

# A Evolução do Conceito de Culpa e o Artigo 944 do Código Civil

Paula Greco Bandeira

*Mestranda em Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ*

## 1. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CULPA. DA CULPA SUBJETIVA (PSICOLÓGICA) À CULPA NORMATIVA. CRÍTICA À REGRA DO *BONUS PATER FAMILIAS*

A noção de culpa, embora presente na linguagem vulgar, e, no âmbito jurídico, desenvolvida pela doutrina ao longo de milhares de anos, permanece, ainda nos dias de hoje, obscura, confusa e imprecisa.<sup>1</sup> Trata-se, como advertido pelos irmãos MAZEAUD, de um dos pontos mais delicados da responsabilidade civil.<sup>2</sup> De fato, o conceito de culpa, notadamente a aquiliana, é objeto de intermináveis divergências doutrinárias, revelando, em sua gênese, feição subjetiva ou psicológica e, posteriormente, ganhando contornos objetivos.

A culpa subjetiva ou psicológica consiste na avaliação do estado anímico do ofensor, típica de uma avaliação moral e subjetiva da conduta individual. Em outras palavras, busca-se perquirir os elementos psicológicos do agente que viola o dever de conduta, verificando-se se tinha a possibilidade de prever os resultados danosos de sua atuação (culpa) ou se agiu com intenção de prejudicar (dolo). Assim, a culpa

<sup>1</sup>A constatação é de GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil Português*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1957, v. XII, t. II, p. 576 e ss., o qual passa em revista diversos significados atribuídos pela doutrina ao conceito de culpa.

<sup>2</sup>H. e L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 3ª ed., 1938, v. I, n. 380.

é tratada como elemento subjetivo ou psicológico do ilícito, razão de um juízo moral de condenação do sujeito.<sup>3</sup>

Note-se, portanto, que a noção de culpa psicológica reúne dois elementos essenciais, a saber: (i) a violação de um dever preexistente, resultado da manifestação de vontade livre e consciente do agente; e (ii) a previsibilidade do resultado danoso, “pressuposto lógico e psicológico de sua evitação”.<sup>4</sup> Ressalte-se que a concepção subjetiva da culpa, ao exigir o elemento vontade do agente na violação do dever de conduta – expresso pelo dolo ou pela culpa, pouco importa –, impede que haja valoração gradual do dever de indenizar de acordo com o grau de culpa. Desta feita, a culpa levíssima, leve ou grave gerariam igual dever de reparar o dano, de modo que *tertius non datur*: ou bem se está diante de violação do dever de conduta, e aí verifica-se a culpa (independentemente do grau), impondo-se o dever de reparar o dano, ou não se está diante da violação da norma e, portanto, não há que se falar em culpa e, por conseguinte, em dever de reparar.<sup>5</sup>

Além disso, tradicionalmente, aqui e alhures, a definição de culpa em sentido estrito traduz-se nos conceitos de negligência, imprudência e imperícia. Assim, afirma-se que a negligência consiste na “omissão daquilo que razoavelmente se faz, ajustadas as condições emergentes às considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos. É a inobservância das normas que nos ordenam operar com atenção, capacidade, solícitude e discernimento”. A imprudência, por sua vez, corresponde à “precipitação no procedimento inconsiderado, sem cautela, em contradição com as normas do procedimento sensato. É a afoiteza do agir, o desprezo das cautelas que devemos tomar em nossos atos”. E, por fim, a imperícia consubstancia-se, originariamente, na “falta de habilidade”.<sup>6</sup> Como se vê, tais conceitos, a que ordinariamente se remete a noção de culpa em sentido estrito, revelam o caráter moral ou psicológico atribuído, no mais das vezes, à culpa.

<sup>3</sup> “Alla nozione soggettiva continua tuttavia a fare riferimento una larga parte della dottrina privatistica, che definisce la colpa come l’elemento soggettivo o psicologico dell’illecito, ragione di un giudizio morale di condanna del soggetto” (BIANCA, Massima. *Diritto civile*, v. 5. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1994. p. 576).

<sup>4</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 210.

<sup>5</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, cit. p. 210.

<sup>6</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e atual. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 149.

De acordo com Silvio Rodrigues, na concepção moral de culpabilidade, “o ato danoso deve ser imputado a seu autor. Assim, mister se faz não só que haja ele violado uma regra de conduta, mas que, agindo dentro de seu livre-arbítrio, tenha o agente tido a possibilidade de prever, de agir diferentemente, impedindo, se lhe aprouvesse, o evento danoso”.<sup>7</sup>

Dentre os partidários da noção de culpa subjetiva na doutrina brasileira, destacam-se Pontes de Miranda, que se refere à culpa como a “falta de devida atenção”<sup>8</sup>, e José de Aguiar Dias, para quem a culpa encontra-se inevitavelmente atrelada ao requisito moral, caracterizando-se pelo desprezo, por parte do agente, do resultado previsível de sua conduta de inobservância da norma de comportamento.<sup>9</sup>

A conotação psicológica ou subjetiva da culpa consagra, portanto, a idéia de que não há responsabilidade sem culpa, atribuindo-se à culpa preponderância na etiologia do ato ilícito.<sup>10</sup>

Destaque-se que, na concepção subjetiva ou psicológica da culpa, o foco da responsabilidade civil encontra-se na figura do ofensor, vez que se mostra imprescindível a análise do estado anímico do agente causador do dano. Por esta razão, tal noção impinge à vítima prova diabólica da culpa do agente, o que levou, posteriormente, à constatação de que o lesado, por força da dificuldade probatória, restava, muitas vezes, sem indenização pelos danos sofridos.

Com o objetivo de superar a dificuldade probatória que se impunha à vítima, impulsionou-se a criação de presunções de culpa, cabendo ao suposto agente provar que não agiu com culpa. Ao lado disso, assistiu-se ao formidável desenvolvimento da responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco, criando-se inúmeras hipóteses de responsabilidade sem culpa.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 4, p. 145.

<sup>8</sup> “*Negligentia*, desídia etc, e, nos textos, culpa, termo genérico, que pode empregar-se em sentido estrito, para se distinguir de *dolus*, é a falta de devida atenção” (MIRANDA, Pontes de. **Manual do Código Civil Brasileiro**. In: Paulo de Lacerda (coord.). Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1927, p. 130).

<sup>9</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, cit. p. 148-149.

<sup>10</sup> CHIRONI, G. P. **La colpa nel diritto civile odierno: colpa extra-contrattuale**. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, v. 1, 1903. p. 35.

<sup>11</sup> Sobre a evolução da responsabilidade civil, a partir das presunções de culpa e, posteriormente, o crescimento das hipóteses de responsabilidade objetiva, v. TEPEDINO, Gustavo. “A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal”. In: **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 193 e ss.

