

A “culpa” no artigo 944, parágrafo único, do Código Civil

Daniel Lévy*

A ação não surge do pensamento, mas de uma disposição para assumir responsabilidades. (Dietrich Bonhoeffer, teólogo e pastor alemão).

1. Introdução

Tema tortuoso e de amplos questionamentos, a liquidação do dano corporifica a responsabilidade civil, dando origem ao maior de seus frutos, qual seja, a obrigação de indenizar. A reparação do dano no direito brasileiro, assim como em grande parte das legislações alienígenas, é norteadas pelo antigo princípio da *restitutio in integrum*, traduzido na composição total do dano sofrido. Esta regra, positivada no artigo 944, *caput*, do novel Código Civil, preceitua que a “indenização mede-se pela extensão do dano”. Trocando em miúdos, pode-se afirmar que é dever do ofensor lançar mão de seu patrimônio para restabelecer o *status quo ante* do ofendido, isto é, tornar este último indene, buscando “recolocar a vítima, tanto quanto possível, na situação anterior à lesão”.¹

A análise psicológica do ofensor não é, portanto, variável da equação que liquidará o dano. À responsabilidade civil, em princípio, não interessa o grau de culpa do agente. Esta encontrará seu terreno fértil de expressão na disciplina criminal, onde será o principal fator a ser averiguado em busca da pena. O entendimento majoritário, neste sentido, vem

* Graduando em Direito pela PUC-Rio; Pesquisador do Programa de Ensino Tutorial em Direito (PET); Estagiário da Área de Pesquisa do Escritório de Advocacia Basbosa, Mussnich e Aragão (BM&A). E-mail: levy.82@gmail.com.

¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 6ed. , ed. Malheiros, São Paulo, 2005, p. 133.

defendendo que a função do direito civil termina onde começa aquela do direito penal; a responsabilidade civil objetiva o ressarcimento patrimonial do ofendido, enquanto a disciplina criminal tem como meta a punição do ofensor. Depreende-se claramente desta análise que o direito penal elege o ofensor seu grande protagonista, enquanto o direito civil atribui ao ofendido este papel.

Nada obstante a distinção teleológica destas duas esferas do mundo jurídico, surgem em nossa legislação certas zonas gris cujos preceitos mitigam esta cisão, incorporando à disciplina civil análises de elementos psicológicos. É o caso do parágrafo único do já mencionado artigo 944 do Código Civil: “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”. É indiscutível que a regra constante deste parágrafo parece exigir que se leve em conta o grau de culpa para averiguar o montante final da indenização.

Agrava-se o certame se considerarmos a função do parágrafo nos diplomas legislativos brasileiros, qual seja, a de explicitar ou excetuar regra presente no *caput* de determinado artigo. Neste caso, o dispositivo do parágrafo caracteriza-se como verdadeira exceção à regra do *restitutio in integrum*, como veremos ao longo deste trabalho. Ademais, este parágrafo único vem completar uma norma geral, já que explicita o conteúdo do art. 944, *caput*, primeiro artigo do Capítulo II, sob a rubrica “Da Indenização”, o que torna ainda mais polêmica a sua aplicação. Logo, alguns seriam levados a afirmar que, dada a generalidade do dispositivo, a mesura da culpa incidiria na análise de qualquer dano.

Assim, nos dizeres de Rui Stocco, “o parágrafo único deste artigo rompe com a teoria do *restitutio in integrum* ao facultar ao juiz reduzir, equitativamente, a indenização se houver ‘excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano’”.² Destarte, é desta contraditória e polêmica ruptura que tratara a presente monografia.

² STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil – Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*, 5ª ed., editora RT, São Paulo, 2001, p. 13.

2. O papel da culpa na responsabilidade civil brasileira

Não se deve confundir, para uma correta análise do problema, a culpa geradora do ato ilícito civil e a culpa como elemento a ser considerado no arbitramento da indenização. Quanto à primeira, não resta dúvida de que é elemento fundamental da responsabilidade civil. Nem mesmo a forte incursão dos casos de responsabilidade objetiva no direito brasileiro – tornando-se, hoje, praticamente a regra – permite-nos afastar este pressuposto já que poderíamos supor a culpa oriunda de um não cumprimento do dever genérico de cuidado (dos pais em relação aos filhos, do patrão em relação aos empresários etc.). Quanto à segunda, que poderíamos denominar “culpa pós-dano”, porquanto é aquela analisada após o dano para fins de reparação, não deveria esta ser considerada na responsabilidade civil. Em outras palavras, considerando o ato ilícito um processo, teríamos dois momentos diferentes em que o elemento culpa pode ser examinado: primeiramente, como pressuposto essencial para qualificar a conduta geradora do ato ilícito – esta culpa é indiscutivelmente fundamental; e, em segundo lugar, a culpa como elemento de análise *a posteriori* pelo juiz para valorar o dano – esta, sem dúvida, ainda fruto de grandes polêmicas. A legislação civil, nesta diferenciação, foi bastante satisfatória, e suficiente para espancar qualquer dúvida. Em seu art. 186, o Código Civil menciona a culpa *lato sensu* como pressuposto fundamental do ato ilícito, enquanto o art. 944, parágrafo único, a menciona como elemento de fixação do *quantum* indenizatório.

