

RESPONSABILIDADE CIVIL: A EQUIDADE COMO PARÂMETRO PARA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO NO CASO DE EXCESSIVA DESPROPORÇÃO ENTRE A GRAVIDADE DA CULPA E O DANO

CIVIL LIABILITY: EQUITY AS A PARAMETER FOR
FIXING COMPENSATION IN THE EVENT OF EXCESSIVE
DISPROPORTION BETWEEN THE SERIOUSNESS OF THE
FAULT AND THE DAMAGE

Gustavo Henrique de Oliveira

Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP).
Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP).
Professor de Graduação em Direito Civil da Universidade São Francisco (USF).
Advogado. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9400-902X>.
E-mail: gholiveira38@hotmail.com.

José Antonio Remedio

Pós-Doutor em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).
Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep).
Professor de Graduação em Direito do Centro Universitário de Araras “Dr. Edmundo Ulson” (Unar). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo aposentado. Advogado. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-5592-8792>.
E-mail: jaremedio@yahoo.com.br.

Resumo: A responsabilidade civil insere-se entre os temas mais instigantes, complexos e relevantes do direito moderno, inclusive o brasileiro. A pesquisa objetiva analisar os reflexos da equidade prevista no parágrafo único do art. 944 do Código Civil de 2002 no âmbito da responsabilidade civil. O Código de 2002, comparativamente ao Código Civil de 1916, é considerado um diploma normativo aberto, repleto de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. A equidade, entre outras acepções, como corretivo da lei, pode ser vista como a justiça do caso concreto. Prevista no Código Civil de 2002, a equidade confere, na linha do princípio da operabilidade, uma ampliação do poder interpretativo do julgador. Isso revela que seu estudo sistemático é importante, em especial com foco em sua influência no princípio da reparação integral do dano inerente à responsabilidade civil. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência. Conclui que, no âmbito da responsabilidade civil, a equidade prevista no parágrafo único do art. 944 do Código Civil de 2002 constitui efetivo parâmetro para fixação da indenização no caso de excessiva desproporção

entre a gravidade da culpa e o dano, seja em relação à responsabilidade subjetiva, seja no tocante à responsabilidade objetiva.

Palavras-chave: Equidade. Indenização. Poder interpretativo do julgador. Princípio da operabilidade. Responsabilidade civil.

Abstract: Civil liability is among the most instigating, complex and relevant themes of Modern Law, including the Brazilian one. The research aims at analyzing the reflexes of equity foreseen in the sole paragraph of article 944 of the Civil Code of 2002 in the scope of civil liability. The 2002 Code, compared to the 1916 Civil Code, is considered an open normative document, full of general clauses and undetermined legal concepts. Equity, among other meanings, as a corrective to the law, can be seen as the justice of the concrete case. Provided for in the 2002 Civil Code, equity confers, in line with the principle of operability, an expansion of the interpretive power of the judge. This reveals that its systematic study is important, especially focusing on its influence on the principle of integral reparation of damage inherent to civil liability. The method used is the hypothetical-deductive one, based on legislation, doctrine and jurisprudence. It concludes that, in the area of civil liability, the equity provided for in the sole paragraph of Article 944 of the Civil Code of 2002 constitutes an effective parameter for establishing compensation in the event of excessive disproportion between the seriousness of the fault and the damage, whether in relation to subjective or objective liability.

Keywords: Equity. Indemnity. Judge's interpretive power. Principle of operability. Civil liability.

Sumário: Introdução – **1** Responsabilidade civil: noções gerais – **2** A equidade: conceito e contornos – **3** A equidade e o parágrafo único do art. 944 do Código Civil de 2002 – Conclusão – Referências

Introdução

A responsabilidade civil, um dos temas mais relevantes do direito e que auxilia de maneira acentuada na estabilização das relações sociais, ganhou expressivo destaque com o Código Civil de 2002, também conhecido como Código Reale, não apenas em virtude de esse diploma privatístico consagrar marcantes novidades a seu respeito, mas também por conferir um arranjo melhor de seus institutos.

Com efeito, o Código Civil de 2002, no Livro I, da Parte Especial, que dispõe sobre o direito das obrigações, em seu Título IX trata da matéria referente à obrigação que surge para uma pessoa de reparar os danos causados na esfera de direitos de outrem. Ou seja, disciplina a responsabilidade civil, cuja organização é dividida em dois capítulos, quais sejam: o Capítulo I, que tem como escopo ordenar a obrigação de indenizar, e vai do art. 927 até o art. 943, e o Capítulo II, que tem como objeto a indenização, e se inicia no art. 944 e termina no art. 954.

A equidade é tratada de forma expressa em alguns artigos do Código Civil de 2002.

Nesse sentido, o art. 928 do Código Civil,¹ novidade importada do sistema português e que prevê a responsabilidade civil do incapaz, em seu parágrafo único, aduz que a indenização, a que o incapaz pode ser compelido a pagar, deverá ser equitativa.

O art. 944, parágrafo único, do Código Reale,² ao fazer referência à indenização, assevera que, se houver desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, o juiz poderá reduzir, equitativamente, o valor da reparação.

Por sua vez, o art. 953, parágrafo único, do Código Civil,³ ao tratar do valor da indenização na hipótese de cometimento de crimes contra a honra, faz alusão à equidade, aduzindo que o juiz deverá fixar o seu montante equitativamente, caso o ofendido não consiga provar dano material advindo de injúria, calúnia ou difamação.

Todos esses dispositivos normativos, ao fazerem menção à equidade, reverbaram o princípio da operabilidade consagrado pelo Código Reale, porquanto potencializam o poder de interpretação do aplicador da lei, o que expressa a característica da abertura do Código Civil de 2002 em comparação com o Código Civil de 1916, também conhecido como Código Beviláqua.

Deveras, o Código Beviláqua, considerado um diploma mais fechado que o seu sucessor, apenas em dois artigos, e fora do contexto da responsabilidade civil aquiliana, fazia referência ao termo equidade, ou seja, o art. 1.040, inc. IV, que disciplinava o compromisso, e o art. 1.456, que tratava das obrigações do segurado.

Assim, a equidade, no capítulo referente à responsabilidade civil, conquistou destaque perante o Código Civil de 2002.

O objetivo do presente estudo é debater sobre a equidade no contexto da responsabilidade civil aquiliana e, notadamente, buscar demonstrar sua utilidade e repercussões como tratada no art. 944, parágrafo único, do Código Civil de 2002.

No tocante à estrutura, a pesquisa inicia-se com a abordagem dos pressupostos básicos da responsabilidade civil. Em seguida, apresenta um estudo sobre a equidade. Por fim, faz uma análise a respeito do art. 944, parágrafo único, do Código Civil de 2002.

¹ “Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem”.

² “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”.

³ “Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso”.

O método utilizado é o hipotético-dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência.

