

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

Christiane Macarron Frascino

Reparação de danos pelo incapaz (artigo 928 do Código Civil)

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo
2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

Christiane Macarron Frascino

Reparação de danos pelo incapaz (artigo 928 do Código Civil)

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação do Professor Doutor Renan Lotufo.

São Paulo

2008

Banca Examinadora

Dedicatória

A Deus, pelo amor e existência.

À minha família, principalmente meus pais, pelo exemplo de dignidade, boa-fé, cooperação, solidariedade, amor e união.

Aos meus amigos queridos e minha família, que respeitaram meu silêncio e o incentivaram ou que me deram a força necessária para retornar a concentração.

Às pessoas especiais, que despertaram meu interesse pelo tema.

Agradecimentos

Ao Professor Renan Lotufo, que com sua simpatia e sabedoria me encantou pelo Direito Civil em minha primeira aula na graduação.

Ao Professor Giovanni Ettore Nanni pelo carinho, oportunidade e incentivo aos passos da vida acadêmica.

RESUMO

Christiane Macarron Frascino

Reparação de danos pelo incapaz (artigo 928 do Código Civil)

O ordenamento jurídico absorve os fatos sociais e se transforma de acordo com os interesses, anseios e valores éticos e morais predominantes na sociedade, que hoje se preocupa com o equilíbrio, a justiça, o social. O dano injusto é repudiado pelos indivíduos e esses fatores determinaram que a vítima não deve ficar sem alguma reparação, mesmo diante de um dano causado por pessoa incapaz, mas com condições financeiras para arcar com pelo menos parte da reparação.

Nesse sentido, com fundamento na equidade, foi introduzido em nosso ordenamento jurídico que “*O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes*” (art. 928, *caput*, do CC de 2002). Entretanto, por se tratar de pessoa incapaz, a obrigação de reparar é subsidiária à do seu responsável e deverá atender aos preceitos do parágrafo único do art. 928: “*A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem*”.

O atual Código Civil acompanhou a tendência mundial de tornar a vítima *in dene*, sempre que possível, calcada na socialidade, na dignidade da pessoa humana, no sentimento de justiça e, tratando-se do incapaz, principalmente, na equidade, que direciona o aplicador do direito.

São requisitos para que o patrimônio do incapaz responda pelos danos a que der causa: (i) que o ato danoso praticado pelo incapaz responsabilize pessoa imputável em circunstância análoga; (ii) que haja nexo de causalidade entre o fato e o dano; (iii) que o seu responsável não tenha o dever legal de fazê-lo ou não tenha meios para arcar com a reparação; (iv) fixação com equidade em face da impossibilidade de comprometer seu sustento ou de seus dependentes.

Dessa forma, pretende-se incentivar o convívio social do incapaz, garantindo-lhe o direito constitucional de integração e à sociedade uma maior eficácia da reparação de eventuais danos causados por ele. Mas a vítima ficará sem a devida reparação dos prejuízos que sofreu por ato praticado por incapaz se o responsável não tiver a obrigação legal ou não dispuser de meios suficientes e o incapaz não tiver condições de arcar com qualquer reparação sem comprometer seu sustento ou o de seus dependentes.

Palavras-chave: Responsabilidade civil sem culpa; obrigação de reparação de danos subsidiária e mitigada; incapaz; incapacidade; reparação de danos pelos pais, tutor ou curador; equidade; princípio da dignidade da pessoa humana; solidariedade social; socialidade; justiça distributiva; igualdade; eticidade; direito à integração.

ABSTRACT

Christiane Macarron Frascino

Indemnification payment by the disabled (article 928 from the Civil Code)

The legal system absorbs the social facts and transforms itself according to the interests, desires, ethic and moral values which predominate in the society that is worried with balance, justice and its social aspect. The unfair payment of indemnification is denied by the individuals and those factors determine that the victim shall not stay without any sort of reparation, even in case of damage caused by a disabled, but financially able to pay for at least part of such indemnification.

Thus, based on equity, it was introduced in our legal system that “*The disabled is liable for the damage that he may cause, if the ones for him responsible are not obliged to do so or do not possess the means for that.*” (Article 928 from the Civil Code of 2002 *caput*). However, as it deals with disabled people, the liability of indemnifying is subsidiary to the one of his legal representative or responsible person and must attend the concepts from the unique paragraph from the article 928: “*The indemnification predicted in this article, that shall be equitable, will not be valid if it removes from the disabled person his basic needs or even from the ones dependent on him.*”

The current Civil Code followed the world tendency of making the victim *in dene*, whenever possible, based on the sociality, human being dignity, justice feeling, and when it comes to the disabled person, especially, on equity, that became the main point of the law enforcer. Such are the requirements for the assets of the disabled to answer for the damages caused by him: (i) the illegal act performed by the disabled would make a legally capable person responsible, in a similar situation; (ii) causation between fact and damage, injury (iii) that his responsible does not have the legal duty to answer for the damage or cannot afford the indemnification; (iv) fixation of equity as it is impossible to compromise his survival or his dependent's basic needs.

Consequently, it tends to promote the social life of the disabled, granting them guarantees of constitutional rights and integration, and to the society a better result concerning the indemnification of possible damage caused by them. Although the victim shall stay with no due reparation if the responsible person does not have the legal duty for that or, no means to support such indemnification, and the disabled could not afford any indemnification without losing his basic needs for survival or of his dependents.

Key words: Unintentional Civil Liability; duty of indemnification for subsidiary and mitigated damages; disabled; disability; damage reparation by the parents, grantor or executor; equity; dignity principle of the human being, social solidarity, sociality, distributive justice, equality, ethics; integration rights.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. IMPUTABILIDADE	14
3. INCAPACIDADE	17
3.1. Capacidade de gozo e capacidade de exercício	17
3.2. Incapacidade - maturidade e saúde mental	19
4. RESPONSABILIDADE CIVIL	28
4.1. Considerações gerais	28
4.2. Visão moderna	32
4.3. Impropriedade da expressão “ <i>responsabilidade civil do incapaz</i> ” e o ato lesivo por ele praticado	45
5. REPARAÇÃO DE DANOS POR FATO DE TERCEIRO INCAPAZ	47
5.1. Direito estrangeiro	47
5.2. Código Civil de 1916	51
5.3. Código Civil de 2002	56

5.4. Fundamento dessa responsabilidade	58
5.5. Requisitos	62
5.6. Excludentes da obrigação de reparação de danos	63
5.7. Direito de regresso	69
6. REPARAÇÃO DE DANOS PELO INCAPAZ NO CÓDIGO CIVIL DE 1916	71
7. REPARAÇÃO DE DANOS PELO INCAPAZ	75
7.1. Direito estrangeiro	75
7.2. Artigo 928 do Código Civil de 2002	80
7.3. Responsabilidade de equidade	83
7.3.1. Princípio da socialidade, solidariedade social e justiça distributiva	91
7.3.2. Princípio da eticidade	95
7.3.3. Princípio da dignidade da pessoa humana	97
7.3.4. Direito à inclusão	101
7.3.5. Princípio da igualdade	109

7.4. Subsidiariedade da reparação de danos pelo incapaz	110
7.5. Inexistência de solidariedade entre o incapaz e seu responsável	113
7.6. Causa excludente do dever de indenizar do incapaz	120
7.7. Fixação por equidade	121
7.8. Interpretação extensiva do parágrafo único do artigo 928 aos responsáveis pelo incapaz	126
7.9. Hipóteses de reparação direta pelo incapaz	133
7.9.1. Reparação de danos direta pelos adolescentes como medida socioeducativa	134
7.9.2. Ausência de responsável pelo incapaz	136
7.9.3. Aplicação de excludentes da obrigação de reparar dos responsáveis	136
7.10. Requisitos	141
7.11. Restrições quanto ao dano moral	142
7.12. Sugestões de redação aos dispositivos analisados	144
8. CONCLUSÃO	145
9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	149

1. INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico absorve os fatos sociais e se transforma de acordo com os interesses e valores éticos predominantes na sociedade. Hoje a sociedade se preocupa com o equilíbrio, a justiça, o social. O dano injusto é repudiado pelos indivíduos e esses fatores determinam que a vítima não deve ficar sem a devida reparação, principalmente diante de um dano causado por pessoa abastada, mesmo que incapaz.

Nesse sentido, com fundamento na equidade, foi introduzido em nosso ordenamento jurídico o artigo 928, *caput*, do Código Civil de 2002: “*O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes*”.

Ao pensarmos no assunto, não temos de imediato uma opinião formada. Tal fato decorre do conceito que possuímos da pessoa incapaz – como aquela que não compreende o real significado de seus atos e respectivas consequências, seja por sua idade, seja pela limitação de sua mente – que, por conseguinte, não seria, a princípio, responsável civilmente por sua conduta.

Por essas razões será necessário, em primeiro lugar, conceituarmos brevemente a imputabilidade e a capacidade, e discorrermos sobre a responsabilidade civil e a impropriedade dessa nomenclatura para a hipótese específica do art. 928 do Código Civil.

Após, deter-nos-emos na breve análise da responsabilidade civil por fato de outrem incapaz, preâmbulo indispensável para a questão central do tema: a obrigação subsidiária de o incapaz reparar os danos por ele causado.

A responsabilidade civil, com base na equidade e equilíbrio social, busca a reparação integral do dano, de modo que a vítima, sempre que possível, não fique sem a devida reparação dos prejuízos que sofreu.

Entretanto, por se tratar de pessoa incapaz, a obrigação de reparar é subsidiária à do seu responsável e deverá atender aos preceitos do parágrafo único do art. 928, o qual estabelece que *“A indenização prevista neste artigo, que deverá ser eqüitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.”*

O atual Código Civil acompanhou a tendência mundial de tornar a vítima *in dene*, sempre que possível, calcada na socialidade, no sentimento de justiça e, tratando-se do incapaz, principalmente, na equidade, que direciona o aplicador do direito.

Dessa forma, pretende-se incentivar o convívio social do incapaz, garantindo-lhe o direito constitucional de integração, e à sociedade uma maior eficácia na reparação de eventuais danos causados por ele.

A jurisprudência e grande parte da doutrina brasileira já entendiam que era injusto o doente mental abastado causar dano a terceiro e não arcar com a indenização, por ser inimputável, ficando a vítima, por conseguinte, sem reparação. O artigo em análise busca justamente restabelecer o equilíbrio entre o patrimônio da vítima e do causador do dano incapaz, sem comprometer o seu sustento e o de seus dependentes.

Há diversas críticas e dúvidas quanto à interpretação, aplicação, extensão e fixação do dano na hipótese de o incapaz repará-lo. Sobre o assunto, especificamente, faremos, a seguir, uma abordagem com o intuito de aclarar, modestamente, algumas situações.

2. IMPUTABILIDADE

Imputação é o princípio ordenador das normas jurídicas que indica a consequência – relação de causa e efeito – prevista na proposição jurídica, como *“uma função inteiramente análoga a do princípio da causalidade nas leis naturais”*¹.

Kelsen explica que imputação é a *“ligação de pressuposto e consequência expressa na proposição jurídica com a palavra ‘dever ser’”* e que tal conceito difere do de imputabilidade².

Imputável é aquele que pode ser punido pela sua conduta por estar submetido ao princípio da imputação. Já o inimputável, não pode ser responsabilizado pela mesma conduta, por sua idade ou limitações de sua mente.

O termo “responsabilidade” corresponde a idéias distintas. No primeiro sentido, de suscetibilidade de imputar, de conteúdo normativo, significa a exigibilidade ao agente para que preste contas de seus atos (imputabilidade). No segundo, a possibilidade de fazer sujeitar alguém, de atribuir às consequências danosas a uma pessoa ou coisa³.

¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 86.

² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 91.

³ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, p. 34-35.

Imputar é atribuir a alguém determinada conduta ou omissão (responsabilidade), ou seja, é a capacidade do agente de responder pelos seus atos, como preleciona Sergio Cavallieri Filho⁴:

“Imputabilidade é, pois, o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para responder pelas conseqüências de uma conduta contrária ao dever; imputável é aquele que podia e devia ter agido de outro modo. (...)”

Conseqüentemente, imputável é o agente mentalmente sã e desenvolvido, capaz de entender o caráter de sua conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

A responsabilidade subjetiva exige uma conduta culpável e, por conseguinte, depende da capacidade do agente de entendimento e autodeterminação.

António Pais de Souza assim define a imputabilidade⁵:

“A imputabilidade ou responsabilidade significa o estado normal da pessoa que lhe permite discernir a importância e efeitos dos seus actos”.

Para o Professor Agostinho Alvim, a culpa alude ao dever violado, elemento objetivo, e à imputabilidade, elemento subjetivo⁶. Para o mestre não há imputabilidade se não for possível conhecer o dever e a capacidade de discernimento.

⁴ Programa de responsabilidade civil, p. 39-40.

⁵ Da incapacidade jurídica dos menores interditos e inabilitados, p. 192.

⁶ Da inexecução das obrigações, p. 254.

São elementos da imputabilidade a maturidade, que implica o desenvolvimento mental, e a sanidade, que diz com a higidez mental⁷, as quais serão abordadas no próximo item.

Conclui-se, portanto, que o agente imputável é mentalmente saudável e desenvolvido, capaz de entender e sopesar seus atos e respectivas conseqüências.

⁷ NADER, Alexandre; NADER, Ana Rita Nascimento Nery. *Responsabilidade civil do incapaz no novo Código Civil*, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 6, n. 32, p. 35-39, nov./dez. 2004, p. 35.

3. INCAPACIDADE

3.1. Capacidade de gozo e capacidade de exercício

Conforme verificamos no item anterior, imputável é a pessoa dotada de capacidade. A capacidade consiste “*na aptidão das pessoas governarem, por si, sua vida jurídica, autodeterminando e manifestando ou declarando e executando sua vontade, no campo do direito*”⁸.

A capacidade é classificada como “de gozo” ou “de exercício”. Referida distinção é importante, pois implica conseqüências e tratamentos jurídicos diferentes.

A capacidade de gozo corresponde à investidura para adquirir e possuir direitos e deveres. A incapacidade, nesse sentido, corresponde, por exemplo, à incapacidade do menor em adquirir o direito de votar, e a capacidade, ao direito de receber uma herança, de possuir bens, entre outros. Os deveres do incapaz deverão ser exercidos pelo seu representante legal, justamente por lhe faltar a capacidade de exercício⁹.

A capacidade de exercício corresponde à aptidão para o exercício dos atos da vida civil e a incapacidade, sua inaptidão. Ou seja, o incapaz não pode exercer por si mesmo os direitos de que está investido¹⁰.

⁸ RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*, p. 99.

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 179.

¹⁰ CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Incapacidade civil e restrições de direito*, p. 520.

