

INDENIZAÇÃO POR EQUIDADE

Indemnity for equity

Maria Marcia Formoso Delsin¹

RESUMO

O presente estudo se desenvolve com o escopo de analisar o conceito de dano material e sua indenização integral, consagrado na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, V e X, bem como compatibilizar sua aplicabilidade com a possibilidade de indenizar por equidade prevista no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil.

Palavras-Chave: Dano; Equidade; Indenização.

ABSTRACT

This study aims at analyzing the concept of material damage and its integral indemnity, consecrated by the Brazilian Federal Constitution of 1988, in its article 5º, V and X, as well as make compatible the integral indemnity with the possibility of indemnifying by equity foreseen in the article 944 of the Brazilian Civil Code.

Keywords: Damage; Equity; Indemnity

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo principal analisar os aspectos da equidade relacionados à responsabilidade civil para a redução do valor da indenização, quando houver desproporção entre a culpa e o dano, presentemente prevista no artigo 944, parágrafo único, do Código Civil.

Desde já se esclarece que o presente limitar-se-á ao estudo do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, entendendo ser ele aplicável à responsabilidade subjetiva e ao dano material, e que se

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo - SP – Brasil. E-mail: <maria.marcia@uol.com.br>. Texto recebido em 09.08.2010 e aprovado em 15.10.2010.

deixará para outra oportunidade a abordagem do critério da equidade na responsabilidade objetiva e no dano moral.

A indenização utilizando o critério equitativo é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, é tema cuja interpretação está sendo construída e essa foi a principal razão que despertou o interesse sobre o assunto.

Em função das novidades trazidas pela inserção de regras inauguradas a partir do dia 11 de janeiro de 2003 – data de entrada em vigor da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o atual Código Civil – muitos debates doutrinários vêm sendo travados, conduzindo a reflexões acerca dos impactos causados em relação ao disposto no parágrafo único do artigo 944, que excepciona o princípio constitucional do ressarcimento integral do dano e possibilita a indenização pela equidade, quando houver desproporção entre o grau da culpa do ofensor e o dano causado à vítima.

Boa parte das polêmicas e das discussões doutrinárias se deve à constatação de que, de um lado, as regras previstas na Constituição (art. 5º, V e X) preveem, sem exceção, a reparação do dano na exata proporção em que ele é causado, sem qualquer questionamento a respeito do grau da culpa do ofensor ou sobre a extensão do prejuízo, e, de outro, o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil possibilita ao julgador a redução da indenização, quando o dano, de grande monta, for desproporcional ao grau de culpa do ofensor.

A doutrina tem adotado posturas diversas quanto à possibilidade de limitação da indenização inaugurada pelo Código Civil em vigor. Há os que sustentam que a norma infraconstitucional conflita com o princípio da indenização integral garantido pela Constituição, enquanto outros entendem que a limitação trazida pelo Código Civil é plenamente compatível com o princípio constitucional, na medida que a interpretação que se dá ao princípio é flexível e evolui conforme as demandas da sociedade.

Como o assunto em tela é razoavelmente recente, não houve ainda muitas oportunidades para serem proferidas decisões definitivas a respeito, fato que representou limitação à realização do estudo.

Pretende-se dividir o trabalho em tópicos. Desenvolver-se-ão capítulos específicos sobre o princípio da indenização integral e sobre a indenização por equidade. Como a norma que contém a previsão de relativização do valor da indenização (art. 944, parágrafo único, do CC) decorre de princípio que representa limite ao princípio do ressarcimento integral do dano, contemplado nos incisos V e X do artigo 5º da

Constituição Federal, distinguir-se-á princípio de norma e invocar-se-á a ponderação para possibilitar a compatibilização entre os princípios aparentemente conflitantes.

2 O PRINCÍPIO DA INDENIZAÇÃO INTEGRAL DO DANO

O princípio da indenização integral do dano, como o próprio nome diz, manda recompor as coisas ao estado em que se encontravam antes do ato danoso, ou, em não sendo possível tal recomposição, pagar o montante do prejuízo em dinheiro.

Diferentemente dos danos morais, que são de difícil estimação, o critério preferencialmente utilizado para apuração do dano material é o objetivo, ou seja, os elementos balizadores para o arbitramento desse último consideram o prejuízo efetivamente experimentado pela vítima e a ideal recomposição, de modo a propiciar o retorno ao estado anterior.

Tanto a Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos V e X², quanto o Código Civil, no artigo 944, *caput*³, contemplam o princípio da *restitutio in integrum*, retornando-se preferencialmente ao *statu quo ante* ou indenizando o equivalente em dinheiro.

Tal qual no âmbito do direito positivo constitucional e infraconstitucional, os danos têm tido sua indenizabilidade integral reconhecida pela doutrina. Nesse sentido, para *Carlos Roberto Gonçalves*, “indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *statu quo ante*, isto é, devolvendo-se ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito”⁴. Da mesma forma, para *Rui Stoco*⁵, “reparar o dano é restituir as coisas ao estado anterior”.

² Constituição Federal de 1988: “Artigo 5º - [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

³ Código Civil: “Artigo 944 - A indenização mede-se pela extensão do dano.”

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 529.

⁵ STOCO, Rui. Responsabilidade civil no Código Civil francês e no Código Civil brasileiro: estudos em homenagem ao bicentenário do Código Civil francês. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 831, p. 42, jan. 2005.

É o “ressarcimento do prejuízo, recompondo o patrimônio do lesado, tornando-o indene da situação lesiva por ele experimentada”.⁶

São materiais os danos experimentados por titulares de direitos no âmbito de sua esfera de valores economicamente mensuráveis, em decorrência de ações ou omissões injustas de outrem. Quanto à liquidação da reparação dos danos materiais, não surgem grandes indagações de como quantificar para indenizar em dinheiro algo que afetou de maneira direta o patrimônio da vítima. É que os danos patrimoniais são de ordem econômica, se consubstanciam em situações que oneram economicamente o indivíduo, trazendo para a respectiva reparação função essencialmente reparatória, procurando-se recompor ou indenizar.

Algumas vezes, no entanto, o legislador fixa por normas jurídicas especiais critérios indenizatórios aplicáveis à reparação de certas situações específicas, como ocorreu com o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil que, no caso concreto do dano desproporcional ao grau da culpa, permite ao magistrado efetuar juízo de valor para fixar o *quantum* indenizável, utilizando para tanto técnica que não restitui ao estado anterior, mas, segundo critérios de equidade, beneficia o agente, e é por conta da existência de normas que excepcionam a *restitutio in integrum* que a garantia da recomposição integral subsiste, mas não de forma absoluta.

3 A INDENIZAÇÃO POR EQUIDADE CONTEMPLADA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 944 DO CÓDIGO CIVIL

Embora a regra seja a de recompor o dano, o juiz, não obstante provada a culpa do acusado, pode se abster de pronunciar a condenação na exata proporção da perda, isto é, pode omitir a aplicação da recomposição integral do prejuízo, não efetivando, desse modo, a norma do *caput* do artigo 944 do Código Civil.

A indenização continua pressupondo a restituição das coisas ao estado anterior, no entanto o próprio parágrafo único do artigo 944 excepciona a regra da indenização integral e o legislador opta por afastar o equilíbrio ideal entre indenização e dano, permitindo que o magistrado, diante de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, reduza equitativamente o montante indenizatório.

⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil: curso de direito civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas. 2004. p. 303.

A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau da culpa do agente, nos termos do dispositivo legal retrocitado permite a equidade como o elemento norteador da fixação do valor da indenização.

Dada a importância da equidade como elemento da fixação do valor da indenização, impõe-se promover uma abordagem do que vem a ser o instituto para, a seguir, examinar o dispositivo do Código Civil de 2002 que permite a equidade na fixação do montante indenizatório.

Equidade é um termo de difícil definição. Associa-se a palavra com igualdade e com justiça. Sabe-se, inclusive, exemplificar algo que se considera equitativo e, mesmo assim, faltam palavras precisas para descrever o que vem a ser o instituto.

A Constituição Federal brasileira de 1934, no seu artigo 113, n. 37, facultava ao juiz, expressamente, recorrer à equidade para proferir a sua decisão⁷. A respeito, silenciaram a Carta de 1937 e as Constituições de 1946, 1967 e 1988. Igualmente, não se referia à equidade a Lei de Introdução ao antigo Código Civil de 1916, nem a do Código Civil atualmente em vigor. Contudo, o princípio era admitido no Código de Processo Civil de 1939, cujo artigo 114 admitia o juiz decidir por equidade, aplicando ao caso concreto a regra que determinaria se fosse o legislador. Atualmente, isso está expresso no artigo 127 do Código de Processo Civil, e também há previsão da equidade nos artigos 413, 479, 738, parágrafo único, 928, 944, parágrafo único, 945, 953 e 954 do Código Civil.

O artigo 127 do Código de Processo Civil autoriza ao juiz decidir por equidade “nos casos previstos em lei”. Segundo *Miguel Reale*, a Constituição de 1988 não recepcionou integralmente esse artigo:

“Reconhece-se hoje em dia que a equidade, além de ser essencial ao suprimento das lacunas da legislação, constitui sempre critério requerido para a justa interpretação das leis em vigor, de tal sorte que, em consonância com a Carta Magna de 1988, o juiz deve ser considerado sempre autorizado a decidir por equidade, desde que não contrarie norma legal expressa. Deve-se, pois, entender o citado artigo 127 tão somente no sentido de negar-se ao juiz o poder de julgar ‘exclusivamente por equidade’, salvo lei que para tanto autorize.”⁸

⁷ Constituição Federal de 1934: “Artigo 113 - [...] 37 - Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão da lei. Em tal caso deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito, ou por equidade.”

⁸ REALE, Miguel. *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 79.

