

# JUSTIÇA & CIDADANIA



ISSN 1807-779X  
Edição 135 - Novembro de 2011  
R\$ 16,90

## QUIXOTE DO SÉCULO XXI

Editorial: ORPHEU SALLES, O GUERREIRO

# CULPA CONCORRENTE E REDUÇÃO EQUITATIVA DA VERBA REPARATÓRIA

**Sergio Cavalieri Filho**

Membro do Conselho Editorial  
Desembargador aposentado do TJRJ  
Procurador-Geral do TCE-RJ

O tema que pretendo debater – “culpa concorrente e redução equitativa da verba reparatória” – a rigor é a fusão de dois dispositivos do Código Civil vigente, os artigos 944 e 945.

O primeiro é o artigo 944 e, principalmente, o seu parágrafo único:

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.** (grifamos)

O segundo diz:

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

Uma peculiaridade sobre esses dispositivos: não existiam no Código de 1916. A culpa concorrente, todos sabem, foi uma construção da doutrina e da jurisprudência, assim como a questão da redução da indenização em face da menor culpa, vindo ambas a serem positivadas pelo Código Civil de 2002. Em última instância, esses dispositivos são resquícios da culpa, daquela culpa que era a *prima donna* da responsabilidade civil no Código Civil de 1916.

Para bem compreendermos o campo de incidência desses dois dispositivos, devemos verificar primeiramente se eles disciplinam a mesma matéria, ou se tratam de questões diferentes. À primeira vista tem-se a ideia de que tratam da mesma matéria, pois ambos falam em culpa e em redução da indenização e, assim, temos a impressão que os dois têm o mesmo campo de incidência. Seria isso verdade?

Antes de tudo temos que fazer uma revisão do papel que hoje desempenha a culpa em nosso sistema de responsabilidade civil. A culpa, muito relevante no Código Civil de 1916, foi perdendo

terreno ao longo do século XX em face do desenvolvimento tecnológico e científico. No Código Civil de 1916 tínhamos apenas uma cláusula geral de responsabilidade civil – o artigo 159 – aplicável a todas as situações. A responsabilidade objetiva era prevista apenas topicamente, restrita a alguns casos na parte especial, de modo que, naquele tempo, não se precisava estudar responsabilidade civil; bastava conhecer a cláusula geral do art. 159. Mas aquele dispositivo exigia a culpa provada, e a dificuldade de se enquadrar a nova realidade na culpa provada foi se tornando impossível em razão do desenvolvimento tecnológico-científico em todas as áreas do conhecimento humano.

E se o Direito é um conjunto de regras para disciplinar a vida em sociedade, é claro que, mudando a realidade social e econômica, o Direito tem também que mudar, e foi por isso que tivemos uma verdadeira revolução no Direito, principalmente na segunda metade do século XX. Surgiram até novos ramos do Direito, como o Direito do Consumidor. Essa evolução das áreas tecnológica e científica influenciou a evolução da responsabilidade civil; a culpa não mais atendia a essa nova realidade social, razão pela qual foi sendo admitida a responsabilidade objetiva, isto é, sem culpa, através de leis especiais.

O grande passo nessa evolução foi dado pela Constituição de 1988, que estendeu a responsabilidade objetiva para os prestadores de serviços públicos, tal como a do Estado. E, notem, responsabilidade direta e não mais indireta. Mas a Constituição foi além, contém vários dispositivos que tratam da responsabilidade objetiva: por dano nuclear, dano ao meio ambiente, acidente de trabalho, por atos judiciais, etc.

O grande passo final nessa evolução para a responsabilidade objetiva veio com o Código de Defesa do Consumidor, que, no seu art. 12, estabeleceu responsabilidade objetiva para o fornecedor pelo fato do produto, o que importou em também estabelecer responsabilidade direta pelo fato da coisa, quando até então por



ela só se respondia indiretamente. Em suma, a responsabilidade pelo fato da coisa passou a ser objetiva e direta e, com isso, o campo da responsabilidade objetiva ganhou enorme extensão.

