

A APLICAÇÃO DO ART. 944, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS: RETROCESSO OU EVOLUÇÃO?

Aluna: Gabriela Vasconcellos da Rocha Pombo¹

Orientador: Marcelo Junqueira Calixto

Introdução

O Princípio da Reparação Integral como regra geral do Código Civil brasileiro

Para entender o princípio da reparação integral dentro do ordenamento jurídico, deve ser feito, primeiramente, um apanhado do instituto da responsabilidade civil no direito brasileiro. Essa pesquisa busca analisar o alcance do mencionado princípio, frente à possibilidade de sua mitigação em determinadas situações, prevista pela mesma codificação que o consagra como regra. Trata-se de importante inovação da legislação.

A responsabilidade civil é configurada nos casos concretos mediante observância de dano e nexo de causalidade, além da culpa, essa última apenas para a modalidade subjetiva. Presentes os mencionados pressupostos, surge para o ofensor a obrigação de reparar o referido dano, através do pagamento de uma indenização. Acerca do montante indenizatório, o Código Civil traz, no *caput* do artigo 944, uma regra geral a ser considerada: para que seja determinado o valor do montante indenizatório, deve ser observada a extensão do dano.

Portanto, o que se percebe é uma relação de direta de proporcionalidade entre o alcance do dano verificado e a quantia a ser arbitrada para pagamento a título de indenização. Está positivada a ideia do Princípio da Reparação Integral dos danos sofridos pelo ofendido.

Todavia, o parágrafo único do artigo em comento apresenta uma exceção, ao possibilitar a redução da indenização devida em um cenário de desproporcionalidade entre a culpa do ofensor e o dano percebido na situação fática. Seria, dessa forma, uma mitigação da concepção de reparação integral, já mencionada. A redação do dispositivo é simples e aparentemente não parece trazer maiores implicações. Entretanto, o que se percebe é o surgimento de diversos questionamentos doutrinários e jurisprudenciais com fulcro na ideia suscitada, aspecto que será detalhadamente analisado a seguir.

Parágrafo único do artigo 944 do Código Civil: retorno à graduação da culpa?

A disposição presente no parágrafo único do artigo 944 é objeto de notório debate doutrinário, em razão de trazer novamente à jurisprudência discussões referentes ao grau de culpa presente em determinado caso concreto, ideia essa que parecia superada.

Dessa maneira, ao fazer menção à gravidade da culpa, o Código determinou que um dos pressupostos para a aplicação da supramencionada exceção seria exatamente a desproporção entre reprobabilidade da conduta e o dano dela proveniente. No direito brasileiro, pela falta de previsão dos denominados danos punitivos, que serão examinados em momento oportuno, a questão da graduação da culpa apresenta-se especialmente polêmica, uma vez que parece alinhada à seara penal, distanciando-se do direito civil.

Essa ressalva, positivada pela codificação, traz duas implicações de extrema relevância: a primeira delas refere-se às possíveis graduações para a culpa e quais delas ensejariam a

¹ Grupo de pesquisa composto pelos alunos Antonio Vignoli Hoagland Soares, Eduardo de Almeida Bombarda, João Gabriel Grehs, João Lucas Rizzo Chaves e João Pedro Werneck de Britto Pereira

incidência da exceção. A segunda, objeto principal desse artigo, analisa a possível aplicação do parágrafo único à hipótese de responsabilidade objetiva, que resta caracterizada independentemente da existência de culpa.

Gradação da culpa

Para tratar da implicação referente à possível volta da discussão acerca da gradação da culpa, é preciso fazer rápida apreciação da evolução desse conceito para a responsabilidade civil. Na atualidade, frente à preponderância atribuída à dignidade da pessoa humana como pilar do ordenamento jurídico, a análise da culpa passa por um crivo objetivo. Em outras palavras, a culpa deixou de ser apreciada do ponto de vista subjetivo, que vislumbra única e exclusivamente o ofensor, passando a ser observada através do cotejo do comportamento fático desse com um *standard* abstrato de conduta. É a denominada culpa objetiva, que não se confunde com a responsabilidade objetiva, uma vez que essa independe da verificação daquela.

A preocupação, portanto, desloca-se para a proteção e tutela do ofendido. Busca-se, como prioridade, o ressarcimento do dano, e não sua autoria, cujo conhecimento não é determinante para a constituição da obrigação de indenizar.