Esta segunda concepção do elemento culpa é muito mais próxima do direito penal. Neste campo, a culpabilidade é o fator primordial de análise pelo magistrado ao cominar a pena – o art. 59, CP preceitua que “o juiz, atendendo à *culpabilidade*, aos antecedentes [...] estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; [...]” (grifo nosso). Diríamos que a responsabilidade civil e penal caminham paralelas, mas aquela termina quando reparado o dano, enquanto esta se perpetua até a análise psicológica da conduta do ofensor.

Percebemos, portanto, que o parágrafo único do artigo 944, do Código Civil, é uma arriscada exceção no processo de liquidação do dano, o qual não deve levar em conta a culpabilidade do agente, ficando esta análise, quando couber, a cargo do direito penal.

É de se notar, no entanto, a dificuldade de se afastar do ato ilícito, seja ele civil ou penal, a noção de culpa. Consiste em missão extremamente penosa considerar a culpa do agente como geradora do ato ilícito civil, mas abstrai-la, totalmente, quando da reparação do dano. Há muitos casos, inclusive, em que esta culpa não é averiguada sequer pelo direito penal, posto que nem todo ato ilícito civil chega a ser contravenção penal. Donde a natural tendência humana a atribuir à reparação civil um caráter punitivo, como já é corrente nos EUA, e, aos poucos, vem ganhando terreno entre nós. Percebemos, portanto, que a gradação da culpa no arbitramento da indenização não deve ser interpretada como absoluta impropriedade do legislador pátrio, mas como verdadeira “preocupação sentimental”³ que, veremos neste trabalho, não se justifica.

Não há dúvida de que a doutrina majoritária entende ser incabível esta análise subjetiva do ofensor quando da liquidação do dano. O eminente jurista baiano, Pablo Stolze, é enfático ao afirmar que “a investigação psicológica não é exigida pelo Direito Civil para fixar a indenização devida”.⁴ Sílvio de Salvo Venosa não tem outra opinião, destacando que “a regra tradicional é de que a indenização se mede pelo dano e não pelo grau de culpa”.⁵ Segundo Alvinio Lima, citado pelo grande mestre José de Aguiar Dias, “os danos e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes a interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto, se ficarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva”.⁶ Não obstante, vale a pena atentar para recente jurisprudência do STJ, em que a Ministra Nancy Andrighi, analisando caso de reparação civil, argumenta que “não há tabelamento de valor compensatório, porquanto na análise desse pedido diversos fatores são analisados, como a potencialidade ofensiva do ato praticado, a capacidade econômica das partes e o grau de culpa dos agentes” (grifo nosso).⁷

³ DIAS, Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 38

⁴ STOLZE, Pablo. *A responsabilidade extracontratual no novo Código Civil e o surpreendente tratamento da atividade de risco*, artigo disponível na Internet, no site www.juspodivim.com.br/novodireitocivil/artigos/pablo/responsabilidade_extracontratual.pdf, acesso em 23.05.05.

⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*, 4ed. Ed. Atlas, São Paulo, 2004, p. 246;

⁶ Aguiar Dias *apud* Alvinio Lima, *Da culpa ao risco*, São Paulo, 1938, p. 87;

⁷ STJ, AgRg no AI nº 632.169/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi,

Este sucinto estudo da culpa na responsabilidade civil brasileira permitiu demonstrar que o tema é controverso e apresenta diversas interpretações. O parágrafo único do artigo 944, atribuindo ao magistrado a faculdade de arbitrar um valor indenizatório considerando o grau de culpa, se insere perfeitamente nesta discussão. Passaremos, portanto, à investigação mais específica do citado dispositivo.

3. O grau de culpa ou a contribuição causal?

O dispositivo objeto desta monografia determina que o juiz poderá diminuir o montante da indenização quando houver manifesta desproporção entre o grau de culpa do agente e o dano. Assim sendo, o juiz poderá reduzir a indenização devida se aferir que o dano não resultou de um comportamento psicológico do ofensor adequado a produzi-lo.