O art. 14 do CDC, por sua vez, também estabeleceu responsabilidade direta e objetiva para o fornecedor pelo fato do serviço. Em outras palavras, a responsabilidade objetiva, que já havia sido estendida pelo art. 37, parágrafo 6º, da Constituição para todos os prestadores de serviço público, foi também agora estendida, pelo Código do Consumidor, a todo e qualquer serviço, público ou não, prestado ao consumidor.

O campo de incidência da responsabilidade civil pelo fato do serviço é ainda mais extenso do que o do fato do produto. Envolve, também, desde acidentes de pequena gravidade até verdadeiras catástrofes, com centenas de vítimas. Por exemplo, na noite de 31 de maio de 2009, o voo AF 447 da Air France caiu no Oceano Atlântico, matando 228 pessoas. Supondo que a causa do acidente tenha sido, realmente, o acúmulo de gelo nos sensores de velocidade da aeronave, conforme decisão da justiça francesa, e que no curso do processo tenha ficado demonstrado que esse tipo de problema já havia sido identificado em outros vôos, surge daí uma complexa cadeia de responsabilidade.

Pelo sistema tradicional seria quase impossível apurar de quem seria a responsabilidade pela falha que deu causa ao acidente. Poderia ter sido a omissão da companhia aérea que não atendeu recomendação do fabricante da aeronave, no sentido de mudar os sensores ou utilizá-los de outra forma; poderia, então, ser a omissão do fabricante da aeronave que, mesmo sabendo dos riscos potenciais do equipamento, não tomou as providências

necessárias para substituí-los ou informar a companhia aérea a respeito deles; poderia, ainda, ser defeito do projeto ou de fabricação dos equipamentos, o que remeteria a responsabilidade para o fabricante dos sensores.

Pela sistemática do Código do Consumidor não será preciso percorrer essa *via crucis* para se obter a indenização. A empresa aérea é fornecedora de serviços e os passageiros eram consumidores. Caracterizado o acidente de consumo pelo fato do serviço, aplica-se ao caso o art. 14 do CDC pelo qual o fornecedor de serviço tem responsabilidade objetiva pelo defeito do serviço, isto é, pela falta de segurança do transporte legitimamente esperada. E como o CDC estabelece responsabilidade solidária entre todos os que participam do fornecimento do serviço (art. 14), os beneficiários das vítimas poderão escolher contra quem propor a ação indenizatória – contra a Air France, a Airbus ou a Thales, fabricante dos sensores. A toda evidência, pelo menos no Brasil, a melhor opção será processar a companhia aérea, ficando esta com direito de regresso contra os demais eventuais responsáveis.

Mas, não parou aí a evolução rumo a responsabilidade objetiva. Veio o Código Civil de 2002 e ele precisou se atualizar. Aquela cláusula geral do art. 159 não funcionava mais. Claro que o Código Civil de 2002 manteve uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva, que é o art. 927 combinado com o art. 186, mas foi além daquilo que já havia ocorrido ao longo do século XX.

O Código Civil de 2002, no art. 187, estabeleceu também a responsabilidade objetiva para todo e qualquer abuso do Direito. Não há uma cláusula de maior abrangência do que essa; diz que

todo e qualquer titular de direito subjetivo, público ou privado, que ao exercê-lo, for além dos limites estabelecidos no art. 187, o ato lícito passa a ser ilícito e se causar dano terá que indenizar.

O art. 927, parágrafo único do Código Civil, consagrou também responsabilidade objetiva pela atividade de risco de maneira ampla, geral. Isto é, foi além da Constituição de 88 e do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor estabelecendo responsabilidade objetiva pelo chamado risco criado. Finalmente, no art. 931, o Código Civil também estabeleceu outra cláusula geral de responsabilidade objetiva pelo risco ou fato do produto – pelo dano causado pelo empresário e pelo produto que ele coloca em circulação. Vale dizer, levou a responsabilidade objetiva para além do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor.