Feitas as necessárias ponderações, constata-se que o grau de culpa a ser atribuído à cada caso concreto passa, obrigatoriamente, pela observância de *standards* de conduta. Logo, deve-se identificar o comportamento abstrato do homem médio em dado contexto, para que seja avaliado o grau de desconformidade da conduta do ofensor com esse padrão. É apenas através dessa percepção que se podem obter com precisão os graus de culpa.

Antes de prosseguir, é preciso fazer uma ressalva no que tange ao perfil do homem médio. Apenas as circunstâncias do caso concreto devem servir de parâmetro para a determinação da conduta. Não se trata de um conceito fixo, devendo ser adaptado a particularidades observadas no mundo dos fatos. Isso ocorre porque, para diversas condutas, há diversas diligências a considerar. É importante lembrar que também não pode esse conceito ser dotado de subjetividade, de modo que sua aplicação deve ser revestida de cautela.

Feita a ressalva supracitada, nota-se que o grau de discrepância entre um *standard* e um comportamento no mundo dos fatos define a natureza da culpa. Sendo assim, primeiramente teríamos a culpa grave, fruto de uma atuação com grosseira falta de cautela. Essa culpa aproxima-se do dolo, distanciando-se desse apenas pela inexistência, nessa, do elemento volitivo que demonstra a intenção de causar o dano.

Prosseguindo com a gradação, aparece a culpa em sentido estrito, que corresponderia a um desvio médio na conduta. Por fim, tem-se a culpa leve, resultante de um pequeno desvio comportamental. Não se sustenta a classificação que abrange a culpa levíssima, uma vez que essa estaria relacionada à inobservância de um dever máximo de diligência, que não pode ser imputado ao homem médio. Em outras palavras, no que se refere à culpa levíssima, o *standard* a ser observado não se encontra no espectro de condutas razoavelmente esperadas, o que impede sua utilização.

Conclui-se, portanto, que existiriam apenas três graus de culpa: a culpa grave, culpa em sentido estrito e a culpa leve. A culpa levíssima não se sustenta como já destacado. Assim sendo, o melhor entendimento é no sentido de que a modalidade que atrairia a incidência do dispositivo seria a culpa leve. Isso ocorre porque apenas com a verificação da culpa leve seria possível configurar a desproporção constante do parágrafo único.

Expostos os fatos acerca da discussão em comento, avalia-se em seguida uma possível aplicação do parágrafo único à responsabilidade objetiva, bem como todos os desdobramentos e debates doutrinários acerca da questão. Ressalta-se que foram estudados casos concretos que atraem essa modalidade de responsabilização, para que fosse possível entender os desafios do tema para a jurisprudência pátria.

Objetivos

Após ponderações preliminares, a pesquisa propõe uma análise crítica da postura da jurisprudência acerca do parágrafo único, como demonstra-se a seguir, especialmente para a responsabilidade objetiva.

Aplicação à Responsabilidade Objetiva:

Do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial, muito se discute acerca da possibilidade de aplicação da redução do montante indenizatório às hipóteses de responsabilidade objetiva, por força da literalidade do parágrafo único, que faz explícita menção à “gravidade da culpa”.

Todavia, parece não haver óbice à incidência da disposição nessas situações, justamente do ponto de vista dos *standards* de conduta supracitados. Para explicar essa ideia, traz-se a seguinte situação a título ilustrativo: é possível imaginar uma circunstância em que esteja configurada responsabilidade subjetiva (que pressupõe verificação de culpa) por inobservância de diligência mínima, que pode ser traduzida erroneamente como culpa levíssima.

Entretanto, como supramencionado, do ponto de vista da culpa objetiva, essa classificação não procede. Portanto, o que de fato ocorre é uma autorização legal para atenuar o dever de indenizar, partindo-se do pressuposto de que a culpa é tão ínfima que se mostra praticamente inexistente.

Ora, se a legislação permite a aplicação do parágrafo único para reduzir o valor do montante indenizatório, em uma situação de ausência praticamente total da culpa, como a acima exposta, nada justificaria a não incidência dessa ideia na responsabilidade objetiva, que pode ser configurada em casos em que essa sequer exista.