Para Kelsen¹¹ a capacidade de exercício é conferida ao indivíduo, pelo ordenamento jurídico, para produzir efeitos jurídicos ligados a sua conduta prevista no mesmo ordenamento, *verbis*:

“As conseqüências jurídicas a cuja possibilidade de produção se chama capacidade de exercício, são deveres e direitos criados através de negócios jurídicos. A capacidade jurídica é principalmente a capacidade negocial. (...)”

Mas também a capacidade negocial representa um tal poder jurídico como capacidade de criar direitos e deveres.

A capacidade negocial é uma capacidade conferida pela ordem jurídica aos indivíduos para, com base nas normas jurídicas gerais produzidas por via legislativa ou consuetudinária, produzirem normas jurídicas de escalão inferior (...).”

Nesse sentido também é a lição do Professor Renan Lotufo:

“Capacidade é a aptidão para ser sujeito de deveres e obrigações, e exercer por si, ou por outrem, atos da vida civil. (...)”

Quando falamos em incapacidade absoluta estamos nos referindo à impossibilidade jurídica de exercício de atos da vida civil”¹².

Sendo o incapaz titular de direitos, bens e obrigações, e como não pode exercer os atos da vida civil pessoalmente, o sistema estabelece que ele seja representado por quem a lei determine ou por decisão judicial.

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 164-166.

¹² *Curso avançado de direito civil*, p. 91.

Ao incapaz falta a imputabilidade, que é a capacidade do agente para responder pelos seus atos. Para António Pais de Souza¹³ a *“imputabilidade ou responsabilidade significa o estado normal da pessoa que lhe permite discernir a importância e efeitos dos seus actos”*.

3.2. Incapacidade – Maturidade e saúde mental

O Código Civil de 2002 estabelece, em seu art. 1º, que todas as pessoas são capazes de direitos e deveres na ordem civil e que algumas pessoas são incapazes, absolutamente ou relativamente, de exercer os atos da vida civil pessoalmente, conforme os arts. 3º e 4º, *verbis*:

“Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos”.

¹³ *Da incapacidade jurídica dos menores interditos e inabilitados*, p. 192.

Na maioria dos sistemas os incapazes são classificados quanto à idade ou maturidade e à higidez mental. A incapacidade não se baseia na deficiência da vontade, mas na falta de maturidade, experiência de vida e ausência de discernimento e malícia do agente.

É um fato natural “que o direito é obrigado a reconhecer e a dar-lhe consequência jurídica. Esse fato natural é a insuficiência de vontade, em certos casos, para a boa conduta do homem na vontade jurídica. Exemplo: sabe-se que o menor, o louco, o surdo-mudo, o selvagem, este se ainda não foi reduzido à civilização, não têm a vontade suficientemente amadurecida para que seus atos traduzam realmente o seu verdadeiro interesse, seja por inabilidade, seja por inexperiência. Eles podem ser conduzidos a agir contra si próprios, e isso, que é uma verdade natural, o direito transforma em uma situação jurídica”¹⁴.

Quanto à maturidade são absolutamente incapazes ou irresponsáveis os menores de dezesseis anos, pois lhes falta desenvolvimento mental completo e suficiente. A capacidade do menor é restringida em função de sua idade e experiência de vida, e o intuito é preservá-lo de desvantagens decorrentes da sua falta de conhecimento.

Nesse sentido é a lição da Professora Maria Alice Lotufo:

¹⁴ DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil parte geral*. p. 173-174.

“O legislador desconsidera a vontade do menor de dezesseis anos, por considerá-lo imaturo, com desenvolvimento mental insuficiente para reger seus próprios interesses devido à pouca experiência de vida, podendo, por isso, sofrer prejuízo, quanto ao ato praticado. Como não tem vivência e, provavelmente, nem discernimento para dirigir os seus negócios, deve ser representado pelos seus pais ou tutores”¹⁵.

Após os dezesseis anos, nos termos do art. 4º do Código Civil retrocitado, o sujeito poderá expressar sua vontade e praticar atos jurídicos, mesmo que a validade de tais atos esteja condicionada à assistência pelo representante legal.

Quanto à sanidade, são incapazes os deficientes mentais, conhecidos pela antiga doutrina como “loucos de todos os gêneros”, estado este decorrente de enfermidade, desenvolvimento mental incompleto ou deficiência mental, que lhes retira a capacidade para o discernimento.

Ao iniciarmos a pesquisa sobre o tema, deparamo-nos com diversos conceitos. Entretanto, logo notamos que nenhum deles definia a pessoa portadora de deficiência mental com o espírito que buscamos, permitindo uma fácil classificação dessas pessoas especiais como absoluta ou relativamente incapazes.

Essa dificuldade é constante em nosso ordenamento jurídico, como se depreende do comentário sobre a famosa expressão “*loucos de todos os gêneros*” feito por San Tiago Dantas:

¹⁵ LOTUFO, Renan; Giovanni Ettore Nanni (Coords.). *Teoria geral do direito civil*. p. 226-227.

“Esta expressão loucos de todo gênero, que é tradicional no nosso direito civil, foi muito criticada. O Projeto Beviláqua dizia alienados, porque parecia que esta expressão era mais adequada, mas a técnica e numerosos psiquiatras e médicos legistas censuraram a expressão que hoje em dia não é muito curial na ciência médica. A verdade, porém, é que ‘loucos de todo o gênero’ diz muito bem o que o legislador quis dizer. Podem os médicos discutir o que seja um louco, mas o leigo sabe muito bem o que é um louco, um desassissado, um homem fora do seu juízo perfeito, fora de condições de deliberar e, depois, na hora de se ouvir os profissionais, nos casos limítrofes, eles decidirão segundo esse critério, se o homem está ou não provado de sua razão; se sua vontade é ou não capaz de manifestar com plena consciência sobre os negócios que lhe foram propostos.

A lei não deve de maneira nenhuma desposar termos técnicos que variam entre autores; deve procurar as expressões que estão já radicadas na consciência comum; os técnicos depois encaixarão certos casos sob estas rubricas gerais.

A lei não foi feita para escritores; foi feita para que o povo a entenda e para que o juiz saiba o que quis dizer o legislador”¹⁶.

Entendemos a razão dessa dificuldade ao iniciarmos a leitura do livro do Dr. Antonio Rulli Neto¹⁷, no qual ele esclarece *“que as formas de deficiência podem estar além daquilo que se pode definir; mas como previsão constitucional, independentemente de detalhes, os portadores de todas as formas de deficiência estão protegidos”*. Ou seja, qualquer que seja o conceito adotado para pessoa portadora de deficiência, a discussão sobre o tema não pode impedir a efetiva proteção do indivíduo.

¹⁶ DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil; parte geral.*, p. 176-177.

¹⁷ *Direitos do portador de necessidades especiais*, p. 27.

Portanto definimos que a pessoa portadora de deficiência mental é todo ser humano portador de uma carência ou insuficiência que o coloque em uma situação de inferioridade em relação aos demais.

Esse conceito simples foi adotado pelo art. 3º do Decreto n. 3.298/1999, *verbis*:

“Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

*I - deficiência – **toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;***

II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida” (grifamos).

Por oportuno, destacamos que o conceito de incapacidade observado acima não se coaduna com o conceito jurídico adotado pela legislação civil. A incapacidade corresponde à inaptidão para exercer pessoalmente os atos da vida civil, ou seja, a incapacidade é negocial, é uma restrição de discernimento, normalmente, por ausência de malícia do agente incapaz, que pode ser prejudicado.

Em outras palavras, podemos destacar que todo incapaz é deficiente, entretanto, nem todo deficiente é incapaz, verificando que o conceito de incapacidade é mais estreito e o de deficiência é mais flexível¹⁸. Devemos ter em mente que nem sempre o conceito adotado na prática, principalmente para a medicina, é idêntico ao termo usado pelo direito.

Segundo Federica Alletto e Giuseppe Citarella muitas vezes o diagnóstico do amental é extremamente difícil e o médico psiquiatra, despreparado ou que realiza análise superficial, pode incorrer em erro e, conseqüentemente, ser responsabilizado por eventual dano que poderia ser evitado com o tratamento correto¹⁹.

Interessante e importante a observação de Luiz Alberto David Araújo de que o que define a pessoa portadora de necessidades especiais não é a deficiência ou incapacidade, mas sim a dificuldade que apresenta para se integrar à sociedade. O autor prossegue com diversos exemplos comparativos, como a perda de um dedo pelo operário ou pelo intelectual, ou, ainda, o do portador de deficiência mental leve em um meio social simples²⁰.

A integração também dependerá do meio social em que o indivíduo está inserido, como prossegue o autor:

¹⁸ RULLI NETO, Antonio. *Direitos do portador de necessidades especiais*, p. 31.

¹⁹ ALLETTA, F. Bussani et al. *La responsabilità extracontrattuale: le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza*.

²⁰ *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*, p. 23-24.

“A essa altura, podemos concluir que o meio social do indivíduo é fator determinante de seu enquadramento ou não, em nosso estudo, O meio social complexo, especialmente em relação ao portador de deficiência mental, será mais rigoroso com o indivíduo, exigindo-se mais na adaptação social. Por outro lado, a vida em sociedades mais simples, como nas pequenas comunidades agrícolas, o indivíduo poderá se integrar com maior facilidade. Por sua vez o portador de deficiência renal crônica só se poderá adaptar em uma sociedade complexa, na qual se encontrem meios para seu tratamento, a exemplo da hemodiálise periódica”²¹.

Além dos menores de dezesseis anos e de enfermos mentais leves, são também relativamente capazes – restrição parcial ao exercício de determinados atos com a necessidade de assistência dos pais ou do tutor, sob pena de anulação do negócio realizado – os ébrios, viciados em tóxicos e pródigos.

O ébrio habitual é o dependente alcoólico que tem seu discernimento reduzido, podendo cometer atos que se estivesse sóbrio não cometeria, arriscando, muitas vezes, sua vida e a de terceiros. O mesmo pode ocorrer com os viciados em tóxicos.

Estudos demonstram que o alcoolismo ou o uso contínuo e, normalmente, diário de qualquer droga causam alteração da personalidade, gerando um descontrole psíquico que muitas vezes acarreta a incapacidade absoluta do sujeito.

Por essa razão, também quanto aos ébrios e viciados há dificuldade de classificá-los como absoluta ou relativamente capazes, destacando a importância de um estudo detalhado para cada caso específico.

²¹ DAVID ARAÚJO, Luiz Alberto. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*, p. 44.

Os pródigos são as pessoas que dilapidam desordenadamente os seus bens com gastos incontroláveis como compras, jogos de azar, doações, colocando em risco seu patrimônio pessoal ou familiar.

O pródigo mantém a administração de seus bens, mas para comprometer ou alienar seu patrimônio deverá ser assistido pelo curador, nos termos do art. 1.782 do Código Civil:

“Art. 1.782. A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração”.

Dessa forma, o pródigo responderá diretamente pelos seus próprios atos e, portanto, não será objeto deste trabalho.

Os índios são os nativos não integrados à civilização. A situação jurídica deles é prevista no Estatuto do Índio (Lei n. 6.001, de 19-12-1973), que dispõe ficarem eles sujeitos à tutela da União, até se adaptarem à civilização. Entendemos que a responsabilidade aqui estudada não irá ser aplicada aos índios incapazes, pois estes não têm, como regra, patrimônio particular.

Para o presente estudo a dificuldade da correta classificação em relativamente ou absolutamente incapaz não trará impactos, pois o regime jurídico aplicado será sempre o mesmo, exceto quanto à maturidade, que será abordada no item 7.9.1.

Entretanto, Giselda Hironaka entende que, *“embora o novo Código não estabeleça expressamente esta consignação, a oportunidade da inserção legislativa se sobreleva naquelas hipóteses em que o incapaz causador do dano é, na verdade, um relativamente capaz e titular de patrimônio suficiente”*²². Discordamos do posicionamento, por contrário ao estabelecido no art. 928 do Código Civil, que se refere ao *“incapaz”*.

Como a incapacidade relativa ou absoluta dependerá de processo judicial de interdição, deverá o magistrado estar atento ao grau de discernimento e maturidade para os atos da vida civil do sujeito e não apenas à nomenclatura dos arts. 3º e 4º do Código Civil.

O importante é entender o espírito de cada um dos artigos e determinar a incapacidade absoluta apenas quando necessário. Para condenar alguém a não praticar pessoalmente os atos da vida civil é necessário ter a certeza da ausência de discernimento e, por conseguinte, evitar o isolamento ainda maior de uma mente que poderia relacionar-se e reintegrar a sociedade.

²² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamento e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade, in HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNIA, Maria Clara Osuna Diaz (Coords.), *Ensaio sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade*, p.154.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1. Considerações gerais

A responsabilidade civil nasce quando o prejuízo causado a alguém é suportado por outra pessoa e surge a obrigação de indenizar quem sofreu o dano, patrimonial ou extrapatrimonial²³.

Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge define a responsabilidade civil²⁴, *verbis*:

“Definimos, pois, a responsabilidade civil como a situação em que se encontra alguém que, tendo praticado um acto ilícito, é obrigado a indemnizar o lesado dos prejuízos que lhe causou”.

A principal função da responsabilidade civil é a reparação, pois seu pressuposto é a indenização, via de regra, integral do prejuízo sofrido pela vítima. A indenização é no sentido, sempre que possível, de repor o patrimônio do lesado no estado em que se encontraria se não tivesse havido lesão²⁵. Indenizar significa deixar a vítima sem dano, ou seja, *in dene*.

Nos termos do art. 927 do Código, a responsabilidade civil nasce da prática do ato ilícito, que consiste na violação de um dever:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

²³ Agostinho Alvim, *Da inexecução das obrigações*, p. 242.

²⁴ *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, p. 36.

²⁵ PESSOA, Fernando de Sandy Lopes. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, p. 33.

Entretanto, nem sempre esse ato ilícito corresponde a uma conduta repudiada pelo direito. Os arts. 186 e 187 do Código Civil equiparam qualquer “ato danoso” ou exercido com “abuso de direito” como ilícito:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Nesses casos, o dever de indenizar corresponde à violação de uma regra geral de conduta, que é denominada responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, visto que decorre de ato ilícito.

Por oposição, a responsabilidade civil com origem no descumprimento de um contrato ou negócio jurídico chama-se contratual.

Quanto à natureza jurídica, entendemos que a responsabilidade civil é uma obrigação, que consiste no dever de indenizar²⁶.

²⁶ PESSOA, Fernando de Sandy Lopes. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, p. 42-44.

