o legislador ao determinar que o juiz possa reduzir equitativamente a indenização, quando verificar excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, “não limitou a aplicação do dispositivo seja ao dano moral seja ao material, pretendendo abarcar as duas hipóteses”.

Milton Paulo de Carvalho Filho⁹⁶ menciona, ainda, que poderá haver situação em que, diante da cumulação de danos materiais e morais, a redução poderá se dar no tocante à indenização de apenas um dos danos. Como exemplo, o caso em que a culpa leve do causador do dano provocou danos morais elevados e danos materiais de pequena monta.

⁹⁴ Nesse sentido: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. **DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. COMPRA COM PAGAMENTO À VISTA MEDIANTE CHEQUE. RECUSA SEM ESCLARECIMENTO PRÉVIO AO CONSUMIDOR. SITUAÇÃO VEXATÓRIA DIANTE DE OUTROS CLIENTES. FIXAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO.** 1. No pleito em questão, as razões recursais cingem-se, exclusivamente, ao inconformismo quanto ao valor indenizatório arbitrado pelo Tribunal de origem em R\$ 8.000,00 (oito mil reais), postulando a recorrente sua redução a valores "compatíveis com os princípios da equidade". 2. Como já decidiram ambas as Turmas que integram a 2ª Seção desta Corte, constatando-se exagero ou manifesta irrisão na fixação do montante indenizatório do dano moral, pelas instâncias ordinárias, descumprindo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é possível a revisão nesta Corte da aludida quantificação. 3. **Em atenção às peculiaridades do caso em questão e observados os princípios acima mencionados, o valor indenizatório fixado pelo Tribunal de origem - em R\$ 8.000,00 (oito mil reais) - mostra-se excessivo, não se limitando à compensação dos prejuízos advindos do evento danoso. Assim, para assegurar ao lesado justa reparação, sem incorrer em enriquecimento ilícito, reduzo o referido montante, para fixar a indenização dos danos morais na quantia certa de R\$ 3.500,00(três mil e quinhentos reais).** 4. Recurso conhecido e provido. (REsp 820643 / ES)

⁹⁵ BANDEIRA, Paula Greco. **A evolução do conceito de culpa e o artigo 944 do Código Civil.** Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: EMERJ, v.11, n.44, p.227-249, 2008.

⁹⁶ CARVALHO FILHO, Milton Paulo. **Indenização por equidade no novo código civil**, 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.103 *apud* MENDONÇA, Diogo Naves. **Indenização por equidade: Desproporção entre culpa e o dano.** Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, v.5. n. 28, p.80-84, jan./fev. 2009

Entretanto, encontram-se respostas negativas na doutrina, como por exemplo, o entendimento de Eugênio Facchini Neto:

O referido dispositivo não se aplica aos danos extrapatrimoniais, permanecendo inalterada a recomendação de se levar em consideração, no arbitramento do valor dos mesmos, dentre outros fatores (como a intensidade da culpa, as circunstâncias do evento, a duração dos efeitos, a repercussão dos mesmos na vida da vítima, etc.) também a condição socioeconômica tanto da vítima quanto do agente.⁹⁷

Para o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino⁹⁸, não somente a gravidade do dano deve ser analisada para fins da extensão dos danos, mas também, a natureza dos danos sofridos pela vítima.

Os prejuízos sofridos pela vítima devem ser de grande monta, não se considerando apenas a sua extensão objetiva, mas também o valor econômico da respectiva indenização, ou seja, quando o agente, agindo com culpa leve, causa danos de grande monta⁹⁹.

Para o Ministro Sanseverino¹⁰⁰, se houver como consequência da conduta do agente a produção de danos não patrimoniais (pessoais graves), como por exemplo, a morte ou incapacidade permanente, deve-se analisar, conjuntamente, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

2.4 DA EXCESSIVA DESPROPORÇÃO ENTRE CULPA E DANO

A expressão “excessiva desproporção” significa que “o desequilíbrio entre o grau da culpa e a extensão dos danos deve ser manifesto, o que deve ser observado a partir da formulação de um juízo de razoabilidade, que é o critério a ser utilizado pelo juiz para proceder à redução”¹⁰¹.

Segundo Humberto Ávila¹⁰², a razoabilidade, como postulado normativo, “é aplicável em situações em que se manifeste um conflito entre o geral e o individual, entre a norma e a realidade por ela regulada, e entre um critério e uma medida”.

⁹⁷ FACCHINI NETO, 2003, p. 184-185.

⁹⁸ SANSEVERINO, 2010, p.106.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 107.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² ÁVILA, HUMBERTO. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 86.

Para o autor, a razoabilidade possui três definições que se destacam. A razoabilidade como equidade (harmonização da norma geral com o caso individual), como congruência (harmonização das normas com suas condições externas de aplicação) e como equivalência (harmonização entre a medida adotada e o critério que se dimensiona).¹⁰³

Nesse sentido, segundo Sanseverino, no instituto da responsabilidade civil,

a indenização (medida) deve guardar equivalência com a culpabilidade do agente (critério) nas situações em que ocorra uma manifesta desproporção entre o grau de culpa de sua conduta e a extensão dos danos causados.¹⁰⁴

Assim, não é qualquer desproporção que autoriza o magistrado a reduzir a indenização, mas apenas aquela que se revela excessiva, ou seja, somente em casos de danos de grande intensidade causados por condutas levemente culposas.¹⁰⁵

Tem-se como exemplo a decisão¹⁰⁶ do Tribunal Gaúcho, em que o magistrado reduziu os valores referentes ao pensionamento do autor, pois entendeu que a culpa da demandada não fora grave, consistindo em mera desatenção ao ingressar no leito da via, faltando-lhe atenção ao tráfego, nada mais.

¹⁰³ ÁVILA, 2003, p. 95.

¹⁰⁴ SANSEVERINO, 2010, p. 111.

¹⁰⁵ KONDER, Carlos Nelson. **A redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art.944 do Código Civil.** Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC, Rio de Janeiro, v. 8, n. 29, p. 3-34, jan./mar. 2007.

¹⁰⁶ APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. Apelo do autor. Valores da indenização. O montante de R\$ 20.000,00 para os danos morais e de R\$ 10.000,00 para os danos estéticos foram arbitrados com prudência e moderação, e devem ser mantidos, especialmente em face da gravidade dos danos e da pouca gravidade da culpa da demandada. Pensionamento mensal que deve obedecer ao comando do artigo 950, caput, do Código Civil. **Aplicável, no entanto, o disposto no artigo 944, par. único, do mesmo diploma legal, com a redução equitativa dos valores em face da desproporção entre a pouca gravidade da culpa e a intensidade dos danos**, o que justifica a fixação do valor de dois salários mínimos de pensão mensal em favor do demandante. Afastada, por ora, a compensação dos valores do DPVAT, visto que não comprovado o seu recebimento pelo autor. Como as despesas médicas e outras deverão ser comprovadas em liquidação de sentença, até aquele momento poderá ser compensado o valor do seguro obrigatório, desde que exista, então, prova efetiva de seu recebimento pelo demandante. Quanto aos danos estéticos no âmbito da lide regressiva não tem o autor interesse jurídico, já que a denunciada não foi condenada solidariamente com a ré ante o autor, senão o foi somente a ressarcir de forma regressiva o que a demandada foi condenada a indenizar. Assim sendo, e não tendo o autor relação com o contrato de seguro estabelecido entre as partes na lide acessória, falece-lhe interesse jurídico em impugnar o que ali ficou decidido. Apelo da seguradora. Não estando os danos estéticos, ao contrário dos danos morais, expressamente excluídos da apólice. integram eles a rubrica "danos corporais. Tendo resistido a denunciada à pretensão regressiva, correta está sua condenação nas verbas de sucumbência da lide secundária. APELO DO AUTOR PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTE ÂMBITO, PROVIDO EM PARTE. NEGADO PROVIMENTO AO APELO DA SEGURADORA. (Apelação Cível Nº 70031672793, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 03/09/2009)

Eugênio Facchini Neto¹⁰⁷ assevera que, como as limitações para aplicação deste dispositivo encontra-se na desproporção entre intensidade da culpa e o dano, em se tratando de danos materiais, o dispositivo não admite que se leve em consideração eventual desproporção entre os patrimônios envolvidos. Como exemplo cita: se o agente causador do dano for pobre e a vítima rica, o juiz levará como apreço na fixação da indenização apenas o montante do prejuízo, sem qualquer análise da capacidade econômica do réu ou riqueza da vítima. Eventual solvência ou não do réu para pagar a condenação continua a ser questão de fato.

