

O princípio da reparação integral e a “contraofensiva da culpabilidade”

Revisitando a cláusula de redução equitativa da indenização

ROSALICE FIDALGO PINHEIRO

JOSÉ ROBERTO DELLA TONIA TRAUTWEIN

Resumo: O intuito deste trabalho é delinear os critérios objetivos que conferem caráter humanitário ao parágrafo único do art. 944 do Código Civil, sem que para isso seja necessário retornar ao paradigma da responsabilidade civil do século XIX, baseado na culpa do infrator e no dever da vítima de comprová-la. A fim de cumprir essa finalidade, far-se-á uso do método dedutivo e do procedimento de pesquisa bibliográfico, para ao final apontar a necessidade de serem observados os valores estipulados na Constituição brasileira relacionados ao instituto de responsabilidade civil (entre eles o princípio da dignidade da pessoa humana) que não estejam vinculados apenas à culpa do infrator.

Palavras-chave: Princípio da reparação integral dos danos. Cláusula geral de redução equitativa da indenização. Culpabilidade. Dignidade da pessoa humana.

The principle of full compensation and the “counteroffensive of culpability”: revisiting the general clause of equitable reduction of compensation

Abstract: The aim of this piece of work is to outline the objective criteria that give the sole paragraph of article 944 of the Civil Code a humanitarian character, though having to return to the 19th century tort law paradigm, which is based on the offender’s guilt and the victim’s duty to prove it. In order to fulfill this purpose, the deductive method and the bibliographic research procedure will be used. Therefore, it will lead to pointing out the need to observe the values stipulated in Brazil’s Constitution that are related to the tort law. Among such values is the principle of dignity of the human person, which is not linked solely and only to the fault of the offender.

Recebido em 20/2/20

Aprovado em 30/3/20

Keywords: The principle of full compensation. The general clause of equitable reduction of compensation. Culpability. Dignity of the human person.

1 Introdução

“Tout le dommage, mais rien que le dommage!”¹ (JOURDAIN, 2010, p. 146). Com essa expressão, o Direito francês inscreveu o princípio da reparação integral num sistema fortemente marcado pela *faute*². Tal fato sinaliza um paradoxo: a obrigação de reparar os danos deve ser medida por um critério objetivo (o dano) num sistema de forte base subjetiva em que a culpa é alçada a pedra angular da responsabilidade civil.

O Código Civil brasileiro (CC) inscreveu em seu art. 944 o princípio segundo o qual “a indenização mede-se pela extensão do dano”, atestando a prevalência do dano sobre a culpa. Porém, em seu parágrafo único apresenta uma cláusula geral de redução equitativa da indenização, permitindo que, “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização” (BRASIL, [2020]).

Nota-se uma disparidade entre o *caput* e o parágrafo único do art. 944, o que leva a indagar se há uma “contraofensiva da culpabilidade” ou mesmo um retorno ao voluntarismo jurídico que marcou o sistema de responsabilidade civil moderno, inspirado no liberalismo e no individualismo, que atrelaram a culpa à liberdade ética do indivíduo. Tais indagações norteiam a interpretação da cláusula geral de redução equitativa da indenização, a fim de conciliá-la com o princípio da reparação integral, desfazendo o paradoxo inicialmente anunciado.

Em contraposição à tendência de objetivação da responsabilidade civil e solidarização dos riscos, Viney (1965, p. 210-212) identificou a “contraofensiva da culpabilidade”, que firma a gradação da culpa em grave, leve e levíssima para o estabelecimento da obrigação de reparar os danos. O Direito brasileiro não escapou a esse movimento que identifica a culpa exclusiva da vítima como causa de exclusão do nexo de causalidade e como critério para a redução equitativa da indenização. Se, por um lado, tais casos poderiam ser considerados uma herança do voluntarismo jurídico,

¹ Tradução nossa: “todo o dano, mas nada mais que o dano!”.

² Segundo Lalou (apud VINEY, 1965, p. 207): “La faute est l’acte fait sans droit contre le droit d’autrui”. Tradução nossa: “A culpa é o ato realizado sem direito contra o direito de outrem”.

que busca manter incólume a vontade como fundamento da responsabilidade civil, por outro, decorre do resgate de seu caráter sancionatório ou punitivo em desfavor das condutas culposas (SCHREIBER, 2013, p. 49).

Quer se trate de um ou de outro argumento, assentar a redução equitativa da indenização na culpa foge ao contexto em que se inscreve o princípio da reparação integral, pois ela se volta para um paradigma já superado na responsabilidade civil – centralizado na culpa e no ofensor –, destoando do caráter de instrumento de promoção da vítima e o dano. Com efeito, o presente trabalho tem a finalidade de investigar critérios objetivos que confirmam um caráter humanitário ao parágrafo único do art. 944 do CC, sem que para isso seja preciso retornar ao paradigma de responsabilidade civil do século XIX.

Para cumprir tal objetivo, o trabalho utiliza-se do método dedutivo e do procedimento de pesquisa documental bibliográfico, que parte do contexto da investigação do lugar da culpa da responsabilidade civil para posteriormente localizá-la no princípio da reparação integral, em busca de critérios objetivos para a redução equitativa da indenização.

2 A reparação integral e a “contraofensiva da culpabilidade”

A culpa é a pedra angular da responsabilidade civil oitocentista, que inspirou os redatores da codificação francesa de 1804, transpondo-se para os demais códigos que se lhe seguiram no século XIX. Por influência do liberalismo e do individualismo, estabeleceu-se que o dever de reparar os danos só poderia ser imputado ao seu autor quando decorrente do mau uso da liberdade individual (SCHREIBER, 2013, p. 12). Assim, a culpa tornou-se o critério da responsabilidade civil subjetiva, sendo não apenas suficiente, mas necessária para determinar a obrigação de indenizar (TUNC, 1989, p. 56). Trata-se não apenas da condição da responsabilidade, mas da medida da própria reparação (VINEY, 1965, p. 14), de modo que se afirma que “não há responsabilidade sem culpa”.

Essa ligação entre a culpa e a liberdade ética do indivíduo ocultava as verdadeiras razões que levaram à eleição do princípio da culpa como fundamento da responsabilidade civil, que não mais se justificam diante das transformações do grande capital, como afirma Figueira (1989, p. 204):

a incapacidade econômica de uma sociedade mercantil, sujeita a crises freqüentes, e na necessidade de protecção da indústria nascente, cujo desenvolvimento não pode ser onerado por uma responsabilidade civil que não seja baseada na culpa. A iniciativa privada e a livre circulação

das mercadorias impõe, nesta fase do capitalismo concorrencial, que os agentes econômicos, pessoas físicas de fraco poder econômico, numa sociedade onde o seguro é rudimentar, não sejam confrontados com encargos de indenização por factos para os quais não contribuíram culposamente e, por outro lado, que a livre contratação para a circulação das mercadorias não seja dificultada com pretensos prejuízos de credores com os quais os terceiros não se encontram vinculados.

O princípio da culpa está ligado a uma fase do desenvolvimento econômico da sociedade, baseada na produção agrícola e na pequena indústria (FIGUEIRA, 1989, p. 204). Nessas condições, o dano somente seria indenizado quando causado por culpa, pois a sociedade moderna baseava-se num sistema de propriedades individuais, que somente se tutelavam no momento de confronto com o comportamento negligente do ofensor (FIGUEIRA, 1989, p. 204).