Sobre os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge esclarece que há várias divergências na doutrina. A tendência é considerar o ato ilícito, o prejuízo, o nexo de causalidade e o nexo de imputação. Para esse autor, os pressupostos podem ser sistematizados em ato ilícito e prejuízo reparável, pois entende que o nexo de imputação integra como elemento inseparável o ato ilícito, e o nexo de causalidade como caracterização do prejuízo reparável²⁷. Considerar como requisitos apenas o fato lesivo e o dano corresponde mais ao panorama moderno da responsabilidade e abarca todas as espécies do gênero (responsabilidade civil subjetiva ou sem culpa).

A responsabilidade civil pode ser classificada em subjetiva e sem culpa (dita objetiva). A subjetiva funda-se na culpa (ação ou omissão que descumpre dever legal) por ser esta seu elemento indispensável e tem como pressupostos a prova pela vítima do dano (prejuízo) e a do nexo de causalidade (liame entre a ação e o dano).

A hipótese sem culpa estabelece que todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem está ligado a ele com nexo de causalidade, independentemente de culpa²⁸. Ou seja, quando a pessoa suporta prejuízos de um ato que não lhe é imputável ou quando determinado por lei, trata-se da responsabilidade “objetiva” (sem culpa), como preleciona Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge:

²⁷ *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, p. 55.

²⁸ Agostinho Alvim, *Da inexecução das obrigações*, p. 243.

“Pode, porém, suceder, como se notou já, que uma pessoa venha a suportar os prejuízos de um acto que não lhe é imputável, de um acto pelo qual não é responsável no primeiro sentido. Fala-se ainda aí de responsabilidade (no segundo sentido), sendo corrente denominá-la responsabilidade objectiva, para mostrar que não se trata da responsabilidade baseada na imputação moral do acto do agente”²⁹.

Atualmente, multiplicam-se as hipóteses dissociadas da idéia de culpa, como a responsabilidade sem culpa fundada na equidade³⁰, na qual o dever de reparar é imposto por uma questão de justiça e equilíbrio social. Essa é a hipótese da reparação de danos pelo próprio incapaz, calcada nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e solidariedade social e no direito de integração do incapaz.

A regra geral da responsabilidade civil é a de que o causador do dano é o responsável por sua reparação. Essa é a dita responsabilidade direta, que é decorrente de fato próprio – o autor do dano responde pelos prejuízos que causar à vítima.

Entretanto, nem sempre quem causa o dano terá o dever de repará-lo. Há casos de responsabilidade indireta – que consiste em a outra pessoa responder pelos prejuízos causados por outra pessoa com a qual tenha um vínculo jurídico de dependência ou subordinação.

²⁹ *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, p. 35-36.

³⁰ *Vide* item 7.3.

Essa é a hipótese da responsabilidade civil por fato de terceiro incapaz, que será abordada no próximo capítulo, quando pela qualidade ou *status* do responsável emerge a responsabilidade objetiva ou sem culpa (art. 932, I e II, do CC).

4.2. Visão moderna

Com o passar do tempo a sociedade evolui, os valores do mundo se modificam e a responsabilidade civil acompanha essas transformações, bem como todo o direito. É dos fatos sociais que nasce o bom direito.

A responsabilidade civil, durante a sua evolução histórica, experimentou várias fases distintas. No passado, por exemplo, podemos destacar duas delas: a primeira tinha conotação punitiva e caráter coletivo. As obrigações eram atribuídas ao grupo, à família, e não ao indivíduo. A segunda decorria da evolução da sociedade, que considerava a individualidade de seus integrantes, com a passagem de obrigações coletivas para individuais. Surge a noção da culpa e da responsabilidade individual, mas o caráter ainda é punitivo.

Atualmente, a evolução aponta a mudança do foco da culpa do agente causador do dano para a injustiça do dano não reparado para vítima. A premissa é: todo dano deve ser reparado.

Na França, em que a teoria da culpa se desenvolveu muito e influenciou a legislação de outros países, essa teoria foi consagrada como regra no campo da responsabilidade civil. Historicamente, a teoria da culpa revelou-se suficiente por muitos anos para resolver os problemas relativos ao ressarcimento de danos. Entretanto, o aumento do progresso material, porém, colocou em destaque o crescimento dos riscos, assim, a teoria da culpa passou a se revelar incompleta para atender aos novos fatos da vida moderna.

Nesse sentido, destaca Marcelo Benacchio que *“a culpa que se apresentava totalmente adequada a um sistema agrário e de produção artesanal ao circunscrever a responsabilidade na esfera do elemento anímico do causador do dano começa a se apresentar como um critério injusto de imputação com as modificações sofridas pela sociedade a partir de meados do século passado e intensificadas no início deste com a revolução industrial onde a proliferação das máquinas modificou profundamente os hábitos sociais de maneira a criar situações impensáveis à época da fixação da culpa como fundamento máximo da responsabilidade civil (porquanto excepcionais as previsões de responsabilidade fundadas em outras hipóteses) e estas novas situações fáticas ficavam dentro da esfera de ação lícita dos indivíduos não permitindo direito a indenização, ou seja, o dano permanecia à vítima”³¹.*

³¹ BENACCHIO, Marcelo. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva extracontratual*, p. 35-36.

Para o Doutor Renan Lotufo, “com o aumento das atividades industriais, de transportes, de negociações, resultou em que a ocorrência de danos aumentou brutalmente, mas os mecanismos de ressarcimento não se modernizaram, e foram ficando cada vez mais lentos, e, na maior parte das vezes, ineficientes, não só pelas dificuldades quanto à apuração de quem causou o dano, mas, mais ainda, quanto ao ressarcimento econômico e sua velocidade”³².

A explosão da cultura da máquina e o desenvolvimento econômico demonstraram a insuficiência da idéia de que um indivíduo seja o único centro de imputação de responsabilidade. Surge a idéia de que a pessoa jurídica deve suportar os danos decorrentes de seus interesses e assumir os riscos causados pela sua atividade, pois a ela são imputados os custos e resultados. Quem cria o risco assume a responsabilidade pelo dano. Muitas atividades perigosas não devem ser proibidas, pois são de interesse da sociedade³³.

Por isso que Gustavo Tepedino afirma que a sociedade não aceita mais o dano injusto “em face das crescentes demandas sociais advindas da industrialização” verificando-se a “insuficiência da dogmática subjetivista”³⁴.

Com efeito, prevalece a exigência de tutelar terceiros contra os fatos não culpáveis da empresa que exerce atividade perigosa, pois expõem outros a um perigo não completamente evitável, mesmo que aplicada a diligência adequada à natureza da atividade³⁵.

³² LOTUFO, Renan. *Curso avançado de direito civil*, p. 297.

³³ CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*.

³⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, p. 201.

³⁵ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *A responsabilidade civil subjetiva e objetiva no novo Código Civil*, p. 457.

Nesses termos, não se pode mais considerar que o fato danoso seja indenizável apenas em razão de um comportamento culposo individual do trabalhador ou do titular da empresa, surgindo a presunção de culpa desta e o nascimento da responsabilidade sem culpa, dita objetiva, tarifada ou fundada no risco da atividade³⁶.

A responsabilidade objetiva tem como uma de suas principais funções a prevenção do dano na medida em que também incentiva a empresa ou indústria a diminuí-lo para baixar seus custos. O próprio conceito de responsabilidade implica o de sanção por um fato a que o ordenamento atribui conotação negativa e devia ser evitado.

Em suma, com a evolução e a revolução industrial, desde 1916, suscitaram situações de dano tão complexas que obstavam e ainda obstam a possibilidade da prova da culpa do agente pela vítima. Assim, o direito, a doutrina e o legislador, acompanhando essas práticas, suscitaram a responsabilidade objetiva, com a dispensa da prova pela vítima da culpa do agente.

Independe da prova de culpa, porque há o risco na própria atividade desenvolvida pelo agente, cabendo a este apenas alegar algumas excludentes da responsabilidade civil.

³⁶ Carlo Castronovo. *La nuova responsabilità civile*.

A responsabilidade objetiva, tarifada ou de risco, é uma das principais hipóteses de responsabilidade sem culpa³⁷, mas a doutrina adotou a expressão “responsabilidade objetiva”, como sinônimo da hipótese de responsabilidade sem culpa. Portanto, ao vermos algumas das hipóteses de responsabilidade sem culpa, não conseguimos classificá-las como objetivas, tal qual no caso da responsabilidade atribuída ao incapaz, objeto deste estudo. Há muitas hipóteses legais de responsabilidade sem culpa, como a responsabilidade civil pelo fato de outrem, atribuída pelo *status*.

Evitaremos aqui tal equiparação, para que não haja confusão, pois trataremos da hipótese de reparação de danos pelo próprio incapaz e, em hipótese alguma, admitiremos que se trata de uma presunção absoluta de culpa. A confusão decorre do fato de que “as presunções absolutas de culpa são a consagração da teoria da responsabilidade objetiva, da responsabilidade sem culpa”³⁸.

António Pais de Souza esclarece que os incapazes “*não podem ser responsabilizados pelo risco, não por ausência de culpa, já que esta responsabilidade é inconciliável com a culpa. É que a criação do risco exige a direção efectiva e consciente da coisa*”³⁹.

³⁷ “(...) apesar de ser claro que a responsabilidade objetiva é uma responsabilidade sem culpa (...)” (BENACCHIO, Marcelo. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva extracontratual*, p. 66).

³⁸ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, p. 75.

³⁹ SOUZA, António Pais de. *Da incapacidade jurídica dos menores interdito e inabilitados*, p. 253.

Com efeito, destacou Marcelo Benacchio: “a teoria do risco representou a materialização dos primeiros pensamentos para a modificação da preocupação da responsabilidade civil que passa a centrar-se na reparação à vítima e no aspecto social, de maneira a inserir no campo da responsabilidade civil a eqüidade”⁴⁰.

A eqüidade é valor ético da sociedade, e a mudança de sua mentalidade, de suas aspirações e desejos fez com que não se admitisse mais que o lesado ficasse sem reparação, surgindo uma insatisfação geral com a situação do dano injusto⁴¹. Está ao lado da solidariedade e da paz social como justificação da tese de responsabilidade objetiva, preparando o caminho para as novas disposições legislativas, garantindo a humanização, atualização e boa aplicação em face dos casos concretos.

Há uma efetiva mudança na mentalidade das pessoas. Não se admite mais que os danos sejam atribuídos ao destino ou à fatalidade.

Wilson Melo da Silva demonstra em irretocável raciocínio que o dano não é só causa de prejuízo para o indivíduo, mas também para a própria sociedade.

Transcrevemos:

“Qualquer dano ocasionado, seja à pessoa, seja a seus bens, constituiria sempre lastimável menoscabo, não apenas para a vítima, como para a sociedade mesma, da qual é parte, di-lo Rabut. (...) Qualquer dano implica, sempre, ou quase sempre, prejuízos econômicos. E assim de todos eles defluiria, mais ou menos sensivelmente, uma diminuição da riqueza circulante no meio social. (...)

⁴⁰ BENACCHIO, Marcelo. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva extracontratual*, p. 43

⁴¹ ALMEIDA, José Luiz Gavião de (Org.). *Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito*, in *Temas atuais de responsabilidade civil*, (p. 57-74), p. 61.

Vivendo os homens, necessariamente, em sociedade, os distúrbios que experimentem sempre acabarão por se refletir na própria sociedade, direta ou indiretamente, de maneira pronunciada algumas vezes, de modo que quase imperceptível em outras.

A ruína das grandes empresas não acarreta contratempos apenas aos interessados diretos: seus elementos integrantes, sócios, diretores e prepostos. Vai repercutir mais longe, afetando grupos estranhos, senão mesmo comunas inteiras. É que, nas coletividades, os interesses de todos os seus membros como que se vão entrelaçando e se interpenetrando, e de tal sorte que as vicissitudes de uns podem vir a ser as de outros⁴².

E, por refletir em toda sociedade, “o dano, sob qualquer forma, traduziria sempre um abalo, de maior ou menor vulto, na tranqüilidade da ordem pública”, condição necessária da paz social⁴³.

O autor arremata esclarecendo que a responsabilidade civil transborda a velha culpa: “à medida que as atividades humanas se expandem, menos controláveis se vão tornando, elas, pelos indivíduos. Daí porque a responsabilidade civil vem exorbitando de seus antigos domínios, deixando, agora, de implicar, para o cidadão, a responsabilidade tão-somente por aqueles fatos que se encontrem em seu derredor, para ir abranger, também, aqueles outros, muitos, que já fogem ao seu controle e a sua guarda⁴⁴”.

E Giselda Hironaka sintetiza:

⁴² SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*, p. 149.

⁴³ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*, p. 150.

⁴⁴ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*, p. 150-151.

“Ao mesmo tempo que se multiplicam as atividades perigosas, o homem passou a aceitar menos confortadamente os golpes do destino. Patrice Jourdain escreve, com razão, que o ser humano recusa o azar, e exige a reparação de todo o dano sofrido, sempre à face de uma apreciação cada vez mais intensa da valorização da pessoa humana, o que contribuiu para que os cidadãos passassem a exigir mais providências do Estado”⁴⁵.

Os anseios da sociedade, a moral e a ética, nas hipóteses de não-reparação pelo seu responsável, não admitem mais o dano injusto, ou seja, que o incapaz afortunado não repare os prejuízos que causou. A sociedade supera hoje o conceito de culpa e se volta para a vítima. Se há um dano, este deverá ser reparado, independentemente da noção de culpa.

Há *“uma mudança de perspectiva no estudo da matéria, que consiste no deslocamento do enfoque da pessoa do causador do dano para a vítima, o que faz com que se procurem mecanismos para que esta seja, tanto quanto possível, indenizada”⁴⁶.*

⁴⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamento e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade, in HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNIA, Maria Clara Osuna Diaz, (Coords.), *Ensaio sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade*, p.163.

⁴⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamento e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade, in HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNIA, Maria Clara Osuna Diaz, (Coords.), *Ensaio sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade*, p. 146.

O fundamento do regime objetivo da responsabilidade civil na modernidade, para atender mais eficientemente os reclamos da vítima, são os princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana⁴⁷. Santo Tomás de Aquino já dizia que a responsabilidade sem culpa justifica-se em nome do bem comum que traduz o bem-estar social⁴⁸.

A política social impõe a responsabilidade sem culpa para preservar a *“paz pública, indispensáveis ao harmônico e tranqüilo desenvolvimento das atividades humanas e, também, pelas necessidades do bem comum no sentido mais lato”*. Predomina o interesse coletivo sobre o interesse mesquinho de um só⁴⁹.

Atualmente, a política legislativa impõe, *“em detrimento da tutela ao incapaz, sacrificar o seu patrimônio a deixar desamparada a vítima do dano”*⁵⁰.