Carlos Roberto Gonçalves, quanto à necessidade de expressa previsão legal permitindo a equidade, ainda na vigência do Código Civil de 1916, mas depois da Carta Magna de 1988, em sentido diverso ao de *Miguel Reale*, escreveu:

“Fora dos casos expressamente previstos, o juiz não pode julgar por equidade. Se a lei não dispõe, expressamente, que a culpa ou o dolo podem influir na estimativa das perdas e danos, o juiz estará adstrito à regra que manda apurar todo prejuízo sofrido pela vítima, em toda a sua extensão; independentemente do grau de culpa do agente. E, ainda que o resultado se mostre injusto, não estará autorizado a decidir por equidade.”⁹

Quanto às regras citadas do Código Civil em vigor, cabe mencionar que o artigo 413 prevê a possibilidade de o juiz reduzir equitativamente a penalidade quando a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio. Quanto à resolução por onerosidade excessiva, o artigo 479 prevê que poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato. Da mesma forma, o parágrafo único do artigo 738 prevê, no caso de transporte de pessoas, a possibilidade de o juiz reduzir equitativamente a indenização, se a vítima concorrer para a ocorrência do dano. Já o parágrafo único do artigo 928 prevê a possibilidade da equidade limitar a responsabilidade civil do incapaz. O parágrafo único do artigo 944, que é o tema central deste trabalho, prevê a indenização por equidade se houver desproporção entre culpa e dano e, finalmente, o parágrafo único do artigo 953 possibilita a utilização do critério da equidade se o dano decorrer de injúria e se o ofendido não puder provar prejuízo material.

São inúmeras as doutrinas relativas à conceituação da equidade.

Pelo clássico de *Aristóteles*¹⁰, a equidade é o meio que permite corrigir a generalidade da lei, aplicando a justiça ao caso concreto. Esse conceito clássico é o admitido pelo direito moderno.

*Vicente Ráo*¹¹ distingue o conceito romano do conceito moderno de equidade. Segundo ele, os romanos ligavam o conceito de equidade ao do

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 422.

¹⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 125. Livro 5, item 10.

¹¹ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1976. v. 1, t. 1, p. 55.

próprio direito natural e separavam a *aequitas naturalis* da *aequitas civilis*. A primeira, como sendo uma forma de justiça absoluta perseguida pelo direito constituído e a *aequitas civilis*, como sendo parte integrante desse direito. Já o conceito moderno considera a equidade não como direito, mas como atributo dele, atributo que ora é conferido pelo legislador ao formular a norma jurídica, ora é conferido ao juiz, ao aplicá-la.

O juízo que recorre à equidade sempre leva em conta uma situação concreta e as circunstâncias fáticas que a envolvem. Nesse sentido é a lição de *Tércio Sampaio Ferraz Júnior*:

“Fala-se aqui no sentimento do justo concreto, em harmonia com as circunstâncias e adequado ao caso. O Juízo por equidade, na falta da norma positiva, é o recurso a uma espécie de intuição, no concreto, das exigências da justiça enquanto igualdade proporcional. O interprete deve, porém, sempre buscar uma racionalização desta intuição, mediante uma análise das considerações práticas dos efeitos presumíveis das soluções encontradas, o que exige juízos empíricos e de valor, os quais aparecem fundidos na expressão juízo por equidade.”¹²

A equidade, para *Carlos Maximiliano*, seria o justo melhor, diverso do justo legal e corretivo. Conforme o autor, é graças à equidade, considerada como princípio basilar da interpretação legal, que o direito romano sobreviveu por tanto tempo. *Maximiliano* se refere à equidade como elemento de vida e progresso, que permite às instituições jurídicas adaptarem-se às circunstâncias novas sem que o intérprete tenha de se afastar do significado lógico, nem literal dos textos.¹³

Quanto à natureza do instituto, o filósofo grego *Aristóteles* compara a equidade com a régua que tem a qualidade de ser flexível e que se ajusta à moldura, e faz uma analogia dela com a norma jurídica que se adapta aos fatos:

“A natureza da equidade é a correção da lei quando esta é deficiente em razão de sua universalidade [...]. Com efeito, quando uma situação é indefinida, a regra também é indefinida, tal qual ocorre com a régua de chumbo, usada pelos construtores de Lesbos para ajustar as molduras; a régua adapta-se à forma da pedra e não é rígida, da mesma forma como o decreto se adapta aos fatos.”¹⁴

¹² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas. 1994. p. 248.

¹³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 7. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1961. p. 219.

¹⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, p. 125. Livro 5, item 10.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ao analisar o instituto, observa que a equidade não se opõe à justiça, ao contrário, a torna plena. A menção à equidade, conforme o autor, nos leva às fontes de baixo grau de objetividade. Não temos como refutar tal afirmação pois, fosse a fonte, ao contrário, de alto grau de objetividade, bastaria a subsunção, tendo em conta o caso concreto:

“[...] no conjunto da razão jurídica, costuma-se mencionar a equidade, Aristóteles é responsável por sua definição como a justiça do caso concreto. A solução de litígios por equidade é a que se obtém pela consideração harmônica das circunstâncias concretas, do que pode resultar um ajuste da norma à especificidade da situação a fim de que a solução seja justa. Pois, como diziam os romanos *summum jus summa injuria*, não se trata de um princípio que se oponha à justiça, mas que a completa, a torna plena.”¹⁵

Quanto à classificação, *Stolze Gagliano e Pamplona Filho* distinguem decisão com equidade, decisão por equidade e decisão utilizando a equidade como meio supletivo de integração e interpretação das normas:

“a) decisão com equidade é toda decisão que se pretende estar de acordo com o direito, enquanto ideal supremo de justiça; b) decisão por equidade é toda decisão que tem por base a consciência e percepção de justiça do julgador, que não precisa estar preso a regras de direito positivo e métodos preestabelecidos de interpretação; c) decisão utilizando a equidade como meio supletivo de integração e interpretação das normas é toda decisão proferida no sentido de encontrar o equilíbrio entre norma, fato e valor (aplicação do direito ao caso concreto), na hipótese de constatação de uma contradição entre a norma legal posta e a realidade, gerando uma lacuna.”¹⁶

Ao tratar da integração do direito, *Limongi França* elenca os requisitos da equidade, segundo os quais existem previsões legais de equidade, mas a equidade não constitui reserva legal. A aplicação do juízo equitativo pressupõe a existência de norma jurídica desprovida de rigidez. Prevalece o julgamento equitativo se a regra for genérica ou defeituosa para abarcar o caso concreto. A aplicação da equidade não deve ser confundida com critério pessoal de justiça do intérprete da lei.¹⁷

¹⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 246.

¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva. 2003. v. 3, p. 29.

¹⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. v. 1, p. 78-79.

Ao elaborar a lei, é impossível ao legislador prever todas as situações. Como consequência de tal generalidade, a aplicação rígida da letra fria da lei poderia excluir os casos aparentemente não previstos, dando margem a desigualdade e injustiça. E é para evitar tão graves inconvenientes que existe a equidade, permitindo ao juiz dar uma solução, mesmo não prevista no texto normativo.

Do instituto da equidade destacam-se dois papéis: o de suprir lacunas da lei e o de auxiliar a obter o sentido e o alcance da lei, cuja generalidade reclama flexibilização para aplicação ao caso concreto. Ao suprir lacunas, surge a função integrativa, sendo que a função corretiva é invocada para sanar os eventuais defeitos decorrentes da generalidade da lei.

Vicente Ráo, de maneira didática, enumera as funções da equidade:

“a) a adaptação da lei a todos os casos que devem incidir em sua disposição, mesmo aos não previstos expressamente, devendo estes últimos ser tratados em pé de rigorosa igualdade com os contemplados por modo expreso; b) a aplicação da lei a todos esses casos, levando-se em conta todos os elementos de fato, pessoais e reais que definem e caracterizam os casos concretos; c) o suprimento dos erros, lacunas, ou omissões da lei, para os fins acima; d) a realização dessas funções com benignidade e humanidade.”¹⁸

A mera interpretação literal da lei pode gerar injustiças e é em situações como essas que a equidade corretiva é invocada para corrigir o rigorismo ou a generalidade do comando normativo. Trata-se de princípio que modera ou modifica a aplicação da lei, quando se evidencia de excessivo rigor, o que seria injusto.¹⁹

É quando o juiz mitiga o rigor da lei que, conforme observa *Oswaldo Bandeira de Melo*, se emprega a equidade no seu verdadeiro significado. No caso da equidade “legislada”, conferem-se poderes discricionários ao juiz, para aplicar os princípios do direito, conforme o seu prudente arbítrio, ante a consideração do caso concreto e, então, de certo modo, criar uma norma individual, que deixa de ser formulada genericamente pela lei. “A equidade legislada objeto do texto legal efetiva-se através de processo técnico legislativo pelo qual se fixam no texto as

¹⁸ RÁO, Vicente, *O direito e a vida dos direitos*, v.1, t. 1, p. 58.

¹⁹ DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. *Vocabulário jurídico*. 26. ed. rev. e atual. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 537.

diretrizes da conduta das partes, e se relega ao juiz a individualização do direito legal”.²⁰

A equidade nunca é invocada para prejudicar, mas sempre para relativizar, atenuar, o rigor legal²¹. Atente-se que o aplicador da lei, quer seja o juiz, quer o administrador, não é um mero instrumento mecânico, que funciona automaticamente justapondo a lei ao caso concreto. É a existência de institutos como o da equidade que propicia que a lei seja um instrumento dinâmico, adaptável às demandas da sociedade. Esclarecedora, sob esse aspecto, é a lição de *Oswaldo Aranha Bandeira de Melo*:

“Ao utilizar-se da equidade, o magistrado, em face de circunstâncias objetivas, tendo em vista as peculiaridades da questão *sub judice* flexibiliza, para evitar que a generalidade da lei venha a prejudicar a justiça que tem em mira realizar, e, então, abranda a sua rigidez, interpretando-a. Só que isso faz em função das circunstâncias próprias da hipótese em foco. Repelir a aplicação da equidade, entendida no seu real significado, envolve em transformar o juiz em mero instrumento mecânico, que funcionaria automaticamente, justapondo a lei à espécie, quando, na verdade, é a própria justiça em ação.”²²

Justifica-se excepcionar uma regra geral e aplicar a equidade, desde que a especificidade da situação real o requeira. Nesse sentido:

“Mediante juízos de equidade, se amenizam as conclusões esquemáticas da regra genérica, tendo em vista a necessidade de ajustá-la às particularidades que cercam certas hipóteses da vida social. Os romanos advertiam, com razão, que muitas vezes a estrita aplicação do Direito traz consequências danosas à justiça: *summum jus, summa injuria*. Não raro, pratica injustiça o magistrado que, com insensibilidade formalística, segue rigorosamente o mandamento do texto legal. Há casos em que é necessário abrandar o texto, operando-se tal abrandamento através da equidade, que é, portanto, a justiça amoldada à especificidade de uma situação real.”²³

²⁰ BANDEIRA DE MELO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 412-413.