O sistema baseado na livre determinação dos sujeitos revelou-se insuficiente diante do desenvolvimento econômico, suscitado pelo advento das sociedades pós-industrializadas. Os acidentes de trabalho, os acidentes de consumo e os danos ao meio ambiente multiplicaram-se, diminuindo a importância da culpa como critério da responsabilidade civil. Para tanto, instituíram-se presunções de culpa, em que se desloca o ônus da prova da vítima para o ofensor, alcançando, por vezes, teor absoluto. Trata-se de uma solução intermediária, que, segundo Schreiber (2013, p. 31),

impedia as injustiças perpetradas pela severa exigência da prova da culpa, ao mesmo tempo em que negava acolhida à teoria do risco como novo fundamento da responsabilidade. Na prática, todavia, as presunções de culpa foram passando, por meio da atuação jurisprudencial, de presunções relativas para presunções absolutas, de tal modo que o juiz, ao final, já presumia de forma tão definitiva a culpa do ofensor que isso equivalia a dispensá-la para fins de responsabilização.

Com base no princípio da solidariedade, atribuíram-se os riscos da atividade econômica aos proprietários dos meios de produção. Pelo critério do risco, os empresários passaram a suportar os perigos de sua atividade econômica. Por outro lado, a responsabilidade pelos riscos foi transferida para o sistema de seguros, ensejando o pagamento de prêmios, que entram no custo das mercadorias, arcando toda a coletividade com o ressarcimento dos danos, o que leva a uma socialização das perdas. Passa-se, então, a cogitar da responsabilidade sem culpa, idealizada por um processo de objetivação, que dispensa o nexos de responsabilidade, a culpa e a ilicitude do ato (FIGUEIRA, 1989, p. 202).

As hipóteses de presunção da culpa foram convertidas em responsabilidade objetiva tal como o fez o CC: seu art. 927, parágrafo único, passou a conferir ao juiz o poder de criar hipóteses de responsabilidade objetiva

distintas das já previstas em lei. Adotou-se a “regra geral de responsabilidade objetiva para as atividades de risco”, segundo a qual “incorre na obrigação de indenizar, independente de culpa, sempre que sejam produzidos danos no decurso de atividades determinadas, realizadas no seu interesse ou sob seu controle” (MORAES, 2006b, p. 15).

Forma-se um sistema dualista de responsabilidade civil, no qual subsistem a culpa e o risco. A primeira tem em sua base o modelo de justiça comutativa, cujas regras se concentram na conduta do ofensor, ao passo que a segunda corresponde à justiça distributiva, concentrando-se na vítima e nos danos, ensejando a socialização dos riscos por meio de um sistema de seguro coletivo (MORAES, 2006b, p. 20). Tais mudanças revelam, segundo Moraes (2006b, p. 19), uma

passagem do modelo individualista-liberal de responsabilidade, compatível com a ideologia do Código Civil de 1916, para o chamado modelo solidarista, baseado na Constituição da República e agora no Código Civil de 2002, fundado na atenção e no cuidado para com o lesado: questiona-se hoje se à vítima deva ser negado o direito ao ressarcimento e não mais, como outrora, se há razões para que o autor do dano seja responsabilizado.

O fundamento constitucional desse modelo dualista é o princípio da solidariedade, traduzido no dever de respeito à diferença e responsabilidade para com o outro (MORAES, 2006b, p. 25). Nessa relação, não se exige mais a reciprocidade, característica da garantia de liberdade econômica e atividades empresariais, mas a proporcionalidade, que se ocupa da proteção da pessoa injustamente lesada e da distribuição de suas perdas para a sociedade (MORAES, 2006b, p. 19-26). É possível constatar a relação solidarista entre a vítima do dano injusto e a coletividade, valorizando-se, em última instância,

a pessoa humana (MORAES, 2006b, p. 27) e a reparação integral dos danos por ela sofridos.

Há significativa alteração nos fundamentos da responsabilidade civil. Considerando-se que o art. 2º da Constituição italiana (ITALIA, 2012) é norma diretamente aplicável que exprime os princípios fundamentais da tutela da pessoa humana, interpreta-se a cláusula geral do art. 2.043 do *Codice Civile* (ITALIA, [2019]), segundo a qual o dano injusto supera a concepção tradicional de responsabilidade civil como lesão ao direito subjetivo (FLAMINI, 2013, p. 4). Para tanto, considera-se o princípio da solidariedade como um “parâmetro de confronto do juízo de responsabilidade” que atua como limite interno da conduta do agente e valora situações subjetivas lesadas pelo dano injusto. De acordo com Flamini (2013, p. 5, tradução nossa), “a exigência de injustiça ligada ao princípio da solidariedade torna a cláusula geral uma fórmula aberta, capaz de abarcar todos os casos danosos suscetíveis de serem definidos com base e mesmo como fonte da obrigação ressarcitória”³.

Essa leitura solidarista rompe com a concepção, antes prevalecente no Direito italiano, segundo a qual o dano não patrimonial somente poderia ser ressarcido em casos previstos em lei. Considerando que cabe ao intérprete delimitar a área dos danos merecedores de ressarcimento, o dano injusto é produto de uma lesão, tanto do interesse patrimonial, protegido pelo ordenamento jurídico, como de interesses existenciais protegidos em âmbito constitucional, como a vida, a saúde e a dignidade humana (FLAMINI, 2013, p. 10). Exemplar é o papel exercido pela jurisprudência, ao delinear hipóteses de danos não patrimoniais derivados de lesão a interesses

³No original: “il requisito dell’ingiustizia collegato al principio di solidarietà fa della clausola generale una formula aperta, capace di abbracciare ogni fattispecie dannosa suscettibile di essere definita in base ad esso come fonte dell’obbligazione risarcitoria”.

constitucionalmente previstos, como o fez em relação ao dano biológico (FLAMINI, 2013, p. 8). Tal ruptura baseia-se numa releitura do princípio da solidariedade em âmbito constitucional, como revela Flamini (2013, p. 14, tradução nossa):

O princípio da solidariedade tem um campo geral e unitário pelo qual os comportamentos dos sujeitos devem sempre se uniformizar aos parâmetros constitucionais; portanto, também na execução das prestações de uma relação obrigacional, a solidariedade não é mais unicamente econômica como delineada pelo Código Civil, mas tem fins políticos, econômicos e sociais que exprimem a cooperação e a igualdade na afirmação dos direitos fundamentais de todos.⁴

Por conseguinte, a responsabilidade civil não se exaure na função de tutela de situações estritamente patrimoniais, mas se configura na lesão à pessoa e às situações existenciais (FLAMINI, 2013, p. 6), já que a leitura constitucional transmuta sua feição, essencialmente patrimonialista, como instituto de defesa da propriedade e das situações subjetivas patrimoniais, para uma concessão personalista, que traz ao primeiro plano as situações existenciais e o seu papel de valores primários do ordenamento jurídico (FLAMINI, 2013, p. 14).

De modo semelhante, os princípios da solidariedade e da justiça distributiva, previstos no art. 3º, I e II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), moldam novos contornos para a responsabilidade civil no Direito brasileiro (TEPEDINO, 1999, p. 176).

⁴No original: “Il principio di solidarietà ha una portata generale ed unitaria per cui i comportamenti dei soggetti devono sempre uniformarsi ai parametri costituzionali; pertanto anche nell’esecuzione delle prestazioni di un rapporto obbligatorio la solidarietà non è più soltanto economica come delineata dal codice civile, ma ha fini politici, economici e sociali ed esprime la cooperazione e l’eguaglianza nell’affermazione dei diritti fondamentali di tutti”.

Eles sinalizam uma ruptura com a feição individualista e subjetiva da reparação dos danos e impõem a socialização e objetivação dos critérios de reparação. Concorrem a previsão legislativa de hipóteses de responsabilidade objetiva⁵ e o trabalho tecido pela jurisprudência, ampliando os parâmetros da reparação civil e da repartição social dos danos (TEPEDINO, 1999, p. 176).