O que se defende, de fato, é a preponderância do nexos de causalidade para compreensão dos casos concretos. Logo, o que se verificaria, em tese, seria a conduta do ofensor, fator esse presente em ambas as modalidades de responsabilidade civil. Observa-se o ato, e não as intenções por trás de sua ocorrência. A redação original do parágrafo único, inclusive, fazia alusão à desproporção entre o ato e o dano.

Essa ideia, aliás, está em conformidade com os ditames de caracterização da culpa objetiva, cujo foco é a ponderação da conduta verificada na situação fática com um padrão abstrato de atuação. Mais uma vez é possível utilizar um critério da responsabilidade subjetiva para justificar a aplicação da ideia à seara objetiva.

O grande problema, entretanto, está fundado na ameaça à segurança jurídica. Isso ocorre porque os fundamentos que animam a responsabilidade objetiva estão positivados em lei, sendo qualquer nova interpretação um possível fator de desestabilização. A grande maioria dos casos concretos que versam sobre essa modalidade apresentam como base a teoria do risco. Por essa razão, qualquer atenuação do dever de indenizar poderia funcionar como um precedente para futuros casos semelhantes, causando grande incerteza para o ofendido.

É nesse contexto que é defendida a posição segundo a qual a redução da indenização, mesmo na responsabilidade objetiva, deveria passar pela existência de culpa concreta do ofensor. Nesse caso, essa funcionaria não como pressuposto de constituição da obrigação de ressarcir o dano, mas sim como motivação de sua limitação.

Além disso, não se pode negar que a análise da conduta do ofensor gera como consequência uma interpretação extensiva para uma regra de exceção, qual seja, a que mitiga o princípio da reparação integral. São diversos os debates acerca do alcance do instituto, sobretudo sobre a natureza dos danos cuja indenização pode sofrer redução. Essa ideia será discutida em tópico específico do artigo.

Feitas as pertinentes análises da aplicabilidade do dispositivo na seara da responsabilidade objetiva, verificamos que essa não só é possível, em virtude da apreciação da conduta do ofensor, como é uma saída adotada pelos tribunais. É o que acontece, a título exemplificativo, quando a disposição é invocada no âmbito do direito do consumidor.

Metodologia

Feitas as ressalvas preliminares, foi analisada a postura dos tribunais frente à aplicação da disposição, com base na leitura e debate de julgados. Acerca das conclusões obtidas, observa-se um padrão de comportamento decisório, exposto pormenorizadamente abaixo. O estudo minucioso de diversas situações fáticas foi fundamental para obtenção dos resultados da presente pesquisa. A seleção de casos teve por objetivo discutir a aplicação do dispositivo aos variados temas que compõem o espectro de incidência da responsabilidade civil.

Os casos analisados foram os seguintes:

Número	Tipo de Recurso	Tema Central
1.254.141- PR	Recurso Especial	Perda da Chance e Erro Médico
1.270.983- SP	Recurso Especial	Dano Moral e a Perda de Familiares
0009319-35.2015.8.19.0204-RJ	Apelação	Negativação Indevida do Consumidor
0220883-25.2013.8.19.0001-RJ	Apelação	Dano Estético
1.127.913- RS	Recurso Especial	Responsabilidade civil e acidente aéreo
2008.051304-4-RJ 2008.051303-7-RJ	Apelação	Crimes contra honra e o dano moral
70076103373- RS	Apelação	Indenização e as instituições bancárias
1.454.153- RJ	Recurso Especial	Responsabilidade civil da União
0048496-22.2014.8.19.0210-RJ	Apelação	Responsabilidade civil em acidente de ônibus
0045286-96.2011.8.19.0038-RJ	Apelação	Acidente de trânsito e dano extrapatrimonial
0407043-61.2013.8.19.0001-RJ	Apelação	Ação indenizatória e responsabilidade civil do Município
0002679-40.2013.8.19.0057-RJ	Apelação	Responsabilidade civil da concessionária
0363103-46.2013.8.19.0001-RJ	Embargos de Declaração na Apelação	Dano digital
0009521-38.2014.8.19.0045-RJ	Remessa Necessária e Apelação Cível	Erro médico e responsabilidade civil do Município
1.079.145- SP	Recurso Especial	Responsabilidade objetiva nas relações de consumo e possível mitigação da indenização

Observações

A redução do montante indenizatório não é aplicável ao direito do consumidor

Em face da existência de legislação especial e da possibilidade de que a vítima seja prejudicada com a redução da indenização, entende-se que não deve haver aplicação do parágrafo único às causas que versem sobre direito do consumidor. Nessas causas, deve ser levada em consideração a particularidade da hipossuficiência de uma das partes como fator apto a inibir a incidência dessa mitigação.