²¹ MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 221.

²² BANDEIRA DE MELO, Oswaldo Aranha, *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 411.

²³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed., 3. tiragem. São Paulo: Saraiva. 1999. p. 300-301.

Constata-se que além de corrigir a lei a equidade pode exercer função integrativa. De acordo com *Miguel Reale* a equidade pode integrar o direito de diferentes modos:

“Por exemplo, por seu intermédio, pode-se expandir uma obrigação, criando-se deveres adicionais para além dos que constam de um contrato ou decorrem, expressamente, da lei; pode-se, ainda, limitar o exercício de direitos para prevenir abusos; pode-se, também, criar regras para situações que se alteraram desde o seu regulamento, ou que nele não foram previstas. Em todo caso, o juízo equitativo, de um lado, apesar das considerações dos efeitos presumíveis, é sempre um juízo jungido ao particular sem preocupações generalizantes. Não gera, assim, uma compulsão para que outros casos, semelhantes, sejam interpretados e decididos do mesmo modo. De outro lado, porém, pela consideração dos efeitos presumíveis, também não aparece como arbitrário, mas sim representando o sentido do que seja jurídico no contexto social em que se aplica.”²⁴

O juiz recorre à equidade sempre que autorizado de maneira expressa por lei, como acontece com o disposto no parágrafo único do artigo 944, bem como pode invocar a equidade quando o caso concreto exigir a mitigação do rigor da lei para fazer justiça. Atuam, de um lado, as concepções teóricas e os sentimentos pessoais do juiz e, de outro, os fatores objetivos trazidos pela norma, e, por fim, as circunstâncias da espécie *sub judice* e os elementos informadores da conduta das próprias partes. “Esta oscilação entre o subjetivo e o objetivo explica os cuidados que tem a doutrina em circunscrever a equidade e seu uso. Na falta de norma, a equidade integra o ordenamento sumariamente, assentando-se nas circunstâncias do caso concreto.”²⁵

Maria Clara Osuna Diaz Falavigna, em tese de doutorado, menciona que o nosso ordenamento jurídico utiliza a equidade como “um advérbio modificador do verbo que lhe antecede, como um imperativo de comando, ordenando que se reduza, modifique, ou se fixe um valor ou obrigação”²⁶. A autora acrescenta:

“Enquanto *standard* jurídico a equidade tem a função de ponderar a fixação de um valor, quase sempre como uma maneira de atenuar, operando como um limitador, visto que o Código Civil sempre emprega

²⁴ REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, p. 304.

²⁵ REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, p. 305.

²⁶ FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. *Os princípios gerais do direito e os standards jurídicos no Código Civil*. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 285.

a expressão como um redutor, modificador ou como modo de fixação de uma determinada quantidade.”²⁷

Após definir equidade e abordar um pouco da sua natureza e funções, passar-se-á ao enfoque da indenização por equidade autorizada de maneira expressa no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil. Tal dispositivo legal, pelo menos aparentemente, contraria um dos fundamentos da responsabilidade civil, qual seja, o princípio da reparação integral do dano, que compensa o prejuízo da vítima, contemplado nos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal e enunciado no *caput* do artigo 944, do Código Civil.

Mas a indenização integral, na prática, nem sempre é justa, vez que o princípio da reparação integral, quando interpretado sem restrição, poderá discriminar o sujeito ativo da reparação, que responderá pelo valor do dano desproporcional ao seu grau de culpa. A verificação da culpa, que era necessária somente para se saber se o autor do dano deveria ser condenado a indenizar, passou a ter importância, permitindo a relativização da recomposição do dano. Abrimos aqui um breve espaço para falar um pouco sobre culpa.

Caio Mário, quanto à definição de culpa, observa que:

“Diante desta floresta de definições, que mais extensa fora, quanto mais longe levasse a pesquisa, pode-se conceituar culpa como um erro de conduta, cometido pelo agente que procedendo contra direito, causa dano a outrem, sem a intenção de prejudicar, e sem a consciência de que seu comportamento poderia causá-lo. [...] Na culpa grave, embora não intencional, seu autor sem ‘querer’ causar o dano, ‘comportou-se como se o tivesse querido’, o que inspirou o adágio *culpa lata dolo aequiparatur*, e levou os Mazeaud ao comentário de sua inexatidão lógica, pois não é equitativo tratar do mesmo modo a pessoa que quis o dano e a que não o quis (Mazeaud, Mazeaud, Mazeaud, *Leçons de droit civil*, v. 1, n. 447). Culpa leve é a falta de diligência média, que um homem normal observa em sua conduta. Culpa levíssima, falta cometida em razão de uma conduta que escaparia ao padrão médio, mas que um diligentíssimo *pater familias*, especialmente cuidadoso, guardaria.”²⁸

²⁷ FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz, *Os princípios gerais do direito e os standards jurídicos no Código Civil*, p. 289.

²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 69-71.

A culpa leve equivale a um erro, um mero descuido e é esta culpa a que abre espaço para que a indenização por equidade tome mando. Para *José de Aguiar Dias*, citando *André Tunc*, “o erro é inerente à atividade humana, desde que o homem não possui a onisciência, onipotência e resistência a qualquer espécie de fadiga”. O autor prossegue: “Saber se alguém está em culpa ou se, simplesmente, cometeu um erro de avaliação, que à primeira não se equipara, dependerá sempre das circunstâncias fáticas do caso.”²⁹

Basta ilustrar com a seguinte situação: você vai até uma loja de cristais e, sem querer, derruba um copo e, por conta disso, num efeito dominó, quebra a loja toda. Você deve ser responsabilizado a pagar todo o prejuízo?

Nesse exemplo prático, sob o ponto de vista do dono da loja que sofreu o prejuízo, seu ideal é a reparação do dano de qualquer modo, independentemente do grau da culpa do causador. Pensando, no entanto, do lado de quem pratica o dano, sua expectativa é a de que ele, quanto à reparabilidade, seja mitigado. Analisar a situação somente sob o ponto de vista da vítima não nos permite clareza e essa percepção parcial não possibilita a compreensão do todo. Analisando a relação como um todo, considerando o lado do agressor e ponderando informações relevantes, torna-se possível interpretar de forma mais eficiente.

Muitas vezes, um simples gesto não intencional pode causar um dano cujo ressarcimento é extremamente oneroso, tanto que poderá levar seu causador a uma condição de insolvência. Sem contar que, não raras vezes, aquele que é indenizado pode ter concorrido para o prejuízo que experimentou, ou pode ter assumido o risco. Voltando ao exemplo da loja de cristais, dependendo do caso concreto, pode ser justo que o dono da loja suporte o ônus de manter em seu estabelecimento mercadorias muito frágeis.

Nem sempre a vítima é a parte mais fraca da relação jurídica. Um simples erro não intencional por parte do causador do dano não tem, por si só, a virtude de transmitir a ele a responsabilidade pelos riscos a que normalmente estão esses bens expostos. O mero fato de entrar em uma loja de cristais já envolve risco, independentemente de quaisquer outros fatores que venham a ser considerados. No momento em que expõe produtos frágeis e valiosos, assume o proprietário do comércio a

²⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. rev. atual. de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 134.

eventual responsabilidade pelos danos que experimenta, ciente de que qualquer desatenção de seu cliente que implique em dano deverá ter como consequência não o ressarcimento, por vezes impraticável, mas a aplicação de valor indenizatório condizente com o grau da culpa.

Ao invés de ser conferido de forma absoluta, beneficiando apenas uma das partes (a vítima do dano), o princípio que manda recompor o dano deve ser reconhecido em benefício de ambas as partes e aplicado sob o balizamento da proporcionalidade, reconhecido em favor também do sujeito ativo do dano, procedendo-se a indenização em valor que seja razoável para possibilitar a subsistência do devedor, mas que também possa destinar uma parcela para quitar a dívida que tem com seu credor, numa técnica de ponderação de bens, que visa a preservar a utilidade da jurisdição. Dentro de algumas condições, não é crível que “a conta” fique com o causador do dano, especialmente se houve desproporção entre a culpa e o prejuízo.

Embora esteja sendo construída a jurisprudência sobre a indenização por equidade, a interpretação do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil é restritiva, e exemplo disso é o Enunciado n. 46 do Conselho da Justiça Federal³⁰, alterado pelo Enunciado n. 380³¹, que traça norte para aplicação da regra que permite indenizar por equidade.

A propósito da aplicação do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, existem alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Um dos julgados discutia a inclusão indevida do nome de pessoa física nos cadastros que indicam restritivo de crédito e os prejuízos decorrentes de tal inclusão. Constatou-se que outros critérios, além da desproporção entre a culpa e o dano, foram considerados na dosimetria do valor indenizatório. Entre eles, foram considerados o poderio econômico do lesante, que a importância não poderá enriquecer indevidamente o lesado e nem tampouco desestruturar financeiramente o ofensor. A razoabilidade e a proporcionalidade foram invocadas

³⁰ Enunciado n. 46 do CJF: “A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do artigo 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.” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado (Coord.). *IV Jornada de Direito Civil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2007).

³¹ “Atribui-se nova redação ao Enunciado n. 46, da I Jornada de Direito Civil, pela supressão da parte final: *não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva.*” (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado, op. cit.).

como justificativa para fixar o valor do *quantum* indenizatório e a justa compensação do lesado.³²

Entre os críticos da indenização por equidade encontra-se *Rui Stoco*, para quem reparar o dano é restituir as coisas ao estado anterior. Segundo essa linha de interpretação, a disposição contida no parágrafo único do artigo 944, a título de exceção, é equivocada e nociva, dando ao julgador indesejado poder discricionário e um perigoso critério subjetivo de avaliação, capaz de gerar desigualdade de tratamento entre a vítima do dano e o ofensor. Segundo o autor, seria mais plausível levar em conta a capacidade econômica do autor do dano e da vítima.³³

Apesar da importância do argumento de que o critério de equidade deveria ser utilizado conforme a capacidade econômica de quem dá e de quem recebe, foi diferente o critério adotado pelo legislador. Ele elegeu a equidade para quando houver desproporção entre culpa e dano. Diferentemente de *Stoco*, não se propõe aqui identificar o melhor critério de equidade, mas sim mostrar os valores que deverão ser considerados nas decisões, conforme o critério eleito pelo legislador.