Defendemos, neste trabalho, que houve verdadeiro equívoco do legislador pátrio na elaboração do parágrafo ora estudado. No intuito de averiguar a verdadeira *mens legis* do presente dispositivo, devemos considerar alguns pressupostos inerentes à disciplina da responsabilidade civil dentro de nosso ordenamento jurídico. O primeiro é que, definitivamente, o direito brasileiro exclui da liquidação do dano o exame da culpa do agente. Em segundo lugar, o art. 945, CC⁸, ao também tratar de “gravidade de culpa”, comete outra imprecisão. Enfim, e último pressuposto, acolhemos, nesta monografia, a teoria da causalidade adequada quanto à perquirição do nexa causal em sede de responsabilidade. Esta teoria “parte da observação daquilo que comumente acontece na vida (*id quod plerumque accidit*) e afirma que uma condição deve ser considerada causa de um dano, quando segundo o curso normal das coisas poderia produzi-lo”.⁹ Trata-se, pois, de um exame probabilístico dos danos que determinada conduta normalmente ocasiona.

Considerando-se estes três pressupostos, objetivamos demonstrar que é uma falsa interpretação do conceito de culpa que contribui, diante deste dispositivo, para tamanha perplexidade.

⁸ “Art. 945,CC: 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”;

⁹ NORONHA, Fernando. *O nexa de causalidade na responsabilidade civil*, RTDC, vol. 14, Abr/Jun 2003, p.65.

Para tanto, merece espaço uma pequena digressão acerca do conceito de culpa socorrendo-nos do direito penal, disciplina que mais consagrou páginas ao tema.

Em vista de qualificar a conduta punível, este direito, nos passos de um de seus maiores expoentes, Hans Welzel, propôs a teoria final da ação. Para este autor, “a vontade é a espinha dorsal da ação final, considerando que a finalidade baseia-se na capacidade de vontade de prever, dentro de certos limites, as conseqüências de sua intervenção no curso causal e de dirigi-lo, por conseguinte, conforme a um plano, à consecução de um fim”.¹⁰ Nos casos de culpa *strito sensu* – que mais se prestam à incidência do art. 944, § único – o resultado será produzido “de forma puramente causal, não sendo abrangido pela vontade do autor”.¹¹ Não importará o fim de determinada ação, mas o meio e forma de sua utilização.

Percebe-se claramente, à luz da teoria welzeliana, que a conduta humana realiza-se em duas fases: a primeira deriva de um elemento subjetivo do agente que é traduzido na culpa; a segunda fase consiste na execução da ação real, “o agente põe em movimento, segundo um plano, o processo causal”.¹² Decorre desta análise que conduta e culpa estão intimamente vinculadas. Esta idéia é magistralmente confirmada por Cavalieri Filho, argumentando que “alguns autores, ao tratarem do primeiro pressuposto da responsabilidade civil extracontratual subjetiva, falam apenas de culpa. Parece-me, todavia, mais correto falar em conduta culposa, e isto porque a culpa, isolada e abstratamente considerada, só tem relevância conceitual. A culpa adquire relevância jurídica quando integra a conduta humana. *É a conduta humana culposa, vale dizer, com as características da culpa, que causa dano a outrem, ensejando o dever de repará-lo*” (grifo nosso).¹³ Logo, afirmamos que a conduta humana é a exteriorização da culpa, seja sob a forma de dolo – quando o elemento objetivo corresponderá à intenção do agente – seja sob a forma de culpa *strito sensu* – quando se atentará mais à causalidade da ação do que ao

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, vol. I, 9ª ed., editora Saraiva, São Paulo, 2004, p. 202.

¹¹ *Ibid.*, p. 203.

¹² *Ibid.*

¹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 6ed., ed. Malheiros, São Paulo, 2005, p. 47.

resultado em si, já que este não era visado pelo agente. De qualquer forma, em ambos os modos de culpa, é nítida a existência de um aspecto objetivo ligado à conduta.

Este pequeno desvio pela ontologia da conduta humana permite-nos traçar importante liame que nos guiará no restante desta monografia. Tratar-se-á de interpretar a “culpa” do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, em seu aspecto puramente objetivo para fins de arbitramento do *quantum* indenizatório. Afastamos, neste sentido, qualquer avaliação da conduta subjetiva do agente, própria da responsabilidade penal, jamais da disciplina civil. Destarte, considerando-se que a “culpa” deste parágrafo deve ser analisada sob uma ótica puramente objetiva, aproximando-a da conduta; considerando-se, outrossim, que a conduta do agente é um dos elementos do nexa causal; então, será possível aplicar o parágrafo único do artigo 944 apenas com base nesta relação entre a conduta do agente, inserida no nexa causal, e o dano. Tornamos a análise desta regra mais objetiva, atinente ao nexa de causa e às teorias que o estudam.