Em nome da paz social, muitas vezes a reparação não será integral, tornando a vítima *in dene*, visto que não será interesse da sociedade colocar o causador do dano em situação de penúria, principalmente na hipótese de agente incapaz. Mas isso aumenta *“a possibilidade efetiva de quem sofre o dano alcançar reparação, ainda que não integral”*⁵¹.

⁴⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamento e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade, in HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNIA, Maria Clara Osuna Diaz, (Coords.), *Ensaio sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade*, p. 169.

⁴⁸ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*, p. 151.

⁴⁹ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*, p. 152.

⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo; Heloisa Helena Barbosa; Maria Celina Bodin de Moraes. *Código Civil interpretado conforme a Constituição Federal da República*, p.820.

⁵¹ LOTUFO, Renan. *Curso avançado de direito civil*, p. 301.

Mesmo em nome da solidariedade social, a justiça distributiva nem sempre se fará igual para todos, autorizando, portanto, que, excepcionalmente, a reparação não seja integral, como destaca Wilson Melo da Silva⁵² em face das diferenças concretas:

“Igualdade jurídica, já ficou consignado, nem sempre se traduz em igualdade matemática. A regra, exata em princípio, da distribuição eqüitativa dos lucros e das perdas entre os membros de uma coletividade fica condicionada às desigualdades de fato, intrínsecas, das partes ou dos agentes”.

Atualmente há mais destaque aos valores sociais que influenciam o nosso direito. As injustiças impostas são combatidas pelo ordenamento jurídico como um mecanismo de justiça social. A tendência moderna é ressarcir a vítima e da maneira mais completa sempre.

A doutrina tende a excluir a culpa da responsabilidade civil, fundando-a, exclusivamente, no nexu causal. Elimina-se a questão da imputabilidade, fixando-se o tema em uma única questão: o dano. Não é o sujeito, mas o patrimônio que responde pelo dano, como na hipótese da responsabilidade de eqüidade. Nesse sentido, Simone Gomes Rodrigues Casoretti esclarece que, *“muito embora tenha constado que o incapaz responde pelos prejuízos que causar, na verdade, é o seu patrimônio que é utilizado para reparação do dano, pois desprovido de discernimento, inimputável, sem capacidade para entender as conseqüências de seu ato, não pode responder por sua conduta”*⁵³.

⁵² SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*, p. 152.

⁵³ CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SCAVONE JR., Luiz Antonio (Coords.). *Comentários ao Código Civil artigo por artigo*, p. 734.

É de concluir que um sistema de responsabilidade civil que supere a culpa deve conferir maior proteção à vítima do dano, com uma tendência de socialização do risco dos prejuízos, oferecendo um sistema de segurança social. A responsabilidade emerge como sanção a um evento danoso não imputável ao sujeito, mas referido a uma atividade de risco ou determinação legal (por exemplo: *status* ou equidade), como estabelece o art. 927, parágrafo único, do Código Civil:

“Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Entretanto, como bem observa o Professor Agostinho Alvim, a culpa apenas deixa de ser elemento indispensável da responsabilidade civil nos casos em que esta é estabelecida por lei, em virtude de necessidades de várias ordens⁵⁴.

Seguindo esse preceito, o novo Código Civil instituiu ao incapaz a obrigação de reparação dos danos que causar, baseada não na culpa, mas na equidade, estabelecida de forma subsidiária a hipótese de reparação pelo responsável e mitigada, de forma a não prejudicá-lo ou a seus dependentes, nos termos do art. 928 do Código Civil, como destaca Giselda Hironaka:

⁵⁴ Agostinho Alvim, *Da inexecução das obrigações*, p. 268-272.

“Trata-se de interessantíssimo avanço já conhecido de outras legislações estrangeiras, e que atende rigorosamente a este paradigma da pós-modernidade que aponta o foco da atenção, do direito e da lei para a pessoa da vítima e para a imprescindibilidade de refazimento de sua circunstância jurídico-patrimonial afetada pelo dano sofrido, mas, especialmente, pelo refazimento de sua condição de titular do direito à dignidade constitucionalmente plasmada enquanto valor máximo da pessoa humana, pela imposição do dever indenizatório ao causador do dano, ainda que incapaz”⁵⁵.

Nesse sentido é valiosa a lição do Professor Silvio Venosa:

*“Portanto, o âmbito da responsabilidade sem culpa aumenta significativamente em vários segmentos dos fatos sociais. Nesse diapasão, acentuam-se, no direito ocidental, **os aspectos de causalidade e reparação do dano, em detrimento da imputabilidade e culpabilidade de seu causador. Daí porque, por exemplo, o novo código estampa a responsabilidade do incapaz; a possibilidade de seu patrimônio responder por danos por ele causados, ainda que de forma mitigada (artigo 928)**” (grifos nossos).*

Verifica-se que a obrigação de reparação de dano do incapaz é um anseio da sociedade moderna. Considerando a realidade social em que o seu responsável está inserido, normalmente, em uma rotina diária de trabalho, e o fato de o incapaz ficar sozinho ou com terceiros, concluímos que isso vem a aumentar as chances de que ele venha a causar danos a outrem.

⁵⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamento e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade*, in HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNIA, Maria Clara Osuna Diaz, (Coords.), *Ensaio sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade*, p. 153-154.

Note-se que é comum uma criança de dez anos, ou até menos, ficar o dia inteiro sozinha ou passá-lo cuidando de seus irmãos menores. O doente mental, por sua vez, está mais integrado ao convívio social, incentivado principalmente pela lei trabalhista que obriga empresas a contratar deficientes, pela aceitação de sua própria família e pelas modernas técnicas de educação, inclusive, conferindo-lhe dignidade e igualdade. E é nessa perspectiva que José Fernando Simão destaca:

“Nessa ótica, o incapaz não pode ser entendido como alguém que, em razão da pouca idade ou de certa doença, deve ser mantido afastado do convívio social. Pode e deve conviver em sociedade, mas, para tanto, cabe ao Direito elaborar a forma de reparação mais efetiva de eventuais danos que o incapaz venha a causar à vítima.

Na sociedade atual, mormente em relação aos menores, a chance de inoportunidade em dano vê-se potencializada: quer seja pela ausência, por razões profissionais, dos pais no lar – com número crescente de crianças confiadas a terceiros ou de crianças que vivem na rua –, quer seja pela independência cada vez mais precoce dos menores e pela agressividade crescente destes – em razão dos jogos e dos meios de transporte perigosos –, quer seja, ainda, pela força dos costumes que favorecem viagens, reuniões e campos de férias e a existência de novos métodos educativos e de tratamentos aplicados às crianças, aos deficientes e aos delinqüentes.”⁵⁶

A função da responsabilidade civil e do direito é conduzir ao comportamento desejado pela sociedade. E, atualmente, a sociedade está voltada para a reparação do dano como direito a dignidade da vítima.

⁵⁶ SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Responsabilidade civil pelos atos de terceiros e pelo fato de coisas*, in *Responsabilidade civil: responsabilidade civil e suas repercussões nos tribunais*, série GVlaw, p. 313.

Concluimos que, atualmente, temos a responsabilidade subjetiva, que é baseada na culpa do agente, e a responsabilidade sem culpa, que poderá ser dividida em muitas hipóteses previstas expressamente em lei.

4.3. Impropriedade da expressão “responsabilidade civil do incapaz” e o ato lesivo por ele praticado

O desconforto de quem lê o título inicial deste trabalho – “responsabilidade civil do incapaz” – dá-se porque o termo “responsabilidade” por si só traz a idéia de imputação de um ato lesivo a alguém, indicando culpa e imputabilidade. Além, ainda, de trazer a noção de que cada um deve responder pelos seus atos.

Como já exposto, o incapaz não tem discernimento para praticar, validamente, os atos da vida civil. Por conseguinte, não poderia ser responsabilizado pelos danos que causar, pois lhe falta imputabilidade. E é por isso que Ragner Limongeli Vianna destacou a impropriedade da expressão “responsabilidade civil” *“para referir à obrigação de reparação de danos não fundada na culpa ou na imputabilidade”*⁵⁷.

A responsabilidade civil em sua evolução passou a ser reconhecida como direito de danos e de interesses. Tal nomenclatura decorreu da principal função da responsabilidade civil, a reparadora, pois seu pressuposto é a indenização, se possível integral, do prejuízo ou dano sofrido pela vítima, cujo intuito é recompor sua dignidade e não deixá-la desamparada.

⁵⁷ VIANNA, Ragner Limongeli. *Excludentes da obrigação de reparação de danos*, p. 16

Por esse motivo o tema foi alterado para “reparação de danos pelo incapaz (art. 928 do Código Civil)”.

O fato de o incapaz ter a obrigação subsidiária e mitigada de reparação dos danos causados não significa atribuir-lhe “responsabilidade” pela ocorrência do evento danoso. O regime jurídico atual da responsabilidade civil nem sempre associa o causador do dano ao sujeito obrigado à reparação dele.

Na análise do ato lesivo praticado pelo incapaz, considera-se apenas o elemento objetivo, isto é, a transgressão da diligência comum na conduta; não há o elemento subjetivo, ou seja, a consciência do ato que permite ao sujeito estabelecer a relação de conexão moral entre a lesão e sua conduta⁵⁸. O dano causado pelo incapaz apenas deverá ser reparado por seu responsável e subsidiariamente por ele, se agente capaz também respondesse nas mesmas circunstâncias, como pressuposto para qualquer das hipóteses de reparação (pelo responsável ou pelo próprio incapaz).

Como explica Alvino Lima⁵⁹, alguns autores consideram a culpa *in abstracto*, na qual não se analisam as disposições especiais da pessoa ou seu grau de compreensão das coisas; compara-se a conduta do autor do dano à do homem abstratamente diligente, prudente e circunspecto, ou seja, a conduta normal do homem adaptado à vida social, ao ambiente em que vive.

⁵⁸ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, p. 68.

⁵⁹ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, p. 57-60.

5. REPARAÇÃO DE DANOS POR FATO DE TERCEIRO INCAPAZ

Não há como falar da reparação de danos pelo incapaz (subsidiária, secundária e mitigada) sem antes tratar da reparação de danos por fato de terceiro incapaz pelos pais, tutores e curadores (principal, primeira e integral). Assim, faremos uma breve abordagem do tema, como segue.

5.1. Direito estrangeiro

Muitos ordenamentos jurídicos tratam da responsabilidade civil por fato de terceiro, assemelhando-se muito, a maioria, ao nosso direito.

No direito francês há a culpa presumida do pai e, em sua falta, da mãe. Entretanto, ao contrário do que se admite na maioria das legislações, essa responsabilidade não se estende ao tutor ou curador, como pacífico pela doutrina e jurisprudência⁶⁰.

A principal excludente da responsabilidade será a prova de que os pais não puderam evitar o fato⁶¹, isto é, que não incorreram em culpa. Nesse sentido, a jurisprudência francesa é muito liberal e não condena os pais nem mesmo por acidentes de veículos causados por menores, por entender não ter os pais como impedi-los⁶².

⁶⁰ NETO, Martinho Garcez. *Responsabilidade civil no direito comparado*, p. 117.

⁶¹ FEDERIGHI, Wanderley José. *A responsabilidade civil dos pais*, p. 43.

⁶² NETO, Martinho Garcez. *Responsabilidade civil no direito comparado*, p. 119.

Se o menor deixar de morar com os pais por motivos legítimos⁶³, quais sejam estudar ou trabalhar como aprendiz, excluir-se-á a responsabilidade dos pais. A emancipação também exclui a responsabilidade destes.

O direito italiano⁶⁴ igualmente reconhece a responsabilidade dos pais e tutores pelos atos dos incapazes sujeitos a sua tutela, tal como se verifica pela leitura dos dispositivos abaixo transcritos do Código Civil italiano:

“Art. 2046 Imputabilità del fatto dannoso

Non risponde delle conseguenze dal fatto dannoso chi non aveva la capacità d'intendere o di volere al momento in cui lo ha commesso (Cod. Pen. 85 e seguenti), a meno che lo stato d'incapacità derivi da sua colpa.

Art. 2047 Danno cagionato dall'incapace

In caso di danno cagionato da persona incapace d'intendere o di volere (Cod. Pen. 85 e seguenti), il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto.

Nel caso in cui il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento da chi è tenuto alla sorveglianza, il giudice, in considerazione delle condizioni economiche delle parti, può condannare l'autore del danno a un'equa indennità.

Art. 2048 Responsabilità dei genitori; dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte

Il padre e la madre, o il tutore, sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati (314 e seguenti, 301, 390 e seguenti) o delle persone soggette alla tutela (343 e seguenti, 414 e seguenti), che abitano con essi. La stessa disposizione si applica all'affiliante.

I precettori e coloro che insegnano un mestiere o un'arte sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei loro allievi e apprendisti (2130 e seguenti) nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza.

⁶³ NETO, Martinho Garcez. *Responsabilidade civil no direito comparado*, p. 117.

⁶⁴ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*.

Le persone indicate dai commi precedenti sono liberate dalla responsabilità soltanto se provano di non avere potuto impedire il fatto” (grifamos).

Ainda no direito italiano, a responsabilidade poderá ser excluída se o responsável provar que não tinha como evitar o fato ilícito⁶⁵. Se o incapaz entender o que foi feito de errado, ele responde subsidiariamente⁶⁶.

O direito português estabelece a responsabilidade principal dos representantes, mas a culpa é apenas presumida e o responsável se isentará se provar que cumpriu o seu dever de vigilância ou que os danos aconteceriam ainda que tivesse cumprido tal dever⁶⁷, conforme expresso no art. 491 do Código Civil português:

“ARTIGO 491º

(Responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de outrem)

As pessoas que, por lei ou negócio jurídico, forem obrigadas a vigiar outras, por virtude da incapacidade natural destas, são responsáveis pelos danos que elas causem a terceiro, salvo se mostrarem que cumpriram o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido”.

O direito espanhol também prevê a responsabilidade dos pais e tutores pelos atos dos incapazes que estão sob sua guarda, sendo excluída essa responsabilidade se provada a diligência do bom pai de família para prevenir o dano:

“Artículo 1902

El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

Artículo 1903

⁶⁵ NETO, Martinho Garcez. *Responsabilidade civil no direito comparado*, p. 118.

⁶⁶ FEDERIGHI, Wanderley José. *A responsabilidade civil dos pais*, p. 37.

⁶⁷ SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Responsabilidade civil pelos atos de terceiros e pelo fato de coisas*, in *Responsabilidade civil – responsabilidade civil e sua repercussão nos tribunais*, série GVlaw, p. 326.

La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

(omissis)

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”
(CC espanhol – grifamos).

O próximo artigo do Código Civil espanhol prevê expressamente o direito de regresso em relação aos danos pagos causados pelos descendentes:

“Artículo 1904

El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho.