Tem-se, como hipótese, que a equidade prevista no parágrafo único do art. 944 do Código Civil de 2002, no âmbito da responsabilidade civil, constitui efetivo parâmetro para fixação da indenização no caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

1 Responsabilidade civil: noções gerais

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, traz o rol dos direitos fundamentais individuais, sociais e coletivos. Dentro desse plexo de direitos, vislumbra-se em seus incs. V e X, respectivamente, que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem”, e que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Dessa forma, a Lei Maior brasileira consagra o direito ao recebimento de uma indenização ou reparação, caso o sujeito de direitos sofra violação na sua esfera jurídica, quer essa afronta ocorra ao seu patrimônio material, quer essa lesão seja produzida em qualquer de seus direitos da personalidade, o que ocasiona o dano moral.

A responsabilidade civil, um dos temas mais importantes do direito na atualidade, pode ser definida como a obrigação de reparar os danos causados na esfera de direitos de outrem, quer pela prática de ato próprio, ou pela prática de ato de pessoa ou coisa a si dependente.⁴

Para Adriano de Cupis, a conceituação mais precisa de responsabilidade civil é aquela que nela vislumbra a situação de desvantagem do agente lesivo, sobre o qual o ordenamento jurídico transfere o encargo do dano, impondo-lhe a obrigação de sua indenização: tal pessoa submete-se à reação do sistema jurídico, que se destina a transmitir o dano ao seu encargo, com a imposição da reparação.⁵

⁴ “Ao lado da responsabilidade normal, pela qual cada um não é chamado a indenizar senão o dano que ele próprio produziu, a lei reconhece uma responsabilidade por fato ilícito alheio, isto é, chama a responder determinadas pessoas pelos danos ocasionados, quer por obra de terceiros que daqueles dependam, quer por obra dos animais ou de coisas inanimadas que estejam em seu poder” (RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Atualização de Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3. p. 599).

⁵ CUPIS, Adriano de. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1970. v. 2. p. 15; SCALISI, Vincenzo. Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, anno 55, n. 6, nov./dic. 2009.

A relevância da responsabilidade civil pode ser constatada pela grande produção legislativa, tanto no plano constitucional quanto na lei infraconstitucional, a amplíssima literatura jurídica produzida no mundo sobre esse infindável tema e a constância com que o Poder Judiciário, em todas as instâncias, é provocado para decidir conflitos de interesses decorrentes de prejuízos ocasionados por atos ilícitos. No acompanhamento das estatísticas é possível constatar que grande parcela dos casos que desembocam nos Tribunais Judiciários, notadamente nos Juizados Especiais, envolve o tema da responsabilidade civil, o que corrobora o desmesurado aumento das questões atinentes a esse ramo do direito.⁶

A responsabilidade civil, nas últimas décadas, passou por transformações profundas, incentivada pela consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, que, definitivamente, inseriu a pessoa humana no centro do sistema jurídico, conferindo-lhe maiores oportunidades de obter reparação caso sua esfera de direitos seja prejudicada.

Indubitavelmente, uma das grandes alterações verificadas no tema da responsabilidade civil foi a consagração da teoria do risco, que desaguou em um expressivo aumento das hipóteses de responsabilidade civil objetiva, que amplia consideravelmente as chances de a vítima obter uma reparação dos danos que lhe sejam causados, em face de atos lícitos ou ilícitos.

Consigne-se que a história demonstra um movimento pendular na matéria referente à responsabilidade civil, em que, de um período de responsabilidade objetiva sucede outro de responsabilidade com base na culpa e, posteriormente, as coisas voltam ao estado anterior.⁷

Essa necessidade de facilitação da obtenção da reparação por parte da vítima é também uma consequência do avanço tecnológico que tornou a sociedade mais complexa e perigosa.

Segundo Lucas de Abreu Barroso:

Indubitavelmente, a complexa estrutura social de nossos tempos – corolário do desenvolvimento científico, do progresso técnico e da evolução dos processos econômicos –, paralelamente ao incremento de inúmeras possibilidades de vida antes jamais experimentadas, entronizou uma perspectiva da qual não pode afastar-se em suas formulações teóricas e normativas à Ciência Jurídica: “a sociedade do risco” (*Risicogesellschaft*). A Revolução Industrial e, sobretudo, a

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 1.

⁷ GAMARRA, Jorge. Responsabilidad contractual objetiva. In: BUERES, Alberto Jesús; CARLUCCI, Aída Kemelmajer de (Dir.). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio: homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 112.

Era Tecnológica fomentaram padrões socioeconômicos que estão a propor no mundo de hoje e do futuro seus próprios problemas. Dentre estes, ressalta-se uma enorme agravação dos riscos a que fica sujeita a pessoa humana.⁸

A responsabilidade civil, perante o Código Civil de 2002, ganhou uma organização diferenciada em comparação com o Código Civil de 1916. Prevista no Título IX, do Livro 1, da Parte Especial, mais precisamente a partir do art. 927, a responsabilidade civil encontra seus pressupostos jurídicos gerais no art. 186 do referido diploma normativo, ou seja, em sua Parte Geral, texto normativo este que trata do denominado ato ilícito padrão.

Ao lado dessa modalidade de ato ilícito, que encontra correspondente no art. 159 do Código Civil de 1916, com algumas alterações, o Código Civil de 2002 adotou no art. 187,⁹ reconhecido como ato ilícito por equiparação, o abuso de direito, texto normativo este importado do sistema português, mais precisamente do art. 334 do seu Código Civil de 1966, e que, por seu turno, buscou influência no art. 281 do Código Civil grego de 1940.

De acordo com o art. 927 do Código Reale, a prática do ato ilícito por equiparação, corporificada na figura do abuso de direito, também causa o dever de reparar, desde que produzido o dano. No entanto, importante ressaltar que o surgimento da responsabilidade civil não é consequência apenas da prática de ato ilícito, porquanto o sistema normativo prevê hipóteses de surgimento do dever de reparar mesmo com a manifestação de condutas lícitas, como é o caso do estado de necessidade agressivo, em que se viola direito de inocente para salvaguardar bem jurídico de igual ou maior valor.

Aduz o art. 929 do Código Civil que, “se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inc. II do art. 188,¹⁰ não forem os culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram”.

Em conclusão, o art. 930 do Código Civil confere àquele que salva o bem jurídico de maior valor, deixando perecer o de menor importância, o direito de buscar, em ação regressiva proposta em face do causador do perigo, o montante que

⁸ BARROSO, Lucas de Abreu. Novas fronteiras da obrigação de indenizar. In: DELGADO, Luiz Mario; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil: responsabilidade civil*. São Paulo: [s.n.], 2006. v. 5. p. 360.

⁹ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes”.

¹⁰ “Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo”.

houver despendido para reparar o titular do interesse lesado. Ou seja, primeiro o salvador do bem jurídico de maior valor indeniza, depois propõe uma ação de regresso contra o provocador da situação de perigo.

Pela leitura do art. 927 do Código Civil de 2002, percebe-se que, sem descurar da teoria da culpa – ainda a regra em nosso sistema jurídico –, o legislador perfilhou de maneira bem acentuada a responsabilidade civil objetiva, calcada na teoria do risco, cujo objetivo é facilitar a obtenção de reparação por parte da vítima que, hoje em dia, ao se inserir em uma sociedade complexa e perigosa, já não aceita os danos, como antigamente, sem que se procure sua indenização.