Com esta hipótese de redução da indenização, o legislador quis buscar o ponto de equilíbrio entre os interesses do ofensor e da vítima, uma vez que, caso isto não ocorresse, o agente, cujo *standard* de conduta não fora observado pelo homem diligentíssimo naquela situação, teria de ressarcir, de forma integral, a vítima.¹⁰⁸

2.5 DA EQUIDADE

O principal fundamento para o juiz mitigar a aplicação do princípio da reparação integral do dano é a equidade. A equidade é uma verdadeira cláusula geral, uma hipótese legal de ampla generalidade, “é um princípio ético, um modelo ideal de justiça, um princípio inspirador do direito, transformando-se em modelo jurídico quando aplicado pelo órgão jurisdicional a um conflito de interesses específicos.”¹⁰⁹

A noção de equidade deve ser entendida como “julgamento justo, senso de justiça, respeito à igualdade dos direitos das partes, para a imposição de uma condenação suficiente à reparação do dano”¹¹⁰.

Segundo Agostinho Alvim¹¹¹, “o conceito de equidade reduz-se ao de justiça perfeita, ou aproximada.”

¹⁰⁷ FACCHINI NETO, 2002, p. 184.

¹⁰⁸ BANDEIRA, 2008, p.227-249.

¹⁰⁹ AMARAL NETO, 2004, p.17;22.

¹¹⁰ DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2004, p. 334.

¹¹¹ ALVIM, Agostinho. Da equidade. RT, vol.797, março 2002, p.767. Da equidade. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 797, p.767-770, mar. 2002

Sanseverino ressaltando o filósofo grego Aristóteles, em *Ética a Nicômaco* diz que este, quando fala acerca da justiça, estabelece as suas relações com a equidade, dizendo que são, no fundo, “a mesma coisa, embora a equidade seja melhor¹¹².

Ruy Rosado¹¹³, da mesma forma, citando Aristóteles, conceitua equidade como princípio e técnica hermenêutica que deve estar presente em toda a aplicação da lei. Para o doutrinador, é a equidade corretiva de Aristóteles que o legislador se refere no art. 944, parágrafo único do CC/02:

Segundo Aristóteles, a equidade faz parte da idéia geral de justiça, como sinônimo de moral, de virtude. A equidade vai além da lei, porque ela procura garantir a aplicação do espírito da lei. São Tomás de Aquino afirma que a equidade não é contra o justo em si, mas contra a lei injusta, e quando ao juiz é permitido o uso da equidade, ele pode ir além da lei para garantir a aplicação do justo.(...)

Para aplicar a equidade no caso concreto, o juiz deve usar a régua dos arquitetos de Lesbos, aquela que é flexível e maleável, que permite ao engenheiro, quando for medir o objeto, acompanhar os contornos desse objeto. Essa, diz ele, é a régua da equidade, e essa é, penso eu, a régua do juiz, pois este, quando for fazer a aplicação da lei, deve usar uma régua que lhe permita ajustar a sua decisão à hipótese de que ele esta tratando, ajustá-la àquele caso, para fazer a justiça do caso concreto.

No mesmo sentido, de que a equidade vai além da lei, Aristóteles, na *Retórica*, esclarece que a equidade é o justo que supera a lei escrita, pois o legislador é obrigado a falar com generalidade para regular a maioria dos casos.¹¹⁴

Ruy Rosado¹¹⁵, ainda, ao dissertar sobre a equidade a que se refere o parágrafo único do artigo 944, expõe que:

E nessa redução, diz a lei, 'deve agir com juízo equitativo'. Isto é, a equidade para corrigir eventual excesso na indenização que vai se dar. Essa equidade é aquele conceito que permite ao juiz aplicar o espírito da lei, ainda que tenha que abandonar a lei. Diz a lei que o juiz, não tendo parâmetro para indenizar com dados objetivos, deve aplicar a indenização por juízo de equidade. Não se trata de uma equidade corretiva que iria diminuir o que a lei permite, mas uma equidade que virá suprir a falta de disposição legal.

¹¹² ARISTÓTOLES. *Ética a Nicômaco*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1992, p. 109 (V, 1, 1137b) *apud* SANSEVERINO....p. 85.

¹¹³ Conferência proferida na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro *apud* DIREITO, Carlos Alberto Menezes, 2004, p. 33335.

¹¹⁴ ARISTÓTOLES. *Retórica*. Madrid: Alianza Editorial, 1998, p.126 (1374^a e 1374b) *apud* SANSEVERINO, 2010, p. 86.

¹¹⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Indenização por violação de direitos de propriedade intelectual**. Boletim da ABPI (Associação Brasileira da Propriedade Intelectual), n. 56, p. 4-7, ago. 2004.

Dessa forma, a cláusula prevista no parágrafo único do artigo 944 somente será de boa valia se o magistrado levar em conta a cláusula geral da equidade, sob pena de ensejar soluções de injustiça.¹¹⁶

2.6 DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Sanseverino¹¹⁷ preleciona que, além da presença dos elementos necessários para a redução da indenização presentes no parágrafo único do artigo 944 do CC/02, deverá ser considerado pelo juiz o princípio constitucional da proteção da dignidade da pessoa humana e a condição econômica do ofensor.

Para o Ministro, sempre que ocorrer danos pessoais (por exemplo, morte ou incapacidade permanente) deverá prevalecer o postulado normativo da existência digna, insculpido no art. 170 da CF, na interpretação do parágrafo único do art. 944 do C.C, uma vez que não é compatível que, para proteção aos interesses patrimoniais do causador do dano, restrinjam-se os efeitos de graves violações a direitos fundamentais (direito à vida, à saúde ou a integridade físico-corporal). Já, se os interesses forem meramente patrimoniais (por exemplo, um acidente de trânsito provocado por culpa leve com extensos prejuízos materiais) não haverá espaço para o postulado da existência digna, mostrando-se, portanto, plenamente aplicável a norma de redução da indenização¹¹⁸.

Outro critério que deverá ser analisado, embora também não indicado na norma do parágrafo único do art. 944 do C.C., é a condição econômica do ofensor. Assim, “quanto maior a repercussão no patrimônio do responsável, maior poderá ser a redução do montante indenizatório. Quanto menor a repercussão, menor a redução”¹¹⁹.

Para Carlos Nelson Konder, o juiz, ao aplicar a norma de mitigação da reparação integral, deve, além de respeitar os limites do dispositivo (excessiva

¹¹⁶ MENDONÇA, Diogo Naves. **Indenização por equidade: Desproporção entre culpa e o dano.** Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, v.5. n. 28, p.80-84, jan./fev. 2009

¹¹⁷ SANSEVERINO, 2010, p. 113;120.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 119.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 121.

desproporção entre o grau da culpa e o dano), estar amparado pela aplicação de um princípio constitucional que justifique excepcionar o princípio, ou seja, necessita ter por fundamento a aplicação de outro princípio constitucional que prevalecerá diante das circunstâncias específicas do caso concreto¹²⁰.

Nesse sentido, o autor exemplifica que poderiam justificar a mitigação do princípio da reparação integral aqueles princípios que impõem a tutela do chamado mínimo existencial (dignidade humana, solidariedade social...), ou seja, quando a imposição do dever de indenizar ameaçar privar o ofensor daquela “esfera patrimonial mínima, mensurada pela dignidade humana à luz do atendimento de necessidades básicas ou essenciais”¹²¹.

Marcelo Junqueira Calixto¹²², na mesma seara, entende que o fundamento de validade do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil pode ser encontrado na tutela do “patrimônio mínimo” do ofensor. Citando a obra de Gustavo Tepedino¹²³, o autor sustenta que

a quantificação da indenização tomará sempre como limite o patrimônio disponível do ofensor, sendo de se considerar impenhorável não apenas os bens indicados em lei, mas também o patrimônio necessário à conservação de uma existência digna. Nem mesmo a regra de reparação integral do dano pode afastar a incidência dos princípios constitucionais. Portanto, o valor da indenização mede-se pela extensão do dano, mas se limita ao montante de que pode dispor o ofensor sem prejuízo da sua vida digna.

Paula Greco Bandeira¹²⁴ refere que o parágrafo único do art. 944 não autorizou expressamente outros critérios para a redução da indenização devida à vítima, entretanto, o juízo de equidade a que o artigo se refere “quer justamente significar a necessidade de o magistrado atentar para outros fatores que, no caso concreto, autorizem a redução da indenização, dentre eles a condição econômica da vítima e do ofensor”.

¹²⁰ KONDER, Carlos Nelson. **A redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art.944 do Código Civil**. Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC, Rio de Janeiro, v. 8, n. 29, p. 3-34, jan./mar. 2007.

¹²¹ FACHIN, 2007, p. 3-34.

¹²² CALIXTO, Marcelo Junqueira. **Breves considerações em torno do art.944, parágrafo único, do Código Civil**. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro: Padma, v.10, n.39, p. 51-86, jul./set. 2009.

¹²³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**, vol. II, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 861-862.