Então, esse é hoje o campo de incidência da responsabilidade objetiva, da responsabilidade sem culpa, quer dizer, um campo de grande abrangência. E quais foram os efeitos dessa consagração da responsabilidade objetiva? Em primeiro lugar, a aniquilação da responsabilidade indireta; não acabou de vez, ainda existe, mas o seu campo de incidência ficou muito restrito. Sempre que o fato for produto ou o serviço for atividade da empresa, não há mais que se falar em responsabilidade. Em segundo lugar, reduziu o campo da responsabilidade subjetiva, que passou de regra para exceção – antes de aplicarmos o artigo 186, responsabilidade subjetiva, temos que verificar se não há uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, havendo, a responsabilidade subjetiva ficará afastada. Em terceiro lugar, superou, em grande parte – principalmente pelo Código de Defesa do Consumidor – a dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual. Na relação de consumo não importa saber se o consumidor comprou ou não o produto, ou se o consumidor foi o adquirente direto do serviço. Se A compra um automóvel e depois revende pra B, que revende pra C, e, finalmente, esse automóvel apresenta um defeito do produto, o consumidor final tem a cobertura pelo fato do produto, isto é, a responsabilidade objetiva é direta do fornecedor. E é por isso que, embora haja um grande número de ações de responsabilidade civil, conseguimos hoje resolver as mais intrincadas questões com certa facilidade.

Temos hoje, entretanto, um sistema de responsabilidade civil complexo. Tínhamos um sistema singelo, era só o art. 159, e hoje temos um sistema de responsabilidade complexo porque as regras que disciplinam a responsabilidade civil começam na Constituição, temos leis especiais – entre elas o Código de Defesa do Consumidor –, e temos o Código Civil, com pelo menos três cláusulas gerais de responsabilidade objetiva. É um sistema complexo que reflete a complexidade da sociedade moderna.

O que sobrou para a responsabilidade subjetiva? Na realidade, sobrou muito pouco. Hoje temos responsabilidade subjetiva na responsabilidade pessoal, da pessoa natural (embora alguns queiram enquadrá-la no art. 927, parágrafo único, sem razão porque esse dispositivo fala em “atividade normalmente desenvolvida”, o que indica atividade empresarial e não mera ação ou omissão, pelo que a responsabilidade da pessoa natural continua subjetiva); a responsabilidade do profissional liberal, porque temos no art. 14, § 4º, do Código

de Defesa do Consumidor, expressamente, uma cláusula excluindo o profissional liberal da responsabilidade objetiva; e temos, ainda, algumas situações de responsabilidade de pessoa jurídica cuja atividade não tenha risco inerente, por exemplo, uma loja de roupas. Assim, o campo da responsabilidade subjetiva é muito reduzido.

É importante destacar agora que na responsabilidade objetiva o nexos causal passou a ter a mesma importância, ou até maior, que tinha a culpa na responsabilidade subjetiva. Nosso problema, como aplicador do Direito, na responsabilidade objetiva é o nexos causal, aquela relação de causa e efeito que deve haver entre a conduta, o produto ou a atividade e o dano. Sempre que se tratar de responsabilidade objetiva teremos que verificar se há essa relação de causa e efeito. Havendo essa relação, aquilo que chamamos de imputação objetiva, haverá a obrigação de indenizar. Não havendo, e será a única situação em que se poderá excluir a responsabilidade, o nexos causal (o caso fortuito, a força maior, o fato exclusivo da vítima ou de terceiro), aí não se indeniza.

Feita essa divagação, indaga-se: onde se aplica o art. 945? Estamos querendo ver se os dois dispositivos tratam de matéria idêntica ou não. O artigo 945, que, como já vimos, foi uma criação da doutrina e da jurisprudência, trata da culpa concorrente – e com essa terminologia veio para o Código Civil de 2002. Outra indagação: aplicamos a culpa concorrente na responsabilidade objetiva, na qual não há culpa?