Esse critério indenizatório, que leva em conta as situações econômicas e financeiras de quem dá e de quem recebe, tem sido o adotado em nosso ordenamento jurídico, quando se trata de julgamento de dano moral. Mesmo a recomposição do dano moral leva em conta elementos outros, além dos patrimônios do lesado e do lesante. É que o prejuízo é imaterial, ou seja, não está diretamente ligado ao patrimônio, não é captável fisicamente pelos sentidos e é de difícil quantificação.

A reparação do dano imaterial tem a já citada função compensatória para o lesado, mas sem esquecer o interesse público no sentido da manutenção dos padrões morais e de respeito mútuo nas relações da sociedade, levando a indicar a adoção, na fixação do *quantum* da indenização, da “técnica do valor do desestímulo” como fator de inibição de novas práticas lesivas, deixando para a coletividade o exemplo da reação da ordem jurídica nesse campo.³⁴

³² “Ação de danos morais. Inclusão indevida em órgãos de restrição ao crédito. Dano moral. *Quantum* indenizatório. Apelo parcialmente provido. *Quantum* indenizatório reduzido e percentual dos honorários advocatícios mantidos.” (TJRS – AC n. 70017890096, 6ª Câmara Cível, rel. Osvaldo Stefanello, j. 24.04.2008).

³³ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1.189.

³⁴ BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 44, p. 25-26, out. 1994.

A atribuição do valor da indenização do dano imaterial se situa na competência jurisdicional do magistrado, diretamente relacionada ao caso concreto, mas decidindo especialmente com ponderação e bom senso. Nota-se claramente a referibilidade da fixação da indenização por danos morais pelos critérios doutrinários e jurisprudenciais. A fixação deve conjugar a questão da extensão da responsabilidade do lesante e a justa compensação do lesado, sem ser de valor inexpressivo.

Para ilustrar o critério utilizado na quantificação do dano moral, trazemos decisões buscadas no *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Uma das decisões analisou e acolheu em parte recurso interposto por agente financeiro que havia sido condenado pelo fato de ter dado crédito a terceiro estelionatário, que se valeu de dados cadastrais do autor, vindo este, por conta do crédito, a ter seu nome lançado no cadastro de restritivo de crédito. Apesar de o Tribunal reconhecer a conduta negligente do agente financeiro, entendeu por bem diminuir o valor da indenização imputada ao banco, considerando, para tanto, aspectos subjetivos dos envolvidos, as condições sociais, culturais e financeiras, bem como o abalo psíquico suportado pela vítima.³⁵

Em outra situação levantada, o mesmo Tribunal analisou inconvenientes ao consumidor de serviços de telefonia e a reparação do prejuízo. Conforme se constatou, mesmo em se tratando de recomposição de prejuízo moral, também, foram considerados critérios outros, além dos portes financeiros do causador e da vítima, ou seja, foram invocados: o princípio da razoabilidade; que a reparação não se presta ao enriquecimento indevido da vítima; o grau da culpa; a experiência e o bom senso atrelados à realidade e às peculiaridades do caso concreto; além da natureza punitiva e disciplinadora da reparação.³⁶

³⁵ “Responsabilidade Civil. Celebração de contratos de financiamento realizada por terceiro. Estelionato. Culpa exclusiva de terceiro. Afastada. Conduta negligente operada pela demandada. Verificada. Dano moral puro. Ocorrência. *Quantum*. Critérios para fixação. Minoração. Proveram em parte o recurso.” (TJRS – AC n. 70019538453, 5ª Câmara Cível, rel. Paulo Sérgio Scarparo, j. 30.05.2007).

³⁶ “Ação de indenização por dano moral e material. Caso concreto. Matéria de fato. *Quantum* indenizatório. Restabelecimento do serviço de telefonia. Descumprimento de decisão judicial. Multa diária. Ônus. Sucumbências. Apelo provido em parte.” (TJRS – AC n. 70019566538, 15ª Câmara Cível, rel. Vicente Barroco de Vasconcelos, j. 30.05.2007).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o valor da condenação deve ser fixado em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a se constituir em punição excessiva à parte que indeniza, nem que haja enriquecimento indevido da parte lesada. Recomenda-se que o arbitramento deva se operar com moderação, proporcionalmente ao grau da culpa, a capacidade econômica das partes e, ainda, ao valor do negócio, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência e com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

Como exemplo, existe julgado do Superior Tribunal de Justiça que apreciou recurso especial interposto pelo Banco Bradesco S.A. contra decisão que o havia condenado a indenizar pessoa jurídica que teve a honra objetiva afetada, em decorrência de protesto indevido de título cambial. O Tribunal confirmou afronta à honra objetiva da empresa, reconheceu que a vítima experimentou dano moral e a necessidade de indenização, independentemente da prova do prejuízo. Aqui, o Superior Tribunal de Justiça afirmou que a pessoa jurídica pode ser sujeito passivo de danos morais, quando vê violada sua honra objetiva. Quanto ao valor da indenização, a decisão determinou que fosse fixada em termos razoáveis, sem ocasionar o enriquecimento indevido da vítima, recomendando que o arbitramento se opere com moderação, proporcionalmente ao grau da culpa, ao porte empresarial e às atividades comerciais dos envolvidos, além do valor do negócio.³⁷

Nesse julgado, mesmo antes da possibilidade de fixar indenização levando em conta o grau da culpa, constata-se que ela foi considerada no arbitramento do *quantum debeatur*. O mesmo não aconteceu quando o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de julgar por equidade ação que discutia a responsabilidade civil de empresa jornalística que teria publicado notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. A possibilidade de decidir por equidade é regra prevista no artigo 52 da Lei

³⁷ “Civil. Responsabilidade civil. Indenização. Ato ilícito. Dano moral. Protesto indevido de título cambial. Prejuízo. Reparação. Pessoa jurídica. Possibilidade. Honra objetiva. Doutrina. Precedentes do Tribunal. Critérios na fixação do dano. Prudente arbítrio do juiz. Recurso desacolhido.” (STJ – REsp n. 171084/MA, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 18.08.1998).

de Imprensa (Lei n. 5.250/67), mas o Supremo Tribunal Federal entendeu que essa norma não foi recebida pela Constituição Federal de 1988.³⁸

Mesmo inexistindo critérios fixos e objetivos para quantificar o dano moral, a quantificação da indenização vai além do critério da pura análise das condições financeiras das partes envolvidas. Por muito mais razão, uma vez dado o critério, como é o caso da previsão expressa do grau da culpa e a extensão do dano, parece justo e razoável levar em conta elementos outros que vão além das situações financeiras de quem causou e de quem experimentou o prejuízo.

O parágrafo único do artigo 944 do Código Civil é claro quanto aos elementos que permitem o julgamento equitativo: o grau da culpa, a extensão do dano e a desproporção entre eles. Tal classificação permite ao intérprete da lei, a partir da presença desses três elementos, comparar, analisar e classificar para, ao final, aplicar um juízo de valor, ou seja, a equidade.

Carlos Roberto Gonçalves, ao comentar a inovação trazida pelo parágrafo único do artigo 944, em palestra cujo tema era responsabilidade civil, proferida no auditório do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, em 31 de outubro de 2001, assim se manifestou:

“Há casos em que parece injusto o juiz condenar ambos a pagar a mesma indenização, se um agiu com dolo intenso e o outro com culpa levíssima. Uma pequena distração pode, às vezes, provocar um acidente muito grande. O novo Código, atendendo ao anseio de muitos doutrinadores, dentre eles o professor Silvio Rodrigues, criou a possibilidade de o juiz, por equidade, reduzir o montante da indenização, no caso de existir excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. O juiz poderá então dizer: o que agiu com dolo intenso vai pagar 100 mil, que corresponde ao valor do prejuízo apurado; o outro, que também causou um prejuízo de 100 mil, mas se houve com culpa levíssima, em

³⁸ “Indenização. Responsabilidade Civil. Lei de Imprensa. Dano Moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Ato ilícito absoluto. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do artigo 52 da Lei n. 5.250/67. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação dos artigos 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e 220, *caput* e parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988. Recurso extraordinário improvido. Toda limitação prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República. Por isso, já não vige o disposto no artigo 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente.” (STF – RE n. 447.584-7/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Cezar Peluso, j. 28.11.2006).

vez de pagar 100 mil, pagará somente 60 mil ou 70 mil. Haverá nesse caso, uma repartição de prejuízo, porque a vítima não será indenizada integralmente.”³⁹

Podemos inserir no contexto da indenização por equidade a oportuna lição de *Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*, quando trata da questão referente à expansão dos critérios endereçados à quantificação ou mensuração dos valores indenizatórios por dano moral:

“[...] além de justa, a nova legislação civil eleva e destaca valores éticos imorredouros, tais como a probidade, a boa-fé e, principalmente a equidade. Todo esse perfil normativo traz enormes mudanças na aplicação do direito, exatamente porque confere ao magistrado uma saudável responsabilidade na composição pecuniária da indenização, tornando-a equânime e, por isso, mais justa, atuação esta que é inovadora entre nós, mas que tem por paradigma a moldura da *common law*.”⁴⁰

Ao tratar de aspecto relacionado ao novo modo de interpretar o direito privado trazido pelo Código Civil que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, *Maria Clara Osuna Diaz Falavigna*, traz a intervenção do Estado regulador nas relações privadas, distingue o arbitrário do discricionário e ressalta que o novo modelo abriga o princípio da moderação, tão aplicado ao direito público com a denominação de princípio da razoabilidade:

“Ora, foi escolha do legislador essa participação do Poder Judiciário e a interpretação do juiz encontra limites no próprio conteúdo que é interpretado, do contrário estará proferindo uma decisão arbitrária e, portanto, ilegal e injusta, porém, com o modelo proposto na legislação privada, o juiz é chamado a, dentro de um critério de discricionariedade como aquelas que provêm do Poder Executivo, em que a lei, por não pode atender a todas as situações concretas permite a valoração do seu conteúdo.”⁴¹

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 57/58, p. 65, jan./dez. 2002.

⁴⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (Coords.). *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*, Porto Alegre: Magister, 2007. p. 152.

⁴¹ FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. Singelas proposições acerca da publicização do direito civil e o reflexo privatista no direito público. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DO ESTADO, 33., 2007, Porto Seguro, BA. *Teses...* Salvador, BA: Associação dos Procuradores do Estado da Bahia (APEB); Associação Nacional dos Procuradores de Estado, 2007. v. 2, p. 369.