Quando se trate de centros docentes de enseñanza no superior, sus titulares podrán exigir de los profesores las cantidades satisfechas, si hubiesen incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fuesen causa del daño”.

O sistema espanhol apresenta interessante particularidade: a responsabilidade principal pela reparação dos danos causados pelo menor é dos pais só até o filho completar dez anos, pois nessa fase presume-se que o menor necessita de vigilância constante. Se o dano, ao contrário, é consequência de um fato causado por menor de idade com mais de dez anos, o pai responderá de maneira indireta e subsidiária⁶⁸.

⁶⁸ ACUÑA ANZORENA, Arturo. *Estudios sobre la responsabilidad civil*, p. 298.

O Código Civil alemão (BGB) prevê, em seu art. 832, a responsabilidade dos pais e tutores pelos incapazes⁶⁹.

Na *Common Law* não se admite a responsabilidade pessoal dos pais pelos atos dos filhos menores; isso ocorrerá se ficar provado que tal responsabilidade está ligada diretamente ao dano. Entretanto, há a responsabilidade por fato dos incapazes⁷⁰.

5.2. Código Civil de 1916

Durante a vigência do Código Civil de 1916 a responsabilidade por fato de terceiro incapaz era, originariamente, subjetiva, baseada na culpa, como expressamente determinava o art. 1.523 c/c o art. 1.521, *verbis*:

“Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

.....
Art. 1.523. Excetuada as do art. 1.521, V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no Art. 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte”.

Nesse sentido é a lição de Alvino Lima:

⁶⁹ FEDERIGHI, Wanderley José. *A Responsabilidade Civil dos Pais*, p. 49.

⁷⁰ NETO, Martinho Garcez. *Responsabilidade civil no direito comparado*, p. 115.

“No art. 1.521, regulando a responsabilidade por fato de outrem, o legislador pátrio não fugiu do princípio genérico da culpa contida no art. 159, quanto ao fundamento da responsabilidade extracontratual”⁷¹.

Nesse período a vítima teria de provar a culpa do responsável para obter a reparação. A grande celeuma era que muitas vezes tal prova era impossível para a vítima.

“A responsabilidade do pai ou da pessoa a quem legalmente compete a vigilância do menor será elidida, uma vez que o civilmente responsável prove que não houve de sua parte culpa ou negligência. Não haverá, pois, a responsabilidade, provando-se que o ato do menor ou tutelado não resultou de deficiência de educação ou de qualquer outro fato imputável ao responsável”⁷².

Durante a vigência do Código Civil de 1916, na grande maioria dos casos, provado que o causador do dano foi o incapaz, ficaria demonstrada a culpa dos responsáveis. Diante desse quadro, muitos autores defendiam que o art. 1.523 do Código Civil estabelecia a presunção da culpa em favor da vítima.

Alvino Lima⁷³ destaca que Pontes de Miranda, mesmo na vigência do Código de 1916, defendia essa posição com base no art. 159:

“A culpa do responsável consiste em não haver exercido, como devera, o dever de vigiar, de fiscalizar (culpa in vigilando) ou de haver aceito quem não podia exercer o encargo (culpa in eligendo)”.

⁷¹ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, p. 285.

⁷² LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, p. 289.

⁷³ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, p. 285.

Entretanto, o mesmo autor destaca que essa opinião é equivocada. A responsabilidade é por fato de terceiro, não podendo alcançar o art. 159⁷⁴, que se refere à regra geral por ato próprio. E se não houvesse o art. 1.523, segundo o qual se exige a culpa das pessoas enumeradas no art. 1.521, estaríamos em face de uma obrigação legal de reparação:

“Na responsabilidade por fato de outrem, o responsável civilmente o é pelas conseqüências deste fato, mas em virtude de fato próprio, de culpa própria. Sem o art. 1523 o legislador brasileiro teria consagrado a responsabilidade decorrente só do fato de outrem. Sem dúvida alguma o legislador pátrio não seguiu a melhor doutrina, impossibilitando, na maioria dos casos, a reparação dos danos causados por atos de prepostos e outros, pois poderia ter consagrado a presunção ‘juris et de jure’ da culpa adotada pela jurisprudência francesa, ou a presunção ‘juris tantum’, nos termos do art. 831 do CC Alemão, do art. 55 do Código suíço da Obrigações, do art. 1903 do CC Espanhol, do art. 142 do Código polonês das Obrigações, do art. 188 do CC chinês e dos arts. 116 e 118 do CC argentino”⁷⁵.

Seguindo as críticas da doutrina, a jurisprudência consolidava o entendimento da responsabilidade *juris tantum* dos pais (culpa presumida), mesmo que o menor não estivesse sob seu poder ou na sua companhia, salvo se provassem que, de sua parte, não tivesse havido culpa ou negligência, como destaca Alvino Lima:

⁷⁴ “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, Art. 1.518 a 1.532 e Art. 1.537 a 1.553”.

⁷⁵ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, p. 287-288.

“A responsabilidade do pai ou da pessoa a quem legalmente compete a vigilância do menor será elidida, uma vez que o civilmente responsável prove que não houve de sua parte culpa ou negligência. Não haverá, pois, a responsabilidade, provando-se que o ato do menor ou tutelado não resultou de deficiência de educação ou de qualquer outro fato imputável ao responsável”⁷⁶.

Assim, em 1927 o Código de Menores desse mesmo ano revogou o art. 1.523 e estabeleceu a presunção de culpa:

“Art. 68. São responsáveis pela reparação civil do dano causado pelo menor os pais ou as pessoas a quem incumbia legalmente a sua vigilância, salvo se provar que não houve de sua parte culpa ou negligência”.

Depreende-se da redação do artigo que a presunção de culpa operava-se também perante qualquer responsável legal pela vigilância dos menores, ou seja, seu tutor.

Entretanto, o Código de Menores de 1979 (Lei n. 6.697/79) revogou esse diploma anterior, não regulando a matéria. Posteriormente, esse Código foi revogado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ora vigente, mas que também não trouxe disposição nesse aspecto.

⁷⁶ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, p. 289.

Dessa forma, o único artigo a regular a matéria era o 1.521 do Código Civil de 1916: *“assim, a responsabilidade do representante legal por ilícito de menor será objetiva, por não mais existir a presunção de culpa, mas, para evitar injustiças em certos casos, tem-se decidido, com base na Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, que se exonere o representante legal do menor, se for evidente que o dano causado pelo menor se deu apesar de seu representante ter sido diligente, cumprindo de modo exemplar a obrigação de vigilância. Com isso, a responsabilidade será subjetiva. Assim sendo, a responsabilidade das pessoas enumeradas no art. 1521, I a IV, sem exceção, será subjetiva, por haver presunção de culpa ‘in vigilando’, ‘in instruendo’ e ‘in eligendo’, que provoca a reversão do ônus da prova, fazendo com que tais pessoas tenham de comprovar que não tiveram culpa alguma. Todavia, a jurisprudência tem entendido que a presunção não é ‘juris tantum’, mas ‘legis et de lege’ equipolente à responsabilidade objetiva”⁷⁷.*

E é justamente por isso que Camila Dias⁷⁸ concluiu em sua dissertação de mestrado que, mesmo na vigência do Código Civil de 1916, a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos já se aproximava da responsabilidade objetiva.

O Código Civil de 2002 veio a corrigir exatamente a polêmica em torno da culpa no tocante à responsabilidade por fato de outrem, como veremos no próximo item.

⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil comentado*, p. 879.

⁷⁸ DIAS, Camila Werneck de Souza Dias. *Poder familiar e responsabilidade civil dos pais: enfoques processuais*, p. 65.

5.3. Código Civil de 2002

O ordenamento da maioria dos países consagra o princípio da presunção *juris et de jure* ou responsabilidade sem culpa, dita objetiva, para que e nasça a obrigação de reparar do responsável pelo incapaz.

Nesta toada, seguiu o legislador no Código Civil de 2002, *verbis*:

“Art. 932. *São também responsáveis pela reparação civil:*

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; (...)

Art. 933. *As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.*

Dessa forma, encerra-se a polêmica sobre a culpa do responsável ser ou não presumida. O Código de 2002 é muito claro: *“ainda que não haja culpa”*. Simultaneamente, acompanha o princípio da socialidade do novo Código, ao facilitar o ressarcimento da vítima que não precisará mais provar a culpa do responsável. A situação da vítima, melhora, uma vez que terá mais chances de ter seu prejuízo reparado.

Vale destacar que a obrigação de reparação independentemente de culpa atende na maioria dos casos à regra geral de experiência, como explica Giselda Hironaka:

“É da verificação das condutas humanas que o cientista do direito há de extrair seus ‘juízos’, valorando-os segundo certo grau de apego à realidade dos fatos. (...)”

*Isso quer significar que não está vedada a utilização de posições que indiquem mera probabilidade, mas que, nem por isso, o saber científico torna-se desprovido de verificabilidade e congruência sistemáticas. Muitas vezes, o cientista do direito vai ‘pressupor’ que isso passa-se desta ou daquela maneira e, tomando uma posição a bem do sistema, indicará um princípio que guiará uma série de atos, ainda que tudo não passe de uma possibilidade. A única exigência que se faz é a de que **o ‘princípio pressuposto’, porque provável não quebre a lógica do sistema’, nem atente contra os princípios outros de natureza evidente, posto que nada pode ser ao mesmo tempo. Ou seja, as ‘pressuposições’ (e também as ‘presunções’, como se verá adiante) não devem negar as verdades evidentes já confirmadas pela experiência. Ao contrário, devem guiar-se por aquilo que elas seriam – caso fossem evidentes -, completando-as.**”⁷⁹*

Para José Luiz Gavião de Almeida⁸⁰, só há a obrigação de reparar dos tutores e curadores se comprovada sua culpa ou negligência. Destaca, ainda, que a nova regra irá redundar em maior dificuldade para que alguém queira assumir o ônus imposto, não só em benefício do incapaz, mas de toda a sociedade, a quem interessa garantir cuidados ao desamparado.

Entendemos que tal crítica não deve prevalecer, pois acompanha as legislações da maioria dos países desenvolvidos, nos quais, normalmente, há vínculo prévio unindo o incapaz e o tutor ou curador.

⁷⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, p. 239-240.

⁸⁰ ALMEIDA, José Luiz Gavião de (Org.). *Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito*, in *Temas atuais de responsabilidade civil*, p. 64-65.

5.4. Fundamento dessa responsabilidade

A responsabilidade dos pais, tutores ou curadores emergem da suposta violação dos deveres inerentes ao seu *status* ou qualidade. Nesse sentido, vale transcrever Alvino Lima⁸¹, ao falar especificamente da responsabilidade por fato de terceiro:

“A responsabilidade extracontratual pelo fato de outrem, em sentido estrito, é regulada de modo específico em dispositivos que abrem exceções à cláusula geral de responsabilidades, por culpa, deixando de ser subordinada a fatores morais, para acomodar-se às exigências de uma evolução caracterizada pelos progressos maravilhosos da técnica industrial; surge em regra, automaticamente, baseada no fato alheio e só indiretamente se pode dizer que repousa na culpa, porquanto, se não é necessária a culpa do civilmente responsável, ocorre a culpa do terceiro, como veremos, autor do ato lesivo do direito, ou do interesse da vítima”.

O principal fundamento que destacamos é a solidariedade e a justiça com a vítima. Parece-nos mais justo que o responsável pelo incapaz suporte o dano do ato cometido por ele. A responsabilidade indireta e sem culpa tem sua origem na idéia de solidariedade e cooperação. A hipótese estudada não é diferente.

Na responsabilidade por fato de outrem incapaz há um vínculo prévio unindo o autor do dano à pessoa cuja responsabilidade pela reparação será atribuída. O poder familiar une os pais aos filhos, incumbindo o dever de vigiar, educar, cuidar e assistir. Aos tutores e curadores há um vínculo jurídico que impõe o dever de proteção aos tutelados e curatelados.

⁸¹ LIMA, Alvino. *Responsabilidade civil pelo fato de outrem*, p. 20-21.

Nesse sentido, transcrevemos a lição de José Jairo Gomes⁸²:

“As idéias de solidariedade e cooperação familiar impõem que os pais respondam pelos atos dos filhos menores, que estiverem sob sua autoridade e companhia. Aos pais compete o exercício do poder familiar, tocando-lhes a criação, a educação a assistência moral e material dos filhos menores, os quais serão representados até os dezesseis anos e assistidos após essa idade até completarem dezoito anos ou se emanciparem”.

No mesmo sentido é a lição de Marco Antonio Bevilaqua em sua dissertação de mestrado⁸³ sobre o tema:

“O ato do menor, lesivo do direito de outrem, causando-lhe um dano, é imputado aos titulares do poder familiar, não em virtude de seu comportamento, mas em razão dessa qualidade, que para o legislador é suficiente o bastante para a imputação da responsabilidade”.

E ainda José de Aguiar Dias⁸⁴:

“Essa espécie de responsabilidade, portanto, se relaciona, intimamente, com o exercício do pátrio poder, e deve ser julgada em função desse dever, que impõe ao seu titular obrigações de conteúdo especial, notadamente no tocante à vigilância. (...)”

Quanto à responsabilidade do curador pelo curatelado, há pouco que se dizer. Como encarregado do interdito, o curador é a pessoa a quem compete a sua vigilância. Presume-se em culpa, se o curatelado vem a causar dano a outrem. Com maior força se imporá essa responsabilidade quando, sendo patente a inconveniência de conservar em casa o demente, não tenha o curador providenciado a sua internação em estabelecimento adequado”.

⁸² GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*, p. 302.

⁸³ BEVILAQUA, Marco Antonio. *As hipóteses de responsabilidade civil pelo fato de outrem do artigo 932 do Código Civil*.

⁸⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 597-598 e 608.

Outro fundamento da responsabilidade civil por fato de outrem incapaz é que o ato danoso possa ser imputado à falta de cuidado ou falha na educação pelos pais, tutores ou curadores⁸⁵.

É exatamente por isso que há *“certa corrente doutrinária que entende ser imprópria a terminologia responsabilidade por ato de terceiro (ou de outrem), afirmando que tal modalidade, na realidade, não deixa de ser responsabilidade por ato próprio, na medida em que, de acordo com o disposto em lei, as pessoas que devem responder sempre terão contribuído para ocorrência do ato danoso, atuando na maior parte das vezes, de modo negligente, mesmo que por omissão”*⁸⁶.

Caio Mário da Silva Pereira⁸⁷, citando Clóvis Beviláqua, ao falar da responsabilidade civil dos tutores e curadores expressamente diz que o fundamento dessa responsabilidade é a *“negligência na vigilância que a sua função lhes impõe”*.