As transformações econômicas e sociais, que determinaram a criação de novas categorias na responsabilidade civil destinadas a solucionar os problemas que se impunham à época, culminaram, no século XX, na mudança de seu foco, que se deslocou do agente causador do dano à vítima, com vistas à reparação mais ampla possível dos prejuízos por ela sofridos. Na esteira destas transformações pelas quais passava a responsabilidade civil, o conceito de culpa psicológica ou subjetiva revelou-se insuficiente, impondo-se, a partir de então, a sua revisão.

Surge, assim, o conceito de culpa objetiva ou culpa normativa, criado pelos irmãos MAZEAUD. De acordo com esta concepção, a culpa consiste em erro de conduta que não seria cometido por uma pessoa avisada, colocada nas mesmas circunstâncias externas do autor do dano.<sup>12</sup> Dito por outras palavras, para se verificar se o agente incorreu em culpa, deve-se analisar não o seu lado psicológico, aí incluídas as suas particularidades psíquicas ou morais (culpa *in concreto*), porque tais circunstâncias lhe são internas, mas, antes, impõe-se a comparação objetiva entre a sua conduta e a de um tipo abstrato – o *bonus pater familias* –, tomado como modelo geral de comportamento, que deve ser colocado nas mesmas circunstâncias externas do autor do dano (culpa *in abstracto*). Assim, caso o tipo abstrato, hipoteticamente considerado nas mesmas circunstâncias externas do agente, não violasse a regra de conduta, o agente terá agido com culpa.

Note-se que o tipo abstrato de comparação se traduz na figura do homem normal, o homem médio, avisado e prudente, que vive em sociedade, e age sempre, em determinadas circunstâncias, de modo uniforme.<sup>13</sup> Trata-se, na expressão de CHIRONI, do *homo economicus*,<sup>14</sup> e não de um super-homem. Ao propósito, afirma DE PAGE, que o homem médio não pode ser o *homo juridicus*, uma pura abstração, pois que este seria irreal e absurdo, mas o homem abstratamente diligente,

<sup>12</sup> “La faute quase-délictuelle est une erreur de conduite telle qu’elle n’aurait pas été commise par une personne avisée placée dans les mêmes circonstances externes que l’auteur du dommage ” (H. e L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, cit. n. 381).

<sup>13</sup> LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, 2. ed. rev. e at. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval, p. 58.

<sup>14</sup> CHIRONI, G. P. *La colpa nel diritto civile odierno: colpa extra-contrattuale*, cit. p. 127.

prudente e circunspecto.<sup>15</sup> Nos ordenamentos romano-germânicos, refere-se, comumente, à noção de *bonus pater familias*, a qual corresponde, nas famílias anglo-saxãs, ao *reasonable man*.

Na apreciação da culpa *in abstracto* – repita-se ainda uma vez –, não se consideram as disposições especiais do autor do ato, o seu grau de compreensão das coisas, seus meios ou possibilidades individuais, mas compara-se a sua conduta com a do homem abstratamente diligente, prudente e circunspecto, sem aferir a sua educação, instrução ou aptidões pessoais.<sup>16</sup> Nesta direção, afirma-se que o indivíduo deve ser considerado culpado ainda que “tenha feito o seu melhor para evitar o dano”, isto é, mesmo que não tenha a capacidade de agir como o homem de diligência média naquelas circunstâncias do caso concreto.<sup>17</sup> Contudo, não se desprezam, por completo, as circunstâncias de tempo, lugar, usos, costumes e hábitos sociais, tendo em vista que o homem médio se insere nas mesmas condições externas do autor do ato, ou seja, diante de uma realidade concreta.<sup>18</sup>

Em síntese, de acordo com a concepção normativa da culpa, para se verificar se o agente agiu culposamente, deve-se proceder a um juízo normativo entre a sua conduta e a do modelo abstrato de comportamento, abstraindo-se das circunstâncias internas do agente, de ordem intelectual, e atendendo apenas às circunstâncias externas, de ordem física, presentes no momento da prática do ato. Assim, avalia-se o comportamento do agente de acordo com o que se espera

<sup>15</sup> DEPAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 12. ed. Bruxelles : Établissements Émile Bruylant, t. 2, 1948, p. 887-888. Ressalta o autor, ainda, que, na apreciação da culpa *in abstracto*, deve-se levar em conta certas circunstâncias objetivamente concretas, denominadas externas, como tempo, lugar, classe social, os usos etc. Confirma-se: “*Forcément, le type de comparaison ne pourra pas être un homo juridicus, une pure abstraction. Il serait irréel, et par conséquent, absurde. On doit donc nécessairement tenir compte de certaines circonstances concrètes, mais objectivement concrètes, tels les circonstances de temps, de milieu, la classe sociale, les usages, les mœurs, les habitudes sociales, etc... C’est ce qu’on a appelé les circonstances externes, pour les opposer aux circonstances ‘internes’ ou subjectives*” (p. 888).

<sup>16</sup> LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, cit. p. 58.

<sup>17</sup> “*Il soggetto che tiene un comportamento non conforme ai canoni obiettivi della diligenza è in colpa anche se abbia fatto del suo meglio per evitare il danno, senza riuscirci a causa della sua inettitudine personale (imperizia, mancanza del normale grado di intelligenza, età avanzata, ecc.) od economica*” (BIANCA, Massimo. *Diritto civile*, cit. p. 157). No mesmo sentido, na *common law*, exemplifica Patrick ATIYAH que “*(...) although the law only requires reasonable care, it is no defence for a driver to say that he was doing the best. His best may simply not be good enough. Drivers do not have to display the abilities and skill of a Damon Hill or a Michael Schumacher, but they must display the abilities of the ordinary reasonably careful driver. And a driver who is simply unable to do this, because he just is a bad driver, or even because he has a physical disability, will be guilty of negligence just the same*” (The Damages Lottery. Oxford: Hart, 1997, p. 5).

<sup>18</sup> Esta é a constatação de LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, cit. p. 60.

do *bonus pater familias* e não do que se deveria esperar daquele que praticou o ato.

Na doutrina brasileira, Alvino Lima, ao se dedicar ao estudo da culpa, asseverou que a teoria da culpa normativa proposta pelos irmãos Mazeaud incidia em dois graves erros. O primeiro deles corresponderia à exclusão do elemento vontade consciente como principal fundamento para a fixação do erro de conduta. Ou seja, mostrar-se-ia indispensável que o agente a que se pretende imputar a culpa fosse capaz de conhecer e apreciar a conduta do homem normal, isto é, do tipo de comparação. Não se trata – ressalta o autor – de apreciar a culpa *in concreto*, vale dizer, de avaliar as faculdades, as aptidões ou os defeitos psíquicos do agente, mas apenas sua capacidade de apreciação da conduta normal do homem, “a fim de que lhes possamos pedir contas do seu desvio do caminho palmilhado por todos os cidadãos prudentes”.<sup>19</sup> Ao lado dessa crítica, sustenta Alvino Lima que o segundo erro de concepção da teoria reside na exclusão, por completo, na apreciação da culpa *in abstracto*, de certos elementos pessoais do agente que devem ser ponderados na determinação de sua responsabilidade. Tal não se confunde com uma espécie de retorno à culpa psicológica, mas, antes, consiste em se determinar se o agente poderia agir, de acordo com sua razão e inteligência, como agiria o *bonus pater familias*.<sup>20</sup> Daí muitos autores afirmarem que a culpa compõe-se de dois elementos: um objetivo, traduzido na omissão da diligência do *bonus pater familias*; e, outro, subjetivo, consistente na consciência do ato, “no poder querê-lo, livremente podendo ou devendo prever as suas conseqüências”.<sup>21</sup>

Sem embargo da discussão doutrinária acerca da necessidade de o agente conhecer a conduta do homem médio e ser capaz de se orientar segundo este padrão de comportamento para ser responsabilizado, o certo é que a culpa normativa afasta o subjetivismo inerente à concepção psicológica da culpa, fortemente atrelada à intenção e às circunstâncias pessoais do agente, provocando o seu divórcio com a moral, e facilitando, em última análise, a prova da culpa.