Assim, o dano passa a ocupar posição central na responsabilidade civil, na medida em que, sem ele, não subsistirá o dever de indenizar, passando-se a um “direito de danos”. A nova expressão traduz a ideia segundo a qual a vítima de um dano não pode ficar sem reparação. É o princípio da reparação integral, que encontra fundamento no princípio da igualdade de todos perante a lei (LORENZETTI, 2016, p. 370) ou também no princípio da dignidade da pessoa humana, ao determinar a irrestrita compensação dos danos morais (art. 5º, V e X, da CRFB) (MONTEIRO FILHO, 2018, p. 3).

Em reação a isso, considerando uma possível “imoralidade da doutrina do risco”, o Direito francês buscou preservar o primado da culpa, retirando-lhe o conteúdo moral ou psicológico. Passa-se a caracterizar a culpa como um erro de conduta que não teria sido cometido pelo bom pai de família ou como o dever de não causar dano a outrem, que, uma vez violado, caracterizaria a conduta culposa⁶.

Entretanto, é no princípio da culpa da vítima que se diminui ou até mesmo se exclui a indenização, uma vez que seu papel é redimensionado como pena privada na responsabilidade civil (JOURDAIN, 2010, p. 21). Nesse contexto,

⁵Ver art. 5º, V e X; art. 7º, XXVIII; art. 21, XXIII, c; art. 37, § 6º, da CRFB (BRASIL, [2019a]); Lei nº 8.078/1990 (BRASIL, [2017a]).

⁶Viney (1965, p. 87-89) assevera que tais concepções foram elaboradas por autores como Mazeaud, Josserand, Ripert e Savatier, com o propósito de preservar o “primado da culpa” e canalizar a aplicação das novas teorias sobre responsabilidade civil.

Tunc (apud JOURDAIN, 2010, p. 21) identifica um paradoxo: a vítima é penalizada por sua culpa, ao passo que o ofensor frui de um seguro obrigatório, que lhe confere imunidade, restando àquela suportar parcialmente – e, por vezes, na sua integralidade – a carga do dano. A injustiça dessa situação leva o autor a atribuir papel extremamente importante à culpa na responsabilidade por acidentes de veículos, sobretudo porque “a responsabilidade fundada na culpa parece justificável e útil, mesmo se a culpa é mínima e se ela atrai consequências graves [...] a culpa constitui aqui o único meio possível de equilibrar e harmonizar os interesses variados do indivíduo e da sociedade” (TUNC, 1989, p. 130-131, tradução nossa)⁷.

Ao realizar um exame atento dessas situações, Viney (1965, p. 210-212) identificou a “contraofensiva da culpabilidade”, notadamente num movimento de qualificação da culpa em graves, gravíssimas, inescusáveis e intencionais, contrariando a tendência de declínio da responsabilidade individual. Trata-se de verdadeira contradição, que, segundo a autora, logo se desfaz, quando se atenta para a dupla função da culpa no sistema de responsabilidade individual: (i) como condição de reparação dos danos, a culpa exerce um papel indenizatório, que designa o titular do patrimônio como responsável; e (ii) ao definir as ações culpáveis e submetidas a sanção, exerce um papel repressivo e preventivo. Se em seu papel indenizatório, a culpa deve ser desconsiderada para dar lugar a critérios mais eficientes, quando está em jogo a responsabilidade coletiva, ela permanece eficaz como instrumento repressivo da responsabilidade individual. “É, com efeito, com um objetivo preventivo e repressivo, isto é,

⁷ No original: “la responsabilité fondée sur la faute semble justifiée et utile, même si la faute est minime et si elle entraîne des conséquences très lourdes. [...] la faute constitue ici le seul moyen possible d'équilibrer et d'harmoniser les intérêts le variés de l'individu et de la société”.

como instrumento normativo sobre a ação do devedor da indenização que a culpa parece útil como fundamento da ação de responsabilidade” (VINEY, 1965, p. 206, tradução nossa)⁸.

No Direito brasileiro, é possível identificar esse movimento na culpa exclusiva da vítima⁹, como excludente de responsabilidade objetiva e na redução equitativa da indenização (SCHREIBER, 2013, p. 49-50). Tais casos poderiam ser interpretados como herança do voluntarismo jurídico, os quais insistem em manter incólume a vontade como fundamento da responsabilidade civil, rendendo-lhe contornos subjetivistas. Todavia, diversamente, seria possível afirmar que a culpa ainda subsiste, não como fundamento, mas como elemento ou aspecto do juízo de responsabilidade (SCHREIBER, 2013, p. 51). Eis a discussão que compõe o pano de fundo do princípio da reparação integral, uma vez que sua limitação passa a ser delineada pela culpa, no parágrafo único do art. 944 do CC, indagando-se por uma “contraofensiva da culpabilidade”¹⁰.

3 O princípio da reparação integral dos danos

A extensão do direito à reparação do dano é governada pelo princípio da reparação integral¹¹,

⁸ No original: “C'est en effet, pour un but préventif et répressif, c'est-à-dire comme instrument normatif sur l'action du débiteur d'indemnité que la faute apparaît utile à la base de l'action en responsabilité”.

⁹ Afastando o teor subjetivista dessa excludente de responsabilidade, Cavalieri Filho (2009, p. 64) prefere designá-los como “fato exclusivo da vítima”.

¹⁰ Fazendo referência à tendência identificada por Viney, Schreiber (2013, p. 49) utiliza a expressão “contraofensiva da culpa”.

¹¹ Registra-se, com base em Monteiro Filho (2018, p. 5), sua qualificação como princípio, pois “mercê de sua estrutura aberta, observa-se que a reparação integral não procura reger determinado comportamento, tampouco estabelecer parâmetros para a incidência de determinada normativa. Em rigor, traduz pilar essencial da responsabilidade civil,

que consiste na adoção de todas as medidas para que o lesado retorne à situação em que se encontrava anteriormente (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2006, p. 859). Essa relação de equivalência entre a reparação e o dano, embora ausente em disposição expressa da codificação anterior (FACCHINI NETO, 2003, p. 181-182), já orientava a doutrina e a jurisprudência brasileiras (CRUZ, 2005, p. 313-314), que buscavam acomodá-la no art. 1.059 do Código Civil de 1916 (BRASIL, [2002]; SANSEVERINO, 2010, p. 50). O codificador de 2002 inspirou-se nela, ao estabelecer no *caput* do art. 944 que “a indenização mede-se pela extensão do dano” (BRASIL, [2020]).

É possível notar que a culpa, eventualmente cometida pelo ofensor, não tem lugar quando se mede a extensão do direito à reparação da vítima. Não importariam os graus de culpa do ofensor, seja ela leve ou levíssima, nem sequer o caráter punitivo, afeto à responsabilidade penal. Aqui, a extensão do dano é o critério fundamental da indenização, “deixando claro a prevalência do dano sobre a culpabilidade na fixação da indenização correspondente aos prejuízos ensejados pelo ato ilícito” (SANSEVERINO, 2010, p. 50). Seu fundamento escapa a critérios subjetivos, voltando-se para o princípio da justiça comutativa (SANSEVERINO, 2010, p. 57), pois trata-se de um princípio que decorre da necessidade em restabelecer o equilíbrio destruído pelo dano e recolocar a vítima na situação em que estava anteriormente. Desse modo, a “regra se coadunaria com o deslocamento do foco da responsabilidade civil da figura do ofensor para a da vítima, objetivando-se a mais ampla reparação possível pelos danos por esta sofridos” (BANDEIRA, 2012, p. 10).

verdadeiro mandado de otimização, que visa a promover a reparação completa da vítima, na medida da extensão dos danos sofridos”.