Para Sergio Cavalieri Filho, a responsabilidade por fato de outrem se constitui pela infração do dever de vigilância, e conclui que, por essa razão, a responsabilidade é por fato próprio decorrente da violação desse dever⁸⁸.

Mesmo que o menor não esteja mais sob a responsabilidade dos pais, haverá a responsabilidade destes por não terem-no educado corretamente, *verbis*:

⁸⁵ NETO, Martinho Garcez. *Responsabilidade civil no direito comparado*, p. 119.

⁸⁶ ARAÚJO, Vaneska Donato de. *Responsabilidade por ato de terceiro*, in HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Orient.); ARAÚJO, Vaneska Donato de.(Coord.). *Responsabilidade civil: direito civil*, p. 146.

⁸⁷ *Responsabilidade civil*, p. 101.

⁸⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 201.

“No caso do menor mal educado, a jurisprudência belga e a francesa têm decidido que o pai é responsável ainda que prove não ter podido evitar o ato ilícito, no momento ou pouco antes, ou ainda quando entregue o menor a professor ou parente. E compreende-se: a causa está no passado e não no presente.

Também o pai não se escusa, com a alegação ou a prova de que o filho é, por sua própria natureza, incorrigível. Caber-lhe-ia medidas excepcionais exigidas no caso⁸⁹.

José Fernando Simão conclui em sua tese de doutorado que tal responsabilidade é objetiva e que foi criado o *“risco dependência (...) explicado pelo simples fato de a ausência de discernimento dos incapazes, ou de sua redução, torná-los potenciais causadores de danos^{90 91}.*

Vale dizer que, mesmo a obrigação de reparação dos responsáveis ser independentemente de culpa, incumbe à vítima provar o ato danoso do incapaz, demonstrando que agente capaz responderia na mesma circunstância.

⁸⁹ NETO, Martinho Garcez. *Responsabilidade civil no direito comparado*, p. 121.

⁹⁰ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz na busca pela interpretação do sistema*.

⁹¹ No mesmo sentido José Fernando Simão, *Responsabilidade civil pelos atos de terceiros e pelo fato de coisas*, in SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.), *Responsabilidade civil: responsabilidade civil e suas repercussão nos tribunais*, série GVlaw, p. 330-331.

5.5. Requisitos

É requisito legal da responsabilidade por fato de terceiro incapaz que este esteja sob a autoridade e companhia de quem se pretende responsabilizar.

A autoridade “deve ser compreendida como o poder familiar”⁹², o vínculo jurídico real entre o incapaz e seu responsável, que pressupõe poder efetivo na direção da vida do incapaz. Destaca José Jairo Gomes⁹³ que o menor deve conviver com o responsável, que não precisa estar fisicamente próximo dele no momento do evento danoso e que não pode haver suspensão ou perda do poder familiar.

Para Alvino Lima o requisito da coabitação decorre do dever legal de educar, ou seja, para que o responsável possa “*dirigir-lhes a conduta e fiscalizá-los convenientemente*”⁹⁴.

O mesmo autor esclarece que é imprescindível a menoridade para a responsabilidade do genitor, pois com a maioridade, extingue-se o poder familiar e, por conseguinte, os deveres de educação e vigilância⁹⁵.

Marco Antonio Bevilaqua⁹⁶ considera esses requisitos como pressupostos e nestes inclui a prática de um ato danoso pelo menor.

⁹² BRAGA NETTO, Felipe P. *Responsabilidade civil*, p. 159.

⁹³ GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*, p. 302.

⁹⁴ LIMA, Alvino. *Responsabilidade civil pelo fato de outrem* p. 36.

⁹⁵ LIMA, Alvino. *Responsabilidade civil pelo fato de outrem*, p. 35.

⁹⁶ BEVILAQUA, Marco Antonio. *As hipóteses de responsabilidade civil pelo fato de outrem do artigo 932 do Código Civil*, p. 45-46.

5.6. Excludentes da obrigação de reparação de danos

A excludente da obrigação de reparação de danos são as circunstâncias que podem impedir o enquadramento legal na hipótese prevista de reparação do dano. Essas circunstâncias podem impedir o nascimento da obrigação reparatória, como afirma Ragner Limongeli Vianna⁹⁷:

“Esta jamais existiu, não chega a constituir-se, precisamente porque não ocorre o fenômeno da subsunção”.

Se não há o dever de reparar, inexistente a responsabilidade civil, pois não há o nexo de causa e efeito entre o dano e a ação ou omissão do agente causador.

O autor ainda esclarece que as circunstâncias podem ser legais ou reconhecidas pela doutrina e jurisprudência – caso fortuito, força maior, fato da vítima ou fato de terceiro.

As excludentes de ilicitude previstas no art. 188 do Código Civil – estado de necessidade, legítima defesa e exercício regular de direito – são hipóteses legais da exclusão apenas, nos termos dos arts. 929 e 930 do Código Civil, *“em relação ao agressor, ou seja, àquele que causou o mal, que criou o risco ou o perigo”*⁹⁸.

Em nosso sentir, essa modificação aponta para hipótese muito similar à do fato exclusivo da vítima; quando o dano é atribuído integralmente apenas à vítima, o fator determinante para a ocorrência do dano é a sua conduta.

⁹⁷ VIANNA, Ragner Limongeli. *Excludentes da obrigação de reparação de danos*, p. 12.

⁹⁸ VIANNA, Ragner Limongeli. *Das cláusulas excludentes de ilicitude*, in LOTUFO, Renan; Giovanni Ettore Nanni (Coords.), *Teoria geral do direito civil*, p. 790.

As hipóteses de caso fortuito e força maior verificam-se no “fato necessário, cujos efeitos danosos não era possível evitar, inexistindo culpa do agente”⁹⁹. A distinção apontada por Agostinho Alvim “é a que vê no caso fortuito um impedimento relacionado com a pessoa do devedor ou com a sua empresa, enquanto que a força maior é um acontecimento externo”¹⁰⁰.

No caso de fato exclusivo da vítima ou de terceiro, aquela ou este agiram de forma determinante para o resultado danoso; por isso, não há que falar de obrigação de reparação de danos por terceiro. Se o fato concorrer com a participação do ofensor, a indenização será proporcionalmente avaliada de acordo com sua participação no evento.

Ou seja, nas hipóteses acima narradas, o responsável pode fazer a prova de que o incapaz não causou o dano como forma da exclusão de sua obrigação de repará-lo. Para tanto, será necessário a análise das circunstâncias em que o incapaz causou o dano à vítima, como se fosse capaz, como bem esclarece Vaneska Donato de Araújo:

“De fato, a responsabilidade civil por ato de terceiro constitui-se de duas relações, não sendo ambas regidas pelo mesmo fundamento jurídico. A primeira delas, formada entre o verdadeiro causador do dano e a vítima, é precipuamente regida pela responsabilidade subjetiva, ou seja, há ser provada a culpa do ofensor. O ato praticado pelo terceiro a de ser perpetrado de tal maneira que, fosse praticado por qualquer outro agente, seria considerado culpável”¹⁰¹.

⁹⁹ VIANNA, Ragner Limongeli. *Excludentes da obrigação de reparação de danos*, p. 39.

¹⁰⁰ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, p. 330.

¹⁰¹ ARAÚJO, Vaneska Donato de. *Responsabilidade por ato de terceiro*, in *Responsabilidade civil*, p. 148.

Como a responsabilidade dos pais é independentemente de culpa, não mais se permite ao responsável provar que exerceu seu dever de vigilância. A excludente de sua responsabilidade será a prova da inexistência dos requisitos legais – que o incapaz esteja sob sua autoridade e em sua companhia¹⁰².

O simples afastamento do filho da casa dos pais não elide a responsabilidade destes. É necessário que ocorra uma razão jurídica que elimine a guarda dos pais¹⁰³.

Por exemplo, para Vaneska Donato de Araújo, se o menor foge da casa dos pais e não há idéia do seu paradeiro, impedindo o dever de vigilância, educação e condução, excluída estará a responsabilidade do responsável¹⁰⁴.

Entretanto, é necessário analisar as situações caso a caso para não cometer injustiças, pois pode ser mais fácil ao pai negligente permitir a fuga do filho, razão pela qual ponderamos a aplicação dessa excludente à análise do caso concreto.

Se o menor não mora mais com os pais e ocorre a delegação do poder de vigilância, nessa hipótese não há a responsabilidade daqueles, salvo se demonstrada a falta de educação do menor, provando a culpa dos pais, que deixou de ser presumida¹⁰⁵.

¹⁰² TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena e BODIN, Maria Celina de Moraes. *Código Civil interpretado conforme a Constituição Federal da República*, p. 823.

¹⁰³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, p. 99.

¹⁰⁴ ARAÚJO, Vaneska Donato de. *Responsabilidade por ato de terceiro*, in HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Orient.); ARAÚJO, Vaneska Donato de (Coord.). *Responsabilidade civil*, p. 149.

¹⁰⁵ NETO, Martinho Garcez. *Responsabilidade civil no direito comparado*, p. 120.

Para Sergio Cavaliere Filho, a delegação ou substituição deve ser permanente ou duradoura¹⁰⁶, *verbis*:

“Vê-se, por aí, que a responsabilidade dos pais pode ser intermitente – como bem observa Águia Dias – cessando e restaurando-se conforme a delegação de vigilância, efetiva e a título de substituição (ob. cit., v. II/152). Conseqüentemente, nem toda a delegação de vigilância transfere a responsabilidade dos pais; somente aquela que tem caráter de substituição permanente ou duradoura, e feita juridicamente a quem tem condições de exercer responsabilmente o poder de direção sobre o menor. O simples afastamento do filho da casa paterna, por si só, não elide a responsabilidade dos pais. Até mesmo a emancipação que se revelar como ato impensado não tem o condão de afastar a responsabilidade dos pais, segundo a melhor doutrina”.

Entendemos, no âmbito familiar, que essa delegação não precisa necessariamente ser formal. Nos casos de separação e divórcio deve-se observar quem tem a guarda dos filhos, mas entendemos que cada caso deve ser analisado particularmente. Estamos diante de uma família moderna, com laços afetivos que devem ser preservados e considerados para todos os efeitos.

Martinho Garcez Neto, em seu livro *Responsabilidade civil no direito comparado*, observa que assim também é na França, *verbis*:

“Tem se negado a aplicação do art. 1.521 (por se de direito estrito), nos casos em que a criança é entregue a amigos ou parentes. Mas o tutor não tem deveres somente com o menor; tem-nos perante os demais membros da sociedade. E quem cuida da criança, sem ser pai, nem tutor, responde perante terceiros.

¹⁰⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 206.

*A jurisprudência francesa admite essa responsabilidade, mas nega a presunção de culpa dos que não são pais, nem tutores*¹⁰⁷.

O mesmo ocorre quando o menor está sob a responsabilidade de um professor, estabelecimento de ensino ou, ou quando o doente mental está internado em casa de saúde (art. 932, IV, do CC). Nesses casos a responsabilidade será transferida, pois o dever de guarda será de quem efetivamente tem condições de cuidar do incapaz no momento e, portanto, responder por seus atos.

Em outras palavras, Vaneska Donato de Araújo:

“Em caso de transferência de guarda para terceiros, seja para fins empregatícios ou educacionais, a responsabilidade também será transferida, conforme o caso, para o empregador, estabelecimento de ensino ou hospital psiquiátrico, entre outros. Nada impede que, observando-se particularidades do caso concreto, haja cumulação da responsabilidade paterna com de terceiros. (...)

Assim como a responsabilidade dos pais, a dos tutores e curadores também pode ser transferida, especialmente para sanatórios e hospitais psiquiátricos. De fato, a delegação da vigilância desloca conseqüentemente a responsabilidade pelos atos do incapaz, desde que esta seja feita a estabelecimento especializado. (...)

*Também responde os hospitais pelos danos causados por seus pacientes a terceiros, o que pode ocorrer, por exemplo, no caso de fuga de doentes mentais. Como ressaltamos anteriormente, a internação de incapazes em estabelecimentos de saúde desloca a responsabilidade de guarda dos pais e curadores para os hospitais e clínicas psiquiátricas*¹⁰⁸.

¹⁰⁷ P. 120.

¹⁰⁸ ARAÚJO, Vaneska Donato de. *Responsabilidade por ato de terceiro*, in HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Orient.); ARAÚJO, Vaneska Donato de (Coord.). *Responsabilidade civil*, p. 151, 156 e 157.

Na vigência do Código anterior, para muitos autores, dentre eles José de Aguiar Dias¹⁰⁹, o pai poderia alegar que perdeu o poder de direção do menor para se exonerar da responsabilidade.

Entretanto, entendemos que essa opinião foi superada com a determinação expressa do art. 933 do Código Civil de que os responsáveis responderão independentemente de culpa.

Ademais, é impossível saber se a falta de direção do menor não decorre da própria falta de educação que competia aos pais. Mas entendemos que cada caso concreto deverá ser analisado individualmente e, em alguns deles, poderá ser até excluída a responsabilidade dos pais.

Assim, diante da obrigação de reparar independentemente de culpa, o responsável, para se eximir do dever, deverá demonstrar as peculiaridades do seu caso concreto, demonstrando que não era possível evitar o dano, que não foi sua culpa e que não decorreu de nenhum fato que lhe possa ser imputado, demonstrando que perdeu o controle de direção do menor, pois entendemos que uma jurisprudência sábia poderá, apenas quando necessário, excluir a responsabilidade dos pais, principalmente na hipótese de prática reiterada de atos tipicamente ilícitos pelo incapaz.

¹⁰⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 603.

Nos casos de emancipação do filho menor, a responsabilidade dos pais será elidida apenas nas hipóteses de emancipação legal¹¹⁰ – quando a lei assim determinar; por exemplo, com o casamento ou colação de grau. Entretanto, se o pai emancipa o filho, ele não irá exonerar-se¹¹¹, visto que seu ato de vontade não pode excluir sua responsabilidade atribuída pela própria lei.

5.7. Direito de regresso

Nas hipóteses de responsabilidade pelo fato de outrem incapaz há o direito de regresso¹¹² do responsável pelo dano que reparou, com exceção da hipótese em que o causador do dano for descendente seu, tal como dispõe o art. 934 do Código Civil:

“Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz”.

Em outras palavras, os pais ou avós, como responsáveis, não terão direito à ação de regresso. É grande a injustiça desse preceito, que pode impedir o incapaz rico de devolver o que seu ascendente pobre pagou.

¹¹⁰ “Art. 5º do CC: A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria”.

¹¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, p. 100.

¹¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, p. 108-109.

Se o responsável, não ascendente do incapaz causador do dano, não tiver meios para arcar com toda a reparação, e o restante for suportado pelo próprio incapaz, permanece o direito de regresso pela parcela da indenização com a qual arcou, nos termos da interpretação cominada dos arts. 928 e 934 do Código Civil¹¹³.

