

Capítulo I

EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA REGRA DE REDUÇÃO EQUITATIVA E ALGUNS ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS

Neste Capítulo apresentamos um pouco da evolução da regra de redução da indenização por grau de culpa no Brasil, além de algumas regras semelhantes de ordenamentos estrangeiros. O intuito, pela aproximação comparatística, é permitir confrontar os diferentes efeitos que se podem emprestar ao grau de culpa para a fixação da indenização e, principalmente, os demais requisitos que se podem fixar para a efetiva redução. Quanto à apresentação da evolução legislativa, a intenção é apenas mostrar quão polêmica é a regra, e como sua inserção no ordenamento termina por ser um desafio a certas concepções da própria responsabilidade, sobre premissas aparentemente assentadas. Não queremos, pois, que a exposição sirva diretamente à interpretação da lei tal qual se apresenta. Os debates legislativos e as exposições de motivos têm um papel residual, limitado (houve quem dissesse que nem deveriam ser publicados os motivos, como recorda BEVILÁQUA⁸⁸), mas carregam algum interesse de investigação.

⁸⁸ C. BEVILÁQUA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1980, p. 51. Veja-se o seguinte trecho de F. C. PONTES DE MIRANDA (*Prefácio*, in *Tratado de Direito Privado*, vol. I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 16): “Nas democracias, com o princípio da irretroatividade da lei, a interpretação autêntica ou é nova lei, ou não tem outro prestígio que o de seu valor intrínseco, se o tem; é interpretação como qualquer outra, sem qualquer peso a mais que lhe possa vir da procedência: o corpo legislativo somente pode, hoje, fazer lei para o futuro; não, para trás, ainda a pretexto de interpretar lei feita. O tribunal ou juiz que consultasse o Congresso Nacional cairia no ridículo, se bem que isso já tenha ocorrido na Europa. Se o legislador A ou os legisladores A, A' e A'', quiseram *a* e todos os outros legisladores quiseram *b*, mas o que foi aprovado e publicado foi *c*, *c* é que é a regra jurídica. Bem assim, se todos quiseram *a*, e foi aprovado e publicado *c*. Os trabalhos preparatórios são, portanto, elemento de valor mínimo. (...)”.

4. BREVE RETROSPECTIVA LEGISLATIVA

4.1. Os Projetos de Código de Obrigações

A tentativa inicial de dar à gravidade da culpa uma influência sobre o montante veio com o *Anteprojeto de Código de Obrigações* de 1941⁸⁹, que no seu art. 172, dispunha: “O juiz fixará a indenização de acordo com a gravidade da culpa, consideradas as circunstâncias do caso”.

A. ALVIM⁹⁰ anotava ser favorável à redação e lamenta a ausência de regra similar no então vigente Código Civil (1916): “O juiz poderá sentir-se inclinado a negar a culpa, para evitar uma condenação que não comporta meio termo”⁹¹.

Mas, o dispositivo do *Anteprojeto* mereceu críticas. Fê-las, por exemplo, L. MORAES LEME⁹²: “São lamentáveis os artigos que estabelecem graus de culpa (...)”. O autor recordava que a inspiração dessa regra veio do art. 44 do Código Federal Suíço das Obrigações, “mas não atendeu à situação especial prevista pelo legislador suíço”⁹³. Essa *situação* corresponde àquela suportada pelo lesante em virtude do dano que provocou sem culpa grave ou dolo, e que a codificação suíça manda observar no cálculo da indenização⁹⁴.

No *Anteprojeto de Código de Obrigações* apresentado em 1963⁹⁵ não apareceu regra relativa ao grau de culpa como medida da indenização. O art. 941⁹⁶ mandava calcular o *quantum* com base na gravidade do dano. Ao mesmo tempo, contudo, mandava observar as “circunstâncias pessoais e materiais que o envolverem”.

⁸⁹ A cargo de Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães.

⁹⁰ *Da inexecução das obrigações* cit., p. 217. “[...] somos favoráveis ao disposto no art. 172 do Anteprojeto de Código de Obrigações, que consagra melhor doutrina do que a do Código Civil”.

⁹¹ *Da inexecução* cit., p. 218. No mesmo sentido S. RODRIGUES, *Direito Civil* cit., p. 188.