Essa é a primeira questão. Na chamada culpa concorrente há realmente uma concorrência de culpas? A questão aqui é terminológica. Aquilo que a doutrina chama de culpa concorrente na realidade é concorrência de causas. O que se verifica nessa situação, quer como excludente de responsabilidade, quer como redução da indenização, é fato exclusivo ou concorrente da vítima e não culpa da vítima. O nome está equivocado e foi assim até para o Código de Defesa do Consumidor, que só trata de responsabilidade objetiva.

É necessário verificar se, no caso, a conduta da vítima concorreu ou não para o resultado, ou se foi causa exclusiva do resultado. Em cada caso será necessário verificar se houve fato concorrente ou fato exclusivo da vítima. Não há culpas concorrentes. Culpa é uma característica da conduta. Culpa, isoladamente considerada, só tem valor doutrinário, para mero conceito. A culpa se caracteriza em uma conduta e é essa conduta que vai causar o dano. A culpa não existe isoladamente, o que existe é a conduta culposa. Então, é necessário verificar se a conduta da vítima foi ou não concorrente para o resultado, ou foi ou não a causa exclusiva.

Há uma lição de Yussef Cahali que bem coloca essa questão: É que, deslocada a questão para o plano da causalidade, qualquer que seja a qualificação que se pretenda atribuir ao risco como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado – risco integral, risco administrativo, risco proveito – aos tribunais se permite a exclusão ou atenuação daquela responsabilidade quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido na causação do dano, provocando o rompimento do nexos causal, ou apenas concorrendo como causa na verificação do dano injusto. [...]. Será, portanto, no exame das

causas do dano injusto que se determinam os casos de exclusão ou atenuação da responsabilidade pública, excluída ou atenuada esta responsabilidade em função da ausência do nexos de causalidade ou da causalidade concorrente na verificação do dano injusto indenizável (*Responsabilidade Civil do Estado*, pp. 41 e 43)

Ali o mestre já destacava que, na responsabilidade objetiva do Estado, não se leva em consideração a culpa da vítima, leva-se em consideração a concorrência ou não de condutas.

Temos agora no Código Civil de 2002 o art. 738, ainda pouco utilizado, específico para o transporte, que ao tratar daquilo que normalmente é chamado de culpa concorrente não fala em culpa, mas sim em conduta concorrente da vítima. O art. 738 dispõe: “se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá equitativamente a indenização na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano”. Não é na medida da culpa da vítima e sim na medida em que a vítima tiver concorrido para a ocorrência do dano.

A conclusão com relação ao art. 945 do Código Civil, não tenho dúvida, é que ele é aplicável também na responsabilidade objetiva. E o melhor exemplo disso é a responsabilidade do transportador de passageiros: é objetiva pelo Código Civil, é objetiva pelo Código do Consumidor com relação ao consumidor, e pela Constituição é também objetiva por ser prestador de serviço público. O transportador tem uma das responsabilidades mais rigorosas, mas nem por isso não se lhe aplica a redução da indenização pela conduta concorrente da vítima, ou culpa concorrente, como usualmente chamada.

Vejam agora onde é aplicável o segundo dispositivo, o parágrafo único do art. 944. Ressalte-se, em primeiro lugar, que esse dispositivo é uma exceção ao princípio da indenização integral, prevista no *caput* do mesmo artigo que diz: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. É por isso que muitos até sustentaram a inconstitucionalidade desse dispositivo por violação do princípio da indenização integral, mas não vamos entrar nesse mérito. Sendo uma exceção, esse parágrafo único deve ser aplicado restritivamente, como toda exceção. E, tratando ele de culpa leve, no meu entender, só tem aplicação no caso de responsabilidade subjetiva, e, mais, quando tiver dano grave. Essa disposição veio para a doutrina e para a jurisprudência, estando agora no nosso Código Civil, oriunda de uma lição do grande Augustinho Alvim:

Sucedo, às vezes, que, por culpa leve, sem esquecer uma dose de fatalidade, vê-se alguém obrigado a reparar prejuízos de vastas proporções. O juiz poderia sentir-se inclinado a negar a culpa, para evitar uma condenação que não comporta meio termo. (*Da Inexecução das Obrigações*, Saraiva, 1972, p.201).