Este exame da culpa tem o condão de trazer ao parágrafo único uma nova interpretação, a qual, considerando apenas o aspecto objetivo daquele conceito, materializado na conduta, afasta, definitivamente, qualquer análise, na liquidação do dano, de elementos subjetivos. Propomos que a responsabilidade civil tratará da “culpa” somente quando esta transcende a esfera psicológica do indivíduo e se materializa como causa de um dano. Este é o sentido do art. 944, parágrafo único, CC.

Preenchido este primeiro pressuposto – afastamento da culpa subjetiva da liquidação do dano – mencionemos apenas o exemplo do art. 945, CC, que parece também ter sido um tanto impreciso. Ao referir-se à gravidade da culpa, o artigo 945 buscava, na verdade, enunciar a contribuição causal do agente. Esta tese já é consistentemente defendida no que tange à aplicação do art. 945, CC, como se infere dos comentários de Aguiar Dias ao que ainda era o Projeto do Código Civil: “Não é o grau de culpa, mas o grau de participação na produção do evento danoso, reduzindo ou até excluindo a responsabilidade dos demais, que deve indicar a quem toca contribuir com a cota maior ou até com toda a indenização”.¹⁴

¹⁴ DIAS, Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 38.

Enfim, o último pressuposto – o acolhimento da teoria da causalidade adequada no intuito de estudar o nexa causal – permitirá aproximar a “culpa objetiva”, sob a forma de conduta humana, do dano, demonstrando que a desproporção a que se refere o parágrafo não é gerada por uma má perquirição do estado psicológico do agente, mas por uma má perquirição do nexa causal.

A fim de melhor explicitar tais considerações, tomemos o célebre exemplo da guerra perdida em consequência da ferradura que se soltou do cavalo do guerreiro¹⁵. Suponhamos que o rei do império vencido queira responsabilizar o ferreiro pela derrota de suas tropas na guerra, por ter sido negligente na fabricação das ferraduras que vestiram seus cavalos. Parece-nos que, neste cenário, o magistrado poderia alegar a excessiva desproporção do art. 944, § único, CC, a fim de reduzir a indenização. Não obstante, vimos que a culpa não pode ser levada em conta para arbitrar o montante da reparação. Resta-nos, portanto, o nexa causal. Adotando a teoria da causalidade adequada, assim indagaremos: a má fabricação das ferraduras pelo ferreiro era causa adequada ou provável para a perda de uma guerra? Ousamos responder que não. Diversos outros fatores contribuíram para a vitória do inimigo, como a falta de treino da cavalaria, por exemplo. Destarte, concluímos que o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil é desnecessário se aplicada correta e equitativamente a teoria da causalidade adequada. A “desproporção” do presente dispositivo é gerada pelo injustificado apego à teoria da equivalência dos antecedentes, que buscaria responsabilizar o tal ferreiro pela derrota. Ora, sabemos que um atento exame do nexa causal afastaria essa possibilidade. Logo, em face da teoria da causalidade adequada, o parágrafo único desta regra geral torna-se letra morta, posto que jamais haverá desproporção se considerarmos causa somente o evento que, em condições normais, provavelmente ensejaria o dano. Alguns ainda podem questionar o caso em que, de alguma forma, o ferreiro teria efetivamente contribuído para o dano. Neste caso, também não é necessário introduzir o elemento subjetivo, mas tão-somente enquadrar a situação no art. 945, CC, lembrando que a “gravidade de sua culpa” corresponde à sua “contribuição causal”. Com isso, sempre se tratará de

¹⁵ Citada esta fábula por Aguiar Dias em seu *Da Responsabilidade Civil*, *ibid*, para defender a imprecisão do art. 944, § único, afirmando que “pequenas faltas podem produzir grandes danos”.

examinar se a conduta de determinado agente é causa adequada para provocar certo dano, jamais sendo necessário mencionar a culpa como critério indenizatório. Assim, desproporção rimará com inadequação.

As situações de desproporção que o parágrafo único parece trazer são resquícios vestigiais do emprego, pelo direito brasileiro, da teoria da *conditio sine qua non*, a qual gerava, haja vista as suas intermináveis regressões *ad infinitum*, situações de extrema injustiça. Não mais se aplicando tal teoria, e considerando-se a correta aplicação das causas adequadas, bastará a regra do art. 944, *caput*, já que só há desproporção quando a conduta do agente não é adequada a gerar o dano, unicamente à luz da teoria da equivalência dos antecedentes.

Diante desta tese, é prescindível ressuscitar a discussão quanto ao grau de culpa. O próprio Stolze, em magnífico artigo¹⁶, já indagava se “a classificação romana de culpa (leve, grave e gravíssima), oriunda do Direito Romano, ressurgiu das cinzas, tal qual Fênix?”. Propomo-nos, portanto, a responder negativamente a esta pergunta.