⁹² *O Anteprojeto de Código das Obrigações*, in *Rev. Fac. Dir. USP* 36 (1941), p. 67-105, p. 89: “São lamentáveis os artigos que estabelecem graus de culpa: o art. 172, estabelecendo que ‘o juiz fixará a indenização de acordo com a gravidade da culpa, consideradas as circunstâncias do caso’; o art. 321, na parte em que se refere à culpa grave. Será o restabelecimento da velha questão sobre os graus da culpa (...)”.

⁹³ L. MORAES LEME, *O Anteprojeto* cit., p. 89-90.

⁹⁴ O que será visto mais adiante, na seção n. 5, *infra*.

⁹⁵ Anteprojeto elaborado por Caio Mário da Silva Pereira, tendo o Projeto de Código Civil ficado a cargo de Orlando Gomes. Em 1965 o Anteprojeto de Código de Obrigações foi encaminhado ao Congresso Nacional (juntamente com o Projeto de novo Código Civil, pela Mensagem n. 804/65). Submeteu-se então ao crivo de uma Comissão Revisora, composta por Caio Mario da Silva Pereira, Theóphilo de Azevedo Santos, Orozimbo Nonato, Orlando Gomes, Sylvio Marcondes e Nehemias Gueiros. Esses projetos, como se sabe, não foram convertidos em lei.

⁹⁶ Anteprojeto de Código de Obrigações 1963. Art. 941. “A indenização será fixada de acordo com a gravidade do dano, consideradas as circunstâncias pessoais e materiais que o envolverem, e terá como finalidade restituir o prejudicado ao estado anterior ao fato, sem contudo converter-se em fonte de enriquecimento”.

Linguagem muito empolada a desse preceito, é verdade, o que gera dúvidas sobre se, nessas ‘circunstâncias’, haveria lugar para o grau da culpa. De toda forma, não havia regra especificamente direcionada nesse sentido.

4.2. A discussão da matéria no Projeto do Novo Código Civil

4.2.1. A formulação no Projeto original

O Anteprojeto de Código Civil de 1972⁹⁷, cuja Comissão Elaboradora foi presidida por Miguel Reale, trouxe regra de redução da indenização com base no grau de culpa.

A parte de Direito das Obrigações ficou justamente a cargo de A. ALVIM, que inseriu no Projeto a possibilidade de modulação indenizatória.

Em anotação, desta vez, sobre a norma respectiva (art. 980, parágrafo único do Projeto original), manifestou-se o autor reafirmando a possível injustiça de uma carga indenizatória integral a ser paga por quem agiu com culpa leve, causando dano expressivo. E defendeu a disposição que, segundo ele, apenas facultava ao juiz que reduzisse o *quantum respondeatur*⁹⁸.

O dispositivo foi objeto de acirrada discussão legislativa.

4.2.2. A discussão na Câmara dos Deputados

Remeteu-se o texto do Projeto “Reale” ao Congresso Nacional por meio da Mensagem nº 160/75, sendo então convolado no Projeto de Lei nº 634/1975. Na Câmara dos Deputados, recebeu-o como Relator Geral o Deputado Ernani Aires Sátiro e Sousa (Ernani Sátiro).

⁹⁷ A Comissão Elaboradora formou-se por indicação do Ministro de Estado da Justiça, Alfredo Buzaid, sendo composta por Miguel Reale (presidente); José Carlos Moreira Alves (parte geral); Agostinho Alvim (direito das obrigações); Sylvio Marcondes Machado (direito de empresa); Ebert Vianna Chamoun (direito das coisas); Clóvis V. do Couto e Silva (direito de família) e Torquato Castro (direito das sucessões).

⁹⁸ *Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil*, in *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros* 24 (ano IV), p. 102: “Não parece justo que, no caso de culpa leve, e dano vultoso, a responsabilidade recaia inteira sobre o causador do dano. Um homem que economizou a vida toda para garantir a velhice pode, por uma leve distração, uma ponta de cigarro atirada ao acaso, vir a perder tudo o que tem, se tiver dado origem a um incêndio. E não só ele perde, mas toda a família. Notam os autores que acontecimentos trazem em si uma dose de fatalidade. E a fatalidade está em que a distração é uma lei inexorável, à qual nunca ninguém se furtou. (...). Por estas razões é que o anteprojeto faculta ao juiz, sem impor, que reduza a indenização”.