¹²⁴ BANDEIRA, 2008, p. 246.

3 DA CAUSALIDADE, EXCLUDENTES E ATENUADORAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 CAUSALIDADE

O nexo de causalidade, além de pressuposto da responsabilidade civil, possui uma especial importância na fixação dos danos indenizáveis¹²⁵. Igualmente, diante do desprestígio do papel da culpa, o conceito de nexo de causalidade é de extraordinária importância no estudo da responsabilidade civil objetiva,¹²⁶ já que, embora dispense a culpa, nunca dispensará o exame do nexo causal¹²⁷.

Conforme leciona Severo¹²⁸, é no “plano do curso causal hipotético que se verificam as hipóteses determinantes de exclusão da responsabilidade ou condicionantes do quantum indenizatório como circunstâncias atenuadoras”.

As teorias que se destacam no esclarecimento do limite da noção jurídica de causa são: (i) teoria de equivalência das condições, (ii) teoria da causalidade adequada, (iii) teoria da causalidade eficiente e (iv) teoria da causa direta e imediata.¹²⁹

Dentre as várias teorias existentes, duas merecem destaque: a teoria da equivalência dos antecedentes e a teoria da causalidade adequada.

Para a teoria da equivalência dos antecedentes, também conhecida por *conditio sine qua non*, se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor. A crítica desta teoria, que também tem aplicação no direito penal, refere-se à exasperação da causalidade e uma regressão infinita do nexo causal.

¹²⁵ SANSEVERINO, 2010, p. 145.

¹²⁶ TEPEDINO, Gustavo. Nexo de Causalidade: Conceito, Teorias e Aplicação na Jurisprudência Brasileira. In: MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da Rocha, RODRIGUES, Otavio Luiz Junior (Org.). **Responsabilidade civil contemporânea (em homenagem a Silvio de Salvo Venosa)**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p.108.

¹²⁷ VENOSA, 2010, p. 56.

¹²⁸ SEVERO, 2009, p. 203.

¹²⁹ TEPEDINO, 2011, p. 109.

Já para a teoria da causalidade adequada, apenas será causa aquela que for a mais apropriada a produzir o evento¹³⁰. O problema de ordem prática desta teoria advém quando o fato em questão é produto de um processo causal complexo¹³¹, ou seja, quando mais de um elemento atua no estabelecimento do fato danoso¹³², pois há grande dificuldade em saber qual das causas seria a mais adequada.

Para resolver o impasse, no entendimento de Severo é importante que se faça um exame ponderado de ambas as teorias¹³³. Com a mesma opinião, da conjugação das duas as teorias, Sanseverino¹³⁴ diz que “só é possível considerar como causa adequada a condição que se mostrar imprescindível para a ocorrência de determinado resultado”.

Com propriedade, Gustavo Tepedino¹³⁵ leciona que as teorias adotadas pelos tribunais brasileiros fundamentam-se na *teoria da necessariedade da causa*, na qual o dever de reparar advém da necessidade existente entre o dano e a atividade. Como exemplo, cita uma decisão¹³⁶ onde se afastou a responsabilidade de uma empresa de ônibus pela morte do passageiro decorrente de assalto ocorrido durante o transporte. Esta teoria, também conhecida como *teoria do dano direto e imediato* ou *teoria da interrupção do nexa causal*¹³⁷, possui importância no direito brasileiro por ter sido esposada por Agostinho Alvim¹³⁸, que afirmava que a causa de um dano pode ser um fato próximo ou remoto¹³⁹, desde que diretamente ligada a ele.

¹³⁰ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por equidade no Novo Código Civil**, 2. ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 49-50.

¹³¹ SANSEVERINO, 2010, p. 156.

¹³² SEVERO, 2009, p. 204. Como exemplos: Um acidente de trânsito envolvendo os veículos A e B e eventual concurso de pedestre, outros automóveis e morte em hospital, quando o dano morte é oriundo da atuação médica. Poluição marítima em uma baía, onde todos os navios contribuíram para o resultado danoso.

¹³³ SEVERO, 2009, p. 206.

¹³⁴ SANSEVERINO, 2010, p. 158.

¹³⁵ TEPEDINO, 2011, p. 111.

¹³⁶ REExt n. 88.407/RJ. Relator Min. Thompson Flores, julgado em 7.8.1980.

Da mesma forma, Decisão do STF, julgada pelo Min. Eros Grau, em 8.5.2007, Ag. R. 460.812: “A responsabilidade objetiva não restou caracterizada no presente caso, dado que não demonstrado o nexa de causalidade entre o fato danoso e o ato omissivo atribuído ao Estado de Minas Gerais. O homicídio foi praticado em concurso de pessoas, sendo um dos autores fugitivo da Delegacia estadual de Ibirité-MG. O crime não teve como *causa necessária* a fuga, vez que resultou da formação de concurso de pessoas com o objetivo de matar e ocorreu aproximadamente 20 dias após a evasão.”

¹³⁷ SANSEVERINO, 2010, p. 160.

¹³⁸ Em sua obra **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. São Paulo:Saraiva, 1980, p. 347 e s. *apud* SANSEVERINO, p. 160.

¹³⁹ No direito alemão, vislumbra-se o seguinte exemplo em que o evento remoto ganha significativa influência e afasta a responsabilidade do Poder Público: “chamado pelo hoteleiro G, o policial P se

Embora a teoria *necessariedade da causa* tenha grande prestígio no Brasil, a teoria da causalidade adequada ainda é a que melhor soluciona os problemas gerados pelo nexos causal na responsabilidade civil¹⁴⁰.

Diante de todo o exposto, revela-se imprescindível, na opinião de Gustavo Tepedino, a busca pela definição de parâmetros para a configuração da causalidade que atendam às inúmeras demandas que a cada dia chegam aos tribunais, assumindo, a jurisprudência notável papel neste processo. Nesse sentido, o magistrado deve levar em conta, juntamente com os requisitos técnicos da responsabilidade civil, todo o sistema estabelecido pelo legislador a fim de se evitar excessos na fixação da indenização, ou seja, o juiz deve “atentar para a existência de eventual causa de dever de exclusão de responsabilidade que atuando sobre o nexos de causalidade, modifique-o”.¹⁴¹

3.2 CLÁUSULAS EXCLUDENTES OU ATENUADORAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

3.2.1 Cláusulas gerais de exoneração

3.2.1.1. Força Maior

Há a presença da força maior (*act of God*, no dizer dos ingleses) quando não há nada que o agente possa fazer para evitar o dano, ainda que previsível. Normalmente são os fatos da Natureza, como as tempestades, terremotos, tsunamis, enchentes, etc.¹⁴²

dirige ao estabelecimento para compelir A a se afastar do local. Atuando imprudentemente, este causa danos que impõe seja A submetido a tratamento médico. Quem deveria custear o tratamento médico? Nesse caso não haveria pretensão contra P ou o Estado, pois A teria uma pretensão de indenização contra G, sem consideração a sua participação culposa direta”. (SEVERO, Sérgio. Tratado de Responsabilidade Pública...p. 207).

¹⁴⁰ MARTINS-COSTA. Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.5, t.1 e 2, p. 132 e s. *apud* SANSEVERINO, p. 162.

¹⁴¹ TEPEDINO, 2011, p.116.

¹⁴² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 1997, p. 65.

A inevitabilidade ou impossibilidade de se impedir que um fato externo cause danos a terceiros é essencial para se configurar caso de força maior. A força maior é, portanto, “um fato externo que não se liga à pessoa ou à empresa por nenhum laço de conexão”¹⁴³. Seguindo esta lógica, somente a força maior (e não o caso fortuito, como se verá a seguir) isenta a obrigação de indenizar o ofendido em caso de responsabilidade objetiva¹⁴⁴.

A força maior pode resultar em exclusão total ou parcial da responsabilidade. A exoneração total se dá quando o dano é resultado, tão somente, do evento externo da força maior. Mas há casos, como por exemplo, na administração pública, em que, mesmo configurada a força maior, o funcionamento anormal do serviço também é causa do evento danoso.¹⁴⁵

3.2.1.2. Fato da vítima

A culpa exclusiva da vítima exclui a relação de causa e efeito entre o ato do suposto agente e o dano experimentado por ela. A excludente fundada na culpa da vítima calca-se em sua própria conduta¹⁴⁶. Mister frisar que, embora haja referência

¹⁴³ PAULA, Carolina Bellini Arantes de. Excludentes da Responsabilidade Civil Objetiva. ... In: MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da Rocha, RODRIGUES, Otavio Luiz Junior (Org.). **Responsabilidade civil contemporânea** (em homenagem a Silvio de Salvo Venosa). São Paulo: Editora Atlas, 2011, p.116.