<sup>19</sup> LIMA, Alvino. Culpa e risco, cit. p. 63.

<sup>20</sup> LIMA, Alvino. Culpa e risco, cit. p. 65.

<sup>21</sup> LIMA, Alvino. Culpa e risco, cit. p. 67.

Ressalte-se que esta mudança de concepção da culpa (de psicológica a normativa) foi criticada por alguns doutrinadores. Assim, René Demogue sustenta que a culpa normativa, ao adotar o critério do bom pai de família – objetivo –, procedendo-se à análise *in abstracto* da culpa, contraria a idéia de responsabilidade subjetiva.<sup>22</sup> Por outro lado, há quem sustente que a culpa apreciada *in concreto* revela-se mais apta a “incitar os indivíduos a se mostrarem mais prudentes”.<sup>23</sup>

Observe-se que o próprio critério do bom pai de família, adotado na concepção normativa da culpa, foi alvo de severas críticas por parte da doutrina.<sup>24</sup> Indaga-se quem, afinal, seria este bom pai de família, senão um ente abstrato, etéreo, desconhecido da generalidade das pessoas. Em razão das dificuldades em se determinar o padrão de comportamento do *bonus pater familias*, Giorgio Giorgi sustenta que o julgador, no momento de verificar a conduta culposa do ofensor, acaba adotando critérios pessoais,<sup>25</sup> o que se traduziria, certamente, na adoção de parâmetro de conduta que ele ou seus conhecidos adotariam nas mesmas circunstâncias. Em outras palavras, o modelo abstrato de conduta do *bonus pater familias* corresponde ao comportamento que o juiz ou seus conhecidos adotariam, hipoteticamente, se situados nas mesmas circunstâncias do caso concreto. Tal parâmetro de comportamento afigura-se tão inacessível e pessoal quanto o padrão de comportamento do ofensor,<sup>26</sup> adotado na análise da culpa *in concreto*.

Além disso, em inúmeras situações, propiciadas pelos avanços científicos e tecnológicos e pela crescente complexidade sócio-econômica, o juiz não deterá o conhecimento técnico específico que lhe

<sup>22</sup> DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général – Sources des obligations*, tomo III, Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923, p. 426: “Il faut avouer que la responsabilité *in abstracto* est contraire au point de départ de la théorie subjective de la responsabilité. S’étant placée nettement au point de vue de l’auteur elle se refuse à s’y placer jusqu’au bout fait ici une concession à la théorie objective de la responsabilité. (...) En effet l’irresponsabilité dont on bénéficie lorsqu’il y avait impossibilité d’empêcher le dommage ne s’explique pas”.

<sup>23</sup> Confira-se um apanhado das diversas posições em LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, cit. p. 65.

<sup>24</sup> Cf. a crítica de René Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, tomo I, Paris: LGDJ, 1951, p. 7. V., ainda, no âmbito da *common law*, Peter Cane. *Atyiah’s accidents, compensation and the Law*. London: Weidenfeld and Nicolson, 1987, p. 37.

<sup>25</sup> GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel Diritto Moderno Italiano*. Turim: UTET, 1927, v. IX, p. 49.

<sup>26</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 39.

permita se inserir nas circunstâncias do caso para verificar a atuação culposa do ofensor.<sup>27</sup> É o que ocorre, por exemplo, na hipótese em que o juiz deva verificar se o administrador de uma grande companhia, ao aprovar a incorporação de uma sociedade controlada indiretamente pela companhia administrada por outra sociedade do mesmo grupo econômico, age com culpa, isto é, em violação ao melhor interesse da companhia administrada. O juiz, à evidência, não detém conhecimento específico que lhe permita concluir se a operação econômica foi vantajosa para a companhia administrada.

Com o intuito de se determinar o padrão abstrato de comportamento a ser considerado na análise da culpa, conferindo concretude à regra do *bonus pater familias*, a doutrina propõe a fixação de *standards* de conduta específicos que irão variar de acordo com cada tipo de atividade. Conforme leciona Maria Celina Bodin de MORAES:

*(...) Através da nova concepção [culpa normativa], existirão tantos modelos de diligência quanto forem os tipos de conduta (profissional, desportiva, na direção de veículos etc.) presentes no contato humano, de modo que os parâmetros, entre os tipos, serão variáveis (e diz-se que foram 'subjativados' ou relativizados). Isto é o que permite que se estabeleçam padrões – standards – de conduta que exigirão do agente um comportamento judicioso, o qual variará em cada situação, consideradas sua profissão e demais circunstâncias pessoais.*<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Neste sentido, SCHREIBER, Anderson: "Não apenas as desigualdades sociais, como também a crescente complexidade da vida contemporânea, a especialização dos setores econômicos e o avanço desconcertante das novas tecnologias resultam em que, muitas vezes, o juiz se vê diante de situações às que não se pode transportar. Como poderia o julgador, individualmente, no isolamento de seu gabinete, por exemplo, estabelecer o cuidado médio que deve ser adotado na elaboração das demonstrações financeiras de uma grande empresa, na reparação de uma aeronave, na atuação policial em confronto com o crime organizado, na manipulação de material genético? Tais hipóteses revelam talvez a mais notável deficiência do modelo abstrato de comportamento: a sua unicidade" (**Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**, cit. p. 39-40).

<sup>28</sup> **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, cit. p. 213. No mesmo sentido, SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**, cit. p. 40: "Prendendo-se a uma elevada generalização, tanto o *bonus pater familias* quanto o *reasonable man* tornam-se inúteis à avaliação das novas situações concretas em sua rica multiplicidade. A definição de um padrão único de diligência parece, de todo, incompatível com uma realidade complexa e plural, como a que caracteriza as sociedades contemporâneas. Daí verificar-se, por toda parte, um fenômeno que se poderia designar como fragmentação do modelo de conduta, ou seja, a utilização de parâmetros de comportamento específicos e diferenciados para as mais diversas situações".