O princípio da reparação integral encontrou desenvolvimento no Direito francês, ao ser enunciado na expressão “todo o dano, mas nada mais que o dano!” (JOURDAIN, 2010, p. 146, tradução nossa)¹². Dessa afirmação resulta a sua dupla função de piso e de teto indenizatório. A primeira busca assegurar a compensação da totalidade dos prejuízos, ao passo que a segunda procura evitar o enriquecimento sem causa do lesado.

No Direito brasileiro, Sanseverino (2010, p. 57) refere-se a essas funções (compensatória e indenitória) e ainda acrescenta uma terceira, a concretizadora. A função compensatória é mais característica a compor o conteúdo do princípio, pois consiste na relação de equivalência entre a indenização e os danos sofridos, atuando como um piso indenizatório, e referida expressamente no art. 944 do CC. A função indenitória, por sua vez, atua como um teto, não autorizando que a indenização ultrapasse a extensão dos prejuízos sofridos, a fim de evitar o enriquecimento sem causa. Dessa forma, o princípio previsto no art. 884 do CC atua como limitador intrassistêmico da norma de reparação integral (SANSEVERINO, 2010, p. 58-62). É também um obstáculo à indenização duplicada, pelo mesmo fato, à obtenção de vantagens pelo evento danoso e afasta os *punitive damages* (SANSEVERINO, 2010, p. 63). A concretização da função compensatória é a terceira, para a qual a indenização deve corresponder aos prejuízos reais e efetivos sofridos pela vítima e avaliados concretamente pelo juiz. Em oposição a uma avaliação abstrata, os danos devem ser avaliados com base em prova produzida no processo, o que não afasta por completo seu controle pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) (SANSEVERINO, 2010, p. 76).

¹²No original: “tout le dommage, mais rien que le dommage!”.

A exigência de equivalência entre o dano e a reparação suscita dificuldades quando está em jogo o dano extrapatrimonial. Considerando-se que sua reparação não é mera fórmula matemática, delinea-se uma das principais objeções ao princípio da reparação integral no Direito francês. Citando Viney, Sanseverino (2010, p. 78) assevera que o princípio perde todo seu significado diante de dano extrapatrimonial, uma vez que ele não tem conteúdo econômico. Ademais, a condição financeira da vítima, suas necessidades e seu estado não poderiam ser considerados para aumentar ou restringir o *quantum* indenizatório (JOURDAIN, 2010, p. 146), não sendo de todo razoável uma aplicação irrestrita do princípio a todos e quaisquer prejuízos (SANSEVERINO, 2010, p. 78). Na jurisprudência, de modo diverso, concede-se ao juiz ampla liberdade para estabelecer equitativamente a indenização por tais danos ou, valendo-se de prévia tarifação legislativa de valores indenizatórios, para aplicar o princípio da reparação integral àqueles danos (SANSEVERINO, 2010, p. 266).

Esse contexto reflete-se no Direito brasileiro, uma vez que a doutrina demonstra certa resistência à aplicação do princípio aos danos extrapatrimoniais (SANSEVERINO, 2010, p. 267). A jurisprudência brasileira segue os passos do Direito francês, conferindo ao juiz o poder de quantificar o dano moral. Desse modo, por meio de arbitramento judicial baseado na razoabilidade, ainda que não lhe faça referência expressa, aplica-se o princípio implicitamente. Há, nisso, segundo Sanseverino (2010, p. 269-270), uma aplicação mitigada do princípio da reparação integral no caso de dano extrapatrimonial. Como consequência, rejeita-se a tendência de tarifamento da compensação por danos morais, estabelecida pelo próprio legislador; assegura-se a igualdade de tratamento na fixação das indenizações; evita-se a estipulação de valores excessivamente altos ou muito baixos, que destoem da extensão dos prejuízos sem conteúdo econômico; e cuida-se para que o arbitramento da indenização corresponda ao interesse do bem jurídico lesado (SANSEVERINO, 2010, p. 269-270).

A adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do dano moral, segundo Moraes (2007, p. 306), também influencia o critério da reparação integral. A lesão à dignidade da vítima é suficiente para afastar critérios como a sua condição econômica ou nível social, sendo imprescindível considerar sua singularidade. Para que a reparação do dano seja integral, é necessário valorar as condições pessoais do lesado, de modo a “buscar aproximar a reparação dos danos morais efetivamente sofridos pelas diferentes vítimas, com a finalidade de compensá-las no modo o mais completo possível” (MORAES, 2007, p. 309).

A despeito de o princípio da reparação integral ser a regra, Viney (1965, p. 310) salienta que não é possível esconder que, no Direito francês, os juízes não o afirmam, senão para constantemente o violar. Tal paradoxo

é desenhado pela culpa do autor do dano, cujo grau é apreciado para estabelecer a extensão da condenação. E essa tendência ocorre notadamente em relação ao dano moral, que confere ao juiz ampla liberdade de avaliação, o que resulta numa condenação proporcional à culpa do autor do dano. Viney (1965, p. 310, tradução nossa) ressalta que “os tribunais violam por vezes esse instintivo método de cálculo sob a cobertura da causalidade. Eles vinculam, assim, às culpas graves uma força causal muito mais vasta que às faltas leves e chegam a atribuir-lhe, sem atentado aparente ao princípio da reparação integral”¹³.

Essa reação dos tribunais franceses ao princípio não escapou ao Direito brasileiro. Lopes (1995, p. 398), ao discorrer sobre a repercussão da condição econômica da vítima ou do responsável na composição do dano, apresenta o exemplo de empregada doméstica que consegue, a muito custo, adquirir a casa própria; todavia, no exercício de seu trabalho, esquece uma janela aberta, o que acarreta o furto de uma tela de alto valor de seus patrões. Nesse exemplo, desprezando-se a atual proteção do bem de família, indaga-se: seria justa a perda da casa pela empregada para ressarcir o prejuízo de seus patrões? Ao final, conclui que apenas a inferioridade financeira do infrator poderia interferir na reparação dos danos por equidade, a qual somente influiria “na decisão do Juiz quando a situação de fortuna da vítima ou de sua família pudesse, por sua vez, também influir sobre o montante do prejuízo, como se dá no caso de lesão à pessoa, que pode corresponder a uma perda de um lucro” (LOPES, 1995, p. 398). Assim, está-se diante da discussão sobre a influência do grau de culpa, se levíssima, leve ou grave, na fixação do valor da indenização.

Gonçalves (2003, p. 591) afirma que o CC não admite, em regra, que o grau de culpa do infrator repercuta no valor da indenização. Excepcionalmente, tem-se admitido essa análise, nos termos do parágrafo único do art. 944 do CC, que prevê que, “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização” (BRASIL, [2020]; FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2017, p. 201). Trata-se de cláusula que dá ao juiz o poder de reduzir equitativamente a indenização quando haja excessiva desproporção entre o grau de culpa do agente e o dano. No entanto, tal norma configura um paradoxo ao restaurar o grau da culpa como critério para a reparação do dano e, ao voltar suas atenções para o ofensor, posiciona-se na contramão da tendência solidarista da res-

¹³No original: “Les tribunaux violent parfois cette instinctive méthode de calcul sous le couvert de la causalité. Ils attachent ainsi aux fautes graves une portée causale beaucoup plus vaste qu’aux manquements légers et parviennent à leur attribuer, sans atteinte apparente au principe de la réparation intégrale”.

ponsabilidade civil, que preza a responsabilidade objetiva e a reparação integral da vítima (BANDEIRA, 2012, p. 12). Abre-se, então, um debate acerca da norma contida no parágrafo único do art. 944 do CC, que tem como pano de fundo a “contraofensiva da culpa”.