Consoante Fernando Noronha, no que tange à responsabilidade civil, os riscos foram agravados demasiadamente com a Revolução Industrial, em comparação com os perigos de antanho, fato este que fez aumentar as interpelações judiciais com o objetivo de reparação dos prejuízos derivados dessa circunstância. Deveras, o fornecimento de bens e de serviços, principalmente o de educação, acarretou uma maior valorização do ser humano, fazendo com que ele passasse a aceitar menos as vicissitudes do destino, refutando a desgraça e exigindo indenização pelo dano sofrido.¹¹

Para o surgimento do dever de indenizar é necessária a presença de alguns requisitos, quais sejam: a conduta, o nexo de causalidade, a culpa – na hipótese de estar-se diante de caso disciplinado pelo regime da teoria da culpa – e o dano.

Conforme Menezes Cordeiro, os pressupostos da responsabilidade civil se consubstanciam nos elementos cuja verificação é imprescindível para que nasça a obrigação de reparar.¹²

A respeito da evolução dos pressupostos da responsabilidade civil, Menezes Cordeiro explica que:

No antigo Direito Romano, o problema dos pressupostos não se colocaria: cada *delictum* era auto-suficiente, abrangendo, logo pela sua designação que estaria próxima da linguagem comum, todos os elementos cuja verificação desencadeava as consequências da lei. Já na *lex aquilia*, como vimos, a matéria ganhou outra dimensão, uma vez que se recorria a elementos genéricos como a *iniuria*. E ao longo da História, a matéria foi-se densificando, com o radicar da culpa e, mais tarde, com a técnica analítica introduzida por Jhering e divulgada pelo

¹¹ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, v. 761, p. 31-44, mar. 1999, p. 35.

¹² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2. t. 3. p. 429.

BGB. Temos distintos pressupostos, sendo tarefa jurídico-científica proceder às suas enumerações e ordenação.¹³

O nascimento da responsabilidade civil exige a prática de uma conduta, definida como ação ou omissão humana, voluntária, que provoca o dano ou prejuízo.¹⁴

Sobre a conduta omissiva, aduz Antônio Menezes Cordeiro que a omissão só é “facto” quando exista, previamente, o dever de realizar o ato omitido.¹⁵

José Luiz Gavião de Almeida, ao explicar as diferenças entre os arts. 159 do Código Civil de 1916 e o art. 186¹⁶ do Código Civil de 2002, afirma ser o dano elemento imprescindível para responsabilidade civil, nos seguintes termos:

Percebe-se da redação dos dispositivos que, entre outras alterações, houve, nos dispositivos citados, o primeiro correspondente do segundo, a substituição da expressão alternativa *ou* para a palavra aditiva *e*. Com isso, poder-se-ia concluir que o Código Civil, no que diz respeito à responsabilidade civil por ato ilícito, tornou imprescindível a existência do dano para o seu reconhecimento.¹⁷

Assim, pode-se afirmar que sem dano não há responsabilidade civil, o que significa dizer que sem prejuízo não surge a obrigação de indenizar, conclusão essa que pode ser extraída, além do art. 186 do Código Reale, também a partir da leitura do art. 944, *caput*,¹⁸ do Código Civil que, ao consagrar o princípio da reparação integral dos danos, afirma que sem dano não há dever de reparar.

Atílio Anibal Alterini afirma que o dano, para ser passível de indenização, precisa preencher alguns requisitos, quais sejam: certeza, subsistência, ser pessoal ou próprio e afetar um interesse legítimo de quem o reclama.¹⁹

¹³ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2. t. 3. p. 429.

¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 733.

¹⁵ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2. t. 3. p. 436.

¹⁶ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

¹⁷ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Responsabilidade sem dano no Código Civil de 2002*. Tese (Titular) – Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 12.

¹⁸ “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”.

¹⁹ ALTERINI, Atílio Aníbal. *Responsabilidad civil: límites de la reparación civil*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1974. p. 124-127.

O dano, para ser reparável, deve ser certo, o que significa dizer que deve realmente existir, não podendo ser objeto de indenização o dano hipotético ou meramente eventual.²⁰

Demais disso, deve o prejuízo ser subsistente, vale dizer, precisa estar presente no momento da prolação da sentença, porquanto ninguém poderá pleitear indenização de um dano que foi anteriormente reparado.²¹

A responsabilidade civil também exige o nexo de causalidade entre a conduta praticada e o dano. Assim, nexo de causalidade é a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o prejuízo dela decorrente.

Apesar de sua aparente simplicidade, em termos conceituais, trata-se de elemento que traz infindáveis discussões e uma série de teorias a seu respeito, debatidas em sede doutrinária e jurisprudencial, cujo escopo é a busca de maior rigor científico na sua aplicação. Não é sem razão que, sobre o nexo causal, Caio Mário da Silva Pereira assevera que: “Este é o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado”.²²

O elemento subjetivo também é extremamente relevante para a eclosão da responsabilidade civil, porquanto ainda constitui regra em nosso sistema a responsabilidade calcada na culpa.

Assim, dentro dos pressupostos exigíveis para o nascimento do dever de reparar, além da conduta humana, do dano, do nexo de causalidade, deve-se perscrutar o elemento subjetivo para a integralização total dos requisitos, na hipótese de se estar diante de circunstância disciplinada pela teoria da culpa.

Contudo, se a hipótese fática for abarcada pela teoria do risco, o que sugere a aplicação da responsabilidade objetiva, o elemento subjetivo não precisa ser analisado, porquanto não se insere na estrutura da responsabilidade objetiva.

2 A equidade: conceito e contornos

As definições de justiça e de equidade se confundem no campo axiológico. O justo significa o equitativo e o equitativo quer dizer justo. A equidade não supre a justiça, já que é a própria justiça.²³

²⁰ PICASSO, Sebastián; SAÉNZ, Luis R. J. Artículos 1251 a 1881. In: CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián; HERRA, Marisa (Dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015. t. IV. Libro Tercero. p. 448.

²¹ PICASSO, Sebastián; SAÉNZ, Luis R. J. Artículos 1251 a 1881. In: CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián; HERRA, Marisa (Dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015. t. IV. Libro Tercero. p. 449.

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*: de acordo com a Constituição de 1988. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 76.

²³ BREBBIA, Roberto H. La equidade en el derecho de daños. In: BUERES, Alberto Jesús; CARLUCCI, Aída Kemelmajer de (Dir.). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*: homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 45.