O estabelecimento dos *standards* de conduta pelos magistrados se efetivará por meio do recurso a entidades e órgãos técnicos e aos peritos que possuam o conhecimento especializado de que se necessita para a avaliação de determinado tipo de comportamento. Esta a solução sustentada por Anderson Schreiber, para quem

*(...) os tribunais passam a recorrer à assistência de órgãos, entidades e técnicos periciais que tenham conhecimento específico sobre o tipo de comportamento que se avalia. Ao invés de se valer de um tão genérico quanto irreal **bonus pater familias**, seja na avaliação do transporte de material genético que restou danificado, seja na avaliação de uma companhia acusada de divulgar balanços adulterados, as cortes tendem, cada vez mais, a se socorrer de parâmetros específicos de conduta que levem em conta, no primeiro caso, os procedimentos técnicos habituais, as condições em que se deu o transporte, as recomendações da Agência Nacional de Saúde e de entidades especializadas; e, na segunda hipótese, as normas gerais de contabilidade, as práticas habituais na elaboração de demonstrações financeiras, o grau de controle da auditoria externa, e assim por diante.<sup>29</sup>*

Ressalte-se, aqui, o importante papel a ser desempenhado pelos advogados, instados a disponibilizarem aos juízes pareceres especializados e dados técnicos que lhes auxiliem na fixação dos *standards* de comportamento.

Assim, ao se valerem dos conhecimentos técnicos de que dispõem os órgãos e os peritos especializados, os juízes estarão aptos a estabelecer o padrão de comportamento a ser esperado do agente no desempenho daquela atividade específica. Não se trata de abandono à regra do homem médio (isto é, do *bonus pater familias*), mas, antes, de sua especificação, ao se determinar o que o médico “médio”, o motorista “médio”, o administrador “médio” fariam nas mesmas circunstâncias em que se situava o ofensor. A culpa, em suma, passa a significar a violação a um *standard* de conduta.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos, cit. p. 41.

<sup>30</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais, cit. p. 212.

## 2. OS GRAUS DE CULPA NO DIREITO BRASILEIRO E O SEU SIGNIFICADO DIANTE DA NORMATIZAÇÃO DA CULPA. A INTRODUÇÃO DA REGRA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 944 DO CÓDIGO CIVIL

Tradicionalmente, divide-se a culpa, quanto à sua intensidade ou gravidade, em três graus: grave, leve e levíssima. Na culpa grave, afirma-se, o autor, embora não tenha agido com a intenção de causar o dano, comportou-se como se o tivesse querido, daí equiparar-se ao dolo. A culpa leve, por sua vez, corresponderia à falta de diligência média, que um homem normal empregaria em sua conduta. E a culpa levíssima, por fim, diria com a conduta que escaparia ao padrão médio, mas que um *diligentissimo pater familias*, especialmente cuidadoso, observaria.<sup>31</sup> Trata-se do grau máximo de cuidado, atenção e prudência humanamente possível, que adotaria o diligentíssimo pai de família.

A tripartição dos graus de culpa associa-se, frequentemente, à classificação da culpa em negligência, imprudência e imperícia, a fim de se verificar se o agente agiu com culpa grave, leve ou levíssima, e remonta à idéia de culpa psicológica, uma vez que analisa a intenção do agente na determinação do grau de culpa.

Note-se que, a despeito da referência quase unânime da doutrina brasileira aos graus de culpa, estes sempre foram considerados irrelevantes para o direito brasileiro no que tange à responsabilidade aquiliana, impondo-se a reparação de acordo com a extensão do dano e, portanto, independentemente do grau de culpa do ofensor. Dito diversamente, pouco importa a gravidade da culpa para o cálculo da indenização, que se medirá de acordo com a extensão do dano. A regra era extraída do art. 1.060 do Código Civil de 1916, *in verbis*:

*“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”.*

<sup>31</sup> SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 71.

As noções de dolo e a culpa, portanto, fundiram-se na idéia de ato ilícito,<sup>32</sup> positivado no art. 159 do Código Civil de 1916, nos seguintes termos:

*“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.*

Deste modo, no direito brasileiro, por força da desimportância atribuída aos graus de culpa, consagrou-se a regra de que a indenização mede-se pela extensão do dano, aferida de acordo com o nexo causal, impondo-se uma vez configurada a prática do ato ilícito. Por esta razão, mesmo nas hipóteses de culpa levíssima, impunha-se a reparação, traduzida no adágio latino *in Lex Aquilia et levissima culpa venit*. 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, e com a ausência de caráter punitivo do direito civil, que, ao contrário do direito penal, não recomenda a análise dos graus de culpa do ofensor para a sua condenação.

De outra parte, a responsabilização do ofensor, mesmo nas hipóteses de culpa levíssima, afigurar-se-ia incompatível com a concepção normativa de culpa. Com efeito, na culpa objetiva ou normativa, a inobservância do *standard* médio de conduta legitimamente exigível na prática de determinada atividade equivaleria, na culpa subjetiva, à culpa leve. A culpa grave, por outro lado, traduziria a violação a *standard* de conduta posicionado abaixo do *standard* médio. E a culpa levíssima, por sua vez, corresponderia a um *standard* de conduta situado acima do *standard* médio, adotado pelo homem diligentíssimo e, por isso mesmo, inexigível, via de regra, do homem médio.

Deste modo, a culpa leve e grave acarretariam sempre a responsabilização do agente, ao passo que a culpa levíssima não teria, no comum dos casos, o condão de ensejar a responsabilização daquele que deixou de observar a regra de conduta normalmente adotada

---

<sup>32</sup> SANTOS, J. M. Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*, v. XX. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1962, 7. ed. p. 195.

pelo homem diligentíssimo, já que este padrão de conduta revela-se inexigível da generalidade dos homens na prática de determinada atividade.<sup>33</sup> Note-se, ao propósito, que os graus de culpa leve, grave e levíssima devem ser lidos à luz da concepção normativa da culpa, afastando-se da carga subjetiva ou psicológica de outrora, e adquirindo, por conseguinte, feição objetiva.

Sobre a imposição de responsabilidade do agente nas hipóteses de culpa levíssima, Silvio Rodrigues criticava esta solução legal, considerando-a injusta. Sustentava o autor que nos casos de culpa levíssima, na qual incorrem mesmo pessoas extremamente cautelosas, deveria o juiz se valer de benignidade para fixar a indenização, flexibilizando a regra segundo a qual a indenização mede-se pela extensão do dano.<sup>34</sup> Em defesa de sua tese, assim exemplificava o autor:

*“Se uma pessoa, no vigésimo andar de um prédio, distraidamente se encosta na vidraça e esta se desprende para cair na rua e matar um chefe de família, aquela pessoa, que cometeu apenas uma inadvertência, poderá ser condenada ao pagamento de uma enorme indenização, capaz de consumir toda a economia de sua família. Pequena culpa, gerando enorme e dolorosa conseqüência.”<sup>35</sup>*

O legislador do Código Civil de 2002 positivou expressamente, no *caput* do art. 944, a regra de que a indenização mede-se pela extensão do dano, já sedimentada em nosso ordenamento jurídico, sobre a qual se assentava a idéia de responsabilização do agente mesmo nas hipóteses de culpa levíssima, com o seguinte teor:

<sup>33</sup> Como observa Maria Celina Bodin de MORAES, “O brocardo latino *in lege Aquilia et levissima culpa venit* ainda hoje é chamado a justificar a atribuição de responsabilidade em caso de culpa levíssima. Não obstante, a diligência normal, ao se reconduzir ao *standard* médio, configura o modelo de conduta profissional esperado, não parecendo nem possível nem razoável manter-se uma exigência acima do *standard* no âmbito da concepção normativa da culpa. Fez-se referência a esta teoria da culpa justamente por sua incompatibilidade em relação a um juízo punitivo” (**Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, cit. p. 216-217).