¹⁴⁴ Neste sentido, o STJ tem entendido que não se enquadram na força maior os fatos que sejam direta ou indiretamente inerentes à atividade, como por exemplo, a hipótese de roubo de veículo em estacionamento de Shopping Center (REsp n. 230.180-SP, julgado em 16.10.2001). Já no caso de assalto a mão armada dentro de um ônibus, por se tratar de fato estranho à atividade de transporte, aplica-se a excludente da responsabilidade (AgRg no Ag 711.078/RJ, julgado em 7/12/2008).

¹⁴⁵ SEVERO, 2010, p. 219.

¹⁴⁶ Nesse sentido, recentes decisões do Tribunal Gaúcho, em que excluiu-se o dever de indenizar tendo em vista o fato da vítima: **APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO ORDINÁRIA. ATROPELAMENTO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA.** Comprovado nos autos que o evento danoso ocorreu por culpa exclusiva da vítima, criança de tenra idade que invadiu a via pública de inopino, sem que o condutor do automóvel lograsse êxito em manobra defensiva, mostra-se inviável a condenação do requerido à reparação dos prejuízos materiais, estéticos e morais invocados pela demandante. **APELAÇÃO DESPROVIDA.** (Apelação Cível Nº 70045199494, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mário Crespo Brum, Julgado em 27/10/2011).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE EM AÇUDE. AFOGAMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS FATOS ARTICULADOS NA EXORDIAL. CAUSA DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE. 1.A parte autora não provou a prática de qualquer ato levado a efeito pelos réus que desse azo à reparação de eventuais danos sofridos, ônus que lhe cabia e do qual não se desincumbiu, a teor do que estabelece o art. 333, inc. I, do CPC. 2.Não restou comprovada nos autos a culpa, em qualquer de suas modalidades, dos demandados

à culpa da vítima, não há a necessidade que se prove a culpa, apenas que a conduta da vítima tenha sido a causa exclusiva do dano¹⁴⁷.

Sérgio Severo¹⁴⁸ traz importante reflexão, oriunda do direito alemão, chamada de *exceção de não-adoção dos meios para evitar ou minimizar os danos*, também chamado, no direito anglo-saxão, de *duty to mitigate the loss* (mitigação do prejuízo pelo próprio credor).¹⁴⁹

Nesse sentido, o STJ¹⁵⁰, aplicou a teoria do *duty of to mitigate the loss* para afastar a pretensão indenizatória contra o Banco, em virtude de culpa exclusiva da vítima (correntista), já que esta demorou mais de uma semana depois de terceiro, supostamente, ter sacado valores de sua conta corrente. Ou seja, neste caso,

pelo acidente ocorrido no açude de propriedade daqueles. 3. Incontroverso nos autos que a morte da vítima decorreu do acidente, a teor do que estabelece o art. 334, III, do CPC. No entanto, a prova colhida nos autos é no sentido de que a vítima entrou no açude tendo conhecimento de sua profundidade e dos riscos daí decorrentes. 4. Ainda que o convite para adentrar na região tenha partido do filho do proprietário da fazenda, certo que o objetivo era a pescaria nas margens das águas, e não o banho no local mais afastado das bordas, como agiu a vítima, cujo desfecho fatal se deu por culpa exclusiva desta. Negado provimento ao apelo. (Apelação Cível Nº 70044936573, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 26/10/2011)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. ACIDENTE EM ESCADA ROLANTE NO INTERIOR DE LOJA ENVOLVENDO MENOR. SINALIZAÇÃO DE SEGURANÇA. ADVERTÊNCIAS AOS PAIS. ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE. AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. Hipótese dos autos em que a autora, à época do infortúnio com 04 anos de idade, acompanhada pelos pais, utilizou de forma indevida a escada rolante, desrespeitando os avisos e sinalizações de advertência do equipamento. Prova dos autos que demonstra a caracterização da excludente da culpa exclusiva da vítima (e de seus pais, em razão da menoridade). Logo, ausente a obrigação de indenizar da demanda. À UNANIMIDADE, DESPROVERAM O RECURSO DE APELO. (Apelação Cível Nº 70045274339, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 26/10/2011)

¹⁴⁷ PAULA, Carolina Bellini Arantes de. Excludentes da Responsabilidade Civil Objetiva. ... In: MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da Rocha, RODRIGUES, Otavio Luiz Junior (Org.). **Responsabilidade civil contemporânea**: em homenagem a Silvio de Salvo Venosa. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 140-141.

¹⁴⁸ SEVERO, 2009, p. 224.

¹⁴⁹ Sobre essa tese foi aprovado o Enunciado nº 169, na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal: "princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo". A proposta foi elaborada por Vera Maria Jacob Fradera, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. (TARTUCE, Flavio. boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem. 2005. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos.asp>>. Acesso em: 07 nov. 2011).

¹⁵⁰ APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. REALIZAÇÃO DE SAQUES NA CONTA-CORRENTE DO AUTOR. DEMORA NA COMUNICAÇÃO DE EXTRAVIO DO CARTÃO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO. Descabe ao autor pretender a devolução de valores supostamente sacados de sua conta-bancária por terceiro se o próprio demandante só comunicou ao Banco a circunstância de ter ficado retido seu cartão na máquina mais de uma semana depois do fato, viabilizando os saques em datas e locais distintos, não restando esclarecido como o terceiro teve acesso à senha do consumidor. Culpa exclusiva da vítima a afastar a pretensão indenizatória na forma do art. 14, §3º, II, do CDC. Aplicação da Teoria do *duty of to mitigate the loss* (dever de mitigar as perdas) a afastar a pretensão indenizatória. Improcedência dos pedidos. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70032014458, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 30/09/2009)

poderia a vítima ter minimizado o próprio prejuízo, se tivesse, imediatamente, comunicado o saque ao Banco, não viabilizando, assim, a ocorrência de vários saques em datas e locais distintos.

O artigo 945¹⁵¹ do CC, por sua vez, normatizou a excludente fundamentada na *culpa concorrente da vítima*, uma vez que a conduta da vítima pode concorrer com o ato do agente na produção ou na extensão do dano. Nesse caso, a *culpa concorrente da vítima* é uma verdadeira *concausa* do dano, atuando como atenuante da responsabilidade civil¹⁵².

Muito embora o Código de Defesa do Consumidor que disciplina a responsabilidade objetiva do fornecedor, não¹⁵³ conheça a atenuante da culpa concorrente da vítima, na esfera da responsabilidade do Estado¹⁵⁴, há este acolhimento¹⁵⁵.

¹⁵¹ Art. 945: Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

¹⁵² PAULA, Carolina Bellini Arantes de. Excludentes da Responsabilidade Civil Objetiva. ... In: MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da Rocha, RODRIGUES, Otavio Luiz Junior (Org). **Responsabilidade civil contemporânea**: em homenagem a Silvio de Salvo Venosa. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 142.

¹⁵³ Em sentido contrário, Sérgio Cavalieri Filho: “De nossa parte, temos sustentado que a concorrência de culpas pode ter lugar na responsabilidade objetiva disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor, desde que o defeito do produto ou serviço não tenha sido causa preponderante do acidente de consumo.” (CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 511 apud TARTUCE, Flavio. Redução Equitativa da Indenização. In MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da Rocha, RODRIGUES, Otavio Luiz Junior (Org). **Responsabilidade civil contemporânea**: em homenagem a Silvio de Salvo Venosa. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 23, nota 22.

Nesse sentido, interessante *case do STJ* que admite a culpa concorrente da vítima na redução do quantum indenizatório na relação de consumo: “CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Responsabilidade do fornecedor. Culpa concorrente da vítima. Hotel. Piscina. Agência de viagens. Responsabilidade do hotel que não sinaliza convenientemente a profundidade da piscina, de acesso livre aos hóspedes. Art. 14 do CDC, A culpa concorrente da vítima permite a redução da condenação imposta ao fornecedor. Art. 12, § 2º, III, do CDC. A agência de viagens responde pelo dano pessoal que decorreu do mau serviço do hotel contratado por ela para a hospedagem durante o pacote de turismo”. (REsp. 287.849/SP, Min. Ruy Rosado de Aguiar, data da decisão: 17/4/2011)

¹⁵⁴ Neste acórdão, o STJ manteve o dever de indenizar do Estado pelo incêndio ocorrido em local de internação de menores, porém, reduziu a indenização, pois o próprio interno contribuiu para a ocorrência do dano: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - INCÊNDIO - MORTE DE INTERNO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – CULPA CONCORRENTE E REDUÇÃO DO QUANTUM DA INDENIZAÇÃO – SÚMULA 7/STJ.

1. Não ocorre ofensa aos arts. 165, 458, II e 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. Decidido pela instância ordinária que as provas dos autos não permitem concluir se houve culpa concorrente da vítima no incêndio que lhe tirou a vida, não pode o STJ modificar tal conclusão sem reexaminá-las, o que é vedado na instância especial, por força da Súmula 7/STJ.