Nada obstante, de acordo com Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, a equidade é um conceito com múltiplos significados, que, sendo objeto de interesse simultaneamente ao direito, à filosofia, à religião, apresenta contornos e limites difíceis de serem precisados.²⁴

Não é outra a opinião de José Fernando Simão, para quem o vocábulo *equidade* apresenta várias acepções, com plúrimas consequências. Assim, a definição de equidade no direito passaria por dois conceitos: pelo primeiro, a equidade significaria justiça (âmbito axiológico), e, pelo segundo, traria a ideia de equidade como critério, para averiguar a justiça no caso concreto.²⁵

Historicamente, a equidade, mesmo sem possuir contornos precisos e delimitados, restou positivada nos mais variados ordenamentos jurídicos estrangeiros, como, por exemplo, o Código Civil suíço de 1907 (art. 4º), o Código Civil de Porto Rico de 1930 (art. 7º), o Código Civil espanhol de 1889 (art. 3º, §2º) e o Código Civil português de 1966 (art. 4º).²⁶

A compreensão da equidade como instrumento para aplicação justa do direito²⁷ é consonante com a principiologia fundamental do Código Civil brasileiro de 2002, que consagrou a socialidade, a operabilidade e a eticidade como valores principais que devem guiar o intérprete na interpretação e aplicação de seus textos normativos.

O princípio da eticidade indica uma aproximação do direito com a ética, do direito com a moral. Valores éticos e morais adentraram na interpretação jurídica.

No que tange ao princípio da socialidade, nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves, os valores coletivos são mais importantes perante o Código Civil de 2002, do que os valores individuais, sem prejuízo, contudo, do valor fundamental da pessoa humana.²⁸

É do princípio da operabilidade que Miguel Reale implementou a ideia de elaborar um Código Civil compreensível para o cidadão comum, pensamento esse que não é exclusividade do sistema jurídico brasileiro.

Nesse sentido, aduz K. Jochen Albiez Dohrmann a respeito do BGB (*BürgerlichesGesetzbuch*) que, quando o legislador civilista alemão se propôs a

²⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 85.

²⁵ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 110.

²⁶ REMEDIO, José Antonio; REMEDIO, Davi Pereira. Direitos fundamentais difusos e coletivos e equidade. In: KIM, Richard; BARROS, Sérgio Resende de; KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto (Coord.). *Direitos fundamentais coletivos e difusos: questões sobre a fundamentalidade*. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 59-60.

²⁷ BREBBIA, Roberto H. La equidade en el derecho de daños. In: BUERES, Alberto Jesús; CARLUCCI, Aída Kemelmajer de (Dir.). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio: homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 51.

²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 4. p. 41.

modernizar o direito das obrigações, levou em consideração a necessidade de facilitar ao cidadão comum o entendimento da legislação.²⁹

Consigne-se que, do princípio da operabilidade extrai-se também a característica de abertura do Código Civil de 2002, o que pode ser verificado a partir da constatação da presença intensa na codificação civilista das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados.

Nada obstante serem institutos diversos, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados caracterizam-se como expressões vagas e fluidas, que exigirão do aplicador da lei uma análise mais detalhada do caso concreto para o preenchimento dos vazios contidos nesses comandos abertos, podendo para tanto se utilizar de valores de outras ciências.

Para José de Oliveira Ascensão, a essência do direito foi muito alterada a partir do reconhecimento do instituto do abuso do direito pela doutrina francesa. O direito passou a explorar mais as cláusulas gerais, facilitadoras da incorporação de valores, o que potencializa a apreciação do hermeneuta de acordo com o caso concreto. Assim, o direito deixa de ser formalista e individualista.³⁰

Segundo Arruda Alvim:

A linguagem que se utiliza o legislador nesse novo Código Civil é uma linguagem permeada por cláusulas gerais, prenhe de conceitos vagos, ou seja, são ideias, núcleos de valores apresentados pelo legislador, mas cujo preenchimento demandará necessariamente que sejam completados pelo juiz à luz das circunstâncias do caso concreto. Os textos contêm grandes diretrizes, mas saber, concretamente, se essas são aplicáveis a um caso concreto, dependerá de serem avaliadas essas diretrizes em interação com as peculiaridades do caso. Ou, por outras palavras, essas diretrizes não trazem, consigo próprias, elementos precisos, nem fronteiras definidas para serem facilmente aplicadas.³¹

Dessa forma, tem-se um sistema bem mais aberto que exige uma magistratura mais preparada e atuante, com possibilidade de reflexão sobre os casos

²⁹ ALBIEZ DOHRMANN, K. Jochen. La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, p. 187-206, mar. 2002. p. 191.

³⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. A propriedade de bens imóveis na dialética do abuso e da função. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controvertidas: direito das coisas*. São Paulo: Método, 2008. (Série Grandes Temas de Direito Privado, v. 7). p. 24.

³¹ ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no novo Código Civil. In: PASINI, Nelson; LAMERA, Antonio Valdir Úbeda; TALAVERA, Glauber Moreno (Coord.). *Simpósio sobre o novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Banco Real, 2003. p. 96.

concretos que lhe são apresentados, porquanto a resposta muitas vezes deve ser construída com base nos valores que ingressam em nosso sistema normativo por meio dos princípios jurídicos.

A equidade que vai ao encontro desse ideal de abertura pressupõe circunstâncias excepcionais que não podem vigor por um preceito indiscriminado e genérico, de forma a tornar-se salutar a ampliação da capacidade do juiz de interpretar de forma a ajustar o dispositivo legal às peculiaridades do caso,³² o que potencializa a possibilidade de se fazer justiça.

É por meio da equidade que o magistrado julga de acordo com a sua consciência ou fundamentado em seu próprio sentimento de justiça. “Poder-se-ia dizer também que ele decide aplicando normas de direito natural, se concebermos este último como um conjunto de regras preexistentes”.³³

A equidade tem função de preencher lacunas jurídicas, sendo um dos elementos de integração e, mediante juízos de equidade, abrandam-se as rígidas conclusões da genérica regra jurídica, porquanto as particularidades que circundam hipóteses da vida exigem certos ajustamentos.³⁴

A heterogeneidade dos fatos sociais submetidos à disciplina jurídica torna impossível sua cabal catalogação. Daí porque não poderia ser a lei casuística, a ponto de prever todos os acontecimentos possíveis, de acordo com as particularidades de cada qual. A sistemática exige do aplicador da lei, juiz ou administrador, que adapte o texto normativo, que possui as características da generalidade e abstração, às condições do caso concreto. A aplicação da lei de maneira automática e rígida poderia, em certas hipóteses, fazer do direito um instrumento de iniquidades.³⁵

A ideia de que a norma poderia ser objeto de injustiças já era divulgada por Cícero, com a expressão *summum ius, summa injuria*, que preconizava que havendo divergência entre norma e direito, este último deveria prevalecer (Cícero, de *Officiis*, Livro I, X, 33, p. 34). Nesse sentido, extrai-se da Segunda Carta de Paulo aos Coríntios: “a letra mata, o Espírito é que dá vida” (2 Cor 3,6).³⁶

³² ZAVALA GONZÁLEZ, Matilde M. *Responsabilidad por el daño necesario*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1985. p. 151.

³³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. (Coleção Elementos do Direito). p. 171-172.

³⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 301; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Responsabilidad civil y otros estudios: doctrina y comentarios de jurisprudencia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992. v. 2. p. 58; BREBBIA, Roberto H. La equidade en el derecho de daños. In: BUERES, Alberto Jesús; CARLUCCI, Aída Kemelmajer de (Dir.). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio: homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 47.