<sup>34</sup> “Tal solução, que é a da lei, não me parece justa, principalmente nos casos de culpa extremamente leve. Em tais hipóteses, quando o dano adveio de negligência ou imprudência do agente, portanto de culpa, mas de culpa levíssima, como a em que incorre mesmo a pessoas extremamente prudente e cautelosa, devia o legislador recomendar ao juiz que usasse de benignidade no fixar a indenização. Aliás, tenho para comigo que em muitos casos de culpa levíssima a sentença absolutória se funda na inexistência de culpa, embora seja inegável a existência daquela” (RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**, cit. p. 149).

<sup>35</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**, cit. p. 188.

*“A indenização mede-se pela extensão do dano”.*

Entretanto, no parágrafo único do mesmo dispositivo, trouxe exceção a esta regra, nos seguintes termos:

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

Como se vê, o dispositivo confere ao juiz a possibilidade de reduzir, de forma eqüitativa, a indenização, quando, no caso concreto, haja excessiva desproporção entre o grau de culpa do agente e o dano causado. Assim, o preceito autoriza a restrição à indenização devida à vítima mediante a análise do grau de culpa do ofensor. Ao reintroduzir a discussão acerca da repercussão dos graus de culpa na fixação da indenização, a norma vai na contramão de solidificada doutrina da responsabilidade civil acerca da desimportância dos graus de culpa para o cálculo da indenização e da busca da mais ampla reparação possível pelos danos sofridos pela vítima.<sup>36</sup> Além disso, a norma volta a atenção dos estudiosos para a culpa, categoria cada vez mais esquecida com as crescentes hipóteses de responsabilidade objetiva, e para a figura do ofensor, preterido pela doutrina em relação à vítima. Surge, a partir daí, acalorado debate doutrinário acerca do sentido e alcance da norma contida no parágrafo único do art. 944 do Código Civil. É ver-se.

### **3. O SENTIDO E ALCANCE DA NORMA CONTIDA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 944 DO CÓDIGO CIVIL**

O legislador de 2002, ao inserir a regra contida no parágrafo único do art. 944 do Código Civil, inspirou-se no art. 43 do Código

<sup>36</sup> A norma utiliza, com efeito, dois parâmetros para a fixação da indenização – o grau de culpa e a extensão do dano – os quais se afiguram contraditórios. Daí afirmar Maria Celina Bodin de MORAES: “A escolha legislativa pela irrelevância do grau de culpa foi uma opção de ordem lógica. Uma alternativa excluía a outra, porque das duas, uma: ou bem se determinava a indenização de todo o dano, e o grau de culpa não poderia ser levado em consideração, ou bem se media a conduta, permitindo a indenização menor do que seria necessário à reparação, em caso de culpa mais leve” (*Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, cit. p. 297).

Suíço das Obrigações e na segunda alínea do art. 44, com a seguinte redação:

*“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.”*

Na dicção destes preceitos legais, o juiz irá determinar a extensão da reparação de acordo com as circunstâncias do caso e a gravidade da culpa do agente. Caso o dano tenha sido causado sem intenção, tampouco como resultado de grave negligência ou imprudência, assegura-se ao juiz a faculdade de reduzir eqüitativamente a indenização se a reparação integral do dano expuser o devedor a situação financeira precária.

Na mesma esteira, o Código Civil português adotou norma semelhante em seu art. 494<sup>o</sup>, nos seguintes termos:

*Art. 494<sup>o</sup>. (Limitação da indemnização no caso de mera culpa)  
“Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.”*

De acordo com o dispositivo, o magistrado poderá fixar a indenização, de forma eqüitativa, em montante inferior aos danos causados, levando em conta não apenas o grau de culpa do agente, mas também a sua situação econômica e a do lesado e as demais circunstâncias do caso, o que não é autorizado de forma expressa pelo parágrafo único do art. 944 do Código Civil brasileiro. Além disso, o Código

Civil português, em seu art. 499º,<sup>37</sup> estende a aplicação da norma às hipóteses de responsabilidade objetiva. A regra, por outro lado, cinge-se à responsabilidade aquiliana, vez que, na responsabilidade contratual, eventual redução da indenização pelo magistrado fugiria das expectativas do contraente lesado.<sup>38</sup>

Na mesma direção, os “Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil”, que ainda não estão em vigor, dispõem, no art. 10, que o juiz poderá reduzir a indenização caso, diante da situação econômica das partes, a reparação integral constitua encargo opressivo para o ofensor, devendo-se considerar especialmente o fundamento da responsabilidade, a extensão da proteção do interesse e a dimensão do dano.<sup>39</sup>

No que tange especificamente ao ordenamento jurídico brasileiro, a norma contida no parágrafo único do art. 944 do Código Civil, como aludido anteriormente, autoriza o magistrado a reduzir eqüitativamente a indenização devida à vítima caso haja excessiva desproporção entre o grau de culpa do ofensor e os danos por ela sofridos. Com o escopo de determinar o âmbito de aplicação da norma, afigura-se imprescindível verificar, fundamentalmente, (i) qual sua hipótese de cabimento, definindo, neste passo, se se aplica ao dano moral e ao material; (ii) se faculta ao juiz que se leve em conta as circunstâncias do caso concreto para a redução da indenização; (iii) se incide nas hipóteses de responsabilidade objetiva e subjetiva; (iv) se alcança a responsabilidade contratual e extrancontratual; e, se, por fim, (v) autoriza os *punitive damages* no direito brasileiro.

Com relação à aplicação do parágrafo único à reparação do dano moral e material, há quem defenda, de um lado, esta possibilidade, representando a norma medida de eqüidade apta a atenuar a

<sup>37</sup> “Art. 499º. (Disposições aplicáveis). São extensivas aos casos de responsabilidade pelo risco, na parte aplicável e na falta de preceitos legais em contrário, as disposições que regulam a responsabilidade por factos ilícitos”.