Segundo a autora o novo modelo teria importado do direito público o princípio da moderação:

“Moderado nada mais é do que manter um equilíbrio e o princípio da moderação é a imposição a essa manutenção equitativa das relações jurídicas, já que está ligado à razão, ou seja, à capacidade do homem em avaliar e moderar o que está sendo analisado.”⁴²

Como exemplo da determinação de moderação, cita, entre outros, o da distribuição equânime de direitos e obrigações, a regra contida no parágrafo único do artigo 944, cuja moderação é imposta pelo ordenamento: “Nada mais moderado do que esse mandamento, já que observa uma situação de justiça, em que serão observadas as circunstâncias que deram causa ao dano.”⁴³

Autores como *Judith Martins-Costa* e *Gerson Luiz Carlos Branco* defendem a possibilidade da indenização equitativa contemplada no novo Código Civil, ponderando ser o juízo por equidade uma das exigências da justiça enquanto igualdade proporcional. O intérprete, no entender destes doutrinadores, deve sempre buscar uma racionalização, mediante uma análise das considerações práticas dos efeitos presumíveis das soluções encontradas, o que exige juízos empíricos e de valor, os quais aparecem fundidos na expressão juízo por equidade. Justificam que o juízo equitativo não aparece como arbitrário, mas sim representa o sentido do que seja jurídico no contexto social em que se aplica.⁴⁴

A existência em nosso Código Civil de dispositivos como o do parágrafo único do artigo 944 constituiu um avanço, tanto que ainda na vigência do Código Civil de 1916, *Caio Mário da Silva Pereira* observou que o nosso direito desprezava essa graduação da culpa, que não influía na determinação da responsabilidade civil. Observou o autor que foi no Código Civil francês de 1804 que se inseriu a noção de culpa na estrutura da responsabilidade civil.⁴⁵

⁴² *Ibidem*, p. 379.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 128-129.

⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Responsabilidade civil*, p. 64.

4 POSSIBILIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR EQUIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 944 DO CÓDIGO CIVIL COM O INSTITUTO DA *RESTITUTIO IN INTEGRUM* CONSAGRADO NA CONSTITUIÇÃO E NO PRÓPRIO CÓDIGO CIVIL

De acordo com os incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal e com o *caput* do artigo 944 do Código Civil, a reparação do dano deve ser feita de forma integral. O Código Civil é expresso quanto à relação direta entre a extensão do dano e o valor da indenização. A Carta Magna em momento algum menciona a forma integral, mas utiliza as expressões “direito de resposta, proporcional ao agravo” e “direito a indenização pelo dano material, moral ou à imagem”. Entretanto, o parágrafo único do mesmo artigo 944 permite ao juiz reduzir equitativamente a indenização, quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

Observando-se que não é qualquer dano que dá lugar à equidade, mas o considerado excessivo em relação à culpa, por romper o equilíbrio entre a culpa e o resultado danoso, como conciliar o disposto no artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, que confere ao magistrado responsabilidade na composição pecuniária da indenização, tornando-a equânime, com o disposto nos incisos V e X, do artigo 5º, da Constituição Federal, que manda ressarcir integralmente a vítima dos prejuízos materiais que sofreu?

Neste momento, é imprescindível que se estabeleça a discussão acerca da contraposição do preceito que prevê a indenização integral do dano com aquele que permite ao juiz relativizar a indenização quando houver desproporção entre a culpa e o dano. A solução para tal contraposição servirá de base ao entendimento pretendido por este estudo.

A norma, na sua dicção abstrata já não desfruta da onipotência de outros tempos. Para muitos, não se pode sequer falar da existência de norma antes que se dê a sua interação com os fatos, tal como pronunciada por seu intérprete. *Luís Roberto Barroso* afirma que “os fatos e o intérprete nunca estiveram tão presentes como agora na interpretação”. Lembra que “o impacto do processo interpretativo sobre a realidade não pode ser desconsiderado e que a moderna interpretação envolve escolhas pelo intérprete.”⁴⁶

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 271-316. p. 276.

É por meio de técnica de interpretação que se conciliará o disposto no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil com o princípio da indenização integral do dano. Partir-se-á da distinção entre princípios e regras, abordando, em seguida, a contraposição entre princípios e a contraposição entre regras, para, ao final, por meio da técnica da ponderação, concluir pela constitucionalidade ou não do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil.

A seguir, distinguir-se-ão princípios de regras. Abordar-se-ão os mecanismos de ponderação, abrindo-se um leque para tratar a proporcionalidade e seus subelementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Destacar-se-á a aplicação da regra da proporcionalidade à indenização por equidade do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil. Estando o princípio da indenização integral do dano consagrado no artigo 5º da Constituição Federal, busca-se o princípio da dignidade da pessoa humana como um possível contraponto ao dever de indenizar. Identificados os princípios indispostos, passar-se-á à ponderação dos valores contrapostos, para, finalmente, concluir simulando uma aplicação da regra da proporcionalidade e os seus subelementos à indenização por equidade.

O contexto em que se desenvolve o tema central deste estudo impõe o relevante dilema da distinção entre princípios e regras. Trata-se de assunto de infundáveis controvérsias e “os juristas parecem ter uma grande dificuldade para chegar ao menos perto de algum denominador comum acerca do objeto de sua disciplina”⁴⁷. Para *Humberto Ávila*, “chega-se mesmo a afirmar que haveria quase tantas definições de princípios quanto são os autores que sobre eles escrevem”⁴⁸. Parte da doutrina trata o tema da distinção entre princípios e regras elegendo argumentos relativos à natureza, à forma, à incidência e à funcionalidade das espécies normativas. Mas, para o que aqui se propõe, foram eleitas as considerações reputadas essenciais à elucidação do debate ora proposto e, para tanto foram tomadas por base as valiosas lições de *Virgílio Afonso da Silva*⁴⁹ que, de

⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, jan./jun. 2003, p. 607.

⁴⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 215, p. 154, jan./mar. 1999.

⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, p. 607-630.

modo muito didático, valeu-se das obras de *Ronald Dworkin* e *Robert Alexy*⁵⁰. Complementa-se com o pensamento de *Humberto Bergmann Ávila*⁵¹ que, entre outras, faz a distinção entre regras e princípios.

Virgílio Afonso da Silva esclarece que tanto *Dworkin* quanto *Alexy* são partidários da separação qualitativa entre regras e princípios, tese segundo a qual a distinção entre as espécies de normas é de caráter lógico e não de grau (como generalidade, abstração ou fundamentalidade), que é a mais difundida no Brasil⁵². O ponto de partida da teoria de *Dworkin*, segundo *Virgílio Afonso da Silva*, é uma crítica ao positivismo jurídico, que entende o direito como um sistema composto exclusivamente de regras e não consegue fundamentar as decisões para as quais o juiz não consegue identificar nenhuma regra jurídica aplicável, a não ser por meio do recurso à discricionariedade judicial⁵³. Para *Dworkin*, as regras têm dimensão de validade e os princípios têm dimensão de peso. Desse modo, não podem conviver regras contrárias dentro do mesmo ordenamento jurídico, ou seja, se houver conflito entre regras, uma vale e a outra não vale. Diferentemente, se dois ou mais princípios forem conflitantes, dependendo das circunstâncias do caso concreto, um pode prevalecer sobre o outro⁵⁴. Ainda sob o ponto de vista de *Dworkin*, *Virgílio Afonso da Silva* esclarece que o princípio que não tem prevalência, não deixa de valer ou pertencer ao ordenamento jurídico. Ele terá ou não peso, dependendo do caso concreto, e, conforme a situação, a prevalência poderá inverter-se.⁵⁵

Alexy, segundo *Virgílio Afonso da Silva*, da mesma forma que *Dworkin*, parte do pressuposto de que a distinção entre princípios e regras é qualitativa e não de grau. Existem entre princípios e regras, além do diferencial quantitativo de grau representado pela generalidade,

⁵⁰ Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1977 e Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1984, apud SILVA, Virgílio Afonso, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, cit.

⁵¹ ÁVILA, Humberto Bergmann, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, p. 151-179.

⁵² SILVA, Virgílio Afonso, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, p. 610.

⁵³ SILVA, Virgílio Afonso, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, p. 610.

⁵⁴ Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, p. 43, apud SILVA, Virgílio Afonso, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção.

⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, p. 610.

diferenças outras de ordem qualitativa, que permitem tomar os princípios como “determinações de otimização”, de modo a serem cumpridos em diferentes graus⁵⁶. *Alexy* divide as normas jurídicas em duas categorias, “as regras e os princípios”. Tal divisão não se baseia nos critérios generalidade e especialidade da norma, mas em sua estrutura e forma de aplicação. “As regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção”. Já “os princípios expressam deveres *prima facie*”, cujo “conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes”.⁵⁷

No caso dos princípios, o grau de realização pode variar. A característica que distingue princípios e regras não é a existência de uma “consequência determinada” ou de “vagueza”. A diferença é de outra natureza: “regras expressam deveres definitivos, enquanto princípios expressam deveres *prima facie*”⁵⁸. Então, para *Alexy* existem entre princípios e regras, além do diferencial quantitativo de grau, representado pela generalidade, diferenças de ordem qualitativa que permitem tomar os princípios como “determinações de otimização”, com a especificidade de poderem ser cumpridos em diversos graus. Assim, enquanto as regras podem ser ou não cumpridas, os princípios podem ser cumpridos em distintos graus.

Segundo tais teorias, de modo simplista, pode-se afirmar que conforme a situação fática que se apresenta, almejando um resultado ótimo, um princípio recua para que o outro seja aplicado. O mesmo não acontece entre regras conflitantes: neste caso, é impossível sopesar. Somente uma regra é válida e ela deverá ser realizada na sua plenitude, nem mais, nem menos.

Virgílio Afonso da Silva observa que o conceito que *Alexy*, da doutrina alemã, tem de princípio, “como espécie de norma contraposta à regra jurídica”, é bastante diferente do conceito brasileiro, mas, mesmo assim, o autor procura demonstrar possível relação entre elas. A principal diferença estaria no conceito. Enquanto no Brasil os princípios são definidos pela sua fundamentalidade, são as normas mais fundamentais.

⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, p. 610.

⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 25, abr. 2002.

⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, p. 612.