³⁵ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 134.

³⁶ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 17.

Aristóteles, conforme referência de Ferraz Júnior, é o responsável pela consagração da ideia de equidade como a justiça do caso concreto. A solução dos litígios pela equidade é obtida pela consideração das circunstâncias concretas, o que pode implicar uma adequação da norma às especificidades de cada situação, com o objetivo de se obter uma solução justa. *Summum jus summa injuria*, já prolatavam os romanos. Trata-se de um princípio que se compatibiliza com a justiça, pois não se opõe a ela, tornando-a sim mais completa.³⁷

Conforme Michel Villey:

A célebre teoria da equidade (*epieikeia*) é desenvolvida na Ética a Nicômaco e na retórica. A equidade, embora extrapole em certo sentido a justiça (coroando-a de amizade, de doçura, de misericórdia) é, contudo, em primeiro lugar, uma super justiça, a plena realização do igual. A justiça estava inicialmente no princípio da lei. Mas, ao fim do processo da elaboração do direito, vemo-la preenchendo a função de corretivo da lei escrita.³⁸

Aristóteles afirma que o justo é o meio-termo, o igual.³⁹ Para Michel Villey, é possível afirmar que o escopo do direito é a busca incessante da preservação da igualdade, desse meio-termo.⁴⁰

A equidade, do ponto de vista teórico, é concebida como algo mais humano e brando, que leva em consideração as necessidades mutáveis do caso concreto; do lado prático a equidade é compreendida como um corretivo, uma limitação às severidades da lei na aplicação aos casos particulares. Essas duas tendências aparecem na conceituação aristotélica de equidade.⁴¹

Ainda de acordo com Aristóteles, o equitativo representa o justo, contudo, não o legalmente justo, mas uma correção da justiça legal. A razão disso é que toda lei é universal. Ocorre que é inviável elaborar uma afirmação universal que seja totalmente apropriada em relação a certos casos particulares.⁴²

³⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 248.

³⁸ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

³⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 6. ed. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2013. p. 99.

⁴⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 16.

⁴¹ BONFANTE, Pietro. *Lezioni di filosofia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1986. p. 33.

⁴² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 6. ed. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2013. p. 115.

Assim, é possível retirar a conclusão de que o art. 944, parágrafo único,⁴³ do Código Civil de 2002, concede ao magistrado, ao estabelecer que a indenização deverá ser equitativa, uma dose de discricionariedade, de forma a conferir-lhe buscar o resultado mais justo e o montante reparatório mais compatível com o sentido de justiça, atendendo às peculiaridades de cada caso.⁴⁴

É claro que essa discricionariedade cedida pelo sistema normativo ao juiz não é imune de críticas, uma vez que o magistrado recebe uma ferramenta compatível com a divulgada ideia de abertura do Código Civil de 2002 para criar a norma a ser aplicada no caso concreto, motivo pelo qual a doutrina deve se empenhar em pesquisar elementos convenientes para auxiliar o aplicador da lei na interpretação do art. 944, parágrafo único, do Código Civil.⁴⁵

Nesse sentido, Pietro Bonfante faz uma crítica com relação aos possíveis abusos que a equidade pode trazer para o sistema jurídico, e analisa que nos dias de hoje há uma reação contra a equidade não apenas na Itália, como também na Inglaterra, cujo principal argumento contra ela é a falta de segurança que a sua aplicação gera. O uso da equidade, em suas palavras, tem o aspecto negativo de provocar a renúncia aos benefícios que a lei positiva traz.⁴⁶

3 A equidade e o parágrafo único do art. 944 do Código Civil de 2002

O art. 944 do Código Civil de 2002 introduz o Capítulo II (Da Indenização) do Título IX (Da Responsabilidade Civil), do Livro I (Do Direito das Obrigações) da Parte Especial do diploma normativo civil.

O referido Capítulo II disciplina a matéria referente à indenização, sendo que o capítulo anterior, que inaugura o tratamento da responsabilidade civil no Código Reale, tem como *nomem iuris* “Da Obrigação de Indenizar”, o que evidencia o fato de o diploma privado ter feito uma oportuna cisão entre o surgimento do dever de indenizar e a indenização em si.

O art. 944 do Código Reale representou uma novidade para o sistema civilista,⁴⁷ porquanto não havia um dispositivo no Código Civil de 1916, no título

⁴³ “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”.

⁴⁴ OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. *Responsabilidade civil: do seu abrandamento à luz da nova sistemática brasileira*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 291.

⁴⁵ OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. *Responsabilidade civil: do seu abrandamento à luz da nova sistemática brasileira*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 291.

⁴⁶ BONFANTE, Pietro. *Lezioni di filosofia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1986. p. 34.

⁴⁷ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 877.

correspondente à disciplina da responsabilidade civil (Título VII – Das Obrigações de Indenizar), que expressasse o princípio da reparação integral dos danos.⁴⁸

Essa é a ideia preconizada pelo *caput* do art. 944 do Código Civil, ao estatuir que o montante do dano é que deverá ser perquirido para o estabelecimento do valor da indenização. E, seu parágrafo único, em outra novidade importada do sistema português, prevista no art. 494⁴⁹ do Código Civil lusitano, revela a consagração do pensamento atinente à mitigação da indenização na hipótese de desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Ou seja, se o juiz entender que há desproporção entre o grau de culpa do sujeito (culpa leve ou levíssima) e o dano por ele provocado (prejuízo muito elevado), pode reduzir por equidade o valor da reparação, fazendo justiça no caso concreto.

Silvio Venosa sustenta que não apenas deveria ser possível diminuir o valor da indenização, nos termos do art. 944, parágrafo único, do Código Reale, mas também majorá-lo, caso houvesse desproporção na culpa, ou seja, caso o ilícito fosse praticado com culpa ou dolo intenso. Essa situação iria ao encontro dos ideais buscados pelo Código Civil de 2002, de atingimento de um sentido social ao direito obrigacional.⁵⁰

Outros diplomas normativos espalhados pelos diversos Estados consagram a ideia de diminuição do valor da indenização, caso o agente lesivo tenha agido com culpa, como ocorre com o Código Civil argentino, em seu art. 1.742,⁵¹ e o Código Civil espanhol, em seu art. 1.103.⁵²

É aceitável fundamentar o princípio da reparação integral dos danos, do ponto de vista constitucional, no art. 5^o da Lei Maior, particularmente no inc. V – que assegura o direito à indenização por dano material, moral e à imagem –, e no inc. X – que tutela o direito à reparação integral por violação do direito à intimidade, vida privada, honra e imagem. Também serve de amparo para o referido preceito a cláusula geral de tutela da pessoa humana, constante do art. 1^o, inc. III, da Constituição Federal, que consagra a dignidade da pessoa humana como um dos

⁴⁸ TARTUCE, Flávio. Indenização e extensão do dano: redução equitativa da indenização. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital (Coord.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Silvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 573-574.

⁴⁹ “Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indenização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação econômica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem”.