¹¹³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição Federal da República*, p. 822.

6. REPARAÇÃO DE DANOS PELO INCAPAZ NO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E NO DIREITO ESTRANGEIRO

O Código Civil de 1916 silenciava sobre a obrigação de reparação de danos dos privados de discernimento. Como esclarecido no item 5.2, o art. 1.521 do Código Civil de 1916 estabelecia que pelo deficiente mental responda o curador, e pelo menor de dezesseis anos, os pais ou tutor.

O art. 156 desse Código dispunha que “*O menor, entre 16 (dezesseis) e 21 (vinte e um) anos, equipara-se ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que for culpado*”, pois a lei os considerava capazes de sopesar seus atos e respectivas conseqüências. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 116¹¹⁴, determinava que, tratando-se de ato infracional com reflexos patrimoniais, poderá a autoridade determinar que o adolescente promova o ressarcimento do dano ou, de outra forma, compense o prejuízo da vítima.

Está é a posição clássica, defendida por Orozimbo Nonato, Alvino Lima, dentre outros, de que aos incapazes, com exceção dos maiores de dezesseis anos, falta imputabilidade, e sem esta inexistente culpa¹¹⁵.

¹¹⁴ Lei n. 8.069/90 art. 116: “*Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima*”.

¹¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 40.

No entanto, outros autores, como Clóvis Beviláqua, Pontes de Miranda e Spencer Vampré, defendiam a ampla responsabilidade dos loucos, principalmente quando abastados de bens. Sustentavam, em síntese, que o incapaz deve ser responsabilizado, pois o art. 159 do Código Civil de 1916 impunha o dever de reparar a quem causasse prejuízo, sem fazer qualquer distinção.

Para Mário Moacyr Porto, se um dano é “*objetivamente ilícito*”, é ressarcível, pouco importando se o seu agente é inimputável. A culpa é uma noção social e o objetivo não é descobrir o culpado e sim reparar o dano¹¹⁶.

Tal tese não prevaleceu por falta de amparo no ordenamento jurídico então vigente.

Para Silvio Rodrigues há muito a solução da reparação de danos do incapaz preocupou os juristas, e muitos deles, em casos excepcionais e de *lege ferenda*, entendem que o patrimônio do incapaz responda pelos danos causados por ele¹¹⁷.

O autor defende que a jurisprudência poderia ter adotado caminhos para solucionar a questão, *verbis*:

“Uma jurisprudência sábia poderia, sem constrangimento, adotar os caminhos timidamente escolhidos pela jurisprudência francesa e acima apontados, pois eles não são incompatíveis com a lei vigente no Brasil”.

¹¹⁶ *Temas de responsabilidade civil*, p. 17.

¹¹⁷ *Direito civil*, p. 25-28.

Os prejuízos causados pelos incapazes a terceiros – não indenizados por seu responsável – eram equiparados à força maior ou caso fortuito e não geravam o dever de indenizar para o incapaz.

A vítima, muitas vezes, ficava sem a devida reparação, ou seja, a vítima inocente não tinha o direito à reparação dos prejuízos sofridos em seus interesses juridicamente protegidos, mesmo que lesada por amental de fortuna, o que nos parece uma grande injustiça¹¹⁸. Nesse sentido, destaca Alexandre Nader e Ana Nery¹¹⁹:

“Nesse injusto cenário, fazia-se mister uma ‘corajosa revisão’ no capítulo da responsabilidade civil do incapaz pois, segundo MARIO MOACYR PORTO, ‘o exame ou avaliação das condições físicas e psíquicas do autor do dano – idade, educação, temperamento, etc – vale para informar e identificar as razões determinantes do seu comportamento anormal, mas não para subtrair da vítima inocente o direito de obter uma reparação dos prejuízos sofridos em seus interesses juridicamente protegidos.’ Assim é que, em franca decadência, a teoria da irresponsabilidade absoluta da pessoa privada de discernimento foi abolida do sistema jurídico atual”.

Nas hipóteses de loucura culposa, a responsabilidade pela reparação dos danos causados já era admitida por todos, tal como nos dias atuais. Para Agostinho Alvim¹²⁰, são as hipóteses em que o agente é culpado pela incapacidade, destacando:

¹¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil*, p. 393-394

¹¹⁹ NADER, Alexandre. NADER, Ana Rita Nascimento Nery. *Responsabilidade civil do incapaz no novo Código Civil*, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 6, n. 32, p. 35-39, nov./dez. 2004, p. 37.

¹²⁰ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, p. 264-265.

“o fato de o que causou o dano não trazer em si mesmo o caráter de ato praticado por insano mental; o ato praticado em intervalo lúcido; a circunstância de não ter o causador do ato tomado precauções, uma vez que se reconhece sujeito a crises de epilepsia ou sonambulismo; o fato de não haver se submetido a tratamento. (...)”

Para nós, é inquestionável a responsabilidade do embriagado.

Excetuado o caso de quem tenha sido embriagado à força, é certo que embriagar-se revela imprudência.

Querendo, de livre vontade, este ato imprudente, que pode dar origem a dano alheio, deve aquele que se embriagou responder pelas conseqüências dessa imprudência”.

7. REPARAÇÃO DE DANOS PELO INCAPAZ

7.1. Direito estrangeiro

A reparação de danos dos incapazes de discernimento em relação aos atos ilícitos foi admitida primeiramente no direito suíço (arts. 57 e 58 do antigo Código Suíço das Obrigações). Atualmente, assim dispõe o Código Federal Suíço das Obrigações:

“Art. 54, § 1º: Por equidade, pode o juiz condenar a uma indenização, parcial ou total, mesmo uma pessoa não capaz de discernimento que cause um dano”.

Outros países também regularam expressamente a matéria.

Vejamos¹²¹:

Código Civil alemão:

“§ 829. Quem, em um dos casos assinados nos §§ 823 a 826, não for, com fundamento nos §§ 827 e 828, responsável por um dano por ele causado, terá, não obstante, sempre que a indenização do dano não possa ser exigida de um terceiro com dever de vigilância, de indenizar o dano, desde que a equidade, de acordo com as circunstâncias, particularmente, de acordo com as relações entre os interessados, exigir uma compensação, e a ele não sejam tirados os meios dos quais necessita para a sua manutenção conveniente assim como para a realização das suas obrigações legais de alimentos”.

¹²¹ MAZZEI, Rodrigo. *Responsabilidade civil do incapaz: considerações panorâmicas sobre o art. 928 do CC*, in DELGADO, Mário Luiz (Coord.); ALVES, Jonas Figueirêdo (Coord.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*, p. 493.

Código Civil italiano:

“Art. 2.047, alínea 2: No caso em que o prejudicado não tenha podido obter indenização daquele que era obrigado à vigilância, pode o juiz, levando em consideração as condições econômicas das partes, condenar o autor do prejuízo a uma eqüitativa indenização”.

Código Civil português:

“ARTIGO 489 (Indenização por pessoa não imputável)

1. Se o ato causador dos danos tiver sido praticado por pessoa não imputável, pode esta, por motivo de eqüidade, ser condenada a repará-los, total ou parcialmente, desde que não seja possível obter a devida reparação das pessoas a quem incumbe a sua vigilância.

2. A indenização será, todavia, calculada por forma a não privar a pessoa não imputável dos alimentos necessários, conforme o seu estado e condição, nem dos meios indispensáveis para cumprir os seus deveres legais de alimento.”.

Código Civil peruano:

“Em caso de dano causado por um incapaz privado de discernimento, se a vítima não puder obter a reparação da pessoa que tem sua guarda, o juiz pode, em vista da situação das partes, condenar o mesmo autor do dano a uma indenização eqüitativa”¹²².

Verifica-se nas legislações transcritas que ao juiz é autorizado, com eqüidade, condenar uma pessoa, ainda que incapaz de discernimento, à reparação total ou parcial do prejuízo que causou.

¹²² Tradução livre – texto original: *“Em caso de daño causado por un incapaz privado de discernimiento, si la víctima no ha podido obtener una reparación de la persona que lo tiene bajo su guarda, el juez puede, en vista de la situación de las partes, condenar ao mismo autor del daño a una indemnización eqüitativa”*.

Tal raciocínio já era seguido pelos antigos romanos, que, por utilidade, estendiam ao incapaz de discernimento efeitos que, segundo os princípios da responsabilidade por culpa, não seriam aplicados¹²³.

Sobre o art. 489 do Código Civil português, supracitado, observa Antunes Varela¹²⁴:

“Na seqüência de uma orientação que, em termos bastante mais rígidos aliás, procede já da legislação anterior, o novo Código (art. 489º) admite que a pessoa inimputável seja condenada a indemnizar total ou parcialmente o lesado (não sendo possível obter a reparação por parte das pessoas a quem toca a vigilância daquela), quando razões de equidade assim o imponham: porque o agente tenha bens bastantes por onde responder, porque o lesado tenha ficado em difícil situação económica, porque seja acentuada a diferença de situação económica entre um e outro, porque seja avultado o montante do prejuízo, porque seja particularmente grave a conduta do agente, porque seja bastante séria a violação cometida, etc.”.

Seguindo a doutrina estrangeira citada, a China, Espanha, México seguiram esse mesmo raciocínio¹²⁵.

Na opinião do Ilustre Professor Agostinho Alvim, o que as referidas legislações tentam evitar é a situação clássica de um louco rico que causa prejuízo a um pobre, que não será ressarcido¹²⁶.

¹²³ CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Incapacidade civil e restrições de direito*, p. 235.

¹²⁴ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, p. 564-565.

¹²⁵ *Da inexecução das obrigações*, p. 263.

¹²⁶ *Da inexecução das obrigações*, p. 263.

Nos países até agora citados, o sistema adotado foi o da responsabilidade subsidiária e mitigada do incapaz: *“mesmo que com algumas variações nas normas postas como paradigmas, o quadro permite dizer que a redação do art. 928 sofreu a influência do direito estrangeiro, sendo uma tendência de fixação de indenização eqüitativa contra o incapaz, na impossibilidade do ressarcimento do dano pelo responsável respectivo”*¹²⁷.

Entretanto, não são todos os países que adotam o mesmo sistema. O Código Civil francês determina que o incapaz deverá reparar os danos por ele causado, adotando o sistema da reparação total, sem, entretanto, excluir a responsabilidade dos pais¹²⁸, *verbis*:

“Article 489-2

(inséré par Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 art. 1 Journal Officiel du 4 janvier 1968 en vigueur le 1er novembre 1968)

*Celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation”*¹²⁹.

Nesse sentido, *“note-se que o sistema francês restou completamente alterado. Saiu do sistema da irresponsabilidade completa para a total reparação, rompendo com a tradição romana na qual se inspirara”*¹³⁰.

Como explica Georges Ripert, citado por Vaneska Donato de Araújo, trata-se de uma obrigação de assistência:

¹²⁷ MAZZEI, Rodrigo. *Responsabilidade civil do incapaz: considerações panorâmicas sobre o art. 928 do CC*, in DELGADO, Mário Luiz (Coord.); ALVES, Jonas Figueirêdo (Coord.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*, p. 493.

¹²⁸ *Vide* item 5.1.

¹²⁹ Artigo 489-2: O que causou um prejuízo a outro enquanto que estava sob o império de uma perturbação mental, não é obrigado menos a reparar (tradução livre).

¹³⁰ SIMÃO, José Fernando, *Responsabilidade civil do incapaz em busca pela interpretação do sistema*.

“A oposição dos princípios subsiste. Se se funda a responsabilidade sobre o risco criado, o alienado deve certamente uma reparação; deve-se a tanto mais quanto a ele é um ser anormal, causa funesta de desequilíbrio. Mas este ser anormal não tem consciência nem liberdade; não tem nenhuma responsabilidade moral. Impor-lhe uma obrigação de reparação é simplesmente transportar um valor de seu patrimônio para o patrimônio de outrem para ajudar a vítima a suportar o prejuízo causado. Estamos então em presença de uma obrigação de assistência e não de reparação. Se se quiser organizar legalmente a responsabilidade do alienado, é nesta via que é preciso procurar e, naturalmente, deixará de se tratar de reparação integral ou devida em todos os casos”¹³¹.

Verifica-se pelo trecho final de Ripert que a reparação integral na França é justamente criticada pelo prisma da equidade, ou seja, a indenização deveria ser equitativa e cabível em circunstâncias que não prejudique o incapaz.

A doutrina francesa também sugere a criação de um seguro obrigatório para a reparação dos danos causados pelos incapazes a terceiros e a si próprios, danos estes que se tornam mais prováveis devido ao seu próprio estado¹³².

No direito inglês, em regra, o autor dos danos responde pela reparação, mesmo que incapaz¹³³.

¹³¹ ARAÚJO, Vaneska Donato de: *O lugar da culpa e os fundamentos da responsabilidade civil no direito contemporâneo*, in HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNIA, Maria Clara Osuna Diaz (Coords.). *Ensaio sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade*, p. 417.

¹³² ARAÚJO, Vaneska Donato de: *O lugar da culpa e os fundamentos da responsabilidade civil no direito contemporâneo*, in HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNIA, Maria Clara Osuna Diaz (Coords.). *Ensaio sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade*, p. 417-418.

¹³³ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, p. 158.

7.2. Artigo 928 do Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 – acompanhando a doutrina, a jurisprudência e orientações já vigentes em outros ordenamentos – determinou, de acordo com os critérios de equidade, justiça, ordem e equilíbrio social, segurança e dignidade da vítima, a **responsabilidade civil mitigada e subsidiária do incapaz** em seu art. 928, *verbis*:

“Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser eqüitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem”.

Avançou significativamente o novo Código, ao prever que o incapaz responde pelos danos a que der causa, sem comprometer seu sustento ou o de seus dependentes, se seus responsáveis não tiverem a obrigação de indenizar ou se o patrimônio destes, desde que responsabilizados, não for suficiente para atender ao reclamo da vítima.

Referido avanço aponta o foco de atenção, do direito e da lei, para a pessoa da vítima e para a imprescindibilidade de reparação do dano sofrido por ela. A reparação garante à vítima recondução ao direito à dignidade da pessoa humana, enquanto valor máximo, pela imposição do dever indenizatório ao causador do dano.

Devemos sempre lembrar que o incapaz causador do dano é, na hipótese legal, uma pessoa capaz de possuir direitos¹³⁴ e, muitas vezes, titular de patrimônio suficiente para sua sobrevivência, mesmo que arcar com a indenização dos danos sofridos pela vítima.

Para muitos doutrinadores, referido artigo feriu princípios basilares da responsabilidade civil. Transcrevemos abaixo trecho das duras críticas realizadas por Rui Stoco¹³⁵:

“Importa, sim, o fato de que os princípios que norteiam a responsabilidade civil e o direito, como um todo, foram desprezados ou feridos. (...)