Na teoria de *Alexy*, o conceito nada diz sobre a fundamentalidade da norma do sistema.⁵⁹

Diferentemente das teorias de *Dworkin* e *Alexy*, *Humberto Ávila*, ao tratar das distinções entre os institutos, sustenta ser o critério da generalidade o mais utilizado para externar tal distinção, de modo a reconhecer que os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade ou abstração, enquanto as regras têm baixo nível de generalidade⁶⁰. *Virgílio Afonso da Silva* critica a teoria de *Humberto Ávila* pois, segundo ele, *Ávila* desconsidera uma distinção trivial da teoria geral do direito: a distinção entre texto ou enunciado e norma, “o primeiro é apenas um enunciado linguístico, enquanto que a norma é um produto da interpretação desse enunciado”. Cairia por terra o argumento de *Humberto Ávila*, vez que “a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas e não entre dois tipos de textos”⁶¹. Como os princípios têm consequências abstratamente determinadas, diferentemente da teoria de *Ávila*, que afirma que a colisão entre princípios é apenas aparente, eles são passíveis de colisão.⁶²

Outra crítica de *Virgílio Afonso da Silva* à teoria de *Humberto Ávila* é a de que “nem sempre os princípios devem ser realizados na máxima medida” e, se falaria, ao invés, em medida necessária. Para *Virgílio Afonso da Silva*, “não é verdade que o primeiro princípio deva ser realizado apenas na medida necessária à realização do fim instituído pelo segundo princípio”, pois um princípio não é instrumento para a realização de outro princípio. O autor critica *Humberto Ávila*, quando este trata do conflito entre princípios da mesma forma que trata o conflito entre regras⁶³. Regras conflitantes são inconciliáveis, uma das regras é declarada inválida, mas princípios conflitantes podem ser ponderados e o princípio afastado não é declarado inválido, tanto que, em outro caso concreto, o princípio que deu espaço pode prevalecer. No caso de conflito

⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, p. 612-615.

⁶⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, p. 161.

⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, p. 617

⁶² SILVA, Virgílio Afonso, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, p. 619.

⁶³ SILVA, Virgílio Afonso, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, p. 621.

entre regras, uma delas necessariamente deverá ser declarada inválida, já que regras conflitantes não podem sobreviver no mesmo sistema. Para *Virgílio Afonso da Silva*, tanto a regra quanto o princípio são passíveis ou carentes de interpretação, mas somente o princípio é passível ou carente de sopesamento⁶⁴. A generalidade característica dos princípios permite que eles se amoldem às situações concretas, adequando-se às demandas sociais.

Constata-se que a própria forma da solução da contraposição entre princípios e regras caracteriza a distinção entre os institutos, sendo também distinto o comportamento, conforme a colisão entre princípios ou o conflito entre regras.

O conflito entre regras, sob a ótica de *Alexy*, se soluciona em âmbito de validade, ou seja, se conflitantes as regras, apenas uma é aplicada. Ora uma regra é afastada em função da especialidade, ou a regra posterior revoga a anterior que com ela é incompatível, ou ainda a regra hierarquicamente superior é a que vale. Já a situação de conflito entre princípios não é solucionada pelo critério da especialidade, da anterioridade ou ainda da hierarquia, mas passa pela análise das circunstâncias do caso concreto, implica em sopesar valores conforme a situação que se considera.

O princípio da indenização integral previsto nos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal carece de interpretação. Poderão ser discutidos os significados de “resposta proporcional” e “direito à indenização” previstos na Carta Magna. Mas, depois que se chega a uma decisão acerca do significado de indenização, já é possível subsumir o fato à norma e aplicá-la ao caso concreto. Pode ser que outros princípios sejam aplicáveis ao mesmo caso concreto e, dessa forma, só poderá ser solucionado após um sopesamento entre os princípios envolvidos. Ao se deparar com o conflito, o intérprete se valerá de mecanismo de ponderação, permitindo ao operador do direito a ponderação de valores no caso concreto, de modo a escolher entre os bens conflitantes aquele que se revela mais importante naquela situação, sem com isso desprezar o outro princípio.

Uma vez superado o dilema da distinção entre princípios e regras, abordar-se-ão os mecanismos de sopesamento entre princípios, oportunidade em que será analisada a proporcionalidade.

⁶⁴ SILVA, Virgílio Afonso, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, p. 627.

Parte da doutrina trata a proporcionalidade como sinônimo da razoabilidade. Para o que se propõe este estudo, foram tomadas por base as lições de *Virgílio Afonso da Silva*⁶⁵ e as não menos importantes lições de *Humberto Bergmann Ávila*.⁶⁶

O conceito técnico de proporcionalidade, para *Virgílio Afonso da Silva*, trata-se de regra de interpretação e aplicação do direito, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais.⁶⁷

Partindo da premissa de *Alexy* já estudada, e considerando que a distinção entre os institutos levou em conta a estrutura e forma de aplicação e não a generalidade e especialidade da norma, *Virgílio Afonso da Silva* conclui que o “chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio”, na medida que a proporcionalidade “não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicada de forma constante, sem variações”.⁶⁸

Humberto Bergmann Ávila também reconhece que *Alexy* excluiu, com razão, a proporcionalidade do âmbito dos princípios: “[...] já que não entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizado em vários graus ou aplicado mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto, e em virtude das quais ganharia, em alguns casos, a prevalência”.⁶⁹

Ao identificar a proporcionalidade como regra e não como princípio⁷⁰, *Virgílio Afonso da Silva* deixa claro que a expressão “princípio da proporcionalidade” não tem o mesmo significado de “princípio” na distinção entre regras e princípios, na acepção da teoria de *Robert Alexy*.⁷¹

Razoabilidade e proporcionalidade são utilizados como sinônimos e predominantemente entendidas como instrumento de

⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 23-50.

⁶⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, p. 151-179.

⁶⁷ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 24.

⁶⁸ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 25.

⁶⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, cit., p. 169.

⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 26.

⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 26.

controle contra excesso dos poderes estatais. *Virgílio Afonso da Silva* critica a invocação da proporcionalidade como instrumento de controle de excesso dos poderes estatais. O autor reconhece tal controle como a principal finalidade da regra da proporcionalidade, mas lembra que ela pode ser também instrumento contra a omissão ou ação insuficiente dos poderes estatais.⁷²

Virgílio Afonso da Silva explica:

“[...] proporcionalidade e razoabilidade não são sinônimos. Enquanto aquela tem estrutura racionalmente definida, que se traduz na análise de suas três sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), esta ou é um dos vários tipos dos quais o Supremo Tribunal Federal se serve, ou uma simples análise de compatibilidade entre meios e fins.”⁷³

Para *Virgílio Afonso da Silva*, a regra da proporcionalidade se diferencia da regra da razoabilidade não só pela origem, mas também pela estrutura. Quanto à origem da razoabilidade, o autor invoca *Wilis Santiago Guerra Filho*, para quem ela estaria em decisão judicial proferida em 1948, na Inglaterra, a decisão *Wednesbury*, segundo a qual seria irrazoável uma decisão que nenhuma autoridade razoável tomaria. O teste sobre a irrazoabilidade, no dizer de *Virgílio Afonso da Silva*, é muito menos intenso do que os testes que a regra da proporcionalidade exige.⁷⁴

Conforme *Virgílio Afonso da Silva*, a regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não traduz uma “simples pauta de que os atos estatais devem ser razoáveis”, nem uma “simples análise da relação meio-fim”. A regra da proporcionalidade tem, segundo o autor, uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes: “A análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, que são aplicados em uma ordem predefinida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade.”⁷⁵

⁷² SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 27.

⁷³ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 45.

⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 29.

⁷⁵ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 30.

Luís Roberto Barroso, que também utiliza o “princípio” da proporcionalidade e o da razoabilidade como sinônimos, entende que o princípio da proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos, quando o instrumento utilizado é inadequado à finalidade perseguida.⁷⁶

Emprestando a lição de *Humberto Ávila*:

“O dever de proporcionalidade não é um princípio ou uma norma princípio [...]. Este, na verdade, estabelece uma estrutura formal de aplicação dos princípios envolvidos: o meio escolhido deve ser adequado, necessário e não excessivo [...]. Por isto, consiste num postulado normativo aplicativo, consiste numa condição normativa, isto é, instituída pelo próprio Direito para sua devida aplicação.”⁷⁷

Simpatiza-se com a forma de pensar de *Virgílio Afonso da Silva*, mas não se dará relevância para a distinção entre proporcionalidade e razoabilidade, ou para o fato da proporcionalidade se tratar de regra e não de princípio.

A regra da proporcionalidade pressupõe a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos, bem como a adequação e a necessidade destes meios para alcançar o fim pretendido. O pressuposto da adequação exige aptidão das medidas adequadas para a consecução do fim almejado; a necessidade ou exigibilidade pressupõe a existência de outro meio menos gravoso capaz de surtir os efeitos desejados.

Prosseguindo na análise dos elementos da proporcionalidade, *Virgílio Afonso da Silva* afirma que a análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito, sendo subsidiária a relação entre elas. Dada tal subsidiariedade, segundo o autor, somente nos casos mais complexos se procede à análise da proporcionalidade em sentido estrito⁷⁸. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, conforme *Virgílio*, “é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais”.⁷⁹

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto, O começo da história: a nova interpretação constitucional, p. 302-303.

⁷⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, p. 169.

⁷⁸ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 34.

⁷⁹ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 34.

A contraposição de princípios enseja a análise das circunstâncias do caso, para que o sopesamento de valores envolvidos permita estabelecer entre os princípios uma relação de preferência condicionada, de modo a permitir a menor limitação possível ao princípio que cederá espaço para que o outro prevaleça, cabendo aqui abrir espaço para discorrer sobre critérios para o sopesamento dos valores em conflito. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação se relaciona com a pertinência entre a medida e a consecução dos fins a que se almeja. No dizer de *Virgílio Afonso da Silva*: “Adequado não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentado.”⁸⁰

A necessidade diz respeito à escolha menos onerosa, ou seja, que em menor dimensão atinja e ofereça limitações aos valores em conflito. Nesse sentido, vem a definição de *Virgílio Afonso da Silva*: “Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objeto perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.”⁸¹

Virgílio Afonso da Silva distingue o exame da necessidade do exame da adequação, aquele “é um exame imprescindivelmente comparativo”, enquanto o da adequação “é um exame absoluto”⁸². A proporcionalidade em sentido estrito “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”⁸³. Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade, e portanto seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que a fundamentem não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido.