Entretanto, um afastamento automático da disposição do parágrafo único pode gerar decisões injustas, uma vez que há casos em que se constata a vulnerabilidade econômica do fornecedor, que também ocupa o papel de ofensor. Nessas circunstâncias, parece ser razoável a aplicação do dispositivo, reitera-se, em caráter excepcional. É a ideia de proteção da função social das pessoas jurídicas, que pode ser equiparada ao ideal de patrimônio mínimo concebido para as pessoas naturais, esse último ligado à dignidade da pessoa humana, valor constitucionalmente tutelado. Por isso, entende-se pela possibilidade de redução do montante indenizatório.

Nesse sentido, há julgados que avaliam, ainda, a conduta do ofensor como pressuposto de aplicação do parágrafo único. Desse modo, sendo essa diligente, de modo a atenuar os prejuízos sofridos pelo consumidor, poderia ser invocada a mitigação prevista no dispositivo. Portanto, é possível constatar que cada caso concreto demanda um exame minucioso da postura do fornecedor, como forma de, eventualmente, autorizar incidência da atenuação do dever de indenizar.

O que não se pode conceber nesses casos é a majoração da indenização com fundamento na compensação e como forma de desestimular condutas semelhantes no futuro, ideia que já foi levantada pela jurisprudência. Essa última concepção corporifica os chamados danos punitivos, não previstos no ordenamento jurídico nacional. Essa interpretação à *contrario sensu* é notadamente perigosa, uma vez que seus efeitos concretos são justamente o oposto do que foi pretendido pelo legislador.

A aplicação desse dispositivo às causas consumeristas, na hipótese supramencionada, acaba por deturpar a própria ideia vinculada à razão de existência da cláusula de mitigação da responsabilidade civil. Isso ocorre porque o dispositivo é utilizado para aumentar o valor da indenização. Por isso, não é observada a intenção do legislador, que permitiu apenas a redução dessa, sem considerar danos punitivos. Dessa forma, o problema da incidência dessa cláusula está tanto em seu alcance (majoração de indenização) quanto em sua fundamentação concreta (dano punitivo). A problemática dos danos punitivos será examinada posteriormente.

A modalidade digital de dano traz novos desafios

Para melhor expor a referida temática, apresentam-se os apontamentos a seguir:

A lei 12.965/14, conhecida como o Marco Civil da Internet, é a mais recente legislação a abordar a temática da responsabilidade civil, trazendo a novidade de contemplar a ideia no âmbito virtual. O artigo 19 da referida lei versa sobre a responsabilidade dos provedores por danos provenientes de conteúdo gerado por terceiros.

Antes da entrada em vigor dessa legislação, havia a ideia de que a responsabilidade dos provedores pertenceria à modalidade subjetiva, apresentando-se a obrigação de indenizar apenas frente à culpa do provedor. Essa culpa, por sua vez, dado o sujeito passivo da demanda, seria apurada através da inércia desse, no sentido de não excluir da rede o conteúdo lesivo após manifestação da vítima com essa finalidade.

Atualmente, porém, há uma responsabilização peculiar, uma vez que depende de um pressuposto específico para sua materialização, qual seja, o desrespeito à ordem judicial que visa a tornar indisponíveis os dados que constituem a fonte do dano. Além disso, o próprio fato

de terceiro, na hipótese a publicação do conteúdo danoso, quando presente em um caso concreto, funciona como causa de exclusão do nexo de causalidade, o que, via de regra, descaracterizaria qualquer hipótese de responsabilização civil, o que não ocorre no referido artigo da lei em comento.

Todavia, deve-se ressaltar que a obrigação de indenizar, por parte do provedor, apresenta por fato gerador o descumprimento da ordem judicial, e não o fato de terceiro, materializado pela publicação danosa. Primeiro ocorre notificação do provedor, para retirada do conteúdo. Uma possível indenização devida só será aventada na eventualidade de descumprimento da referida ordem.