Sobre o artigo relativo à redução da indenização pelo grau de culpa (980, parágrafo único), houve considerável discussão, recebendo em torno de cinco emendas⁹⁹.

O Deputado José Bonifácio Neto (Emenda nº 544¹⁰⁰), vendo como muito limitada a regra, entendeu que o termo “reduzir” deveria ser trocado por “fixar” (o que aproximaria a regra do CC/02 à do dispositivo correspondente no Código Civil argentino, por exemplo). Aprovada no Parecer Parcial do Deputado Raymundo Diniz, essa emenda seria rejeitada pelo Deputado Ernani Sátiro no Parecer Final, sob a alegação de que o juiz não poderia nunca aumentar a indenização, mas apenas reduzi-la, tornando injustificável o câmbio da locução¹⁰¹.

Por outro lado, Tancredo Neves, então deputado, propôs a Emenda nº 539, para que se desse ao art. 980 a redação: “A indenização deve ser plena, de modo a propiciar a integral reparação do prejuízo”¹⁰². O deputado criticava a locução “mede-se”, por acreditar que “(...) a indenização não se mede; paga-se, tanto quanto for o prejuízo a ressarcir”.

De todo modo, a emenda de Tancredo Neves centrava-se na defesa da reparação integral sem restrições. Nisso foi seguido por outros parlamentares (Deputado Cleverson Teixeira¹⁰³, *v.g.*). O Dep. Raymundo Diniz, no Parecer Parcial, manifestou concordância e acolheu a emenda 539, por acreditar que “o certo, realmente, é que se propicie a integral reparação do prejuízo”. No Parecer Final, contudo, o Dep. Ernani Sátiro rejeitou a proposta.

Os Deputados Fernando Cunha (emenda nº 542) e Siqueira Campos (Emenda nº 543) propuseram a supressão do parágrafo único do art. 980 do projeto, por não concordarem com a atribuição de tamanho poder ao juiz. Aquele primeiro, notadamente, diria: “O perigo está em que há juízes bons, íntegros e ilustres, mas também há os maus, perseguidores e grosseiramente incultos. Dispositivo com tal dimensão e com tal perspectiva de arbítrio será pábulo a tremendas e infundáveis discussões”¹⁰⁴.

Desacolhidas tais manifestações no Parecer Parcial e no Parecer Final, passou o dispositivo, que depois desembocaria no senado em uma discussão com linhas bem mais contundentes. Isso ocorreu apenas em 1983, quando da aprovação do Projeto na Câmara dos Deputados.

⁹⁹ Utilizamos o estudo realizado pelo Senado Federal: E. PASSOS – J. A. OLIVEIRA LIMA, *Memória Legislativa do Código Civil*, v. II, Brasília, Senado Federal, 2012, disponível in https://www.senado.leg.br/publicacoes/mlcc/pdf/mlcc_v2_ed1.pdf [23-04-2023]. Em doutrina, sobre esse processo de discussão legislativa do preceito estudado, Cfr. A. E. S. RIOS, *Responsabilidade civil – Os novos conceitos indenizáveis no Projeto Reale*, in *Rev. Fac. Dir. USP* 80 (1985), p. 322-339, pp. 332-333.

¹⁰⁰ E. PASSOS – J. A. OLIVEIRA LIMA, *Memória Legislativa* cit., v. II, p. 373.

¹⁰¹ E. PASSOS – J. A. OLIVEIRA LIMA, *Memória Legislativa* cit., v. II, p. 374.

¹⁰² E. PASSOS – J. A. OLIVEIRA LIMA, *Memória Legislativa* cit., v. II, p. 370.

¹⁰³ Emenda nº 540. Cfr. E. PASSOS – J. A. OLIVEIRA LIMA, *Memória Legislativa* cit., v. II, p. 371.

¹⁰⁴ E. PASSOS – J. A. OLIVEIRA LIMA, *Memória Legislativa* cit., v. II, p. 372.

4.2.3. A discussão no Senado Federal

O Projeto de novo Código Civil foi remetido em 1984 ao Senado Federal, onde se lhe deu o número 118. Estancou na Câmara Alta durante longo tempo, apenas voltando a trâmite em 1995, sob Relatoria Geral do Senador Josaphat Marinho.