4 A dissociação da culpa na interpretação da cláusula geral de redução equitativa da indenização

O princípio da reparação integral pode atuar como limite à reparação ou ser objeto de limites impostos pela lei ou pela vontade das partes, o que pode levar a uma indenização mais reduzida ou mesmo inexistente (MONTEIRO FILHO, 2018, p. 6). Nesta última perspectiva, a limitação pode incidir sobre a natureza do dano ou sobre o *quantum debeatur*.

Considerando-se a natureza dos danos, o art. 400 do CC subtrai do devedor isento de dolo a responsabilidade pela conservação da coisa quando o credor está em mora. Há nisso um afastamento legal do princípio de que todo dano deve ser reparado (MONTEIRO FILHO, 2018, p. 9), sobretudo na responsabilidade contratual. Igualmente, no art. 392 do CC, afasta-se a responsabilidade contratual da parte que se obrigou gratuitamente quando o dano por ela causado for resultante de culpa. O STJ consolidou esse entendimento na Súmula 145 (BRASIL, [2010]), equiparando o dolo à culpa grave no transporte gratuito. Entretanto, Monteiro Filho (2018, p. 8) salienta que a jurisprudência mais recente tem afastado a caracterização de responsabilidade contratual e do grau de culpa – neste caso, para estabelecer a responsabilidade extracontratual em favor da vítima, prevalecendo o princípio da reparação integral.

Considerando-se o *quantum debeatur*, a primeira limitação legal é encontrada no *caput* do art. 944 do CC, segundo o qual a indenização deve abarcar toda a extensão do dano. Trata-se de regra que se harmoniza com o art. 403 do CC, ao afastar a investigação da culpa no âmbito da responsabilidade contratual: “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual” (MONTEIRO FILHO, 2018, p. 11). Considerando tais fatos, os *punitive damages* mostrar-se-iam incompatíveis com o princípio da reparação integral quando se tratasse de danos morais, pois a

dificuldade de precisar a extensão do prejuízo moral somada à preocupação um tanto excessiva dos tribunais brasileiros em evitar o enriquecimento sem causa da vítima têm levado a indenizações muitas vezes ineficazes, atraindo para a discussão acerca do *quantum* indenizatório o argumento

do caráter punitivo, tradicionalmente estranho ao direito civil brasileiro (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2006, p. 859).

O STJ tem adotado o caráter punitivo para a mensuração do valor da indenização dos danos morais. Por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.680.689/RJ, de relatoria do ministro Herman Benjamin, a 2ª Turma concluiu que a fixação do montante indenizatório deve ser feita com respeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Pondera ainda que

[t]ambém devem ser observados, para a fixação da verba, o poder econômico do ofensor, a condição econômica do ofendido, a gravidade da lesão e sua repercussão, não se podendo olvidar da moderação, para que não haja enriquecimento ilícito ou mesmo desprestígio ao caráter punitivo-pedagógico da indenização (BRASIL, 2017b, p. 2).

Em vez de excluírem a indenização, as cláusulas limitativas de responsabilidade podem atuar como um teto indenizatório. É o caso dos arts. 412 e 413 do CC: eles estabelecem que a cláusula penal não pode ultrapassar o valor da obrigação e conferem ao juiz o poder de reduzi-la equitativamente quando se mostre excessiva ou tenha sido parcialmente cumprida (MONTEIRO FILHO, 2018, p. 17).

As cláusulas que limitam ou excluem o dever de indenizar também atuam como limitação daquele princípio na esfera contratual, decorrente da autonomia privada. Segundo Monteiro Filho (2018, p. 9, grifo do autor), tais cláusulas obrigam o contrato “ao atendimento dos valores constitucionais, fazendo-se mister que os ajustes correspondam à efetiva vantagem para o credor, em *equilíbrio funcional* da relação jurídica”. Considerando tal equilíbrio, a Lei nº 8.078/1990 – que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC) – sanciona as cláusulas que limitem ou exonerem a responsabilidade do fornecedor (art. 25), considerando-as abusivas (art. 51, I) (BRASIL, [2017a]). Note-se que, nas relações regidas por essa lei, há, “para fins de tutela do contratante vulnerável, uma sensível diferença em relação ao Código Civil/2002: a prevalência *absoluta* do princípio da *reparação integral dos danos*. Na legislação protetiva do consumidor inexistem tais restrições” (BERGSTEIN; MARQUES, 2017, p. 266, grifos das autoras).

O CDC cuidou de afirmar aquele princípio no art. 6º, VI, entre os direitos básicos do consumidor, o que se mostra incompatível com a cláusula geral de redução equitativa da indenização, prevista no parágrafo único do art. 944 do CC (SANSEVERINO, 2010, p. 126). Esse foi o fundamento utilizado pelo STJ para afastar o teto indenizatório estabelecido pelas Convenções de Varsóvia e de Montreal, em caso de extravio de bagagem no transporte aéreo nacional e internacional (SANSEVERINO,

2010, p. 126). No entanto, recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF) contrariou esse entendimento, estabelecendo a prevalência do limite indenizatório em transporte aéreo internacional, por entender que os tratados internacionais prevalecem sobre o CDC¹⁴. Ainda que não mencionado, o STF esvaziou de sentido o princípio da reparação integral nas relações de consumo.

O parágrafo único do art. 944 do CC contém uma exceção ao princípio da reparação integral, ao dispor que, “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização” (BRASIL, [2020]). Trata-se de uma cláusula geral, “uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos” (ENGISCH, 1996, p. 229), conferindo ao julgador o poder de criar normas aplicáveis ao caso concreto¹⁵, a despeito da ausência de qualquer modelo de decisão pré-constituído, rendendo-lhe o caráter de uma norma incompleta. Nesse espaço de indeterminação intencional deixado pelo legislador, a cláusula geral desempenha as funções de abertura e mobilidade do sistema jurídico, que, ao mesmo tempo em que o integra de acordo com as mudanças sociais, lhe permite a recepção de elementos extrajurídicos e o retorno dialético a outras disposições internas do sistema (MARTINS-COSTA, 1999, p. 341). Para tanto, a subsunção revela-se insuficiente, requerendo-se a utilização do método tópico, que se instrumentaliza com os *topoi*, definidos como “toda e qualquer ideia ou ponto de vista que possa desempenhar algum papel nas análises jurídicas” (LARENZ, 1997, p. 203). Nesse campo, o texto normativo apresenta como *topoi* a culpa e a equidade para delinear o conteúdo da cláusula de redução da indenização.

¹⁴“Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Extravio de bagagem. Dano material. Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. 3. Julgamento de mérito. É aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais. 5. Repercussão geral. Tema 210. Fixação da tese: ‘Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor’. 6. Caso concreto. Acórdão que aplicou o Código de Defesa do Consumidor. Indenização superior ao limite previsto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. Decisão recorrida reformada, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido na legislação internacional. 7. Recurso a que se dá provimento” (BRASIL, 2017c, p. 1).

¹⁵Viola (2013) preconiza que o disposto no parágrafo único do art. 944 do CC outorga maior discricionariedade ao magistrado, que não pode, contudo, ser confundida com arbitrariedade. “O poder discricionário outorgado ao juiz para alcançar a solução do caso concreto deve levar em consideração os princípios e valores da sociedade e não os valores pessoais do magistrado. Nesse aspecto, o modo de apreciar a extensão da redução equitativa deverá considerar todas as circunstâncias fáticas em correspondência com os ditames constitucionais [...] Em outras palavras, não basta que o magistrado determine o valor da redução, mas antes, deverá fundamentar adequada e criticamente as razões que o levaram àquele valor” (VIOLA, 2013, p. 241).