O que se percebe aqui é a prevalência que o legislador atribuiu à segurança nas redes e à tutela de direitos da personalidade, notadamente da privacidade e da intimidade. Desse modo, não seria admissível que o provedor ficasse isento de qualquer responsabilização nessa seara, ao passo que seria igualmente inconcebível que essa responsabilidade se configurasse no ato da publicação de conteúdo danoso por terceiro. Assim sendo, o requisito da existência de ordem judicial funciona como um pressuposto de admissibilidade da responsabilidade do provedor, que é objetiva.

Entretanto, ainda que esse pressuposto sirva como garantia para o provedor, deve ser analisada outra questão fática de extrema relevância: trata-se da dimensão e do alcance do dano suportado pela vítima. Os danos virtuais são continuados e indetermináveis, uma vez que são disseminados pela rede sem que seja possível aferir sua extensão. Como deve ser calculada a indenização nesse cenário? Deve existir limitação da compensação do dano moral?

Para entender a situação, é preciso lembrar, mais uma vez, que o caráter punitivo da responsabilidade civil não é concebível no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, o montante indenizatório fixado não deve servir para desencorajar futuras condutas de mesma natureza, especialmente pelo fato de que a conduta em comento é imputável diretamente ao terceiro, e não ao provedor, que é um intermediário.

Feita essa ressalva, o problema do cálculo da indenização permanece, em razão da impossibilidade de determinar o alcance do dano. Para solucionar essa questão, é crucial vislumbrar a seguinte situação: ainda que seja cumprida a ordem judicial, não há para o ofendido a certeza de que o conteúdo será definitivamente removido da Internet, considerando-se a dinâmica de circulação de informações na rede.

Portanto, frente à desproporção entre o dano verificado e a conduta esperada do provedor (no caso, a remoção do conteúdo), poderia haver redução equitativa de indenização? Parece-me que o melhor entendimento é no sentido afirmativo.

Isso ocorre tendo em vista a particularidade do nexo causal que se observa nesse caso. Esse apresenta natureza indireta, uma vez que o cumprimento da ordem judicial apenas gera uma expectativa de cessação do dano, não sendo capaz de, como medida única, assegurar o fim do prejuízo suportado pela vítima. Assim sendo, é possível reduzir equitativamente a indenização, com fundamento na ideia de que a conduta do provedor, ainda que em conformidade com ordem judicial, não é suficiente para tutelar integralmente os direitos do ofendido, como já destacado.

O ponto a ser considerado é a eficácia da conduta do provedor, que, mesmo perfeita, no sentido de remover o conteúdo danoso, não pode impedir a ocorrência de danos futuros.

No caso concreto referente ao tema estudado nessa pesquisa, não houve menção explícita ao parágrafo único para limitação da obrigação de indenizar. Entretanto, considera-se que há motivos fortes para acreditar que essa pode vir a ser uma linha decisória aplicada pelos tribunais, em face dos desafios da era digital. Nesse sentido, analisando-se individualmente a conduta de quem provoca o dano mediante publicação de conteúdo na rede, seria possível invocar de igual modo a mitigação da indenização, com fundamento nos mesmos motivos aludidos em relação ao provedor.

A redução da indenização é majoritariamente aplicada a danos morais

A invocação do parágrafo único é praticamente restrita aos danos morais, sendo o dispositivo trazido às situações em que é clara a configuração da responsabilidade objetiva. Esse fato está em conformidade com a posição defendida na pesquisa, qual seja, a de que a referida determinação legal encontra aplicabilidade ainda que não haja culpa.

Ressalta-se que a seleção de casos concretos para esse estudo baseou-se em hipóteses em que é notória a modalidade objetiva de responsabilização.

Muito embora exista a citada tendência jurisprudencial, há quem entenda que a redução seria exclusiva para os danos materiais, fator que autorizaria eventual majoração dos danos morais com fulcro no próprio *caput* e nos danos punitivos, que serão detalhadamente abordados em outro tópico.

A fundamentação das decisões é destituída de base normativa

O que se percebeu foi que a invocação do parágrafo único é justificada com base em argumentos que extrapolam a literalidade do dispositivo. Esse fato representa, para parte da doutrina, uma ameaça à segurança jurídica, como já destacado. Portanto, é complexo nortear a solução dos casos concretos no ordenamento.

Para a responsabilidade objetiva, sequer há menção ao grau de culpa por alguns julgados, sendo a desproporção contida na redação do parágrafo único analisada a partir do próprio nexo de causalidade. Outros casos apenas mencionam que é flagrante a referida desproporção, mas não a justificam ou explicam o elemento da culpabilidade na modalidade objetiva.