<sup>38</sup> “A possibilidade de gradação eqüitativa da indemnização, quando haja mera culpa do lesante, está consagrada na lei para a responsabilidade extracontratual (art. 494º), mesmo que fundada no risco (art. 499º), não devendo considerar-se extensiva à responsabilidade contratual, onde se afigura pouco de acordo com as legítimas expectativas do contraente lesado” (Mário Júlio de Almeida Costa. **Direito das obrigações**, 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 496-497).

<sup>39</sup> “Art. 10:401. Limitação da indenização. Excepcionalmente, se face à situação econômica das partes a reparação integral constituir um encargo opressivo para o réu, a indenização pode ser reduzida. Para tomar esta decisão, deve ter-se em consideração, especialmente, o fundamento da responsabilidade (art. 1:101), a extensão da proteção do interesse (art. 2:102) e a dimensão do dano”.

responsabilidade do agente de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Nesta direção, os graus de culpa teriam relevância relativamente à quantificação do dever de indenizar, não já para a sua configuração, já que mesmo a leve desconformidade com o *standard* de conduta acarretaria a responsabilização. Ao lado disso, o preceito legal, a despeito de fixar o *quantum debeatur* da indenização de acordo com o grau de culpa, não representaria retorno à concepção psicológica da culpa.<sup>40</sup>

Por outro lado, outros autores sustentam que a norma, com vistas a determinar a extensão da reparação, restaurou a gradação da culpa em grave, leve e levíssima no ordenamento jurídico brasileiro, associando o grau de culpa do agente à análise da culpa psicológica, traduzida na maior ou menor previsibilidade do resultado danoso ou, ainda, na gravidade da negligência, imprudência ou imperícia.<sup>41</sup>

De outra parte, defende-se que 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 eqüidade e não o grau de culpa. Afirma-se que a redução da indenização com base no grau de culpa acarretaria insegurança jurídica, pois remeteria à razoabilidade ou ao bom senso a definição do grau de culpa, além de criar injustiças, pois que danos de grandes proporções podem ser causados por culpa leve ou levíssima, ao passo que a culpa grave pode ocasionar danos de pequena monta. Assim, a regra, no ordenamento jurídico brasileiro, continua a ser a do caput do art. 944, de modo que a norma do parágrafo único, se interpretada literalmente, revelar-se-ia inconstitucional, vez que viola o princípio da reparação integral do dano sofrido, fundado na cláusula geral de tutela da pessoa humana, constitucionalmente prevista (CF, art. 1º, III), que deve ser o grande norte do julgador ao fixar o montante da reparação.<sup>42</sup> Por esta razão, o único limite à repa-

---

<sup>40</sup> Este é o entendimento de SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**, cit. p. 43-44.

<sup>41</sup> Confira-se, neste sentido, Sergio Cavalieri Filho e Carlos Alberto Menezes Direito. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 13, p. 337-338; e, ainda, Miguel Kfoury Neto. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 75-76.

<sup>42</sup> CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 309-310; 318-321; 323.



ração consiste no limite humanitário, “pois a reparação do dano, por força da mesma norma constitucional, não pode privar o ofensor do patrimônio indispensável à sua subsistência digna”.<sup>43</sup>

Há ainda quem sustente que o parágrafo único do art. 944 do Código Civil consiste em cláusula aberta que deve ser preenchida valorativamente com vistas à aplicação direta das normas constitucionais. Assim, na hipótese de colisão de mais de um princípio constitucional, a norma deve ser utilizada como mecanismo de ponderação para determinar qual princípio deverá prevalecer no caso concreto. Se o princípio da reparação integral tem caráter constitucional, o dispositivo apenas se aplica caso tenha por fundamento outro princípio constitucional que prevaleça no caso concreto. À guisa de exemplo, o preceito contido no parágrafo único do art. 944 incidirá na hipótese em que a reparação integral dos danos prive o ofensor do patrimônio mínimo, em preponderância dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.<sup>44</sup>

Outros autores, a seu turno, defendem que a aplicação do parágrafo único do art. 944 do Código Civil se restringiria aos danos materiais, não alcançando o dano moral. Isso porque a norma, de natureza infraconstitucional, ao diminuir a indenização da vítima com base no grau de culpa do ofensor, excepcionaria o princípio da reparação integral, fundado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Assim, não seria dado à norma infraconstitucional limitar o alcance da norma constitucional de reparação integral do dano (Art. 5º, V, X, CF). Deste modo, a norma do parágrafo único do art. 944 revelar-se-ia inconstitucional relativamente ao dano moral.<sup>45</sup> Além disso, a norma traria situações de injustiça, pois que danos de grande monta causados por culpa leve ou levíssima seriam indenizados apenas parcialmente, ao passo que danos de pequena monta derivados de culpa grave seriam plenamente reparados. Desta feita, criar-se-ia para a vítima situação de ressarcimento parcial, o que não se admite em

<sup>43</sup> CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*, cit. p. 325.

<sup>44</sup> KONDER, Carlos Nelson. “A redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil”. *In: Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 29, ano 8. Rio de Janeiro: Padma, jan.-mar. 2007, p. 32-33.

<sup>45</sup> JUNKES, Sérgio Luiz. “A culpa e a punição não podem servir de critério para a fixação da indenização por dano moral”. *In: Nagib Slaibi Filho e Sergio Couto (coords.), Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José Aguiar Dias (1906-2006)*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 415.

sede de dano moral. Daí se afirmar que a extensão do dano consistiria em parâmetro muito mais eficaz para a reparação.<sup>46</sup> Por outro lado, a avaliação do grau de culpa do agente para fins de quantificação do dano moral apenas seria possível caso se admitisse, no ordenamento jurídico brasileiro, os danos punitivos, o que não ocorre.<sup>47</sup>

Por fim, há quem defenda, em franca contraposição aos autores examinados, que o parágrafo único do art. 944 do Código Civil tem seu âmbito de incidência restrito somente ao dano moral, não abrangendo o dano material. Isso porque a redução do valor da reparação devida a título de danos materiais feriria o direito de propriedade da vítima, o qual possui tutela constitucional e não admitiria tal restrição. Em conseqüência, a aplicação do dispositivo aos danos materiais revelar-se-ia inconstitucional.<sup>48</sup>

Na verdade, o legislador de 2002, ao determinar no parágrafo único do art. 944 do Código Civil que em caso de “excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”, não limitou a aplicação do dispositivo seja ao dano moral seja ao material, pretendendo abarcar as duas hipóteses.

Com efeito, a discussão quanto ao cabimento da norma reside não na natureza do dano sofrido pela vítima, se material ou moral, mas, antes, na excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Nesta direção, o dispositivo somente incidirá se, no caso concreto, restar configurada a culpa levíssima do ofensor que, ao inobservar o *standard* de conduta normalmente adotado pelo homem diligentíssimo naquela determinada atividade, provocou danos de grande monta à vítima.<sup>49</sup> Deste modo, pouco importa se o dano sofrido pela vítima é

<sup>46</sup> BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral: critérios de fixação de valor**. Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 171-172. No mesmo sentido, JUNKES, Sérgio Luiz. “A culpa e a punição não podem servir de critério para a fixação da indenização por dano moral.” cit. p. 416.