Outra posição que merece análise é daqueles que alegam que o tal parágrafo tornaria parte do dano não indenizável, afrontando preceitos constitucionais (art. 5º, V e X, CRFB) e infraconstitucionais (*v.g.*, o próprio *caput* do art. 944, CC). Também há assento jurisprudencial¹⁷ defendendo que “partindo de uma interpretação sistemática, é de concluir-se que o sistema legal brasileiro não admite que a indenização por ato ilícito seja restritiva. Ao contrário, a reparação tem que ser a mais ampla possível”.

Não obstante, em face da teoria da causalidade adequada, sabemos que somente deve ser reparado o dano gerado por uma conduta que, provavelmente, levaria a esta lesão. Aqueles que percebem o parágrafo único como um impedimento à *restitutio in integrum*, concebem o dano sob a exageradamente ampla perspectiva da teoria da equivalência dos antecedentes. Ora, o parágrafo único vem justamente corrigir esta ótica. Defendemos, ao contrário, que é a reparação de um dano demasiadamente largo – típico da teoria da equivalência – que gera o

¹⁶ STOLZE, Pablo. *A responsabilidade extracontratual no novo Código Civil e o surpreendente tratamento da atividade de risco*, artigo disponível na Internet, no site www.juspodivim.com.br/novodireitocivil/artigos/pablo/responsabilidade_extracontratual.pdf, acesso em 23.05.05.

¹⁷ STJ, Resp. nº 171.506/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, voto cit. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, 2.03.2000.

enriquecimento sem causa do ofendido. Expliquemos. Vale lembrar o exemplo de Pothier. Neste, “A” vende a “B” vaca doente, enfermidade desconhecida de “B”. A vaca contamina todo o rebanho de B, o qual vai à falência e acaba cometendo suicídio. Se adotarmos a antiquada teoria da equivalência dos antecedentes, poderíamos responsabilizar “A” pela morte de “B”. Neste caso, o magistrado poderia invocar a regra do art. 944, § único, CC, para reduzir a indenização, alegando que a “culpa” de “A” não abrangeria a morte de “B”. Logo, o ressarcimento não cobriria todo o “dano” concebido sob a ótica desta teoria – e daí a crítica de parte da doutrina. No entanto, a teoria da *conditio sine qua non* amplia o dano de forma demasiada, abarcando o dano indireto e mediato. Ao estudarmos este mesmo exemplo sob a ótica da teoria da causalidade adequada, reduziremos o dano àquele causado por uma conduta que, provavelmente e no comum da vida, seria idônea para produzi-lo. O dano, para os fins desta teoria, estaria limitado à contaminação do rebanho, mas nunca abrangeria o suicídio do indivíduo. Logo, o parágrafo único apenas confessa a insuficiência da teoria da equivalência das causas, afirmando que somente será indenizável o dano adequado, proporcional à contribuição causal do agente. Em outras palavras, do *caput* ao parágrafo único, se restringe a amplitude do dano, se passa da teoria da equivalência das causas àquela da causalidade adequada.

Enfim, alguns ainda poderão indagar quanto ao dano moral. Este é de contornos vaporosos e de difícil delimitação. Será mais penosa a aplicação do parágrafo único do artigo 944, conquanto, antes de concluir pela desproporção, será mister averiguar qual é realmente o dano. A solução que nos é dada pelo legislador do novel Código Civil pode advir da interpretação do artigo 953, parágrafo único, quando preceitua que “se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso”. Percebemos que o raciocínio até então adotado, para defender a contribuição causal e não o grau de culpa, continuará vigorando para os danos morais. Estes, como nos indica a leitura do dispositivo supra, também decorrem de uma causa adequada. Não poderia, aliás, ser mais correto o uso do termo “circunstâncias” para designar o foco de aplicação da equidade neste caso. As “circunstâncias”, de fato, indicam justamente este estado de pessoas ou coisas, em determinado momento, propício, dentre de certo juízo de probabilidade,

à produção de algum resultado que, neste caso, será danoso. Aplica-se, perfeitamente, a teoria da causalidade adequada.

Conclui-se, portanto, afirmando que o parágrafo único do artigo 944 aplica-se tanto à violação de danos patrimoniais quanto às lesões a direitos da personalidade.

4. O papel do magistrado em face do art. 944, parágrafo único, do Código Civil

Embora nos pareça que o juízo de probabilidade típico da teoria da causalidade adequada afaste, quando bem aplicado, a desproporção do parágrafo ora estudado, não podemos desconsiderar que esta concepção do nexos causal ainda não é unânime em nossa jurisprudência. Não podemos, portanto, nos furtar à análise do presente dispositivo sob o pretexto de ter ele sido superado pela teoria da causalidade adequada, inclusive considerando que muitos magistrados ainda insistem em aplicar a teoria da equivalência dos antecedentes, a qual gera a tal desproporção.