Nesse sentido, há julgados que consideram, quando da determinação do montante indenizatório, um eventual caráter punitivo e pedagógico embutido no valor desse, como já exposto no que tange às causas consumeristas. Seria uma tentativa de desencorajar dado comportamento em um caso concreto.

A polêmica que envolve o parágrafo único, portanto, não se restringe ao âmbito de sua incidência, mas sim à sua fundamentação nos casos concretos, que se baseia em critérios não positivados em nossa legislação. Diferentemente do que ocorre em legislações estrangeiras, que elencam outros critérios que precisam ser observados para redução do montante indenizatório, com destaque para a tutela do patrimônio mínimo do ofensor, que não pode ser levado à ruína, o legislador pátrio foi impreciso, notadamente por criar uma cláusula genérica.

É justamente pela abstração inerente à referida exceção ao princípio da reparação integral que não é possível fazer um juízo de valor de caráter absoluto acerca dos efeitos da aplicação do dispositivo às situações fáticas.

Considerando a dificuldade de determinação do espectro de incidência da cláusula, foi necessário um estudo minucioso acerca da viabilidade de sua incidência prática, notadamente imprecisa e confusa.

Alcance da Cláusula em relação à Natureza dos Danos

Analisando especificamente o alcance da cláusula no que tange à natureza dos danos presentes no caso concreto, percebe-se que não há consenso. Do ponto de vista da vítima, que é prejudicada com a redução do montante indenizatório, é mais fácil conceber a aplicação do dispositivo aos danos de natureza material. Isso acontece porque esses danos são verificados na esfera patrimonial, diferentemente dos danos morais, que são essencialmente existenciais.

No que se refere aos danos morais, qualquer atenuação da obrigação de indenizar resultaria, em última instância, em uma mitigação da compensação devida. Para entender essa ideia, é preciso fazer menção à definição de dano moral partindo da concepção de que essa espécie de dano representaria uma violação à cláusula geral de tutela da pessoa humana. Desse modo, não seria possível a incidência da exceção do parágrafo único, por força do *status* de princípio fundamental que a dignidade da pessoa humana apresenta no ordenamento jurídico.

No entanto, o que se constata no âmbito da jurisprudência é uma maior facilidade que os tribunais apresentam em aplicar a ideia de redução da indenização a casos em que se apresentam danos morais, como já exposto, especialmente na seara de danos por ricochete, em que se faz alusão à situação econômica do ofensor como limite para a reparação integral, considerando-se um montante global de indenização a ser fixado.

Os danos por ricochete apoiam-se em uma presunção relativa de ocorrência de dano, compreendido em si mesmo, em algumas situações objetivas. São presumidos a dor e o sofrimento, que são pressupostos subjetivos para materializar o dano, gerando, conseqüentemente, a obrigação de indenizar.

Danos Punitivos

A figura dos danos punitivos não encontra posituação em nosso ordenamento jurídico, sendo na verdade um instituto derivado dos *punitive damages* norte-americanos. Justamente por estar-se diante de uma importação de uma modalidade de dano, é preciso ter cautela ao analisar essa figura no direito brasileiro.

Através do dano punitivo, busca-se desestimular a conduta do ofensor, por meio de imposição de penalidade, que se distingue do caráter compensatório da indenização. Embora em teoria o instituto apresente uma fundamentação louvável para ensejar sua aplicação, em concreto sua utilização pelos tribunais pode demonstrar-se problemática, na medida em que coloca em risco a segurança jurídica, tal como demonstra-se a seguir.

Primeiramente, deve-se considerar que o direito brasileiro não faz uma discriminação da natureza do montante indenizatório. Em outras palavras, o caráter compensatório e o punitivo da indenização compõem a verba como um todo, sem que o ofensor consiga determinar o valor pago a título de punição. Esse fato, por sua vez, viola o princípio do contraditório, tendo em vista que o causador do dano não pode recorrer diretamente à punição imposta, devendo considerar de igual forma a compensação. O princípio do contraditório constitui um direito fundamental, positivado no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Além disso, a própria ausência de previsão legal do dano punitivo, como mencionado, ofende o princípio da isonomia. Isso acontece porque um caso concreto individualmente considerado acaba ensejando a imposição de penalidade, visando desestimular uma conduta já verificada em outras situações fáticas, sem que a essas tenha sido atribuída qualquer punição.