⁵⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 387.

⁵¹ “Artículo 1742.- Atenuación de la responsabilidad. El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable”.

⁵² “Artículo 1103. La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones, pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos”.

fundamentos da República Federativa do Brasil. No que tange às questões patrimoniais, especificamente, pode ser mencionado o direito fundamental à propriedade, previsto no art. 5º, incs. XXII e XXIII, da Lei Maior.⁵³

Ocorre, como antes ressaltado, que não apenas o *caput* do art. 944 do Código Reale trouxe uma regra não prevista no Código Civil de 1916, como também o seu parágrafo único que, ao acolher reclamo de parte da doutrina durante a vigência do código anterior, consagrou a gradação da culpa como outro instrumento para determinar o montante da indenização, de forma que não somente a extensão do dano deve ser utilizada para tanto.⁵⁴

Assim, pode-se afirmar que a classificação romana acerca da culpa (grave e leve), posteriormente interpretada pelos glosadores (Irnério e Acúrsio, da Escola de Bolonha) e pós-glosadores (Bártolo, de Sassoferato) na Idade Média, fazendo surgir a teoria das três culpas (grave, leve e levíssima),⁵⁵ ressurgiu em nosso sistema, porquanto, na vigência do Código Civil de 1916, não se diferenciava, na responsabilidade civil aquiliana, o elemento subjetivo para estabelecer o valor da indenização, nem havia preocupação no que tange ao grau de culpa.

Silvio Rodrigues afirmou, ainda na vigência do Código Bevilacqua, que:

A distinção entre dolo e culpa, bem como entre os graus de culpa, de certo modo perde sua oportunidade. Isso porque, quer haja dolo, quer haja culpa grave, leve ou levíssima, o dever de reparar se manifesta com igual veemência, pois o legislador parece ter adotado a norma romana segundo a qual *in Lex Aquilia et levissima culpa venit*. Ou seja, dentro da responsabilidade aquiliana, ainda que seja levíssima a culpa do agente causador do dano, cumpre-lhe indenizar a vítima.⁵⁶

No entanto, dúvida surge na doutrina acerca da abrangência de aplicação do parágrafo único do art. 944 do Código Civil, uma vez que para alguns doutrinadores a sua aplicabilidade será plena, podendo ser utilizado tanto em sede de danos patrimoniais quanto extrapatrimoniais, o que diverge da opinião de outros. A discussão a respeito de sua extensão abarca, inclusive, o tema atinente à responsabilidade civil objetiva ou subjetiva.

⁵³ TARTUCE, Flávio. Indenização e extensão do dano: redução equitativa da indenização. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital (Coord.). *Responsabilidade civil contemporânea*: em homenagem a Silvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p. 574.

⁵⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 780.

⁵⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil*. Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 254.

⁵⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 4. p. 147.

A equidade, prevista no enunciado normativo em debate, pode ajudar na resolução dessa questão, no que tange à abrangência de sua utilização.

Há quem entenda, ainda, que essa regra poderia ser questionada do ponto de vista constitucional, uma vez que o art. 5º, incs. V e X, da Constituição Federal, que fundamenta o princípio da indenizabilidade, não traria uma limitação à reparação, fato este que suscitaria o debate acerca da constitucionalidade do art. 944, parágrafo único, do Código Civil.⁵⁷

No entanto, a aplicação dessa eventual redução do valor da indenização vai ao encontro de um sistema jurídico que se caracteriza, hoje, pela repersonalização do direito civil e a sua conseqüente despatrimonialização.⁵⁸ A dignidade da pessoa humana é consagrada a partir do momento em que, pela equidade, pode o magistrado se debruçar sobre o caso concreto e, na hipótese de vislumbrar uma desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, reduzir o montante da reparação. Exemplo elucidativo, sobre isso, é trazido por Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto, nos seguintes termos:

Figuremos ainda a seguinte hipótese: um pedreiro, pai de quatro filhos, vai trabalhar diariamente de bicicleta. Um dia, com culpa leve (*in lege aquilia et levissima culpa venit*), arranha a porta de um carro importado. A proprietária do veículo exige reparação, cujos valores correspondem a muitos meses de salário do pedreiro. Portanto, o pedreiro deve reparar, ainda que isso signifique a fome de seus filhos. Estaria tal solução de acordo com uma ordem jurídica que prestigia a dignidade humana? A reparação integral de um bem material pode se sobrepor à vida humana, em condições minimamente dignas? Os tecnicismos clássicos prevalecem em relação às cláusulas abertas da Constituição? As respostas não são difíceis se levamos em conta que o tempo do patrimônio como senhor absoluto passou, deixando-nos sob um sol de outros dias. Os raios que nos iluminam, por assim dizer, projetados por uma Constituição humanitária, traduzem uma preocupação diferenciada com o ser humano. Ao seu bem estar e à sua dignidade não é indiferente a Constituição da República. Bem por isso, o núcleo valorativo essencial mudou. E mudou para resguardar, em linha de princípio, valores que realizem, da melhor forma, a pessoa humana, sem que se possa postergar sua proteção para escala subsidiária em relação aos bens materiais. A reparação do dano, sabemos ser integral, porém a

⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 4. p. 472.

⁵⁸ OLIVEIRA, Gustavo Henrique. *Responsabilidade civil dos pais pelos atos ilícitos dos filhos capazes*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 24.

dignidade humana desautoriza que se produza, a pretexto de atender à reparação integral, a ruína do devedor.⁵⁹

Para Álvaro Villaça Azevedo, a redução do valor da indenização, como proclamado no art. 944, parágrafo único, do Código Reale, deve ser implementada apenas nas hipóteses de danos morais, uma vez que para os danos patrimoniais a indenização há de ser plena.⁶⁰

Em visão diametralmente oposta, Cláudio Luiz Bueno de Godoy afirma que apenas na circunstância de se estar a debater o dano patrimonial será possível a aplicação do art. 944, parágrafo único, do Código Civil, uma vez que, para o dano moral, “despido de natureza ressarcitória ou reparatória”, não poderia essa benesse ao lesante ser conferida e, por conseguinte, reduzido o valor da indenização.⁶¹ Em sua opinião, também não seria conveniente aplicar o dispositivo na hipótese de responsabilidade civil objetiva.⁶²

Já para Fábio Ulhoa Coelho, a aplicação do art. 944, parágrafo único, do Código Civil de 2002, deve ser irrestrita, abarcando tanto as hipóteses de danos patrimoniais quanto as de danos extrapatrimoniais. Para o mencionado autor, também nas situações em que se aplica a regra da responsabilidade objetiva, é possível utilizar a redução do valor da indenização, em virtude da desproporção entre o grau de culpa e o dano, haja vista o fato de que a obrigação de indenizar independe do grau de culpa, contudo, para aferir a sua extensão, esse grau é relevante.⁶³

No que tange à utilização do art. 944, parágrafo único, do Código Civil de 2002, aos casos envolvendo responsabilidade objetiva, deve-se reconhecer que há celeuma doutrinária sobre o tema. Isso pode ser visualizado por meio da análise de dois enunciados do Conselho da Justiça Federal (CJF), quais sejam, o de nº 46, editado na Primeira Jornada de Direito Civil, e o de nº 380, editado na Quarta

⁵⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 250.