No Senado¹⁰⁵, o dispositivo referente à possibilidade de redução do *quantum* reparatório em virtude do grau de culpa passou a ser, no projeto em trâmite, o art. 946. Novamente desenvolveram-se polêmicas a propósito da regra.

O Senador Álvaro Dias propôs a Emenda nº 64, recomendando que fosse suprimido por inteiro o parágrafo único do art. 946.

A justificativa repousava em que a regra reproduzia “doutrina de gradação da culpa bastante contestada e em geral considerada inapropriada”¹⁰⁶, constituindo a intensidade da conduta um “sistema hoje totalmente abandonado, além de apresentar insuperáveis dificuldades para sua implantação prática”¹⁰⁷.

Outro aspecto relevante na Emenda do Senador Álvaro Dias está na crítica ao subjetivismo de que eivada a regra.

O critério de culpa grave, dizia, “seria totalmente subjetivo, com limites difusos, fixados pela Doutrina e Jurisprudência, mesmo porque o advérbio usado na redação (“equitativamente”) abre ensejo para enormes, infundáveis e prolixas discussões”¹⁰⁸.

Foi além o Senador:

Na sofisticação da vida moderna, com a parafernália eletrônica, onde um quarto de volta de um pequeno parafuso, ou um fio milimétrico mal fixado, podem acarretar a inutilização de um sistema de computação ou queda de um grande jato (v.g.) não deve haver guarida para o sistema de gradação da culpa. Esta inovação me parece infeliz, outrossim, pois quebra todo o sistema da responsabilidade civil objetiva, que está prevista no art. 929, parágrafo único, e no caput do próprio art. 946. Por outro lado, o Projeto adota posição equivocada ao prestigiar o culpado, aquele que deve compor o prejuízo ao invés de proteger aquele que sofreu o dano, a parte mais fraca porque este é a vítima. Na maior parte das vezes, a vítima não tem outra alegação senão a de mostrar o dano sofrido, pois muitas vezes terá, inclusive, dificuldades de apontar o culpado pelo evento que lhe foi prejudicial¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Utilizamos o estudo realizado pelo Senado Federal: E. PASSOS – J. A. OLIVEIRA LIMA, *Memória Legislativa do Código Civil*, v. I, Brasília, Senado Federal, 2012, disponível in https://www.senado.leg.br/publicacoes/mlcc/pdf/mlcc_v1_ed1.pdf [23-04-2023].

¹⁰⁶ E. PASSOS – J. A. OLIVEIRA LIMA, *Memória Legislativa* cit., v. I, p. 49.

¹⁰⁷ E. PASSOS – J. A. OLIVEIRA LIMA, *Memória Legislativa* cit., v. I, p. 49.

¹⁰⁸ E. PASSOS – J. A. OLIVEIRA LIMA, *Memória Legislativa* cit., v. I, p. 49.

¹⁰⁹ E. PASSOS – J. A. OLIVEIRA LIMA, *Memória Legislativa* cit., v. I, p. 49.

Nas restrições propostas pela Emenda nº 64 incluía-se também a “excessiva desproporção” de que tratava a regra, redação reputada infeliz pelo Senador Álvaro Dias:

Trata-se de outra locução que trará infindáveis discussões filosóficas, na Doutrina e Jurisprudência brasileiras. Realmente, qualquer coisa que esteja fora de proporção já está em desequilíbrio; mas no conceito da lei, esta desproporção teria que ser excessiva; donde, a contrario sensu, poderíamos ter uma desproporção que não seria ilegal, é dizer, que não geraria direitos da redução da indenização¹¹⁰.

No Parecer Final o Senador Josaphat Marinho rejeitou a Emenda 64, afirmando que a regra em questão era dotada de “manifesta prudência e clareza”¹¹¹.

Bem se pode discutir se a regra foi “prudente” (com todas as ressalvas que se há de fazer à atribuição desse qualificativo a um preceito jurídico), mas “clara” certamente não é.

De todo modo, o Projeto de Código Civil foi aprovado no Senado em 1997, e reencaminhado à Câmara dos Deputados, onde receberia a Relatoria Geral do Deputado Ricardo Fiúza. Passou a regra de redução equitativa da indenização pelo grau de culpa, enfim consolidada no art. 944, parágrafo único da versão final do Projeto de Código Civil (aprovado em 2001, promulgado em 2002 e vigente em 2003).