Essa questão, por sua vez, traz uma outra implicação, qual seja, o enriquecimento sem causa da vítima. Considerando que a regra geral que anima a fixação do montante indenizatório, prevista no *caput* do art. 944 do Código Civil, trata da extensão do dano como parâmetro, não seria concebível o dano punitivo. Isso ocorre porque a vítima deve ter direito à indenização, via de regra, correspondente ao dano sofrido. Portanto, o acréscimo da verba referente à punição configuraria um enriquecimento sem causa, além de ferir a isonomia, como já destacado, uma vez que para um mesmo caso atribuir-se-ia solução diversa do ponto de vista indenizatório.

Expostos os fatos e feitas as devidas considerações, percebe-se que a melhor solução seria no sentido de inadmitir os danos punitivos no ordenamento jurídico pátrio, enquanto não houver previsão no Código Civil. Entende-se pela necessidade de determinação legal que os preveja no direito brasileiro, como forma de assegurar a observância de princípios fundamentais que o definem.

Contudo, na eventualidade de serem admitidos os danos punitivos em face de uma condenação, mais questionamentos aparecem, devendo ser igualmente analisados. O primeiro refere-se à fundamentação do instituto. Quais parâmetros devem ser observados para o cálculo do valor devido como punição? O segundo trata da natureza do dano ao qual pode ser cumulado o caráter punitivo. Seria material ou moral? O terceiro trata da extensão do dano e de um possível destino para verba. Deverá o dano ser obrigatoriamente coletivo e a indenização destinada a fundo instituído especificamente para essa finalidade?

No que tange à fundamentação do dano punitivo, compreende-se que o parâmetro a se considerar é a reiteração de uma conduta reprovável, bem como sua repercussão social, política e econômica. Desse modo, não parece a culpa um critério adequado para mensurar a indenização punitiva devida, em face da subjetividade desse conceito, que vai de encontro ao caráter pragmático do dano em comento.

Caso a culpa fosse concebida como parâmetro, far-se-ia necessária uma investigação do estado anímico do agente no momento da ocorrência do dano, o que seria demasiado difícil, especialmente na seara consumerista. Por essa razão, a reincidência e a reiteração do comportamento lesivo melhor enquadram-se como parâmetros para determinação da compensação. Essa investigação acerca da culpa deveria estar presente, inclusive, em hipóteses de responsabilidade objetiva, o que tornaria o litígio ainda mais moroso, de modo que considerar-se-ia um aspecto cuja comprovação é dispensada pela lei positivada.

Acerca da natureza dos danos aos quais pode ser cumulada verba punitiva, verifica-se a possibilidade de aplicação a danos morais e materiais. Isso ocorre porque a raiz do instituto em análise não leva em consideração o bem jurídico lesado, mas sim a conduta do ofensor, de modo que se busca desencorajar o referido comportamento mediante penalidade.

No que se refere à extensão do dano, no entanto, parece adequado limitar a incidência de verba punitiva à casos coletivos. Essa ideia está em conformidade com o princípio da isonomia, já invocado anteriormente nesse tópico. Portanto, a melhor saída seria no sentido de conceber os danos punitivos quando houvesse prejuízos para a coletividade. O valor pago como punição deveria, assim sendo, ser destinado a um fundo específico para tal finalidade.

Um forte argumento para conceber esses danos em nosso ordenamento jurídico seria a ofensa à liberdade contratual, que geraria um enriquecimento do ofensor, fruto de fato ilícito. Ao ofensor seria mais interessante, portanto, violar um direito, para com isso beneficiar-se, na certeza de que o valor de uma condenação judicial em nada afetaria seus ganhos finais com o referido ilícito, dada a suposta impossibilidade de punição pela esfera da responsabilidade civil.

Nesses casos peculiares, aparece uma exceção que permite a incidência dos danos punitivos, uma vez que a não observância da liberdade contratual fere, indiretamente, o princípio da livre iniciativa, previsto em nossa Constituição Federal. Portanto, considerando-se a violação a fundamento da República (art.1º, inciso IV) e feitas as provas materiais na situação fática, é possível falar em verba de caráter punitivo, especialmente para casos que envolvam direitos existenciais, como o direito à imagem.

Conclusão

Nova redação: solução ou desafios?