<sup>47</sup> BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral: critérios de fixação de valor**, cit. p. 173.

<sup>48</sup> BUSTAMANTE, Thomas e FRANCO SILVA, Denis. “*Neminem Laedere*: o novo Código Civil brasileiro e a integral reparabilidade dos danos materiais decorrentes de ato ilícito”. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: PADMA, out./dez. de 2004, v. 20, p. 247-258.

<sup>49</sup> Esta parece ser a inspiração que motivou o legislador de 2002 a inserir o dispositivo, ao enfatizar, na exposição de motivos, os danos de grandes proporções causados pela mera distração do agente, a que se sujeita qualquer homem, embora se refira textualmente à culpa leve ou levíssima. Veja-se: “Do mesmo modo, em face do Código Civil, o fato de ser leve a culpa, ou levíssima, não exclui a responsabilidade, salvo casos expressos em lei; e sobretudo não vale nunca como atenuante. Todavia não parece justo que, no caso de culpa leve, e dano vultoso, a responsabilidade recaia inteira sobre o causador do dano. Um homem que

moral ou material, devendo-se, ao revés, deslocar o foco de atenção da natureza do dano sofrido pela vítima para o grau de culpa do agente (lido à luz da concepção normativa da culpa) e para a proporção dos danos por ele provocados a partir de sua conduta.

Se, por um lado, o *standard* de conduta adotado normalmente pelo homem diligentíssimo revela-se inexigível do homem médio no desempenho de determinada atividade, exonerando-o, via de regra, da responsabilização pelos danos causados, por outro lado, esta solução afigurar-se-ia sobremaneira injusta se, diante dos danos de grandes proporções provocados pela violação desta mesma regra de conduta, o agente ficasse isento de responsabilidade. Daí o sentido da norma que, excepcionando a regra de que a culpa levíssima não importa reparação, permite o ressarcimento dos danos de grandes proporções, e, ao lado disso, atribui ao juiz a faculdade de reduzir a indenização.

De mais a mais, se é injusto que aquele que agiu com culpa levíssima e provocou danos de grandes proporções não seja responsabilizado, mostra-se igualmente injusto, em determinados casos, que o agente ressarça integralmente a vítima, já que a conduta por ele não observada é inexigível do homem médio. Eis a *ratio* do dispositivo que concede ao juiz a faculdade de reduzir eqüitativamente a indenização devida pelo ofensor à vítima na hipótese em que age com culpa levíssima e, a partir da inobservância da regra de conduta, acarrete danos de grande monta, buscando o ponto de equilíbrio entre os interesses do ofensor e da vítima.

Lida desta forma, a norma corrobora a idéia de que a culpa levíssima, em regra, não impõe a reparação, vez que o *standard* de conduta adotado pelo homem diligentíssimo revela-se inexigível da generalidade dos homens. Tanto é assim que o legislador, com o intuito de evitar injustiças, previu hipótese excepcional em que a culpa levíssima pode acarretar a responsabilização do agente, desde que se verifiquem danos de grande monta, conferindo ao magistrado a faculdade de reduzir a indenização.

---

economizou a vida toda para garantir a velhice, pode, por uma leve distração, uma ponta de cigarro atirada ao acaso, vir a perder tudo o que tem, se tiver dado origem a um incêndio. E não só ele perde, mas toda a família. Notam os autores que acontecimentos trazem em si uma dose de fatalidade. Dir-se-á que a vítima perde; mas perderia igualmente, sem ter a quem recorrer, se a fatalidade fosse outra: um raio ou obra de um malfeitor desconhecido. E a fatalidade está em que a distração é uma lei inexorável, à qual nunca ninguém se furtou" (ALVIM, Agostinho. "Direito das obrigações: exposição de motivos". In: *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*. Rio de Janeiro, ano IV, n. 24, p. 101-102).

Em síntese, a norma contida no parágrafo único do art. 944 do Código Civil aplica-se na hipótese em que o ofensor tenha agido com culpa levíssima e, a partir desta, tenha causado danos de grandes proporções à vítima, abrangendo a reparação do dano moral e material. Trata-se de opção de política legislativa, servindo o dispositivo como válvula de escape para permitir ao juiz que, com base na equidade, reduza a indenização devida pelo ofensor quando atue com culpa levíssima, a fim de flexibilizar o sistema e evitar injustiças.

Note-se que o dispositivo, para além do grau de culpa do ofensor, não autorizou expressamente o recurso a outros critérios para a redução da indenização devida à vítima, tais como a capacidade econômica das partes envolvidas no ilícito e as peculiaridades do caso concreto. Todavia, o juízo de equidade a que se refere o parágrafo único do art. 944 do Código Civil quer justamente significar a necessidade de o magistrado atentar para outros fatores que, no caso concreto, autorizem a redução da indenização, dentre eles a condição econômica da vítima e do ofensor.<sup>50</sup> Neste sentido, confira-se a lição de Silvio Rodrigues:

*“Tal solução é de grande sabedoria e restabelecerá a justiça faltante, em muitas hipóteses. De fato, examinado o caso concreto, as circunstâncias pessoais das partes e as materiais que o circundam, o juiz fixará a indenização que entender adequada. Poderá fazê-la variar conforme as posses do agente causador do dano, a existência ou não do seguro, o grau de culpa e outros elementos particulares à hipótese em exame, fugindo de uma decisão ordenada por regra genérica, no geral desatenta das peculiaridades do caso concreto”.*<sup>51</sup>

<sup>50</sup> Diversa não se mostra a inspiração que motivou o legislador do Código Civil a inserir no dispositivo o termo “equidade”, como se vê da exposição de motivos relativo ao direito das obrigações do Código Civil, de autoria de Agostinho Alvim: “(...) o anteprojeto faculta ao juiz, sem impor, que reduza a indenização. Ele o fará usando da equidade individualizadora, tendo em vista o caso concreto e as suas circunstâncias” (“Direito das Obrigações: exposição de motivos”, cit. p. 102).

<sup>51</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**, p. 188-189. No mesmo sentido, Milton Paulo de Carvalho Filho: “O disposto no parágrafo único do art. 944 do Código Civil ressalva a possibilidade de circunstâncias objetivas, ligadas às pessoas da relação obrigacional (por exemplo a situação econômica do lesante e do lesado), e as demais circunstâncias do caso, aliadas à pequena ou moderada culpa do agente, justificarem a fixação equitativa de uma indenização de montante inferior aos danos” (**Indenização por equidade no novo Código Civil** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 71).

Por outro lado, discute-se se o parágrafo único do art. 944 do Código Civil aplica-se apenas à responsabilidade subjetiva ou, se, ao revés, se estende às hipóteses de responsabilidade objetiva.