O mesmo autor faz crítica no sentido de que a aplicação da regra da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal consiste apenas em um apelo à razoabilidade. Argumenta que nem sempre o recurso à regra

⁸⁰ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 36.

⁸¹ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 38.

⁸² SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 38.

⁸³ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 40.

da proporcionalidade é justificado nas decisões do STF. Quando alguma fundamentação é fornecida, é quase sempre mencionado o artigo 5º, LIV⁸⁴. “Ainda que o Supremo Tribunal Federal se refira expressamente ao princípio da proporcionalidade essa referência é tecnicamente incorreta, e deve ser entendida como referência à análise da razoabilidade.”⁸⁵

Para ilustrar, no STF viu-se confrontada a regra da proporcionalidade ao estudar a constitucionalidade da Lei n. 10.248/93 do Estado do Paraná. Tal lei, com o objetivo de proteger o consumidor, exigia que os botijões de gás fossem pesados na presença do comprador, evitando assim que possíveis variações de peso do produto vendido ou possíveis sobras de gás na embalagem devolvida fossem ressarcidos ou abatidos do preço do recipiente novo. Contra tal lei houve propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade⁸⁶ pela Confederação Nacional do Comércio contra o chefe do Poder Executivo estadual e contra a Assembleia Legislativa local. A autora, entre outros, alegou violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e o argumento foi aceito no STF. Quanto à adequação, segundo *Virgílio Afonso da Silva*, dever-se-ia indagar se a pesagem promoveria a defesa do consumidor; com base em parecer de órgão técnico, a resposta é negativa, vez que a pesagem é sensível, o que poderia acarretar desregulagem. Também a pesagem impediria que o consumidor adquirisse o produto em local distante do veículo.⁸⁷

⁸⁴ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 32.

⁸⁵ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 33.

⁸⁶ “Gás liquefeito de petróleo. Lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor. Arguição de inconstitucionalidade fundada nos artigos 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e parágrafos, 25, parágrafo 2º, e 238, além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos. Plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos de votos, em deferir medida cautelar para suspender, até a decisão final da ação, os efeitos da Lei n. 10.248, de 14.01.1993, do Estado do Paraná.. Pretende-se mais a inconstitucionalidade material da lei por violação ao princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade.” (STF – ADI n. 855-2/PR, 2ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 01.07.1993).

⁸⁷ SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 38.

Partindo da premissa de que a pesagem dos botijões é adequada, passa-se à análise da proporcionalidade, sob o ponto de vista da necessidade. Para saber se é necessária, há de ser identificado qual direito fundamental está sendo restringido para, após, indagar sobre medidas alternativas que da mesma forma protejam o consumidor e que em menor escala restrinjam o direito em questão. Sob o aspecto da necessidade, a autora da ação direta de inconstitucionalidade alegou restrição à liberdade de iniciativa, sob o argumento de que a produção de balanças exigiria o investimento em tecnologia e tal fato poderia levar as distribuidoras de gás à ruína financeira. Sugeriu-se a pesagem dos botijões por amostragem. Segundo *Virgílio Afonso da Silva*, “tal argumento não seria suficiente para decidir sobre a desnecessidade da medida”, vez que ela “não exclui o controle por amostragem, mas a ela se soma”. Ademais, “a exigência da pesagem tem, também, a finalidade de proteger o consumidor individualmente para que este não pague pelo que não recebeu” e “a pesagem seria mais eficiente do que o controle por amostragem”, de modo que a pesagem pode ser considerada como necessária, nos termos da regra da proporcionalidade.⁸⁸

Visto que a pesagem dos botijões na presença do consumidor pode ser adequada e necessária, passa-se à análise da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido, segundo *Virgílio Afonso da Silva*, há que se questionar se a proteção ao consumidor justificaria essa limitação à liberdade de iniciativa.⁸⁹

Partindo da premissa de que a grande maioria dos direitos fundamentais são princípios, no sentido defendido por *Alexy*, admite-se que tais princípios são mandamentos de otimização, isto é, devem ser realizados na maior medida possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas. A análise da proporcionalidade é exatamente a maneira de se aplicar tal dever de otimização ao caso concreto.

Nesta parte do trabalho, invocando a ponderação, procurar-se-á avaliar se as disposições que potencialmente podem restringir o direito à recomposição do dano, do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, revelam-se como medida justa, adequada, necessária e proporcional ao fim que se destina, isso em função de não haver reserva de jurisdição constitucionalmente prevista para a restrição em comento.

⁸⁸ SILVA, Virgílio Afonso da, *O proporcional e o razoável*, p. 40.

⁸⁹ SILVA, Virgílio Afonso da, *O proporcional e o razoável*, p. 41.

Em uma análise menos detida em matéria de indenização por equidade, constata-se inexistir conflito entre direitos fundamentais, mas sim uma regra infraconstitucional, do Código Civil, limitando um direito fundamental contemplado nos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal. Dado que a Constituição serve de fundamento de validade para a elaboração das normas infraconstitucionais, somente por meio de construção é que se pode aceitar uma norma infraconstitucional limitando a abrangência dos princípios constitucionais em comento. Essa construção, dentro do critério da proporcionalidade, admite a limitação dos direitos fundamentais, desde que a limitação tenha por fim proteger outro direito fundamental.

E na colisão de direitos fundamentais, o legislador infraconstitucional poderá, com base no princípio da proporcionalidade, limitar o raio de abrangência de um direito fundamental, visando a dar maior efetividade a outro direito fundamental. Pautando-se na adequação, na necessidade e na proporcionalidade, é possível limitar normas constitucionais definidoras de direitos. Nessa linha filia-se a tese de que o direito de ser indenizado na íntegra é direito fundamental que deve ser garantido aos cidadãos, principalmente em função dos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal. Destarte, é preciso que fique fixado que se considera o direito de indenizar integralmente, em conjunto com a dignidade do causador do dano de grande proporção, como direitos fundamentais, sujeitos a conflitarem e a terem a regra da proporcionalidade como elemento essencial para a solução desses conflitos.

Partir-se-á da premissa de que a questão da possibilidade de não indenizar integralmente atine à contraposição de princípios e não de regras, em que as circunstâncias determinarão a precedência de valores, sem aniquilar-lhes os fundamentos e não impedindo, por qualquer forma, sua aplicação em outros casos. Não se tratando o direito à indenização integral de direito absoluto, ele poderá ceder em face de outros interesses de maior relevância, como, por exemplo, a desejável consecução da dignidade da pessoa humana, além de outros que se poderia considerar em conflito, como o princípio da igualdade e o da unidade constitucional.

Estando em apreciação conflito entre princípios constitucionais, deverão ser analisadas as circunstancias para, à luz da proporcionalidade e da racionalidade, alcançar uma medida que se possa dizer justa, necessária e racionalmente justificável, de modo a estabelecer-se relação de prevalência condicionada entre ambos, para limitar e restringir cada um deles na menor parcela possível.

Transpondo o conteúdo acerca da interpretação para a indenização equitativa, temos que a indenização integral é princípio que deve ser realizado na maior medida possível, segundo as condições fáticas e jurídicas presentes. Em havendo colisão do princípio com o direito do autor do dano de grande monta, que poderá ver reduzido seu patrimônio, de modo a se ver colocado em situação atentatória a sua dignidade, que também é um princípio, a colisão entre os princípios há de ser resolvida. Após ponderação, o juiz decide por equidade e não manda recompor o prejuízo integral da vítima do dano. Isso não significa, porém, que “recompor o dano” tenha deixado de ser um dever do juiz. É que tanto o dever de indenizar integralmente como o dever de preservar a dignidade humana do defensor são deveres *prima facie*. Isso significa que, diante das possibilidades do caso concreto, o dever pode não se revelar um dever definitivo, realizável.

Nossa premissa parte de reconhecer o princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no artigo 1º, III, da Constituição Federal, como sendo o fundamento constitucional de restrição do valor da indenização, de modo que um sopesar entre esse valor e aquele que manda indenizar na íntegra, em vista do caso concreto, poderia autorizar a não reparação integral do dano, sendo certo que tal prerrogativa pertence exclusivamente ao Poder Judiciário.

Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco, ao tratarem da conexão entre Constituição e Código Civil, também ressaltam a importância para o direito privado do princípio constitucional da dignidade humana, sobretudo em matéria de responsabilidade civil:

“O modelo paradigmático de ligação intersistemática é o que ocorre entre a Constituição e o Código Civil, avultando-se aí em importância especial para o Direito Privado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Vazado em termos amplíssimo e incidente em todo o ordenamento, espraiando-se por todos os ramos do Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser densificado, tornando-se concreto e operativo em particulares domínios de casos. O campo dos danos à pessoa é exemplar, pela excelência do tratamento dado pelo Código ao instituto da responsabilidade civil. Conectando-se este instituto ao princípio constitucional, às cláusulas gerais e regras objeto do novo Código Civil, e ainda operando-se a ligação com instrumentos de índole processual, poderá ser utilizada a permanente e crescente reconstrução do modelo jurídico da responsabilidade civil por danos à pessoa, ou danos aos direitos de personalidade. Para tanto é necessário estabelecer conexão entre as normas do artigo 5º, V e X,

constitucional, as cláusulas gerais dos artigos 12, 21, 187 e as regras dos artigos 927 e seu parágrafo único e 944 do novo Código Civil.”⁹⁰

Consistindo os princípios em determinações de otimização a serem realizadas na maior medida possível, seu conflito não impõe uma escolha entre um deles e o afastamento, nem tampouco sua anulação, mas um juízo de ponderação, em que, analisando-se as circunstâncias, seja possível efetuar um sopesamento dos valores envolvidos, a consubstanciar-se em um critério de prevalência condicionada.

O propósito da ponderação é solucionar os conflitos da maneira menos traumática para o sistema como um todo, de modo que as normas em oposição continuem a conviver sem a negação de qualquer uma delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes. Para o presente trabalho, em particular, assume relevância a ponderação, quando atividades encetadas pelo legislador podem configurar limitações ao direito individual de ser indenizado na proporção do dano, restando questionar se tal limitação é proporcional e razoável, em vista dos resultados que se pretende atingir, a ensejar que se revele uma medida justa e compatível e ainda se sua aplicação não fere o núcleo essencial do direito limitado, caso em que sua inconstitucionalidade seria medida impositiva.