Após a minuciosa exposição acerca da tônica que envolve a aplicação do parágrafo único, aparecem mais perguntas do que respostas. Uma exceção da lei brasileira, no que concerne a responsabilidade civil, acaba por causar uma revolução na doutrina e jurisprudência pátrias, que buscam soluções concretas para uma disposição concebida abstratamente pelo legislador.

Muito embora seja notável o esforço da criação de parâmetros fáticos para nortear a incidência do parágrafo único, inclusive na responsabilidade objetiva, objetivo principal desse estudo, a aplicação da redução equitativa da indenização é incerta no ordenamento brasileiro.

Desse modo, faz-se necessária uma reflexão acerca da necessidade de uma mudança legislativa no que tange à redação atual do dispositivo. Em homenagem à segurança jurídica, entende-se ser fundamental o fornecimento de ditames legais de aplicação daquilo que funciona como exceção ao princípio da reparação integral.

Uma nova redação potencializaria a utilização do instituto, conduzindo o ramo da responsabilidade civil na direção de decisões pautadas na equidade e na razoabilidade, com fulcro não no grau de reprovabilidade da conduta, mas em sua análise.

Nesse sentido, entende-se que o atual Código foi infeliz ao consagrar o grau de culpa do ofensor como critério para ensejar a redução equitativa da obrigação de indenizar, fato que gerou múltiplos debates e incertezas, como apreciou-se de forma pormenorizada nesse artigo.

O apego do agente tomador de decisões ao texto da lei o impede de compreender o desdobramento dos institutos nas situações fáticas, fator esse que funciona como óbice à incidência do parágrafo único à responsabilidade objetiva.

Sustenta-se, assim sendo, que a disposição seja lida no sentido de apreciação de um *standard* de conduta, que estaria próximo do ideal de culpa consciente. Entretanto, para assegurar essa leitura por parte do legislador, considerando a tradição brasileira voltada para a codificação, mais prudente parece ser uma mudança legislativa, especialmente no que se refere aos danos punitivos, que sequer são previstos pelo ordenamento.

Feitas as relevantes digressões, ressalta-se que esse trabalho pretende demonstrar a complexidade do tema, que suscita diversos questionamentos, para os quais não há soluções imediatas ou óbvias. Uma alteração legislativa certamente não forneceria respostas para todos os impasses que se verificarão no mundo dos fatos, mas poderia servir de base para a construção de uma jurisprudência mais equânime, especialmente para casos de responsabilidade objetiva.

Referências Bibliográficas

- [1] -ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização Punitiva. Texto disponibilizado no Banco do Conhecimento em 18 de agosto de 2008.
- [2] -BANDEIRA, Paula Greco. A evolução do conceito de culpa e o art. 944 do Código Civil. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/notas-sobre-o-paragrafo-unico-do-artigo-944/>>.
- [3] - CALIXTO, Marcelo Junqueira. Breves considerações em torno do Art.944, parágrafo único, do Código Civil. Disponível em *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, número 75, Abril de 2010.
- [4] - CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, p.39-44. Décima Edição. Editora Atlas. 2012.
- [5] - 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. *Revista Trimestral de Direito Civil- RTDC*. Editora PADMA LTDA. Ano 8, Volume 29, Janeiro à Março de 2007.
- [6] - MONTEIRO FILHO, Carlos Édison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 1, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2018/05/Monteiro-Filho-civilistica.com-a.7.n.1.2018.pdf>
- [7]-_____. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 1, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2018/05/Monteiro-Filho-civilistica.com-a.7.n.1.2018.pdf>
- [8] - RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; VERAS, Gésio de Lima. Dimensão funcional do dano moral no direito civil contemporâneo. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/tracos-positivistas-das-teorias-de-pontes-de-miranda/>>.
- [9] - SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da Reparação Integral. p.80- 137. Primeira Edição. Editora Saraiva. 2010.
- [10] - VIOLA, Rafael. Indenização Equitativa: uma análise do art. 944, parágrafo único do Código Civil. *Quaestio Iuris*. Volume 6. Número 01.
- [11] -ZAQUEO, Ciara Bertocco. A redução proposta no art. 944 do Código Civil, parágrafo único, alcança a responsabilidade objetiva? Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/940331/a-reducao-proposta-no-art-944-do-codigo-civil-paragrafo-unico-alcanca-a-responsabilidade-objetiva-ciara-bertocco-zaqueo>