Para evitar esse impasse do juiz, está aí a lição de Augustinho Alvim no sentido de que, nesses casos, com base na equidade, poderá o juiz reduzir a indenização e não dar uma indenização integral. De sorte que a finalidade dessa

norma, sem sombra de dúvidas, é evitar que a reparação integral dos danos prive o ofensor do mínimo necessário à sua sobrevivência, em prestígio dos princípios da dignidade humana e da solidariedade. Se, em tais casos, o juiz não tiver algum arbítrio, o julgamento poderá se tornar injusto. É por isso que entenda não ser o dispositivo inconstitucional, por estar fundado em outro princípio, que é o da equidade.

O princípio da equidade é outro princípio de grande relevância, que vem cada vez mais conquistando espaço no Direito moderno. Em Introdução à Ciência do Direito aprendemos que, de acordo com a lição de Aristóteles, a equidade em princípio é integrativa, tendo como objetivo preencher as lacunas da lei e, portanto, só aplicável se houver expressa previsão legal. Mas, ensinava Aristóteles, além da equidade integrativa temos a equidade corretiva, que permite ao juiz corrigir os excessos da lei, e aí está, no meu entender, a verdadeira finalidade dessa norma. Evitar que o caso concreto acabe sendo uma injustiça, ou por não ter sido dada indenização nenhuma à vítima ou por dar uma indenização excessiva. Mais uma vez, o legislador transferiu para os julgadores essa tarefa enorme de bem aplicar o Direito, com justiça e equidade.

Portanto, como exceção à regra da indenização integral, o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil deve ser aplicado restritivamente, razão pela qual podemos estabelecer as seguintes conclusões: a) só tem aplicação nos casos de *culpa levíssima* em que o ofensor tenha causado danos de grandes proporções à vítima, pelo que estão fora do seu campo de incidência a culpa grave e o dolo; b) a *ratio legis* é a culpa – culpa levíssima – razão pela qual não se aplica à responsabilidade objetiva, hoje de maior campo de incidência do que a responsabilidade subjetiva. Seria ilegal utilizar o critério do grau de culpa para aferir o valor da indenização objetiva, na qual a culpa não tem nenhuma relevância; c) em princípio aplica-se ao dano moral uma vez que o fundamento da norma não é a natureza do dano (material ou moral) mas, antes, a excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano – culpa levíssima e dano de grande proporção. Na prática, entretanto, o dispositivo não será de grande valia porque o valor da indenização pelo dano moral já é arbitrada pelo juiz com base nos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e nas condições econômicas das partes; d) aplica-se à responsabilidade contratual porque nela há também responsabilidade subjetiva, como no caso dos profissionais liberais (CDC, art. 14, §4º); e) de regra, não se aplica à responsabilidade nas relações de consumo porque esta é objetiva; f) inaplicável à indenização punitiva, também chamada de **preço do desestímulo**, porque a finalidade da norma é reduzir a indenização e não agravá-la; conceder à vítima indenização superior aos danos sofridos em caso de culpa grave é algo absolutamente contrário à finalidade da norma; g) a equidade, à qual se refere o dispositivo em exame, é o critério que o juiz deverá levar em conta para reduzir a indenização – condições econômicas da vítima e do ofensor, o que tem tudo a ver com o princípio da igualdade.



Texto extraído da palestra proferida no VII Seminário “Questões Jurídicas Relevantes no Transporte Coletivo”, realizado em agosto de 2011, em Campos do Jordão