A correta aferição da proporcionalidade e razoabilidade passa pela aplicação dos critérios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito e é sob tais perspectivas que procederemos à análise da constitucionalidade do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil. O teste da adequação da medida que permite indenizar equitativamente diz respeito ao exame de sua aptidão para atingir o fim almejado, ou seja, consiste em aferir se o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido. O objetivo da exceção contida no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil é proteger o causador do dano de grande monta e evitar que ele venha a ser responsabilizado por consequência desproporcional a sua culpa, vindo a ser obrigado a recompor todo o prejuízo da vítima. É inegável que se a vítima tem o direito de ser indenizada e o causador do prejuízo não dispõe de outros bens que possam quitar esse débito, a indenização por equidade se apresenta como o único meio possível e adequado para a obtenção do resultado pretendido, que é a solução da dívida. Destarte, pode-se dizer

⁹⁰ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 126.

que a indenização por equidade é adequada, nos termos exigidos pela regra da proporcionalidade. Uma vez invocada a equidade, ela pode ser considerada medida adequada para promover o resguardo da dignidade da pessoa do agente.

Na análise da necessidade, tratar-se-á de contrapo-la à outra capaz de promover o mesmo objetivo com a mesma intensidade, mas que restrinja menos o direito da vítima. Para tanto, é necessário primeiramente questionar quais direitos são limitados: o direito da vítima que vai receber menos do que o prejuízo que experimentou. A alternativa é ver recomposto seu dano na íntegra e ver aquele que cometeu pequeno deslize ir à insolvência. Outra opção é considerar a indenização equitativa como medida necessária e indispensável para efetivar a garantia dos direitos do autor, que detém a mesma natureza do direito da vítima. É certo que a vítima não será indenizada na proporção daquilo que perdeu, mas também é certo que aquele que cometeu mera distração não tenha em sua atitude o motivo de sua ruína, sendo necessária a medida que reparte o prejuízo entre autor e vítima, tal qual aconteceria se um fato da natureza tivesse gerado o dano. Nesse sentido, a possibilidade de indenizar por equidade pode ser considerada como necessária, nos termos da regra da proporcionalidade, ainda que a medida alternativa de recompor integralmente pudesse beneficiar à vítima.

O teste da proporcionalidade em sentido estrito leva em conta os motivos que fundamentam a adoção da medida e se o peso deles é suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. Exige que o meio utilizado esteja em proporção com o objetivo almejado por um e a capacidade de suportar o ônus pelo outro. Para atendê-lo, é fixado um valor equânime, procedendo-se a uma proporcional distribuição do prejuízo, tanto em benefício da vítima, quanto do agressor. Por outro lado, a equidade permite que a dívida seja parcialmente quitada, o que atende não só aos interesses do credor, mas também aos objetivos da própria jurisdição, preservando o resultado útil do processo e a justiça das decisões, o que evidentemente vem conferir maior credibilidade à atuação judicial, sinalizando para a sociedade que a decisão tem que ser cumprida. Na análise da proporcionalidade em sentido estrito, deve ser questionado se a proteção do autor do deslize justificaria uma desproporcional condenação capaz de atentar contra a própria dignidade. A proteção do causador do dano parece ter um peso maior do que a recomposição da vítima.

O que ocorre é uma simples impossibilidade de aplicação do princípio da indenização integral para a solução de um problema concreto

em que há desproporção entre a culpa do agente e a gravidade do dano, o que não significa que, em outros casos, o mesmo princípio afastado não possa ser aplicado e, mais importante, que não possa, até mesmo, prevalecer sobre aquele princípio que, no primeiro caso, prevaleceu sobre ele. Desse modo, não se trata de desrespeitar o princípio da indenização integral, agasalhado no artigo 5º da Constituição Federal, mas, pelo contrário, de extrair a sua máxima efetividade, para que seja respeitada tanto em relação ao que experimentou o prejuízo, quanto em relação ao causador do dano, impedindo que favoreça apenas um, em detrimento do outro, interpretação insustentável, por colidir com o princípio da isonomia.

Vemos, portanto, na aplicação da indenização por equidade prescrita pelo parágrafo único do artigo 944 do Código Civil exemplo elucidativo da utilização da regra da proporcionalidade para solucionar conflito entre direitos fundamentais. Esclarece-se que a concepção adotada exige que se considere a efetividade da tutela jurisdicional como um direito fundamental, passível de conflitar com outro direito fundamental, sendo a solução para tal conflito a aplicação do princípio da proporcionalidade.

A necessidade de conferir efetividade a uma decisão judicial também está inserida no devido processo legal, previsto no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, já que a garantia do interesse processual não teria sentido se não se pudesse garantir também a efetividade do resultado que ele proporciona, sob pena de se condenar todo o sistema a uma situação de esterilidade e inoperância, à “meia garantia” dos meios e não dos fins, o que seria um contrasenso, além de desarrazoada a conclusão de que tal garantia só beneficiaria um dos lados (vítima) e não o outro (causador do dano). Assim, é imperioso concluir que a possibilidade da indenização que não recompõe o prejuízo é sustentada pela ponderação dos valores, viabilizada pela aplicação da proporcionalidade e razoabilidade, que compõem o conceito do devido processo legal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Este trabalho teve como objetivo principal analisar os aspectos da equidade relacionados à responsabilidade civil para a redução do valor da indenização, quando houver desproporção entre a culpa e o dano, presentemente prevista no artigo 944, parágrafo único, do Código Civil.

2. O artigo 5º, V e X, da Constituição Federal estabelece que os danos serão integralmente ressarcidos, mas o juiz, pautado no parágrafo

único do artigo 944, considerando o grau da culpa, poderá reduzir a indenização da vítima.

3. A solução dos interesses em conflito passa pelo sacrifício do interesse da vítima, na justa medida que possa acarretar a preservação do direito do autor do dano, tendo em vista que ambos possuem uma região de “intersecção”.

4. O disposto no parágrafo único, do artigo 944 do Código Civil será compatibilizado com o princípio da indenização integral do dano por meio de interpretação.

5. O trabalho de interpretação considerou haver distinção entre princípios e regras. Enquanto “os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, que poderão revelar-se menos amplos após o sopesamento com os princípios colidentes”, as “regras, ao contrário dos princípios, expressam deveres e direitos definitivos, ou seja, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos”.

6. A questão da possibilidade de não indenizar integralmente atine à contraposição de princípios e não de regras, e a solução da colisão entre princípios passa pela análise das circunstâncias do caso concreto, implica sopesar valores conforme a situação que se considera.

7. O dano indenizável, conforme proposição tirada de algumas lições doutrinárias e da interpretação, seria o correspondente à ponderação entre o princípio que remete à ideal recomposição do prejuízo e o que dá fundamento a não deixar desamparado aquele que, por ato involuntário e mero deslize, provocou dano de grande proporção.

8. A regra da proporcionalidade pressupõe a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos, bem como a adequação e a necessidade desses meios para alcançar o fim pretendido.

9. O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser um dos fundamentos constitucionais de restrição do valor da indenização, de modo que um sopesar entre esse valor e aquele que manda indenizar na íntegra, em vista do caso concreto, pode autorizar a não reparação integral do dano.

10. É possível considerar a indenização equitativa como medida necessária e indispensável para efetivar a garantia dos direitos do autor, que detém a mesma natureza do direito da vítima. Nesse sentido, a possibilidade de indenizar por equidade pode ser considerada como

necessária, nos termos da regra da proporcionalidade, ainda que a medida alternativa de recompor integralmente possa beneficiar à vítima.

11. A possibilidade de indenizar por equidade constitui avanço do nosso ordenamento jurídico. Muitas vezes é preciso que se projete no universo do outro, com as referências do outro para compreender sua posição.

12. Na prática, a indenização integral nem sempre é justa e, de acordo com o grau de culpa e a extensão do dano, justifica-se a fixação da indenização valendo-se do critério da equidade.

13. Fica, portanto, a reflexão sobre a que interesses servem as defesas da inflexibilidade do direito à recomposição do dano no atual contexto social, quando em benefício da dignidade da pessoa humana ele já se mostrou legalmente relativizado.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado (Coord.). *IV Jornada de Direito Civil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2007. 2 v.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil: curso de direito civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 361 p.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil anotado e legislação complementar*. São Paulo Atlas, 2004. 1955 p.
- BANDEIRA DE MELO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1979.
- BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 271-316.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

- BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 44, p. 24-27, out. 1994.
- CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed., 4. tiragem, rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. 439 p.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política?. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 221, p. 47-69, jul./set. 2000.
- CUNHA, Leonardo Nascimento. A aplicabilidade do art. 944, parágrafo único, do Código Civil de 2002 aos danos materiais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1343, 6 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9568>>. Acesso em: 20 dez. 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas. 1997.
- _____. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. *Vocabulário jurídico*. 26. ed., rev. e atual. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. rev. atual. de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. *Os princípios gerais do direito e os standards jurídicos no Código Civil*. 2007. 316 p. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-23032008-183352/publico/TESE.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2010.
- _____. Singelas proposições acerca da publicização do direito civil e o reflexo privatista no direito público. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DO ESTADO, 33., 2007, Porto Seguro, BA. *Teses...* Salvador, BA: Associação dos Procuradores do Estado da Bahia (APEB); Associação Nacional dos Procuradores de Estado, 2007. v. 2, p. 366-389.

- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 4. ed. rev. e acrescida da jurisprudência correspondente a cada título e da parte geral do anteprojeto de Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. v. 1.
- FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Responsabilidade civil: indenização por equidade no novo Código Civil. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (Coords.). *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Magister, 2007.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *Responsabilidade civil*. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. Responsabilidade Civil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 57/58, p. 45-71, jan./dez. 2002.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago, O princípio da proporcionalidade em direito constitucional e em direito privado no Brasil. *Mundo Jurídico*, 9 out. 2005. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=701>. Acesso em: 18 jun. 2008.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade presumida*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- _____. Responsabilidade presumida: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (Coords.). *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Magister, 2007. p. 149-174.
- MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 7. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1961.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 3.
- _____. *Responsabilidade civil*. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Notas 29 e 46.

- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1976. v. 1, t. 1.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed., 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.
- _____. O proporcional e o razoável. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.
- STOCO, Rui. Responsabilidade civil no Código Civil francês e no Código Civil brasileiro: estudos em homenagem ao bicentenário do Código Civil francês. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 831, p. 11-58, jan. 2005.
- _____. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.