5. APROXIMAÇÃO COMPARATÍSTICA COM A LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Alguns códigos da família romano-germânica contém regra próxima à do art. 944, parágrafo único do CC/02. São, notadamente, o Código Federal Suíço das Obrigações, o Código Civil Português e o Código Civil Argentino.

Delimitamos, a par dessas ligeiras observações, o campo de análise para enquadrar apenas alguns ordenamentos que contam com específico regramento da utilização do grau de culpa no cálculo do montante reparatório. E ainda aí restringimos a observação a três países comumente referenciados na literatura jurídica sobre essa questão¹¹²: Suíça, Portugal e Argentina.

¹¹⁰ E. PASSOS – J. A. OLIVEIRA LIMA, *Memória Legislativa* cit., v. I, p. 49. [grifos no original]

¹¹¹ “Previdente, o Projeto só admite a redução da indenização se houver excessivo desequilíbrio “entre a gravidade da culpa e o dano”, e recomendando ao juiz que proceda equitativamente. Em termos normais, portanto, não há risco de redução desmedida da indenização, que não seria equitativa” (Sen. Josaphat Marinho, Parecer Final – Emenda nº 64 (Sen. Álvaro Dias), in E. PASSOS – J. A. OLIVEIRA LIMA, *Memória Legislativa* cit., v. I, p. 50).

¹¹² Cfr. P. G. BANDEIRA, *A evolução* cit., p. 239-241; *Comentários* cit., p. 893.

No período precedente à reforma legislativa de 1911, a doutrina já visualizava no Código Federal Suíço das Obrigações – art. 51 – uma abertura à apreciação livre do juiz quando da fixação dos valores indenizatórios¹¹³. Deveriam ser consideradas as circunstâncias do caso e gravidade da culpa do ofensor¹¹⁴. Esse era o exemplo mais destacado de utilização do grau de culpa como medida da indenização no começo do século XX¹¹⁵.

Com a reforma de 1911, o Código Suíço passou a contar com regras bem mais claras de fixação equitativa da verba indenizatória. Podemos dizer que, com a formulação dessas regras, a codificação suíça se transformou no modelo em termos de indenização com base no grau de culpa.

Diz o art. 43: “O juiz determina o modo e a extensão da reparação, de acordo com as circunstâncias e a gravidade da culpa. (...)”¹¹⁶

E o art. 44. (2):

“Se o obrigado à indenização que não causou o dano nem intencionalmente nem por negligência grave ficar, pela prestação da indenização, reduzido a estado de necessidade, poderá o juiz, também por este motivo, minorar a obrigação de indenizar”¹¹⁷.

O juiz, ao fixar a indenização, deve atender a circunstâncias objetivas e subjetivas, observando a gravidade da culpa¹¹⁸, o que, para certa doutrina tradicional, coloca na codificação suíça a possibilidade de majoração do *quantum respondeatur*, além da possibilidade de diminuição por *razões de equidade*¹¹⁹.

Isso, pelo que parece, é corroborado pela repartição entre um dispositivo que menciona a gravidade da culpa no âmbito da fixação indenizatória, e outro (art. 44) que se refere expressamente à minoração da extensão do dano a indenizar.

Em uma consideração bastante útil para o estudo comparatístico, A. SCHNEIDER e H. FICK¹²⁰ afirmam que o art. 43 é aplicável mesmo à responsabilidade derivada de culpa contratual. Aliás, esses autores destacam a aplicabilidade das re-

¹¹³ J. HABERSTICH, *Manuel du Droit Fédéral des Obligations*, t. I, trad. p. Ch. Gilliéron, Moudon, J. Marti Ed., 1886, p. 226.

¹¹⁴ J. HABERSTICH, *Manuel du Droit* cit.

¹¹⁵ Cfr. G. C. CONSOLO, *Trattato...* cit., p. 138.

¹¹⁶ Art. 43. “Le juge détermine le mode ainsi que l’étendue de la réparation, d’après les circonstances et la gravité de la faute”

¹¹⁷ Art. 44. “(...) 2. Lorsque le préjudice n’a été causé ni intentionnellement ni par l’effet d’une grave négligence ou imprudence, et que sa réparation exposerait le débiteur à la gêne, le juge peut équitablement réduire les dommages-intérêts.”