⁶⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil*. Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 254.

⁶¹ “Ação Rescisória. Pleito que almeja a rescisão de sentença que condenou a ora autora no pagamento de danos morais correspondentes a 100 (cem) vezes o valor do apontamento. Alegação de violação literal ao disposto nos arts. 884 e 944, ambos do Código Civil. Inocorrência na hipótese. Atuação jurisdicional que não pode ser tida como causa de enriquecimento sem causa. Inaplicabilidade do art. 944 às hipóteses de indenização por danos morais. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça que não têm nenhuma eficácia vinculante. Prevalência da sentença transitada em julgado. Ação rescisória improcedente” (TJSP, Ação Rescisória nº 481.656.4/7, Acórdão nº 3170016, Limeira, Primeira Câmara de Direito Privado, Rel. Des. De Santi Ribeiro, j. 29.7.2008. *DJESP*, 23 set. 2008).

⁶² GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Comentários sobre o art. 944. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 12. ed. Barueri: Manole, 2018. p. 920.

⁶³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2. p. 402.

Jornada de Direito Civil, em que se percebe que: se na primeira jornada o pensamento que vigorava era o de que não seria possível aplicar a redução do valor da indenização nos casos de responsabilidade objetiva, na quarta jornada prevaleceu pensamento diferente, abrindo oportunidade para aplicação da redução da reparação em sede de responsabilidade objetiva.

O Enunciado nº 46⁶⁴ da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF), em sua redação original, expressava ideia contrária quanto à aplicação do art. 944, parágrafo único, do Código Civil, aos casos de responsabilidade objetiva. Nada obstante, na IV Jornada, por meio de proposta formulada por Flávio Tartuce, aceita pela maioria dos participantes, houve a supressão da parte final do Enunciado nº 46 com a edição do Enunciado nº 380,⁶⁵ sendo que a parte final daquele enunciado dizia: “não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva”.⁶⁶

Ensina Jorge Joaquin Llambías, na mesma linha de raciocínio, que a benesse conferida ao agente lesivo pelo art. 1.069, segunda parte, do Código Civil argentino revogado (atual art. 1.742, do Código Civil argentino em vigor),⁶⁷ correspondente ao art. 944, parágrafo único, do Código Civil brasileiro de 2002, pode ser pleiteada pelo ofensor mesmo nos casos de responsabilidade objetiva, na hipótese de fundamentação na atividade de risco. De fato, se o legislador autoriza diminuir o montante da indenização de quem tenha agido com culpa, como “podrá negarse que autorice también a atenuar la carga que se impone al que no es responsable de culpa alguna?”.⁶⁸

Em homenagem à função preventiva da responsabilidade civil, a aplicação do art. 944, parágrafo único, do Código Civil de 2002, deve ser feita também em sede de responsabilidade objetiva, à medida que a sua utilização incentivará a cautela das pessoas e privilegiará o princípio da isonomia, uma vez que quanto maior for o cuidado do sujeito, maiores serão as suas chances de obter a redução do valor da indenização caso, por infortúnio, cause dano a outrem.

⁶⁴ “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 do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva”.

⁶⁵ “Atribui-se nova redação ao Enunciado n. 46 da I Jornada de Direito Civil, com a supressão da parte final: não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva”.

⁶⁶ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações; responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 529.

⁶⁷ “Artículo 1742.- Atenuación de la responsabilidad. El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable”.

⁶⁸ LLAMBÍAS, Jorge Joaquin. *Tratado de derecho civil: obligaciones*. 4. ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1996. t. 3. p. 556.

Ainda, por uma questão de compatibilidade com o sistema consumerista, esse benefício concedido ao causador do dano deve ser aplicado na relação jurídica de consumo, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor traz como um dos valores tutelados a prevenção dos danos e, como antes afirmado, o art. 944, parágrafo único, do Código Reale, incentiva o cuidado.⁶⁹ O art. 6º do diploma consumerista aduz que: “São direitos básicos do consumidor: [...] VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais e coletivos”.

A equidade, como a justiça do caso concreto, permite essa ampliação interpretativa do art. 944, parágrafo único, do Código Civil de 2002, de forma a possibilitar sua aplicação tanto na hipótese de responsabilidade subjetiva como objetiva.

No mesmo sentido é o pensamento de Fábio Ulhoa Coelho:

Se o dono do animal provar que o guardava cercado de todos os cuidados possíveis, ele não se exonera da obrigação porque é essa objetiva, independe de culpa; mas pode o juiz, reconhecendo a leveza da culpa, reduzir equitativamente o valor da indenização. Do mesmo modo, o empresário responde por acidente de consumo de forma objetiva, quer dizer, ainda que tenha empregado diligentemente na produção os mais avançados processos disponíveis e o melhor controle de qualidade. Mas não é justo tratar igualmente o empresário relapso e o preocupado com a questão da segurança. Obrigado ele está, a despeito de sua diligência, mas o valor da indenização pode ser menor em função dela.⁷⁰

A equidade, como corretivo da lei, possibilita a aplicação da redução do valor da indenização em benefício, inclusive, da parte considerada mais forte em uma relação jurídica, como na relação jurídica de consumo, por exemplo, uma vez que a cautela usada pelo fornecedor na prestação do seu serviço ou no fornecimento do produto deve ser prestigiada, até para que a prevenção aos danos possa redundar em menor quantidade de acidentes de consumo.

⁶⁹ Nesse sentido, na apelação de nº 1.293.379-4, de setembro de 2004, de relatoria do Des. José Luiz Gavião de Almeida, por maioria de votos, a Nona Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo entendeu que: “Responsabilidade civil – Furto de jóias de propriedade da apelada que se encontravam em cofre de propriedade do banco réu – Contrato de guarda – Cliente que não vai atrás da simples locação de espaço, mas da segurança do banco que entende existir – Excludentes de responsabilidade não configurados – Aplicação do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil de 2002 – Indenização reduzida à metade – Dano moral afastado – Recurso parcialmente provido”.

⁷⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2. p. 401-402.

Conclusão

A responsabilidade civil insere-se entre os temas mais instigantes, complexos e relevantes do direito moderno, inclusive o brasileiro, em especial incentivada pela consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, pela adoção da teoria do risco e por auxiliar na estabilização das relações sociais pela ótica do direito civil.

Entre outras definições, pode-se afirmar que a responsabilidade civil consiste na obrigação de reparar os danos causados na esfera de direitos de outrem, seja pela prática de ato próprio, seja pela prática de ato de pessoa ou coisa a si dependente.

A Constituição Federal de 1988, em particular no art. 5º, incs. V e X, consagra o recebimento de uma indenização ou reparação caso o sujeito de direitos venha a sofrer violação em sua esfera jurídica, quer a violação ocorra em seu patrimônio material, quer se verifique em relação a seu patrimônio moral.