Ainda que o parágrafo único considere a culpa um elemento da averiguação do *quantum* reparatório, a doutrina é praticamente unânime ao asseverar que a interpretação do dito dispositivo deve sempre ser restritiva.

Para corroborar tal posição, basta recorrer a uma interpretação gramatical do preceito, da qual decorre a escolha do verbo “reduzir” para qualificar a faculdade do juiz em face da desproporção. Poderia o legislador, para ampliar a margem de manobra do magistrado, inclusive permitindo que a indenização fosse aumentada, ter empregado o verbo “ponderar”. É neste sentido o magistério de Maria Celina Bodin de Moraes: “Tendo empregado o legislador de 2002 o verbo ‘reduzir’, e não o verbo ‘ponderar’, o juiz não poderá majorar, além da medida do dano, a indenização, em caso de responsabilidade contratual, indicando, mais uma vez, a recusa do legislador brasileiro em penalizar o devedor, mesmo se este agiu com dolo”.¹⁸ Mais adiante, a prestigiada autora rebate a tese de que tal *modus operandi* somente seria admitido em sede de responsabilidade contratual, afirmando que “nada autoriza, no Código promulgado, tal interpretação”.¹⁹

¹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 297.

¹⁹ Ibid.

Vale ressaltar, neste contexto, que a interpretação restritiva a que nos referimos é aquela relativa ao art. 944, § único, CC, exclusivamente, não se devendo confundir com uma interpretação restritiva do dano em si. Quanto a esta última, acompanhamos, sem hesitar, a maioria da doutrina e jurisprudência, seja nas palavras do já citado Sálvio de Figueiredo Teixeira (“... o sistema legal brasileiro não admite que a indenização por ato ilícito seja restritiva. Ao contrário, a reparação tem que ser a mais ampla possível”.²⁰), ou no enfático voto do então desembargador Cezar Peluso que, ao comentar a teórica possibilidade de restringir a indenização por danos morais, limitada pela Lei de Imprensa, assevera: “o princípio por observar é que, se lho não autoriza a Constituição expressis verbis, não pode lei alguma restringir direitos, liberdades e garantias constitucionais”.²¹ Destarte, a restrição a que se refere Maria Celina Bodin de Moraes, absolutamente justificada, é a que impede que o parágrafo único permita ao magistrado aumentar a indenização caso a culpa fosse muito maior do que o dano. Aliás, não poderíamos dispensar precioso entendimento do parágrafo único que reforça a posição da eminente doutrinadora, estampado no enunciado nº 46 da Jornada de Direito Civil²²: “Art. 944: a possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano...” (grifo nosso).

Se prosseguirmos nesta busca literal do dispositivo, logo seremos confrontados com precioso instrumento do Direito, qual seja, a equidade. É esta ferramenta que deve auxiliar o juiz ao arbitrar o valor da reparação. O juízo de equidade “visa [amenizar] as conclusões esquemáticas da regra genérica, tendo em vista a necessidade de ajustá-las às particularidade que cercam certas hipóteses da vida social”.²³ Diante da teoria

²⁰ STJ, Resp. nº 171.506/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, voto cit. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, 2.03.2000.

²¹ Voto do Des. Cezar Peluso, TJSP, EI nº 219954 -1, citado por CASTRO, Flávia de Almeida Vivieiro. *A liberdade de expressão no contexto dos direitos fundamentais, a responsabilidade da imprensa e os tribunais*, disponível em www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto690.doc, acesso em 26.05.05.

²² Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federa no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Min. Ruy Rosado, do STJ.

²³ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de direito*, 27ed., Saraiva, São Paulo, 2002, p.298-9.

da causalidade adequada que vimos defendendo, o ajuste a que se refere Reale nada mais seria do que a adequação da conduta ao dano causado. É este ajuste que permitirá afastar a desproporção. Boa parte da doutrina, porém, acompanhada de nossos tribunais, percebe na equidade uma abertura para que se possa levar em conta, na liquidação do dano, a condição econômica das partes, sempre atentando para as “hipóteses da vida social” (pontifica Aguiar Dias: “O sistema que julgamos capaz de resolver o problema da responsabilidade civil atribui considerável influência à equidade, ao reconhecer influência à situação econômica das partes”).²⁴

Enfim, vale lembrar que a regra do artigo 944, parágrafo único, CC, não se traduz em um direito subjetivo do ofensor, mas em faculdade do magistrado. Neste sentido, o teor da regra é abrandado, posto que não poderá o agente que julgar sua “culpa” menor do que o dano exigir do juiz a proporcional redução da indenização. É, portanto, uma norma destinada ao magistrado, que tem a faculdade de aplicá-la ou não.