¹¹⁸ A. SCHNEIDER – H. FICK, *Commentaire du Code Fédéral des Obligations du 30 mars 1911*, vol. I par Fick, Adaptation française de la 4^è ed. allemande par Max-E. Porret, Neuchatel, Delachaux & Niestlé S.A. Editeurs, 1915, p. 110.

¹¹⁹ Cfr. A. SCHNEIDER – H. FICK, *Commentaire du Code Fédéral des Obligations* cit., p. 109.

¹²⁰ *Commentaire du Code Fédéral des Obligations* cit., p. 108.

gras gerais de avaliação do dano “pela livre apreciação do juiz” ainda a outros casos específicos¹²¹.

O Código Civil português traz regra de redução equitativa da indenização em seu art. 494^o¹²²:

Art. 494^o. Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.

Primeiramente, a restrição feita pelo legislador português dá-se relativamente à culpa em sentido estrito (*mera culpa*, ainda que haja o risco de confusão oriundo dessa expressão).

Fala-se em grau de culpa que justifique a redução, mas, diferentemente do Código Civil brasileiro, não se exige a excessiva desproporção entre grau de culpa e dano provocado. De maneira expressa o legislador exigiu que fossem observadas as condições económicas tanto do lesante quanto do lesado, acrescentando ainda as *demais circunstâncias do caso*, o que, digamos, é expressão de difícil preenchimento.

Buscando um sentido geral para essa regra, C. A. MOTA PINTO a aponta como exemplo da estipulação de uma *cláusula geral*¹²³.

Para o autor, a regra do art. 494^o representa a expressão legislativa de um mecanismo para contornar o problema ocasionado pela generalidade da lei. A técnica corresponde a uma abertura à adaptação da lei às peculiaridades dos casos, deferindo-se ao juiz um espaço valorativo mais amplo.

Atendeu-se, com essa norma do Código Vaz Serra, a um reclamo que na doutrina já aparecia ao longo do século XX. F. M. PEREIRA COELHO¹²⁴ foi uma das vozes que, àquele tempo, levantou-se em favor de uma solução diferenciada, criticando o fato de a alguns lesantes que agiram com mínima culpa ser imputada uma cabal indenização.

¹²¹ *Commentaire...* cit., p. 108. Destacam, ainda que os cantões não poderiam afastar essas regras de fixação indenizativa com base em regras processuais – estas, se existissem, ficariam ab-rogadas pelas disposições do Código.

¹²² Há um precedente legislativo nessa matéria no direito português. Trata-se do art. 138, “b” do Dec.-lei nº 18.406, de 31 de maio de 1930 (*Código da Estrada*).

¹²³ *Teoria geral do direito civil*, 3^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1989, p. 61.

¹²⁴ *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 1955, p. 296 ss. Esse autor apontava, contudo, como uma das “brechas” legislativas nessa matéria apontava, de entre outros, aquele citado art. 138, “b” do Código da Estrada de 1930. Cfr., a respeito do pensamento de PEREIRA COELHO, com notável profundidade, Cfr J. C. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 155. Este último autor destaca que PEREIRA COELHO trabalhou fundamentalmente a responsabilidade contratual, mas as “brechas” que indicou na legislação portuguesa do período correspondente manifestavam-se sobremaneira na esfera extracontratual.

Doutrina mais recente, contudo, vem demonstrando preocupação com a possibilidade de arbitrariedade nesse juízo, e não hesita em afirmar, a propósito do art.

494º, que “(...) juízo de equidade não significa juízo arbitrário, desvinculado dos critérios legais”¹²⁵. Vê-se que, no direito português, há uma maior facilidade em mencionar critérios legais quando do juízo de equidade, afinal, tais critérios já são encontrados na redação da regra.

Não obstante, persistem dúvidas mesmo nesse sistema. Sempre que se fala em equidade, fala-se em circunstâncias, e sempre haverá discussão sobre quais circunstâncias ingressam no juízo e quais não o compõem.

Parece que tudo isso demonstra que uma regra pode perfeitamente autorizar ou ordenar que se aplique juízo de equidade, perfazendo a ideia – e o afã classificatório – de equidade legal, sem que isso diga muita coisa a respeito da avaliação circunstanciada *a que se deve proceder*. Recordemos a frase de D. LEITE DE CAMPOS: juízo de equidade não é juízo arbitrário, despregado de critérios legais.