3. Na mesma linha, é pacífico nesta Corte o entendimento de que a revisão do valor da indenização nos casos de responsabilidade civil do Estado esbarra no óbice da Súmula 7/STJ, exceto nos casos de valores irrisórios ou exorbitantes, o que não se afigura no caso concreto.

4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.”

¹⁵⁵ PAULA, 2011, p. 142.

Por fim, pode ocorrer que a intensidade da culpa de um supere a do outro, nesse caso, a indenização será proporcional. Caso assim não seja, a responsabilidade se compensa¹⁵⁶.

3.2.2 Cláusulas especiais de exoneração

3.2.2.1 Caso Fortuito

Segundo Carolina Bellini Arantes de Paula¹⁵⁷, o caso fortuito deriva de um fator interno a seu círculo de atuação, pois revela a hipótese da existência do nexo causal com o agente, já que é um acontecimento decorrente do risco típico da sua atividade, que foi assumido. Assim, diante do caso fortuito, somente haverá a exclusão da responsabilidade subjetiva¹⁵⁸ e não da objetiva¹⁵⁹.

Para Sergio Severo¹⁶⁰, na medida e que a força maior quebra a relação causal, por se tratar de causa externa, o caso fortuito, por ser interno, não desfaz o curso causal hipotético e somente afasta a culpa do agente.

Assim também foi o entendimento do STJ, ao julgar ação que discutia sobre a existência ou não da responsabilidade do banco pelos danos causados a cliente, em decorrência de roubo de talonário de cheques transportado por empresa terceirizada por ele contratada: O roubo de talonário de cheques durante o transporte por empresa contratada pelo banco, não constitui causa excludente da sua responsabilidade, por se tratar de caso fortuito interno, o qual não rompe o nexo causal, ou seja, não elide o dever de indenizar. Isso porque é um fato que se liga à organização da empresa, isto é, relaciona-se com os riscos da própria atividade

¹⁵⁶ VENOSA, 2010, p. 37.

¹⁵⁷ PAULA, 2011, p. 136.

¹⁵⁸ Nesse sentido: “O mal súbito que acomete o motorista hígido, levando-o a perder o controle do veículo, equipara-se ao caso fortuito, o qual exclui a responsabilidade civil”(RT 453/92).

¹⁵⁹ INDENIZAÇÃO. ROUBO DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO. RESPONSABILIDADE. FORÇA MAIOR. A ocorrência de roubo não constitui causa excludente da responsabilidade da empresa exploradora do estacionamento, pois a obrigação de prestar segurança se acha ínsita ao ramo de atividade por ela exercida. Precedentes da Quarta Turma. (REsp n. 230.180-SP, julgado em 16/10/2001)

¹⁶⁰ SEVERO, 2009, p. 225.

desenvolvida.¹⁶¹

3.2.2.2 Fato de Terceiro

Entende-se, aqui, por terceiro, alguém mais, afóra o causador do dano e a vítima¹⁶². O fato de terceiro irá figurar como excludente de responsabilidade civil quando o dano for provocado, exclusivamente, não pela conduta ou atividade do hipotético responsável, nem pela vítima, mas, sim, por terceiro estranho à relação¹⁶³.

Ainda que haja semelhança com o caso fortuito e força maior, o fato de terceiro deve ser compreendido de forma distinta, já que aqui, o fato danoso deve ser atribuído a alguém, identificado ou identificável. No caso fortuito ou força maior, o evento danoso pode ocorrer independentemente da ação humana.¹⁶⁴

Como exemplo, podemos citar decisão¹⁶⁵ do STJ que excluiu a responsabilidade de um transporte coletivo em decorrência do dano morte de pessoa que estava sendo por ele transportada. A morte se deu em consequência de

¹⁶¹ Direito processual civil e do consumidor. Recurso especial. Roubo de talonário de cheques durante transporte. Empresa terceirizada. Uso indevido dos cheques por terceiros posteriormente. Inscrição do correntista nos registros de proteção ao crédito. Responsabilidade do banco. Teoria do risco profissional. Excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços. art. 14, § 3º, do CDC. Ônus da prova.

- Segundo a doutrina e a jurisprudência do STJ, o fato de terceiro só atua como excludente da responsabilidade quando tal fato for inevitável e imprevisível.

- O roubo do talonário de cheques durante o transporte por empresa contratada pelo banco não constituiu causa excludente da sua responsabilidade, pois se trata de caso fortuito interno.

- Se o banco envia talões de cheques para seus clientes, por intermédio de empresa terceirizada, deve assumir todos os riscos com tal atividade.

- O ônus da prova das excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços, previstas no art. 14, § 3º, do CDC, é do fornecedor, por força do art. 12, § 3º, também do CDC. Recurso especial provido. (STJ, REsp. 685.662, 3.T. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 10.11.2005)

¹⁶² VENOSA, 2010, p. 70.

¹⁶³ PAULA, Carolina Bellini Arantes de. Excludentes da Responsabilidade Civil Objetiva. ... In: MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da Rocha, RODRIGUES, Otavio Luiz Junior. (Org.). **Responsabilidade civil contemporânea** (em homenagem a Silvio de Salvo Venosa). São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 137.

¹⁶⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil: de acordo com a constituição de 1988**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 321 *apud* PAULA, Carolina Bellini Arantes de. Excludentes da Responsabilidade Civil Objetiva. ... In: MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da Rocha, RODRIGUES, Otavio Luiz Junior (Org.). **Responsabilidade civil contemporânea** (em homenagem a Silvio de Salvo Venosa). São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 139.

¹⁶⁵ RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE COLETIVO. ASSALTO À MÃO ARMADA. FORÇA MAIOR. - Constitui causa excludente da responsabilidade da empresa transportadora o fato inteiramente estranho ao transporte em si, como é o assalto ocorrido no interior do coletivo. Precedentes. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 435.865/RJ. Rel. Min. Barros Monteiro. Data de publicação: 12/05/2003)

assalto ocorrido no interior do ônibus. No entendimento do Ministro: “o disparo de arma de fogo, que atingiu o autor, não apresenta vínculo algum com o transporte em si. Assim, o fato de terceiro equipara-se a força maior, causa excludente de responsabilidade do transportador.”

4 CLÁUSULA DA REDUÇÃO E A RESPONSABILIDADE OBJETIVA

4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Desde o século XIX, trava-se uma disputa entre os partidários da responsabilidade civil tradicional (subjéctiva), respaldada no Código Francês e os defensores da tese da necessidade de evolução para a responsabilidade civil objectiva. Os defensores da responsabilidade com base na culpa alegam o aspecto ético da imputabilidade; de outra banda, os defensores da responsabilidade objectiva afirmam que a sociedade massificada e industrializada gerou o chamado “risco social”, de modo que o criador do risco e beneficiário da suposta situação perigosa, deverá, sempre, arcar com o dever de reparar o dano causado.¹⁶⁶ A responsabilidade, neste caso, “concentra-se substancialmente na figura da vítima e não mais na pessoa do autor do dano”¹⁶⁷, já que é o mais forte, aquele que detém o poder que deverá arcar com a responsabilidade¹⁶⁸.

Sob a influência dessas idéias, inúmeras leis especiais consagraram a nova teoria, admitindo a responsabilização do agente causador do dano, independentemente da prova de dolo ou culpa. Neste sentido: Decreto n. 2.681 de 1912 (responsabilidade das estradas de ferro por danos causados aos proprietários marginais); a legislação de acidente do trabalho (Lei n. 8.213/91); as Leis n. 6.194/74 e 8.441/92 (seguro obrigatório de acidentes de veículos – DPVAT); Lei n. 6.938/81 (referente a danos causados no meio ambiente), além do próprio Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), que também reconhece a responsabilidade objectiva do fornecedor do produto ou serviço por danos causados ao consumidor e da responsabilidade objectiva do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República.¹⁶⁹

¹⁶⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Responsabilidade Civil: Noções Gerais. Responsabilidade Objectiva e Subjéctiva**. In: MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da Rocha, RODRIGUES, Otavio Luiz Junior (Org.). **Responsabilidade civil contemporânea** (em homenagem a Silvio de Salvo Venosa). São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 35.

¹⁶⁷ SEVERO, 2009, p. 61.

¹⁶⁸ LUHMANN, Niklas. Poder. Trad. Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: UnB, 1985 apud ZANCHIM, p. 205.

¹⁶⁹ THEODORO JUNIOR, 2011, p. 37.

Assim sendo, a doutrina, a jurisprudência e o legislador foram, aos poucos, mitigando a responsabilidade civil baseada na culpa, pois esta já não mais atendia os problemas modernos, o que fez surgir a presunção da culpa e o conceito de risco¹⁷⁰.