5. O art. 944, § único, CC, e os danos punitivos

Embora defendamos o dano punitivo em certas situações, afirmamos, desde já, a impossibilidade de inferir esta aplicação do dispositivo ora examinado.

Considerando-se os entendimentos supra mencionados, que defendem uma interpretação restritiva do parágrafo único, não nos parece possível, por maior que seja o esforço hermenêutico, concluir por uma aplicação inversa da norma, que preceituaria danos punitivos. De fato, alguns poderiam alegar que seria facultado ao juiz, à luz deste parágrafo, aumentar a indenização quando a “culpa” do agente fosse muito maior do que o dano. Esta reparação não apenas recomporia o patrimônio material do ofendido, mas também puniria o agente. Prova cabal de que tal entendimento não pode ser induzido desta norma é o Projeto de Lei 6960/2002. De autoria do Dep. Ricardo Fiuza, visa modificar quase 200 artigos do Código Civil, inclusive a norma do artigo 944, incluindo um segundo parágrafo: “Art. 944:... § 1º...; § 2º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado

²⁴ DIAS, Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 101.

desestímulo ao lesante”. Não seria necessário, portanto, acrescentar este parágrafo caso a intenção do legislador, no primeiro parágrafo, já fosse prever os danos punitivos, sob pena de haver verdadeira incoerência normativa – típico *bis in idem*.

Enfim, facultando ao juiz reduzir o montante da indenização, o parágrafo único vislumbra justamente evitar que a reparação torne-se verdadeira punição do ofensor. Logo, concluímos que a norma ora estudada tem objetivo diametralmente oposto àquele de cominar pena ao agente.

6. A responsabilidade objetiva e a redução da indenização

Tanto doutrina quanto jurisprudência são categóricos ao defender a impossibilidade deste dispositivo ser aplicado em sede de responsabilidade civil objetiva. O já citado enunciado 46 da Jornada de Direito Civil assevera que “não se [aplica o art. 944, parágrafo único] às hipóteses de responsabilidade objetiva”. Em um dos raros acórdãos²⁵ que ousam enfrentar o problema, o Des. Pinheiro Lago, ao comentar, em seu voto, o enunciado supra, afirma: “Compartilho, pois, de tal entendimento, para entender que, nos caos de responsabilidade civil objetiva, cujo delineamento independe de prova de culpa, seria mesmo um paradoxo admitir, após a delimitação da responsabilidade, a análise do elemento culpa”. Também o eminente jurista Pablo Stolze, em artigo já citado²⁶, refuta a aplicação do art. 944, § único, em casos de responsabilidade objetiva, indagando: “Como então explicar que, *para o reconhecimento da responsabilidade seja dispensada a indagação da culpa e, para a fixação do valor indenizatório, a mesma seja invocada para beneficiar o réu?*” (grifo nosso)..

Estas teses são lógicas ao afirmar a absoluta incoerência de arbitrar a indenização levando-se em conta a culpa do agente nos casos em que esta não é considerada para qualificar a responsabilidade. Não obstante, estas teorias analisam a questão se atendo à letra da lei. Durante todo este trabalho, arrazoamos que a “culpa” do parágrafo único, no que tange

²⁵ TJMG, Embargos de Declaração nº 1.0000.00.303381-8/001, rel. Des. Pinheiro Lago, pub. 27.08.2004.

²⁶ STOLZE, Pablo. *A responsabilidade extracontratual no novo Código Civil e o surpreendente tratamento da atividade de risco*, artigo disponível na Internet, no site www.juspodivim.com.br/novodireitocivil/artigos/pablo/responsabilidade_extracontratual.pdf, acesso em 23.05.05.

ao arbitramento dos danos, deve ser interpretada como a contribuição causal do agente. Também sob esta ótica, porém, parece-nos refutável a tese de aplicação do parágrafo aos casos de responsabilidade objetiva, embora outros sejam os argumentos.

À luz da teoria do risco, a responsabilidade objetiva é fundada em um dever genérico de segurança daqueles que se constituem em garantes (por exemplo, o empregado em relação aos empregado ou os pais em relação a seus filhos menores). Neste sentido, defendemos que este dever genérico é suficientemente extenso para abranger qualquer dano, excetuando-se aqueles oriundos das causas excludentes. Destarte, pode-se afirmar que todo dano – salvo aqueles gerados pelas excludentes – será causado pela não observação, por parte do garante, de um dever de segurança. Logo, esta inobservância sempre será causa adequada para produzir os danos decorrentes da atividade de risco, conforme art. 927, parágrafo único, CC. Conclui-se que a única desproporção possível entre a culpa do agente e o dano, dar-se-á nos casos em que houver caso fortuito, fato exclusivo da vítima ou de terceiro, assim como em caso de culpa concorrente da vítima. Nos três primeiros casos, o art. 944, parágrafo único é dispensável, já que o nexó de causalidade nem sequer é formado, sendo, pois, dispensável invocar a culpa do agente. No último caso – culpa concorrente da vítima – a norma do art. 945, CC, é clara, ao determinar que se leve em conta a contribuição causal desta última na fixação do *quantum* indenizatório.