A cláusula de redução da reparação integral tem inspiração nos arts. 43 e 44 do Código Suíço das Obrigações¹⁶ e no art. 494º do Código Civil português¹⁷, que também se rendem à culpa, nos termos de sua enunciação. Desse modo, evidencia-se que ela acabou reintroduzindo o elemento subjetivo do ofensor para fins de redução equitativa da indenização. Essa contraofensiva, evidenciada por uma concepção subjetiva ou psicológica, característica do individualismo, contrapõe-se à concepção objetiva ou normativa, característica do solidarismo. A primeira diz respeito à intenção do infrator e tem como requisitos a infração de um dever preexistente, decorrente de ato praticado de forma livre e consciente por um indivíduo, e a previsibilidade do dano (BANDEIRA, 2012). Logo, a culpa estará condicionada à prática de ato que possa ser moralmente atribuído a uma pessoa (NORONHA, 2010). A objetiva ou normativa, por sua vez, tem sido aceita pela doutrina e pela jurisprudência, que reconhecem a existência da culpa por meio do *standard* de comportamento do homem médio. Essa modalidade afasta qualquer discussão sobre a graduação da culpa para o reconhecimento do dever de indenizar. Torna-se irrelevante sua natureza levíssima, leve ou grave, procedendo-se à análise do procedimento adotado pelo indivíduo e aquele que seria realizado por um homem diligente, o que afasta qualquer averiguação sobre a intenção do agente (BANDEIRA, 2012).

Todavia, o entendimento do modelo de homem-médio tem-se alterado no espaço e no tempo¹⁸. Surge, pois, a discussão sobre a necessidade da fragmentação do modelo de conduta, valendo-se de padrões de comportamentos determinados para cada situação, mas sem abandonar a abstração. Assim, a constatação da culpa “ganha em objetividade, estimulando o efeito dissuasivo, sem as deficiências de um *standard* unívoco, que, correspondendo simplesmente à moralidade judiciária, acaba por projetar

¹⁶“Art. 43. 1. Le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute. 2. Des dommages-intérêts ne peuvent être alloués sous forme de rente que si le débiteur est en même temps astreint à fournir des sûretés. Art. 44. [...] 2. Lorsque le préjudice n'a été causé ni intentionnellement ni par l'effet d'une grave négligence ou imprudence, et que sa réparation exposerait le débiteur à la gêne, le juge peut équitablement réduire les dommages-intérêts” (BANDEIRA, 2012, p. 13). Tradução nossa: “1. O juiz determina o modo e a extensão da reparação, de acordo com as circunstâncias e a gravidade da culpa. 2. As perdas e danos não podem ser concedidas na forma de uma prestação periódica se o devedor está, ao mesmo tempo, obrigado a fornecer garantias. [...] Quando o dano não foi causado intencionalmente nem por efeito de uma grave negligência ou imprudência, e sua reparação exporia o devedor ao desconforto, o juiz pode equitativamente reduzir as perdas e danos”.

¹⁷“Quando a responsabilidade se fundar em 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 econômica deste e do lesado e as demais características do caso o justifiquem” (PORTUGAL, [2019]).

¹⁸Lóbo (2013, p. 308) assevera que o padrão de homem-médio é alterado “no tempo e no espaço, e até mesmo nas classes e profissões, o que bem demonstra a grande dificuldade de caracterizar a culpa”.

um homem médio desconhecido para a média dos homens” (SCHREIBER, 2013, p. 41-43). Nesse contexto, o parágrafo único do art. 944 do CC não se aplica aos atos dolosos ou praticados com culpa grave, para os quais permanece íntegro o princípio da reparação integral. Sua incidência ocorre nas hipóteses de culpa leve ou levíssima, assim compreendidas como o erro de comportamento, no qual todos os indivíduos poderiam incidir (KFOURI NETO, 2006, p. 19). Por conseguinte, a concepção concreta de culpa mostra-se mais pertinente, uma vez que “avalia as especificidades da conduta do agente causador do dano em si e as suas circunstâncias” (SANSEVERINO, 2010, p. 206).

Considerando o papel da culpa na cláusula geral de redução da indenização, poderia parecer paradoxal cogitar sua incidência na responsabilidade objetiva¹⁹²⁰. Para Bandeira (2012), a norma se restringiria à responsabilidade subjetiva, uma vez que a objetiva prescinde de culpa, e não há autorização legal para fazê-lo, ao contrário do que estabelece o art. 494^o do Código Civil português. Compartilhando

¹⁹ Farias, Braga Netto e Rosenvald (2017, p. 205) advertem que “a extensão do parágrafo único do art. 944 à teoria do risco representa uma oportunidade para que o dimensionamento da culpa possa ocupar posição privilegiada na responsabilidade civil. Dessa vez, para estimular todo e qualquer agente econômico que, não obstante o risco inerente à sua atividade, atue no sentido de não medir esforços para mitigar a possibilidade de causar danos a terceiros”.

²⁰ Tepedino, Barboza e Moraes (2006, p. 861) advertem que, “no que diz respeito à culpa como parâmetro para a redução da indenização, é de se considerar, todavia, que o conceito não se aplica à responsabilidade objetiva. Como antes explicado, o parágrafo único do art. 944 vem tutelar, justamente as excepcionais hipóteses em que se recomenda a divisão do risco social entre o autor do dano e a vítima. Ora, a responsabilidade objetiva é reservada pelo ordenamento brasileiro às atividades que geram, por si só, risco social excessivo (v. comentário ao art. 927), como a atividade nuclear, a circulação de produtos e serviços etc. Seria contraditório permitir que, naquelas hipóteses em que o legislador considerou que a atividade geraria risco excessivo e por isto dispensou a prova da culpa do agente, o juiz levasse em conta a baixa intensidade da culpa para reduzir a indenização, relançando parte do risco sobre a vítima do dano”.

tal entendimento, Sanseverino (2010, p. 123) reformulou seu posicionamento para sustentar a superação daquele paradoxo: basta substituir a expressão “gravidade da culpa” por “relevância da causa”, autorizando o julgador a reduzir equitativamente a indenização. Trata-se de um deslocamento do nexo de imputação para o nexo de causalidade, conferindo-se à culpa um posicionamento mais correto, não sendo mais vista como elemento de caracterização do ilícito, mas como critério de redução da indenização excessiva (SANSEVERINO, 2010, p. 123-126).

Considerando que a aplicação irrestrita do princípio da reparação integral poderia conduzir a injustiças, a equidade é apresentada pelo codificador de 2002 como uma “erupção tópica dentro do sistema de responsabilidade civil”, que estabelece *topoi* autorizadores de uma exceção àquele princípio (SANSEVERINO, 2010, p. 93-94). Para Amaral (2008, p. 90), é “um critério de decisão que leva em conta a singularidade de cada caso, apresentando-se sob a forma de cláusula geral, no sentido de enunciado de conteúdo variável, a precisar em cada caso”, que pode desempenhar uma função interpretativa, substitutiva ou integrativa. Retomada da concepção aristotélica, como a “justiça do caso concreto”, a equidade exerce uma função integrativa, concedendo ao julgador poderes para corrigir a excessiva desproporção entre a gravidade da culpa do ofensor e a extensão do dano (SANSEVERINO, 2010, p. 92), dado que a “noção de equitativo aqui deve ser tomada como julgamento justo, senso de justiça, respeito à igualdade dos direitos das partes, para a imposição de uma condenação suficiente à reparação do dano” (DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2007, p. 364).