Humberto Theodoro Junior entende que houve, sim, uma abertura maior para a introdução da responsabilidade sem culpa, com o advento do Novo Código Civil, entretanto, afirma que “o princípio nuclear da responsabilidade civil aquiliana no novo código é o da responsabilidade subjetiva, fundada, pois, na culpa (arts. 186 e 927, caput)”¹⁷¹.

A responsabilidade objetiva consagrou-se no Código Civil, no parágrafo único do artigo 927¹⁷², o qual prevê o ressarcimento do prejuízo, independentemente de o agente ter agido com culpa, nos casos previstos em lei ou quando a atividade do agente importar em potencial risco aos direitos de outrem.

A responsabilidade civil objetiva, logo, substituiu a culpa pela idéia de risco, fundamentando-se na “teoria do risco criado pelo exercício da atividade lícita, mas perigosa, como produção de energia nuclear ou produtos químicos, manuseio de máquinas ou utilização de veículos”¹⁷³.

4.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E O ART. 944, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CC

Questão não unânime que surge refere-se à possibilidade da aplicação da redução equitativa da indenização (art. 944, parágrafo único) nos casos de responsabilidade civil objetiva. A resposta imediata, sem dúvida, seria a

¹⁷⁰ MIGUEL, Alexandre. **A Responsabilidade Civil no Novo Código Civil: Algumas Considerações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 809/2003, p. 474-475.

¹⁷¹ THEODORO JUNIOR, 2011, p. 36.

¹⁷² Art. 924. 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 específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

¹⁷³ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 580.

impossibilidade, já que tal raciocínio demonstra um certo receio de que a idéia da culpa seja cogitada no âmbito da responsabilidade objetiva¹⁷⁴.

Esta, aliás, foi a conclusão que se chegou na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, no ano de 2002, através do enunciado n. 46, que assim se referia:

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 à responsabilidade objetiva*¹⁷⁵.

Todavia, na IV Jornada de Direito Civil, realizada no ano de 2006, foi proposto enunciado para suprimir a parte final - *não se aplicando à responsabilidade objetiva* – e, por maioria dos votos entre os presentes, retirou-se esta parte, abrindo-se, portanto, a discussão sobre a atenuação do nexo de causalidade em tais casos. Aprovou-se, portanto, o Enunciado n. 380¹⁷⁶ do Conselho da Justiça Federal¹⁷⁷.

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino foi o autor da referida proposição acatada em 2002, entretanto, o magistrado refere que, após refletir e pesquisar melhor a respeito do tema, concluiu pela incidência da cláusula geral de redução também nos casos de responsabilidade civil objetiva¹⁷⁸.

Rui Stoco¹⁷⁹, por sua vez, entende que há uma contradição lógica no parágrafo único do art. 944. Pois, se nos casos de responsabilidade subjetiva a quantificação da indenização levará em conta a graduação da culpa, o autor questiona como ficará a situação da responsabilidade objetiva, aonde se dispensa a indagação da culpa, já que neste caso o agente responderá por inteiro, ainda que não tenha agido com culpa.

Diogo Naves Mendonça¹⁸⁰ entende que, neste caso, violar-se-ia o próprio fundamento da teoria do risco na responsabilidade objetiva, pois a lei determina

¹⁷⁴ ZANCHIM, 2008, p. 202.

¹⁷⁵ TARTUCE, Flavio. **Redução Equitativa da Indenização**. In: Otavio Luiz Rodrigues Junior; Gladston Mamede; Maria Vital da Rocha. (Org.). Responsabilidade civil contemporânea (em homenagem a Silvio de Salvo Venosa). São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 595.

¹⁷⁶ Enunciado 380 - Atribui-se nova redação ao Enunciado n. 46 da I Jornada de Direito Civil, com a supressão da parte final: não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva.

¹⁷⁷ TARTUCE, 2011, p. 595.

¹⁷⁸ SANSEVERINO, 2010, p. 121-122.

¹⁷⁹ STOCO, 2004, p. 1189.

¹⁸⁰ MENDONÇA, Diogo Naves. **Indenização por equidade: Desproporção entre culpa e o dano**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, v.5. n. 28, p.80-84, jan./fev. 2009

proteção em favor do lesado, garantindo-lhe indenização independentemente da culpa do lesante. Dessa forma, a proteção conferida por lei estaria prejudicada caso se admitisse a redução da indenização na hipótese de que a culpa leve tenha gerado um dano de grande monta. Concluiu o Procurador Federal que falta, portanto, o pressuposto fático para a aplicação da cláusula de redução, qual seja, a “desproporção culpa-dano”.

Paula Greco Bandeira¹⁸¹ posiciona-se no sentido de que, mesmo tendo ocorrido, no enunciado número 380, a supressão da parte referente à impossibilidade da redução nos casos de responsabilidade objetiva, o parágrafo único do art. 944 somente possui cabimento na responsabilidade subjetiva, pois a objetiva, cuja fonte é a lei, prescinde da culpa. Dessa forma, conclui que há necessidade de autorização legislativa para que se possa aplicar a regra nos casos de responsabilidade civil objetiva.

De acordo com Sanseverino¹⁸², a inspiração do legislador brasileiro para a laboração do parágrafo único do art. 944 do CC/2002 foi ao artigo 494 do CC Português¹⁸³. Neste país, predomina o entendimento de que a redução da indenização estende-se às hipóteses de responsabilidade civil objetiva.

Marcelo Junqueira Calixto¹⁸⁴ assevera que é possível a aplicação do parágrafo único do art. 944 na responsabilidade objetiva, já que se está tratando da quantificação do dano (*quantum debeatur*) e não do fundamento para a existência da obrigação de reparar (*an debeatur*).

Nesse sentido, o texto do parágrafo único do art. 927 do CC que instituiu a responsabilidade objetiva é claro: “trata do surgimento da *obrigação de reparar*. É somente isso que independe de culpa, como revela o próprio título do capítulo em que a regra se encontra: *da obrigação de indenizar*”¹⁸⁵.

O crédito (*quantum debeatur*) faz, portanto, parte de outro capítulo do Código Civil: *Da indenização*. A norma de abertura deste capítulo é a do artigo 944,

¹⁸¹ BANDEIRA, 2008, p. 247.

¹⁸² SANSEVERINO, 2010, p. 122.

¹⁸³ “Artigo 494.º (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”.

¹⁸⁴ CALIXTO, Marcelo Junqueira. **Breves considerações em torno do art.944, parágrafo único, do Código Civil**. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro: Padma, v.10, n.39, p. 51-86, jul./set. 2009.

¹⁸⁵ ZANCHIM, 2008, p. 210.

cujo *caput* é cristalino ao indicar que se trata de *medida*. Ou seja, o parágrafo único do art. 944 trata da mensuração da indenização ou “liquidação do crédito” assim, seu texto não está restrito somente aos casos de responsabilidade subjetiva¹⁸⁶.

Na opinião do Ministro Sanseverino¹⁸⁷, para a superação deste paradoxo, basta que o juiz, nos casos de responsabilidade civil objetiva, substitua a expressão “gravidade da culpa” por “relevância da causa”. Assim, havendo excessiva desproporção entre o fato causador imputado ao demandado (relevância da causa) e a extensão dos danos, o magistrado poderá reduzir equitativamente a indenização.

Há, neste sentido, uma transposição do plano do nexos de imputação (culpabilidade) para o nexos de causalidade, passando-se a discutir, assim, a relevância da causa que produziu o evento danoso. O nexos causal, portanto, além de ser um pressuposto da responsabilidade civil (plano da existência), é medida da obrigação de indenizar (plano da eficácia)¹⁸⁸. Pontes de Miranda, sabiamente, já doutrinava que “para se pensar em extensão do dano, tem-se que partir do nexos causal”, porquanto “a indenizabilidade do dano é na medida em que ele se acha em relação à causa, ou às concausas, ou à causa de aumento.”¹⁸⁹

Para Kleber Luiz Zanchim, viver em sociedade representa suportar os riscos do desenvolvimento, de forma que, no âmbito do Código Civil (o qual não há a presunção de hipossuficiência da vítima, como ocorre no CDC e na legislação trabalhista) não há cabimento deixar sempre de lado a condição daquele que causou o dano¹⁹⁰.

O referido autor citando Jose de Aguiar Dias¹⁹¹, diz que “estabelecer a obrigação de reparar diante do simples laço de causalidade seria tornar a vida insuportável”. Ou seja, não basta que o agente tenha cometido um ato ilícito e que a vítima tenha sofrido um dano, é “necessário que se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuricidade da ação e o mal causado”¹⁹².

É este, também, o entendimento de Gisela Sampaio da Cruz¹⁹³:

¹⁸⁶ ZANCHIM, 2008, p. 210.