Ora, se a mera menção à equidade significasse de pronto um juízo de avaliação de toda e qualquer circunstância do caso, então não se poderia aceitar a frase anterior. Porque juízo de equidade, nessa linha, poderia passar por cima até mesmo de critérios legais, e, por vezes, critérios fixados no próprio tipo que autorizou – ou ordenou – o uso da equidade.

A doutrina portuguesa tece, a respeito do art. 494º, apontamentos que vale a pena reproduzir, para que já se possa fazer uma aproximação ao correspondente da legislação brasileira.

Em vista do conteúdo do art. 499º do mesmo Código (“*São extensivas aos casos de responsabilidade pelo risco, na parte aplicável e na falta de preceitos legais em contrário, as disposições que regulam a responsabilidade por factos ilícitos*”), F. PIRES DE LIMA e J. M. ANTUNES VARELA entendem que a redução indenizatória se aplica também aos casos de responsabilidade objetiva¹²⁶.

Quanto à aplicabilidade da regra à responsabilidade negocial – problema que, no Brasil, é bem pouco enfrentado – posiciona-se contrariamente M. J. ALMEIDA COSTA, para quem a redução indenizatória, nessa hipótese, representaria uma frustração injusta das *expectativas* do credor, já lesado pelo incumprimento da obrigação¹²⁷.

¹²⁵ D. LEITE DE CAMPOS, *A indemnização do dano da morte*, in *Nós: Estudos sobre o direito das pessoas*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 322, nota n. 15.

¹²⁶ “Por força da remissão feita neste artigo, deve considerar-se aplicável à responsabilidade pelo risco o disposto no art. 494º. O facto de a responsabilidade objectiva não depender de culpa do agente não impede que a indemnização seja fixada em montante inferior ao dano, quando a situação económica do responsável pelo risco e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem (...)” (F. PIRES DE LIMA – J. M. ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. I, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, p. 506).

¹²⁷ *Direito das obrigações*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 497.

F. PESSOA JORGE¹²⁸, de seu turno, reforça que, no dispositivo, abre-se uma faculdade ao julgador: “O tribunal poderá fixar a indenização em termos diferentes da regra geral (...) mas não terá necessariamente de o fazer”; acrescentando que “se o fizer, julgará segundo a equidade, isto é, segundo o que lhe parecer justo no caso concreto (...)”.

No Direito argentino, o art. 1.069 do anterior Código Civil, modificado pela Lei 17.711 de 1968, tinha a seguinte redação:

Art. 1.069. El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que em este Código se designa por las palabras “pérdidas e intereses”. Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable.

Este artigo era apontado, pela doutrina, como uma importante limitação ao princípio da reparação integral, pois podem ficar sem ressarcimento cabal diversos eventos danosos, o que, na verdade, traduz uma tendência jurisprudencial anterior ao artigo modificado¹²⁹.

Afastada a consideração genérica, veja-se que diferenças há entre o Código Civil brasileiro e o argentino no que toca à fixação equitativa da indenização. Enquanto naquele há o requisito da desproporção excessiva entre grau da culpa e dano, neste a equidade é recurso disponível ao juiz em todos os casos, exceto naqueles em que haja dolo.

Além disso, o código argentino mencionava a situação econômica do lesante, apenas. Há muita relevância nisso. Atenua-se a indenização se for equitativo, mas o juízo de equidade, no caso, encontra uma aparente limitação de circunstâncias, já que é mencionada expressamente a condição patrimonial do devedor, não do credor.

De novo o problema que se vem trabalhando desde o início da parte anterior do trabalho, e que se retomou a propósito da comparação com o Código Civil português de 1966.

No atual Código Civil e Comercial argentino (2015), a regra de fixação equitativa da indenização passou a incluir, como fator a ser considerado, a “situação pessoal da vítima”, para além do patrimônio do devedor (ofensor). É a regra do atual art.1.742, *verbis*:

Art. 1.742. Atenuación de la responsabilidad. El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circuns-

¹²⁸ F. PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 364.

¹²⁹ G. A. STIGLITZ – C. A. ECHEVESTI, *La determinacion de la indemnizacion*, in J. M. ITURRASPE – A. K. DE CARLUCCI (coords.), *Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, p. 302.