Considerando-se a abertura concedida pela noção de equidade, presente na cláusula geral do parágrafo único do art. 944 do CC, torna-se

possível a utilização de critérios objetivos para a redução da indenização excessiva (BANDEIRA, 2012, p. 15). Nesse sentido, propõe-se com Monteiro Filho (2016, p. 13) que seu conteúdo seja complementado pelo juiz de acordo com os princípios constitucionais. Logo, a utilização da equidade para a fixação do montante da indenização permite que se pondere o patrimônio mínimo do infrator e o do lesado. Desse modo, se “o causador do dano for solvente e tiver capacidade para suportar o encargo da indenização sem recair em pobreza, a aplicação do parágrafo único do artigo 944 é de ser, em princípio, afastada”, pois a “*ratio* do dispositivo deve ser tão somente a de evitar reduzir o causador do dano a um estado de carência” (MONTEIRO FILHO, 2016, p. 12). Corroborava ainda esse entendimento o art. 833 do Código de Processo Civil (BRASIL, [2019b]), ao estabelecer um rol de bens impenhoráveis para assegurar o mínimo existencial do devedor.

Trata-se de um novo *topos* a ser considerado na aplicação da cláusula de redução de indenização: a condição econômica do ofensor. Como adverte Sanseverino (2010, p. 121), quanto maior for a repercussão no patrimônio do autor do dano, maior será a redução do *quantum* indenizatório; quanto menor a repercussão, menor a redução; e, se a repercussão econômica for mínima, o julgador poderá afastar completamente a norma de redução, de modo que a equidade modela o princípio da reparação integral.

Partindo do princípio da dignidade da pessoa humana, Sanseverino (2010, p. 119) agrega a “existência digna”, prevista no art. 170, *caput*, da CRFB, como outro *topos* a ser considerado para delinear o conteúdo da cláusula geral de redução da indenização. Trata-se de um postulado normativo daquele princípio, capaz de estabelecer a medida de aplicação de normas que concretizam e operacionalizam a ordem econômica, de maneira que, quando estiverem em jogo tão somente interesses patrimoniais, será “plenamente aplicável a norma de redução da indenização, não havendo espaço para a atuação do postulado normativo da existência digna” (SANSEVERINO, 2010, p. 119). Entretanto, se estiverem em jogo danos pessoais, tal postulado atua por inteiro, em face da “prevalência do respeito à vida e à integridade físico-psíquica de uma pessoa, cuja proteção, seja como direitos fundamentais, seja como direitos da personalidade, é prioritária em nosso sistema jurídico” (SANSEVERINO, 2010, p. 119). Em razão dessa prevalência dos interesses existenciais sobre os interesses patrimoniais, em termos de responsabilidade civil, a “existência digna” bloqueia a possibilidade de redução da indenização, não se mostrando compatível reduzir “os efeitos de graves violações a direitos fundamentais de magnitude do direito à vida, à saúde ou à integridade físico-corporal” (SANSEVERINO, 2010, p. 120).

Como adverte Sanseverino (2009), a autorização para decidir com fundamento na equidade, tal como previsto no parágrafo único do art. 944 do CC, conjuga-se com a “existência digna”, levando à prevalência do princípio da reparação integral nos danos morais:

Nos danos pessoais, assume especial importância a dignidade da pessoa humana, valor e princípio constitucional, consagrado como um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF/88), ensejando que o juiz limite a incidência da redução, quando, além de prejuízos puramente materiais, tenham ocorrido danos existenciais, como uma lesão grave (v.g. perda de um membro em decorrência de acidente de trabalho) ou a morte da vítima (v.g. acidente de trânsito ou desastre aéreo). [...] Assim, nos danos pessoais, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, deve prevalecer a regra geral consistente na reparação integral dos danos sofridos pelo lesado (SANSEVERINO, 2009, p. 3).

Desenha-se um caráter excepcional para a cláusula geral do parágrafo único do art. 944 do CC, que mitiga o papel nela ocupado pela culpa. Ocorre que a inspiração do preceito é a consideração de certos riscos de danos, “para os quais a situação da vítima muitas vezes contribui, de modo que não é absurdo admitir que, excepcionalmente, o ônus de prejuízos causados por culpa leve do ofensor, seja, em parte, deixado ao encargo da própria vítima” (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2006, p. 860). Com efeito, aquela norma não só acarreta a redução do valor da indenização para o causador do prejuízo, como também faz com que o lesado suporte uma parte dos prejuízos. Considerando-se que a vítima foi quem sofreu o prejuízo e tem o direito de ser indenizada integralmente pela perda patrimonial ou moral sofrida – em atendimento aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da reparação dos danos morais e do direito de propriedade –, o parágrafo único do art. 944 do CC deve ser aplicado com cautela e de forma restritiva²¹.

Para isso, de acordo com Bandeira (2012, p. 15),

a norma somente incidirá permitindo a redução da indenização por dano moral ou material excepcionalmente nas hipóteses em que tal redução se afigure imprescindível à proteção do patrimônio mínimo e da subsistência digna do ofensor, tendo por fundamento, por isso mesmo, a equidade e não o grau de culpa.

²¹ Nesse sentido dispõe o enunciado 46 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, já com a alteração do enunciado 380 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “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” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2012, p. 21).

Configura-se uma transição de critérios subjetivos, delineados por uma “contraofensiva da culpa” para critérios objetivos na interpretação da cláusula geral de redução da indenização (SCHREIBER, 2013, p. 46). Conjugando-se a ideia segundo a qual uma indenização exorbitante violaria o direito fundamental de liberdade e o livre desenvolvimento da personalidade (CANARIS apud SANSEVERINO, 2010, p. 83), o princípio da reparação integral encontra fundamento constitucional para ser modulado pela equidade, com base em *topoi*, como a condição econômica do ofensor e a existência digna. Dessa forma, a culpa é mitigada como critério para o estabelecimento do *quantum debeatur*, o que é mais coerente com a tendência contemporânea da responsabilidade civil, que a considera como reação ao dano injusto. Não se trata mais de julgá-la como uma forma de punir o culpado ou de ser vista como reação ao ato ilícito, passando a ser considerada, conforme proclamou Rodotà (apud MORAES, 2006a, p. 179), uma “fonte de proteção mínima de direitos fundamentais”, recolocando a vítima e o dano no centro da cláusula geral de redução da indenização.

5 Conclusão

O estágio de desenvolvimento econômico baseado na produção agrícola e na pequena indústria da sociedade novecentista determinou o lugar da culpa na responsabilidade civil. Considerando-se que os empresários não poderiam ser demasiadamente onerados pelos danos causados no exercício de sua atividade profissional, impôs-se ao ofensor a obrigação de indenizar tão somente em razão de seu comportamento culposos.

A mudança desse contexto socioeconômico no século XX determinou que os proprietários dos meios de produção passassem a arcar com

danos gerados pelo desenvolvimento de sua atividade produtiva. O princípio da solidariedade aponta, então, para uma diluição dos riscos e a atenuação da culpa como princípio da reparação civil. Forma-se um sistema dualista de responsabilidade civil, no qual subsistem a culpa e o risco. Os princípios constitucionais contribuíram para a promoção do homem nesse novo desenho da responsabilidade civil, afirmando-se a ideia de que a vítima de um dano não pode ficar sem reparação.

Segundo esse princípio, a extensão do dano é o critério fundamental para a fixação da indenização, deixando-se de lado critérios subjetivos e buscando-se restaurar a situação anterior em que se encontrava a vítima. Nota-se a prevalência do dano sobre a culpa, passando o foco da responsabilidade civil do ato ilícito e seu autor para a vítima e o dano por ela sofrido.

O princípio da reparação integral encontrou notável desenvolvimento no Direito francês, ao estabelecer seu conteúdo: a extensão do dano é, ao mesmo tempo, piso mínimo e teto máximo da indenização. Esse conteúdo é recepcionado pelo Direito brasileiro, pois, além da função compensatória e indenitária, tem função concretizadora, que consiste em estabelecer uma indenização que corresponda aos prejuízos reais e efetivos sofridos pela vítima e avaliados concretamente pelo julgador.