¹⁸⁷ SANSEVERINO, 2010, p. 123.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955-1972, v.22, 2722, n.1, p.206 *apud* SANSEVERINO, p. 153.

¹⁹⁰ In Redução da indenização na responsabilidade objetiva...p. 206.

¹⁹¹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 52 *apud* ZANCHIM, Kleber Luiz. **Redução da indenização na responsabilidade objetiva**. Revista de Direito Privado, São Paulo, v.9, n.33, jan. 2008, p. 212.

¹⁹² STOCO, 2004, p. 146.

¹⁹³ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexos Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de

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

Dessa forma, levando-se em conta o instituto do nexa causal, afasta-se a contradição que aparentava existir – do causador do dano, que agiu com culpa, conseguir atenuação do *quantum* indenizatório e daquele que agiu sem qualquer culpa vir a ser obrigado à reparação integral.

Para Sanseverino¹⁹⁴, o sistema que melhor se encaixa nos casos de redução da indenização na responsabilidade civil objetiva é o sistema do nexa causal, no qual cada demandado responderá na medida em que colaborou para o resultado danoso. Como exemplo, o Ministro menciona o artigo 13 do CDC¹⁹⁵ onde cada fornecedor responderá na medida de sua “participação”.

Nesse sentido, pode-se utilizar o mesmo sistema de distribuição dos prejuízos (com base na causalidade) na interpretação do art. 944, parágrafo único, substituindo-se a expressão “gravidade da culpa” por “relevância da causa”¹⁹⁶.

Destarte, ocorrendo excessiva desproporção entre a extensão dos danos e a relevância da causa atribuída ao demandado, o juiz, com base na equidade, poderá minorar o valor indenizatório.¹⁹⁷

Mendonça¹⁹⁸ questiona se a aplicação do parágrafo único do artigo 944 aos casos de responsabilidade objetiva também se aplicaria ao direito do consumidor, ou seja, poderiam as empresas fornecedoras invocar este artigo para exigir uma redução da indenização? Para o autor, a resposta é negativa, pois o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, VI, prevê a efetiva reparação dos danos. Assim, embora se admita a aplicação do parágrafo único do artigo 944 aos casos de responsabilidade objetiva, não é possível o uso dessa regra no campo do direito do consumidor, por força de norma especial em sentido contrário.

Janeiro: Renovar, 2005, p. 325.

¹⁹⁴ SANSEVERINO, 2010, p. 125.

¹⁹⁵ Art. 13 - O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

¹⁹⁶ SANSEVERINO, 2010, p.125.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ MENDONÇA, Diogo Naves. **Indenização por equidade: Desproporção entre culpa e o dano**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, v.5. n. 28, p.80-84, jan./fev. 2009.

No mesmo raciocínio, Sanseverino¹⁹⁹ diz não haver possibilidade da redução da indenização envolvendo acidentes de consumo em face da incompatibilidade com o microsistema do consumidor que consagra o princípio da reparação integral do dano como direito básico do consumidor.

Entretanto, na opinião Flávio Tartuce²⁰⁰, o Código de defesa do consumidor, ao permitir ao réu alegar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro para fins de afastar a responsabilidade civil, acaba por, implicitamente, fazer com que o réu também possa alegar a conduta concorrente do agente, visando diminuir o *quantum* indenizatório, já que, se o agente pode o *mais* (exclusão da responsabilidade), poderia o *menos* (redução da responsabilidade).

Sérgio Cavalieri Filho²⁰¹, igualmente, sustenta que a concorrência de culpa pode ter aplicabilidade na responsabilidade objetiva disciplinada pelo CDC, “desde que o defeito do produto ou serviço não tenha sido causa preponderante do acidente de consumo.”

O STJ possui um interessante *case*²⁰² que admite a culpa concorrente da vítima na redução da condenação imposta ao fornecedor da relação de consumo, sob o entendimento de que o consumidor contribuiu, substancialmente, para o próprio prejuízo. Igualmente, no caso de responsabilidade civil do transporte ferroviário envolvendo “pingente”, o entendimento desta Corte é de que a responsabilidade da transportadora pode ser atenuada se demonstrada a culpa concorrente²⁰³. Ainda, em relação à responsabilidade da administração pública, o

¹⁹⁹ SANSEVERINO, 2010, p. 126.

²⁰⁰ TARTUCE, 2011, p. 595.

²⁰¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 511 apud TARTUCE, Flavio. Redução Equitativa da Indenização. In MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da Rocha, RODRIGUES, Otavio Luiz Junior (Org.). **Responsabilidade civil contemporânea** (em homenagem a Silvio de Salvo Venosa). São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 23, nota 22

²⁰² “CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Responsabilidade do fornecedor. Culpa concorrente da vítima. Hotel. Piscina. Agência de viagens. Responsabilidade do hotel que não sinaliza convenientemente a profundidade da piscina, de acesso livre aos hóspedes. Art. 14 do CDC, A culpa concorrente da vítima permite a redução da condenação imposta ao fornecedor. Art. 12, § 2º, III, do CDC. A agência de viagens responde pelo dano pessoal que decorreu do mau serviço do hotel contratado por ela para a hospedagem durante o pacote de turismo”. (REsp. 287.849/SP, Min. Ruy Rosado de Aguiar, data da decisão: 17/4/2011)

²⁰³ RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE FERROVIÁRIO. 'PINGENTE'. CULPA CONCORRENTE. PRECEDENTES DA CORTE.

I - É dever da transportadora preservar a integridade física do passageiro e transportá-lo com segurança até o seu destino.

II - A responsabilidade da companhia de transporte ferroviário não é excluída por viajar a vítima como "pingente", podendo ser atenuada se demonstrada a culpa concorrente. Precedentes.

STJ²⁰⁴ reconheceu a culpa concorrente com o cidadão que foi imprudente ao volante e envolveu-se em acidente de trânsito tombando seu veículo em buraco na via pública.

Dessa forma, Flávio Tartuce²⁰⁵ entende que os artigos 944 e 945 devem, sim, incidir nas hipóteses de responsabilidade sem culpa.

Portanto, tanto o parágrafo único do artigo 944, como o artigo 945 do Código Civil, possuem aplicabilidade nos casos de responsabilidade objetiva, fundamentando-se no elemento do nexo de causalidade e não na “gravidade da culpa” para fim de quantificação da indenização.

Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp 226.348/SP, Rel. Min. Castro Filho, 3T, julgado em 19.09.2006).

²⁰⁴ Resp. 934.708/RJ, Rel. Min. Falcão. 1T, julgado em 18/10/2007.

²⁰⁵ TARTUCE, 2011, p. 597.

CONCLUSÃO

As reflexões apresentadas conduzem à conclusão de que o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil permite ao juiz, com fundamento na equidade, reduzir a indenização, também, nos casos de responsabilidade civil objetiva, sob pena de não haver justiça no caso concreto.

Para conciliar a cláusula de redução aos casos de responsabilidade que não se cogita a culpa, imprescindível se faz, portanto, a avaliação correta do nexo causal entre a conduta do agente e o prejuízo, já que a responsabilidade objetiva ampara-se na causalidade jurídica. Igualmente, é no âmbito do curso causal hipotético que se verificam as hipóteses, tanto de exclusão da responsabilidade como da sua atenuação.

Dessa forma, para que seja cabível a aplicação da redução da indenização nos casos de responsabilidade sem culpa, basta trocar o exame da gravidade da culpa para a análise da relevância da causa que produziu o evento danoso, ou seja, a análise da medida da eficácia causal da conduta do agente. Assim sendo, o magistrado poderá reduzir a indenização, com base na equidade, quando verificar que houve excessiva desproporção entre a extensão dos danos e a importância da causa atribuída ao demandado.

Portanto, em que pese a possibilidade da mitigação da indenização não estar prevista em lei, como no caso da responsabilidade subjetiva, entende-se que é possível a redução, desde que o magistrado analise a causalidade no caso concreto. O próprio artigo, ao utilizar a equidade como fundamento para a redução, acaba por permitir, também, a mitigação da indenização na responsabilidade objetiva, pois quando é permitido ao juiz o uso da equidade, a ele está garantido ir além da lei para a aplicação do justo.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Indenização por violação de direitos de propriedade intelectual. **Boletim da ABPI**, n. 56, p. 4-7, ago. 2004.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Direito das obrigações. 4. ed. Coimbra : Coimbra Ed., 1994.

ALONSO, Paulo Sergio Gomes. **Pressupostos da responsabilidade objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. 403 p.

_____. Da equidade. RT, vol.797, março 2002, p.767. Da equidade. **Revista dos Tribunais**. São Paulo , v. 797, p.767-770, mar. 2002.

AMARAL NETO, Francisco. A equidade no código civil brasileiro. **Revista do CEJ: Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, conselho de Justiça Federal, v.25, 2004.

AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade In: Fiuza, César; Sá, Maria de Fátima Freire De; Naves, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). **Direito Civil: Atualidades**, Belo Horizonte : Del Rey, 2003.

ANGEL, YÁGUES, Ricardo de. **Algunas previiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del dano)**. Madrid: Civitas, 1995.

ÁVILA, HUMBERTO. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BANDEIRA, Paula Greco. **A evolução do conceito de culpa e o artigo 944 do Código Civil**. Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: EMERJ, v.11, n.44, p.227-249, 2008.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002.

CAHALI, Yussef Said. **Indenização Segundo a gravidade da culpa.** Revista da Escola paulista da Magistratura n. 1, 1996.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **Breves considerações em torno do art.944, parágrafo único, do Código Civil.** Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro: Padma, v.10, n.39, p. 51-86, jul./set. 2009.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por equidade no Novo Código Civil,** 2. ed. São Paulo, Atlas, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade civil.** 6 ed. São Paulo: Malheiros.

COUTO E SILVA, Clovis. **O conceito de dano no direito brasileiro e comparado,** in Revista dos Tribunais, ano 80, vol 667, maio/1991.

_____. **A obrigação como processo.** São Paulo: Buschatsky, 1976.

COSTA, Mario Julio Almeida. **Aspectos modernos do direito das obrigações. In: Estudos de direito civil brasileiro e português.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil.** 9 ed. rev.e aum. Rio de Janeiro:Forense. 2v.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Comentários ao Novo Código Civil.** Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. vol XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

EHRENZWEIG, Albert A. **Psychoanalytic jurisprudence; on ethics, aesthetics, and "law" - on crime, tort, and procedure.** Leiden: A. W. Sijthoff, 1971.

GONÇALVES, Carlo Roberto. **Responsabilidade civil**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Comentários ao Código Civil** – Parte especial – Do direito das Obrigações – Artigos 927 a 965. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRUNING, David. **Pure economic loss in american tort law**: An unstable consensus. *The American Journal Of Comparative Law*, Berkeley, The american society of comparative law, v. 54, p. 187-208, fall, 2006.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo código**, São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Comentários ao Código Civil** – parte especial – Do direito das obrigações – Artigos 927 a 965. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRAZAO, Ana. Principais distinções e aproximações da responsabilidade civil nos modelos francês, alemão e anglo-saxão. In: MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da Rocha, RODRIGUES, Otavio Luiz Junior (Org.). **Responsabilidade civil contemporânea** (em homenagem a Silvio de Salvo Venosa). São Paulo: Editora Atlas, 2011.

GRIVOT, Débora Cristina Hohenbach. Limites ao valor da indenização: O problema da função punitiva da responsabilidade civil. In: MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da Rocha, RODRIGUES, Otavio Luiz Junior (Org.). **Responsabilidade civil contemporânea** (em homenagem a Silvio de Salvo Venosa). São Paulo: Editora Atlas, 2011.

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

IPPOLITO, Rita Marrasco. **Culpa e risco**: Fundamentos ou Critérios de Responsabilização? Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/03_rita.pdf. Acesso em: 01 nov. 2011.

JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Editora Almedina, 1999.

KOCH, Bernhard A. **The "european group on tort law" and its "principles of european tort law"**. *The American Journal Of Comparative Law*, Berkeley, the american of comparative society law, v. 53, n. 1, p.189-205, winter, 2005.

KONDER, Carlos Nelson. A redução eqüitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art.944 do Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**: RTDC, Rio de Janeiro, v. 8, n. 29, p. 3-34, jan./mar, 2007.

KFOURI NETO, Miguel. Graus da culpa e redução equitativa da indenização. Graus da culpa e redução equitativa da indenização. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 839, p.47-68, set. 2005.

_____. **Os artigos 944 e 945 do novo código civil brasileiro: grau de culpa e redução equitativa da indenização**, in RJ. 318, 2004.

LEVY , Daniel. **A "culpa" no artigo 944, parágrafo único, do Código Civil. Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 28, p. 86-102, jan./jun.2006.

MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da Rocha, RODRIGUES, Otavio Luiz Junior (Org.). **Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Silvio de Salvo Venosa**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4ed. São Paulo: RT.

_____. **Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, n. 51, jul.-set., 2004, (34-67).

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5, t.1-2

_____. O direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**: São Paulo, v.35, n. 139, p. 5-32, jul./set. 1998.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva. **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, março de 2005.

MAZEAUD, Henry e Léon ET TUNC, André. **Tratado de La responsabilidad civil**, t.1º, vol II, Buenos Aires : EJE, 1962.

MENDONÇA, Diogo Naves. **Indenização por equidade**: Desproporção entre culpa e o dano. **Revista Magister** de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, v.5. n. 28, p.80-84, jan./fev. 2009.

MIGUEL, Alexandre. **A Responsabilidade Civil no Novo Código Civil**: Algumas Considerações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 809/2003.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. Artigo 944 do código civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. **Revista de Direito da PGE**, Rio de Janeiro n. 63. Organização Centro de Estudos Jurídicos- CEJUR. Julho 2007 / julho 2008. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeConteudo?article-id=263388>>. Acesso em 27 out. 2011.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.331ss.

PAULA, Carolina Bellini Arantes de. Excludentes da Responsabilidade Civil Objetiva. In: MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da Rocha, RODRIGUES, Otavio Luiz Junior (Org.). **Responsabilidade civil contemporânea** (em homenagem a Silvio de Salvo Venosa). São Paulo: Editora Atlas, 2011.

PEIXOTO, Fernando César Borges. **A exceção à regra da reparação integral**. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31347-35138-1-PB.pdf>> Acesso em 15 ago. 2011.

REALE, Miguel. História do novo Código Civil. Biblioteca de direito civil. estudos em homenagem a Miguel Reale. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2005.

ROCHA, Maria Elisabeth Guimarães Teixeira. Indenização e Delitos contra a Honra. In: MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da Rocha, RODRIGUES, Otavio Luiz Junior (Org.). **Responsabilidade civil contemporânea** (em homenagem a Silvio de Salvo Venosa). São Paulo: Editora Atlas, 2011.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Responsabilidade Civil no Direito Romano, In: MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da Rocha, RODRIGUES, Otavio Luiz Junior (Org.). **Responsabilidade civil contemporânea** (em homenagem a Silvio de Salvo Venosa). São Paulo: Editora Atlas, 2011.

RIOS, Arthur E.S. **Responsabilidade civil**: os novos conceitos indenizáveis no projeto Reale. Revista de Direito Civil 36/38.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 3ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2004.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da reparação integral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SEVERO, Sérgio. **Tratado da Responsabilidade pública**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007.

SOUZA DINIZ. **Código Civil Suíço e Código Federal Suíço das Obrigações** (Livro V do Código Civil). Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora. 1961 (p.164-165)

_____. **Código Civil Alemão**. Rio de Janeiro: Record, 1960.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6 ed. rev.atual. aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo, Ed. RT, 1999.

TARTUCE, Flavio. **Redução Equitativa da Indenização**. In: Otavio Luiz Rodrigues Junior; Gladston Mamede; Maria Vital da Rocha. (Org.). **Responsabilidade civil contemporânea (em homenagem a Silvio de Salvo Venosa)**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

_____. **Direito Civil: Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. São Paulo: Método, v.2, 2005.

_____. **Boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor**. Esboço do tema e primeira abordagem. 2005. Disponível em: <<http://www.flavioartuce.adv.br/secoes/artigos.asp>>. Acesso em: 07 nov. 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Nexo de Causalidade: Conceito, Teorias e Aplicação na Jurisprudência Brasileira**. In: Otavio Luiz Rodrigues Junior; Gladston Mamede; Maria

Vital da Rocha. (Org.). **Responsabilidade civil contemporânea** (em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa). São Paulo: Editora Atlas, 2011.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações – Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Responsabilidade civil: Noções gerais. Responsabilidade objetiva e subjetiva. In: Otavio Luiz Rodrigues Junior; Gladston Mamede; Maria Vital da Rocha. (Org.). **Responsabilidade Civil Contemporânea** (em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa). São Paulo: Atlas, 2011.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A incompatibilidade do caráter punitivo da indenização do dano moral com o direito positivo brasileiro (à luz do art. 5º, XXXIX, da CF/88 e do art. 944, caput, do CC/2002). **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.9, n.35, p. 77-96, jul./set. 2008.

YZQUIERDO TOLSADA., Mariano. **Sistema de responsabilidad civil, contratual y extracontratual**. Madrid: Dykynson, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Novos paradigmas da responsabilidade civil. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v.5, n.27, p. 38-44, nov./dez. 2008.

ZANCHIM, Kleber Luiz. Redução da indenização na responsabilidade objetiva. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.9, n.33, p.201-214, jan. 2008.