Por sua vez, o Código Civil de 2002, conhecido como Código Reale, disciplina a responsabilidade civil em suas linhas básicas na Parte Especial do Livro I do Título IX, especificamente no Capítulo I, que tem como objetivo ordenar a obrigação de indenizar (arts. 927 a 943), e no Capítulo II, que tem como objeto a indenização (arts. 944 a 954).

O Código Civil de 2002 insere entre os pressupostos da responsabilidade civil não só a prática do ato ilícito padrão previsto, no seu art. 186, mas também o ato ilícito por equiparação, que exsurge do disposto no art. 187, consubstanciado no abuso de direito.

Em síntese, para que se verifique o dever de indenizar, é necessária a presença de alguns requisitos, ou seja, a conduta, o nexo de causalidade, a culpa (no caso de se estar em face do regime da teoria da culpa) e o dano. Caso a hipótese fática seja abarcada pela teoria do risco, o que enseja a aplicação da responsabilidade objetiva, o elemento subjetivo, relacionado à culpa, não precisar estar presente, uma vez que não se insere na estrutura da responsabilidade objetiva.

O art. 927 do Código Reale permite afirmar que o legislador brasileiro, sem descuidar da teoria da culpa, que constitui a regra no sistema jurídico nacional, também perfilhou a responsabilidade civil objetiva, baseada na teoria do risco.

A equidade, tomada entre outras acepções como a justiça do caso concreto, inserida no âmbito da responsabilidade civil, está prevista no Código Civil de 2002, na esteira do preconizado pelo princípio da operabilidade, em especial em face do disposto nos arts. 928, parágrafo único, 944, parágrafo único e 953, parágrafo único.

O art. 944 do Código Reale, ao tratar da indenização, aduz em seu parágrafo único que, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

No direito comparado, vários são os diplomas normativos que consagram a ideia de diminuição do valor da indenização, caso o agente lesivo tenha agido com culpa, como se verifica com o Código Civil argentino (art. 1.742) e o Código Civil espanhol (art. 1.103).

No que tange à utilização do parágrafo único do art. 944 do Código Civil de 2002 aos casos de responsabilidade objetiva, embora inexista uniformidade na doutrina a respeito, temos que é possível sua aplicação, uma vez que, se o legislador permite a redução do montante da indenização de quem tenha agido com culpa (responsabilidade subjetiva), maior razão existe para sua aplicação também no caso em que a pessoa não tenha agido com culpa alguma (responsabilidade objetiva).

A inserção da equidade no âmbito da responsabilidade civil deu ensejo à ampliação do poder interpretativo do julgador, revelando a importância de seu estudo sistemático, buscando trazer e analisar elementos que possibilitem uma discussão sobre o tema, em especial como isso pode influenciar o princípio da reparação integral do dano na responsabilidade civil.

A equidade permite a abertura do sistema jurídico ao intérprete, em particular ao juiz, em face das circunstâncias excepcionais do caso concreto considerado, uma vez que a legislação geral e indiscriminada não é suficiente para a solução de todos os casos que lhe são apresentados, sendo que sua aplicação potencializa a possibilidade de se fazer justiça.

Tem-se, em conclusão, que a equidade prevista no parágrafo único do art. 944 do Código Civil de 2002 constitui, no âmbito da responsabilidade civil, efetivo parâmetro para fixação da indenização, no caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, seja no que se refere à responsabilidade subjetiva, seja no tocante à responsabilidade objetiva, seja na hipótese de dano material ou extrapatrimonial.

Referências

ALBIEZ DOHRMANN, K. Jochen. La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, p. 187-206, mar. 2002.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Responsabilidade sem dano no Código Civil de 2002*. Tese (Titular) – Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ALTERINI, Atilio Aníbal. *Responsabilidad civil: límites de la reparación civil*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1974.

ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no novo Código Civil. In: PASINI, Nelson; LAMERA, Antonio Valdir Úbeda; TALAVERA, Glauber Moreno (Coord.). *Simpósio sobre o novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Banco Real, 2003.

- ARISTÓTELES. Ética a *Nicômaco*. 6. ed. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2013.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. A propriedade de bens imóveis na dialética do abuso e da função. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controversas: direito das coisas*. São Paulo: Método, 2008. (Série Grandes Temas de Direito Privado, v. 7).
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil*. Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BARROSO, Lucas de Abreu. Novas fronteiras da obrigação de indenizar. In: DELGADO, Luiz Mario; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controversas no novo Código Civil: responsabilidade civil*. São Paulo: [s.n.], 2006. v. 5.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. (Coleção Elementos do Direito).
- BONFANTE, Pietro. *Lezioni di filosofia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1986.
- BREBBIA, Roberto H. La equidade en el derecho de daños. In: BUERES, Alberto Jesús; CARLUCCI, Aída Kemelmajer de (Dir.). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*: homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Responsabilidad civil y otros estudios*: doctrina y comentarios de jurisprudencia. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992. v. 2.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*: obrigações e responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa e responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2. t. 3.
- CUPIS, Adriano de. *Il danno*: teoria generale della responsabilità civile. Milano: Giuffrè, 1970. v. 2.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- GAMARRA, Jorge. Responsabilidad contractual objetiva. In: BUERES, Alberto Jesús; CARLUCCI, Aída Kemelmajer de (Dir.). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*: homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Comentários sobre o art. 944. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. 12. ed. Barueri: Manole, 2018.

- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 4.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 4.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil: obligaciones*. 4. ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1996. t. 3.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, v. 761, p. 31-44, mar. 1999.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. *Responsabilidade civil dos pais pelos atos ilícitos dos filhos capazes*. Curitiba: Juruá, 2015.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. *Responsabilidade civil: do seu abrandamento à luz da nova sistemática brasileira*. Curitiba: Juruá, 2017.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil: de acordo com a Constituição de 1988*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PICASSO, Sebastián; SAÉNZ, Luis R. J. Artículos 1251 a 1881. In: CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián; HERRA, Marisa (Dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015. t. IV. Libro Tercero.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- REMEDIO, José Antonio; REMEDIO, Davi Pereira. Direitos fundamentais difusos e coletivos e equidade. In: KIM, Richard; BARROS, Sérgio Resende de; KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto (Coord.). *Direitos fundamentais coletivos e difusos: questões sobre a fundamentalidade*. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 47-69.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 4.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Atualização de Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SCALISI, Vincenzo. Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, anno 55, n. 6, nov./dic. 2009.
- SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações; responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

TARTUCE, Flávio. Indenização e extensão do dano: redução equitativa da indenização. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital (Coord.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Silvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ZAVALA GONZÁLEZ, Matilde M. *Responsabilidad por el daño necesario*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1985.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OLIVEIRA, Gustavo Henrique de; REMEDIO, José Antonio. Responsabilidade civil: a equidade como parâmetro para fixação da indenização no caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 31, n. 2, p. 97-121, abr./jun. 2022. DOI: 10.33242/rbdc.2022.02.005.

Recebido em: 14.02.2021

Aprovado em: 11.09.2021