Parte da doutrina sustenta que haveria contradição lógica em se restringir a incidência do dispositivo à responsabilidade subjetiva. Isso porque se o agente age com culpa leve ou levíssima e gera um dano extenso, na hipótese de responsabilidade subjetiva, poderá ter sua responsabilidade mitigada com a redução da indenização, ao passo que, se age com culpa levíssima ou sem culpa, em hipótese de responsabilidade objetiva, responderá pela totalidade do dano causado,<sup>52</sup> o que representaria, inclusive, violação ao princípio da igualdade formal.<sup>53</sup>

Sobre a matéria, elaborou-se o enunciado 46 na I Jornada de Direito Civil, segundo o qual “a possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva”. E, posteriormente, aprovou-se o enunciado 380, na IV Jornada de Direito Civil, o qual suprimiu a parte final “não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva” do enunciado 46.

Contudo, tal entendimento, que pretende estender a aplicação do dispositivo à responsabilidade objetiva, não colhe. O parágrafo único do art. 944 do Código Civil se aplica apenas à responsabilidade subjetiva, não já à objetiva, pois que a responsabilidade objetiva, cuja fonte é a lei, prescinde da culpa. Desta feita, seria ilegal utilizar o critério do grau de culpa para aferir o *quantum* da indenização na hipótese de responsabilidade objetiva sem autorização legislativa para tanto. Diversamente do que ocorre no ordenamento português, em que o art. 499º estende a aplicação da norma contida no art. 494º às hipóteses de responsabilidade objetiva, o ordenamento jurídico brasileiro não apresenta referida autorização legal.

<sup>52</sup> STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 1189. Marcelo Junqueira CALIXTO que, conforme visto, sustenta a redução da indenização com base na equidade e não no grau de culpa, por força deste entendimento, defende a aplicação do dispositivo à responsabilidade objetiva (CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função**, cit. p. 326).

<sup>53</sup> BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral: critérios de fixação de valor**, p. 172.

O art. 944, parágrafo único, inserido no capítulo II, intitulado “Da indenização”, do título IX, “Da Responsabilidade Civil”, se aplica, em tese, à responsabilidade extracontratual e à contratual.<sup>54</sup> Entretanto, na prática, o dispositivo não possui grande valia para a responsabilidade contratual, pois revela-se extremamente difícil aferir o grau de culpa do agente no inadimplemento de uma obrigação contratual. Exemplo disso consiste na necessidade de o agente provar alguma excludente do nexo causal, não já a ausência de culpa, para que se exima de responsabilidade na violação de obrigação contratual, a justificar o entendimento de muitos autores no sentido de que a responsabilidade contratual é objetiva.

Por fim, cumpre ao intérprete investigar se o parágrafo único do art. 944 autoriza a indenização punitiva no direito brasileiro. Agostinho Alvim, redator do livro de obrigações do Código Civil de 1975, esclareceu que o dispositivo não poderia ser utilizado para aumentar a indenização:

*“É certo que a maior ou menor gravidade da falta não influi sobre a indenização, a qual só se medirá pela extensão do dano causado. A lei não olha para o causador do prejuízo a fim de medir-lhe o grau de culpa e, sim, para o dano, a fim de avaliar-lhe a extensão”.*<sup>55</sup>

Por outro lado, Regina Beatriz Tavares da Silva, em obra coordenada por Ricardo Fiúza, relator do projeto do Código na Câmara, ao referir-se ao parágrafo único do art. 944, afirmou que “o dispositivo é, no entanto, insuficiente, já que seu *caput* se adapta somente ao dano material e não está adequado ao dano moral”.<sup>56</sup> E, neste sentido, propunha a inserção de novo parágrafo ao art. 944, que autorizaria o dano punitivo no direito brasileiro, com a seguinte redação: “§ 2º. A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

A despeito da não aprovação deste novo parágrafo pela Câmara, há quem sustente, com a atual redação do parágrafo único do art.

<sup>54</sup> “Há quem sustente que tais dispositivos [arts. 1.060 e 944] somente se aplicariam em caso de responsabilidade contratual. No entanto, nada autoriza, no Código promulgado, tal interpretação” (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, cit. p. 297).

<sup>55</sup> ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 199.

<sup>56</sup> TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Novo código civil comentado**. In: Ricardo Fiúza (coord.). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 841.

944, que o dispositivo, por meio de interpretação sistemática e evolutiva, poderá permitir indenização superior ao montante dos danos, em verdadeira consagração aos danos punitivos.<sup>57</sup>

Contudo, a atribuição do caráter punitivo à responsabilidade civil não se coaduna com a sua finalidade essencialmente reparatória, sendo admitido apenas em hipóteses excepcionais taxativamente previstas em lei.<sup>58</sup> Com efeito, o parágrafo único do art. 944 autoriza que o juiz reduza eqüitativamente a indenização, não fazendo menção expressa a eventual possibilidade de concessão de indenização para além dos danos causados na hipótese de o ofensor ter agido com culpa grave.<sup>59</sup> Por se tratar de pena a ser aplicada ao ofensor, os requisitos para sua incidência devem ser expressa e especificamente previstos em lei, o que, à evidência, não ocorre. Daí se tornar imperativo o afastamento da interpretação segundo a qual o parágrafo único do art. 944 autorizaria o juiz a conceder à vítima indenização superior aos danos sofridos em caso de culpa grave.<sup>60</sup>

Em apertada síntese, o parágrafo único do art. 944 do Código Civil aplica-se ao ressarcimento dos danos morais e materiais, incidindo na hipótese em que restar configurada a culpa levíssima do ofensor e se verificar a ocorrência de danos de enormes proporções à vítima. Além disso, o juízo de eqüidade a que se refere o dispositivo traduz a necessidade de o magistrado atentar para outros critérios, como a condição econômica da vítima e do ofensor, que, no caso concreto, autorizem a redução da indenização. De mais a mais, a norma se restringe à responsabilidade subjetiva e abarca as hipóteses de responsabilidade extracontratual e contratual, embora, nesta última, não apresente relevante aplicação prática. E, por último, o dispositivo não admite a indenização punitiva no direito brasileiro. ☐

<sup>57</sup> Eugênio Facchini Neto. “Da responsabilidade civil no novo Código”. In: Ingo Wolfgang Scarlet (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 185. Na mesma direção, Silvio de Salvo VENOSA. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 29; e Martins-Costa, Judith. “Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação”. In: Judith Martins-Costa (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 444-445.

<sup>58</sup> Para aprofundamento sobre o dano punitivo no direito brasileiro, remete-se ao trabalho de MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, cit. *passim*.

<sup>59</sup> “Tendo empregado o legislador de 2002 o verbo ‘reduzir’ e não o verbo ‘ponderar’, o juiz não poderá majorar, além da medida do dano, a indenização, em caso de responsabilidade contratual, indicando, mais uma vez, a recusa do legislador brasileiro em penalizar o devedor, mesmo se este agiu com dolo” (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, cit. p. 297).

<sup>60</sup> Nesta direção, v. CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função**, cit. p. 310-312; e KONDER, Carlos Nelson. “A redução eqüitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil”, cit. p. 34.