As dificuldades em delimitar tal conteúdo são sentidas na avaliação do dano moral, uma vez que a consideração de critérios subjetivos, tais como a condição econômica da vítima ou do ofensor, fariam cair por terra a delimitação do dano como critério da reparação. Entretanto, a entrega de um poder equitativo ao julgador levaria à conclusão contrária, já que valorar as condições pessoais do ofendido é imprescindível para realizar uma reparação integral dos danos morais, uma vez idealizados como ofensa à dignidade da vítima.

Depois de ter sido considerada princípio implícito, a reparação integral foi acolhida como princípio expresso no art. 944 do CC. Entre os limites delineados pela regra contida no *caput* desse artigo, o parágrafo único estabelece uma cláusula geral de redução equitativa da indenização. Para tanto, confere um poder de equidade ao julgador, que poderá utilizar-se de *topoi* para preencher aquela norma aberta. Considerando-se que o artigo traz consigo a possibilidade de redução da indenização em face do grau de culpa da vítima, revela-se a “contraofensiva da culpabilidade”, que desloca o princípio da reparação integral de seu contexto: responsabilidade civil como instrumento de proteção da vítima, cujo dano não pode ficar sem reparação.

Para empreender uma interpretação mais coerente do princípio, cogita-se a complementação da cláusula geral de redução equitativa da indenização, que não se atenha aos graus de culpa do ofensor – o que seria paradigma superado na responsabilidade civil –, mas que recorra a elementos objetivos, notadamente presentes em princípios constitucionais. A referência ao princípio da dignidade da pessoa humana suscita: (i) a proteção do patrimônio mínimo do ofensor; (ii) a condição econômica do ofensor, como *topos* capaz de modelar o alcance do princípio da reparação integral; (iii) a “existência digna”, presente no *caput* do art. 170 da CRFB, que permite uma redução equitativa da indenização por danos patrimoniais, permanecendo incólume a reparação dos danos existenciais, com vistas a preservar os direitos fundamentais à vida, à saúde e à integridade psicofísica. Assim, supera-se o papel da culpa e concebe-se a responsabilidade civil como “fonte de proteção mínima de direitos fundamentais” (MORAES, 2006a, p. 176).

Sobre os autores

Rosalice Fidalgo Pinheiro é doutora e mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil; pós-doutora pela Universidade Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, Paris, França; professora do programa de mestrado em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil; professora adjunta de Direito Civil da UFPR, Curitiba, PR, Brasil.

E-mail: rosalice@gmail.com

José Roberto Della Tonia Trautwein é mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (Unibrasil), Curitiba, PR, Brasil; doutorando em Direitos Fundamentais e Democracia no Unibrasil, Curitiba, PR, Brasil; especialista em Direito Constitucional pelo Unibrasil, Curitiba, PR, Brasil; especialista em Direito Empresarial pelo Instituto de Ciências Sociais do Paraná; Curitiba, PR, Brasil; advogado, Curitiba, PR, Brasil.

E-mail: joseroberto@dotti.adv.br

Como citar este artigo

(ABNT)

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; TRAUTWEIN, José Roberto Della Tonia. O princípio da reparação integral e a “contraofensiva da culpabilidade”: revisitando a cláusula de redução equitativa da indenização. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 226, p. 71-92, abr./jun. 2020. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/226/ril_v57_n226_p71

(APA)

Pinheiro, R. F., & Trautwein, J. R. D. T. (2020). O princípio da reparação integral e a “contraofensiva da culpabilidade”: revisitando a cláusula de redução equitativa da indenização. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(226), 71-92. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/226/ril_v57_n226_p71

Referências

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. rev., modificada e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BANDEIRA, Paula Greco. Notas sobre o parágrafo único do art. 944 do Código Civil. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 2, p. 1-22, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/35>. Acesso em: 31 mar. 2020.

BERGSTEIN, Laís; MARQUES, Claudia Lima. Socialização de riscos e reparação integral do dano no direito civil e do consumidor no Brasil. *Conpedi Law Review*, Costa Rica, v. 3, n. 1, p. 250-278, jan./jun. 2017. DOI: http://dx.doi.org/10.26668/2448-3931_conpedilawreview/2017.v3i1.3692. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3692>. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.

_____. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2002]. [Revogada]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.

_____. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial nº 1.680.689/RJ*. Processual civil e civil. Violação aos arts. 165 e 458 do CPC/1973 não configurada. Fornecimento de água. Indenização por danos morais. Matéria fático-probatória. Incidência da súmula 7/STJ [...]. Recorrente: Companhia Estadual de Águas e Esgotos – Cedae. Recorrido: Vantuir Silva. Relator: Min. Herman Benjamin, 21 de setembro de 2017b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1637884&num_registro=201701294396&data=20171009&formato=PDF. Acesso em: 31 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 145*. No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave. [Brasília, DF]: STJ, [2010]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_10_capSumula145.pdf. Acesso em: 31 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 636.331/RJ*. Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Extravio de bagagem. Dano material. Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. 3. Julgamento de mérito. É aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil [...]. Recorrente: Société Air France. Recorrida: Sylvania Regina de Moraes Rosolem. Relator: Min. Gilmar Mendes, 25 de maio de 2017c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14028416>. Acesso em: 31 mar. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Brasília, DF: CJF, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2020.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 13.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 151-198.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FIGUEIRA, Eliseu. *Renovação do sistema de direito privado*. Lisboa: Ed. Caminho, 1989.

FLAMINI, Antonio. Responsabilità civile e Costituzione. *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, Camerino, n. 2, p. 1-15, 2013. Disponível em: https://afg.unicam.it/sites/d7.unicam.it/afg/files/Flamini_Responsabilità.pdf. Acesso em: 31 mar. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das obrigações*, arts. 927 a 965. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11.

ITALIA. *Codice Civile*: Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262. [S. l.]: Altalex, [2019]. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>. Acesso em: 31 mar. 2020.

_____. [Costituzione (1948)]. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Roma: Senato della Repubblica, 2012. Disponível em: <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2020.

JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 8e éd. Paris: Dalloz, 2010. (Connaissance du Droit).

KFOURI NETO, Miguel. Graus da culpa e redução equitativa da indenização. *Cadernos de Doutrina e Jurisprudência da Ematra XV*, [Campinas], v. 2, n. 1, p. 15-26, jan./fev. 2006. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79073566.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2020.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações: responsabilidade civil*. 4. ed. rev. e atual por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 5.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de derecho privado: Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*. Buenos Aires: La Ley, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 7, n. 1, p. 1-25, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/limites-ao-principio-da-reparacao-integral/>. Acesso em: 31 mar. 2020.

_____. *Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006a. p. 171-201.

_____. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 95, n. 854, p. 11-37, dez. 2006b.

NORONHA, Fernando. O ato ilícito nos contratos e fora deles. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). *Responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 515-530. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 1).

PORTUGAL. *Decreto-lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966*. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação – Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. Lisboa: Diário da República Eletrónico, [2019]. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/123928118/202004010226/diploma?did=34509075&_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice&q=código+civil. Acesso em: 31 mar. 2020.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. O princípio da reparação integral e os danos pessoais. *Carta Forense*, [São Paulo], 2 out. 2009. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/art.s/o-principio-da-reparacao-integral-e-os-danos-pessoais/4768>. Acesso em: 30 jul. 2019.

_____. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 173-197.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado: conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 2.

TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2e éd. Paris: Economica, 1989. (Collection Études Juridiques Comparatives).

VINEY, Geneviève. *Le déclin de la responsabilité individuelle*. Paris: LGDJ, 1965.

VIOLA, Rafael. Indenização equitativa: uma análise do art. 944, parágrafo único do Código Civil. *Quaestio Iuris*, [Rio de Janeiro], v. 6, n. 1, p. 214-248, 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2013.9586>. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/9586>. Acesso em: 31 mar. 2020.