Em matéria de responsabilidade objetiva, portanto, ambas as argumentações são válidas. De qualquer forma, a própria *ratio* da objetivação da responsabilidade parece impedir que a indenização seja restringida já que visa justamente ampliar a potencialidade reparatória desta disciplina.

7. Conclusão

O grau de culpa do agente, definitivamente, não deve ser levado em conta no momento da fixação do *quantum* reparatório. A regra do parágrafo único do artigo 944, Código Civil, é desnecessária à luz das novas teorias delimitadoras do dano. Neste sentido, devemos reinterpretar o dano, afastando teorias que, partindo de uma mera conduta, dão à lesão dimensões ilimitadas.

O apelo aonexo causal, neste caso, tem o condão de materializar a culpa, transformando-a em um elemento objetivo, qual seja, a conduta, que será avaliada à luz de um juízo de probabilidade, à luz do homem médio e do que normalmente ocorre. Este processo permite que se abstraia, ao máximo, o elemento culpa da liquidação do dano, o qual somente será avaliado em sede de direito criminal. Bastará, neste sentido, que haja culpa – *lato sensu* – do agente, pouco importando que seja levíssima ou que se caracterize o dolo direto. O ofensor, nestes casos, apenas deverá reparar o dano gerado por uma causa adequada. O parágrafo único, portanto, servirá apenas para delimitar o dano, jamais para mesurar o grau de culpa.

Enfim, não deve o magistrado reduzir o montante da indenização alegando, com fulcro no art. 944, § único, que certo sujeito não quis o resultado danoso, ou que este agiu apenas com culpa leve. Pouco importa. A responsabilidade civil sempre deve buscar a reparação de toda a extensão do dano, como preceitua o indiscutível art. 944, *caput*. Somente poderá o juiz diminuir o valor da reparação com fundamento no aludido parágrafo se alegar que a conduta do agente não foi causa adequada para produzir este dano. Neste caso, o magistrado estará fazendo uma releitura do dano sob a ótica da teoria da causalidade adequada, acusando a injustificada ampliação deste sob enfoque da teoria da equivalência dos antecedentes.

Concluimos reafirmando o quão difícil é quantificar um ilícito, tipicamente um ato contrário ao direito, abstraindo-se da culpa do agente, considerando-se o apego sentimental e vingativo de todo ser humano. Caberá ao inclito magistrado esta nobre tarefa, ciente de que só atentará para culpa a partir do momento em que esta se corporifica em uma conduta humana adequada a gerar um dano. A equidade será, neste processo, precioso instrumento, sempre necessário e atual dentro de um Direito em constante busca pela igualdade material.

Segue sugestão legislativa:

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

§ 1º Na liquidação do dano, é mister averiguar se a lesão ao patrimônio material da vítima ou a violação de seus direitos da personalidade foram gerados por conduta adequada a produzi-los.

8. Referências bibliográficas

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, vol. I, 9ª ed., editora Saraiva, São Paulo, 2004;
- CASTRO, Flávia de Almeida Vivieiro. *A liberdade de expressão no contexto dos direitos fundamentais, a responsabilidade da imprensa e os tribunais*, disponível em www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto690.doc, acesso em 26.05.05;
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 6ed., ed. Malheiros, São Paulo, 2005;
- DIAS, Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, vol. I e II, Rio de Janeiro, Forense, 1997;
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003;
- NORONHA, Fernando. *O nexso de causalidade na responsabilidade civil*, RTDC, vol. 14, Abr/Jun 2003;
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de direito*, 27ed., Saraiva, São Paulo, 2002;
- STJ, AgRg no AI nº 632.169/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi.
- STJ, Resp. nº 171.506/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, voto cit. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, 2.03.2000.
- STJ, Resp. nº 171.506/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, voto cit. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, 2.03.2000.
- STOCCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil – Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*, 5ª ed., editora RT, São Paulo, 2001;
- STOLZE, Pablo. *A responsabilidade extracontratual no novo Código Civil e o surpreendente tratamento da atividade de risco*, artigo disponível na Internet, no site www.juspodivim.com.br/novodireitocivil/artigos/pablo/responsabilidade_extracontratual.pdf, acesso em 23.05.05;
- TJMG, Embargos de Declaração nº 1.0000.00.303381-8/001, rel. Des. Pinheiro Lago, pub. 27.08.2004.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*, 4ed. Ed. Atlas, São Paulo, 2004.
- Voto do Des. Cezar Peluso, TJSP, EI nº 219954 -1.