Mas não há como acolher silenciosamente essa modificação sem se decepcionar e indignar, posto que os menores inimputáveis, os enfermos e os deficientes mentais receberam ao longo do tempo e que se impõe preservar.”

Prosseguindo a leitura, o autor reafirma sua posição contrária ao artigo supracitado, justificando que não se pode imputar ao autor do fato a responsabilidade se esta pessoa não tem discernimento, pois não sabe o que está fazendo.

Ademais, Rui Stoco considera que o referido artigo não garante a reparação do dano à vítima, pois se o incapaz e seu responsável não tiverem condições financeiras a vítima ficará irressarcida.

¹³⁴ Vide item 3.1.

¹³⁵ *Tratado de responsabilidade civil com comentários ao Código Civil de 2002*, p. 772-773.

Para Vaneska Donato de Araújo, a fixação com equidade, prevista no art. 928, parágrafo único, “*somente prestou-se a, desnecessariamente, derrogar o princípio da reparação integral do dano*”¹³⁶.

Preferimos filiar-nos à corrente que entende ser primordial que a vítima alcance alguma reparação, mesmo parcial.

Referido artigo veio atender ao sentimento de justiça, já lembrado por Agostinho Alvim¹³⁷, como o famoso exemplo do louco abastado que não tinha responsável e a vítima arcava com os prejuízos por ele causados. Ou seja, veio atender à reparação da vítima sob o prisma da equidade – e não da reparação integral do dano.

A própria lei determina que a indenização não poderá privar o incapaz e seus descendentes de seu sustento, sendo fixada por equidade, como elogia Rodrigo Mazzei¹³⁸:

A solução, bem calibrada, ao mesmo tempo em que penetra no patrimônio do incapaz afortunado, mantém proteção que não autorizará a penúria deste, afastando também dos riscos as pessoas que com ele tenham vínculo de dependência (as vezes, até outro incapaz).

¹³⁶ ARAÚJO, Vaneska Donato de. *Responsabilidade por ato de terceiro*, in HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Orient.); ARAÚJO, Vaneska Donato de. (Coord.). *Responsabilidade civil – direito civil*. p. 150.

¹³⁷ Vide item 6.1.

¹³⁸ MAZZEI, Rodrigo. *Responsabilidade civil do incapaz: considerações panorâmicas sobre o art. 928 do CC*, in DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*, (p. 477-505), p. 494.

7.3. Responsabilidade de eqüidade

Dentre as principais polêmicas do art. 928 do Código Civil de 2002, uma merece destaque especial – se a hipótese descrita na norma em exame remete à responsabilidade civil subjetiva, objetiva ou outra espécie.

Como exposto no item 4.2, entendemos que se trata de uma responsabilidade sem culpa fundada na eqüidade, como a doutrina já aclamava, conforme retratado por Wilson Melo da Silva ao comentar o famoso trecho de Agostinho Alvim: *“o que perturba é, por exemplo, a situação do louco rico, que causa prejuízo a um pessoa pobre”*, e esclarecer que a *“causa da perturbação seria, aí, a eqüidade. Ela teria gritado mais alto que o logismo jurídico dos adeptos da culpa clássica”*, em face da contradição da *“responsabilidade do irresponsável”*¹³⁹.

E o autor arremata:

*“Tem-se, assim, no caso particular dessa verdadeira reparação sem culpa, que outra coisa não pode deixar de ser, em face dos ditames da teoria clássica da culpa subjetiva, a obrigatoriedade do ressarcimento por danos por muitos reclamada quanto aos privados de discernimento, a influência do papel dinamizador da eqüidade no direito”*¹⁴⁰.

¹³⁹ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*, p. 155-156.

¹⁴⁰ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*, p. 157.

Alvino Lima já destacava que inúmeros autores proclamavam a responsabilidade dos alienados, ignorando a culpa e justificando sua imposição pela equidade, ordem social, segurança da vítima e equilíbrio social, devendo recair sobre o alienado o peso do dano, não porque seja culpado, mas porque o problema da responsabilidade civil deve ser encarado como uma simples relação patrimonial regulada pela idéia de concordância entre o fato e o dano, sempre que os interesses da própria vítima e os interesses sociais justifiquem tal reparação pelo incapaz¹⁴¹.

Conceitua o autor:

“Rebusque-se onde se quiser o fundamento da obrigação do demente na reparação dos danos que causar; seja na equidade, seja no dever de assistência, a verdade, porém, é que estamos, inelutavelmente, aplicando a teoria da responsabilidade sem culpa, quando criamos uma obrigação a cargo de quem jamais cometeu um erro de conduta. Toda a responsabilidade civil, para a teoria objetiva, se funda na idéia de reparação de um prejuízo sofrido pela vítima injustamente, estabelecendo o equilíbrio dos patrimônios, atendendo-se a segurança da vítima; ora, desde que se impõe ao alienado o ressarcimento do dano causado, a satisfação de um prejuízo que se reputa injusto, satisfazendo-se o equilíbrio dos patrimônios, cria-se uma obrigação civil, que outra coisa não é, na técnica jurídica, senão a responsabilidade civil extracontratual. Pouco importa que se condicione esta reparação, limitando-a e protegendo também os interesses do demente; trata-se de se defender outros postulados da justiça e da equidade, mas o princípio em si mesmo, obrigando a uma reparação maior ou menor, o que constitui uma simples questão aritmética ou de quantidade, não sofre delimitação, nem muda de natureza; trata-se sempre de obrigação de reparar uma dano, sem culpa”¹⁴².

¹⁴¹ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, p. 156.

¹⁴² LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, p. 163-164.

Sobre o tema manifesta-se Orlando Gomes¹⁴³:

“Por outro lado a chamada responsabilidade de eqüidade, consagrada no Cód. Civil alemão, e aceita pelo Cód. Civil italiano, constitui por igual, exceção a regra da responsabilidade baseada na culpa. Admitem esses Códigos que, em circunstâncias especiais, o juiz, levando em consideração a situação da vítima pode condenar o autor do dano à repará-lo, ainda que o considere irresponsável. As disposições legais que conferem esse poder a autoridade judicial firmam preceito de evidente caráter excepcional, embora tenha aberto profunda brecha no sistema jurídico tradicional da responsabilidade, ao admitirem a eliminação da imputabilidade, permitindo que a obrigação de indenizar o dano seja imposta por exemplo, a um alienado, vale dizer, abstraindo a idéia de culpa, descabível que é nas pessoas que não têm capacidade de querer e entender”.

Para Antunes Varela não há dúvidas de que não se trata de hipótese de responsabilidade objetiva, visto que o incapaz irá responder apenas nos termos que responderia se fosse imputável e praticasse o ato ilícito, segundo ainda os critérios da eqüidade e as regras do direito estrito¹⁴⁴.

Fernando de Lopes Pessoa Jorge¹⁴⁵ discorda expressamente de Varela Diz tratar-se de responsabilidade objetiva por ser uma obrigação imposta por uma razão de eqüidade, que não se funda na responsabilidade civil, mas no risco.

¹⁴³ *Obrigações*, p. 281.

¹⁴⁴ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, p. 564.

¹⁴⁵ *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, p. 333.

Entendemos que se a hipótese fosse de responsabilidade objetiva, haveria uma suposta objetivação de culpa do incapaz, o que deve ser repellido pela nossa jurisprudência sob pena de prejudicar o incapaz. Como diversos textos consultados fazem essa confusão ao se referir ao dever de reparação de danos pelo incapaz, preferimos adotar a postura radical de não utilizar essa classificação sinônima de responsabilidade sem culpa e objetiva e destacar, mais uma vez, que a responsabilidade é sem culpa.

A culpa nem sequer pode ser presumida. Por ser o incapaz inimputável, não há como classificar as suas condutas como dolosas ou culposas pela falta de discernimento do agente. O risco também exige a consciência do ato para que o agente assuma as conseqüências dele; só assume o risco quem entende tal atribuição e conseqüências.

Ademais, o incapaz *“não pode ter um regime jurídico tanto no plano material quanto processual mais gravoso do que o capaz, sob pena da sua inimputabilidade ser contraditoriamente o elemento que lhe agrava a situação e não que a amenize ou até a afaste; logo seu patrimônio responderá quando, além de cumpridos os requisitos exigidos para responsabilização de qualquer agente capaz, ainda estejam presentes os requisitos do art. 928 do CC”*^{146 147}.

¹⁴⁶ FERREIRA, Willian Santos. *Aspectos materiais e processuais da responsabilidade patrimonial do incapaz*, *Revista Jurídica*, v. 55, n. 357, p. 73-89, jul. 2007, p. 81.

¹⁴⁷ No mesmo sentido: *“De contrário, o inimputável seria tratado com maior rigor do que se fosse imputável, o que não era justo nem está no espírito da lei”* (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, p. 565).

É uma hipótese de responsabilidade sem culpa com objetivo de reparação do dano injusto. O foco será a reparação da vítima e quem deverá arcar com o prejuízo, mesmo que de forma mitigada, como conclui William Ferreira¹⁴⁸:

“Por que, então, o incapaz responde nos termos do art. 928? A razão é: porque alguém precisa pagar a conta. Dentro de algumas condições, não é crível que ‘a conta’ fique justamente com a vítima, especialmente se o incapaz possuir patrimônio considerável. Imagine-se o caso de absolutamente incapaz (art. 3º CC) que recebeu uma grande herança, cujo responsável não possui patrimônio. Saindo com o carro, menor ainda, e matando uma pessoa, é razoável que os filhos da vítima não consigam obter uma indenização, alimentos? É claro que não. Para hipóteses como esta é que o art. 928 deve ser ministrado, embora com dosagens variáveis conforme as necessidades e possibilidades dos envolvidos, que deverão ser consideradas, utilizando-se a equidade (parágrafo único, art. 928)”.

O incapaz deverá ser responsabilizado apenas quando pessoa imputável respondesse em situação análoga, de acordo com as regras da responsabilidade subjetiva, observando os critérios de equidade impostos para sua responsabilização subsidiária.

¹⁴⁸ FERREIRA, Willian Santos. *Aspectos materiais e processuais da responsabilidade patrimonial do incapaz*, Revista Jurídica, v. 55, n. 357, p. 73-89, jul. 2007, p. 357.

Frise-se que “*não há ‘culpa’ no plano subjetivo do incapaz, mas que seus atos objetiva e materialmente sejam considerados da mesma forma como são exigidos para a responsabilização de pessoas capazes*”¹⁴⁹. Apenas a conduta é igual, não há responsabilidade subjetiva, pois sua responsabilidade é sem culpa, como bem observou Agostinho Alvim ¹⁵⁰:

“Uma vez que sua responsabilidade não se funda na culpa, teria que se fundar em dispositivo de lei (responsabilidade legal)”.

Trata-se de responsabilidade atribuída com base na eqüidade e determinada pela lei, denominada responsabilidade de eqüidade na doutrina estrangeira, como exceção à regra da responsabilidade baseada na culpa.

Não é outra a conclusão do ilustre autor português António Pais de Souza¹⁵¹:

“Não se trata, portanto, de uma verdadeira reparação do dano baseada em regras gerais de responsabilidade civil. Pode então perguntar-se, em que circunstâncias devem funcionar os tais motivos de eqüidade que permitem condenar o menor inimputável na reparação dos danos causados. O Prof. Vaz Serra diz-nos que a eqüidade pode exigir a reparação em face das condições económicas das partes, e pode exigi-la em vista de outras circunstâncias”.

¹⁴⁹ FERREIRA, Willian Santos. *Aspectos materiais e processuais da responsabilidade patrimonial do incapaz*, *Revista Jurídica*, v. 55, n. 357, p. 73-89, jul. 2007, p. 80.

¹⁵⁰ *Da inexecução das obrigações*, p. 263.

¹⁵¹ *Da incapacidade jurídica dos menores interdotos e inabilitados*, p. 206.

E é por isso que Ruy Samuel Espínola explica que a equidade é instituto inseparável da aplicação da justiça. A equidade consiste na operação de adequar as normas gerais e abstratas às características peculiares do caso concreto, na busca de um resultado justo. Não é instituto corretor da justiça, mas corretor da legalidade e retificador de suas injustiças¹⁵².

Exatamente por isso que Francisco Amaral¹⁵³ destaca que a própria natureza da *“equidade é um princípio ético, um modelo ideal de justiça, um princípio inspirador do direito que visa a realização da perfeita igualdade material, transformando-se em modelo jurídico quando aplicado pelo órgão jurisdicional a um conflito de interesse específico. Não é uma instância menor do direito, ao contrário, constitui-se um arquétipo axiológico que orienta a aplicação do direito de modo a evitar-se eventual injustiça ou desigualdade decorrente da rigidez da sua fórmula”*.

Para Santo Tomás de Aquino, inúmeras vezes lembrado por Wilson Melo da Silva, a equidade é o ditame da reta razão e do bem comum; postada para lá da própria norma, surge, particularmente aqui, como fator de acomodação do caso concreto¹⁵⁴, como já destacava Aristóteles¹⁵⁵:

“E essa é a natureza do equitativo: uma correção da lei quando ela é deficiente em razão da universalidade. (...)”

¹⁵² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*, p. 43-104.

¹⁵³ AMARAL, Francisco. *A equidade no Código Civil brasileiro*, in ALVIM, Arruda; CESAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. p. 207.

¹⁵⁴ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*, p.161.

¹⁵⁵ ARISTÓTELES. *Os pensadores*, p. 336/337.

Com efeito, quando uma coisa é indefinida, a regra também é indefinida, como a régua de chumbo usada para ajustar as molduras lésbicas: a régua adapta-se à forma da pedra e não é rígida, exatamente como o decreto se adapta aos fatos."

Para Agostinho Alvim¹⁵⁶ a lei, que, explicitamente, ou implicitamente recomenda ao juiz o julgamento por equidade, está em equação com a "individualização" e com justiça "perfeita", *verbis*:

"O conceito de equidade reduz-se ao de justiça perfeita, ou aproximada.

Aproximada, quando à lei foge à generalização e especifica, afim de melhor se aproximar da justiça; perfeita, quando permite ao juiz individualizar (equidade individualizadora), ao conhecer de um caso concreto."

A equidade é uma cláusula geral, aplicada quando autorizada pela lei, com conceito multissignificativo que decorre de suas diversas funções. A equidade é interpretativa quando o juiz, perante dificuldades, estabelece o sentido de um contrato com um justo comedimento; será corretiva ao contemplar o equilíbrio das prestações, como, por exemplo, na hipótese de redução do valor da cláusula penal; a equidade será quantificadora ao autorizar a redução da fixação do *quantum* indenizatório; e, por fim, integrativa, como fonte de integração do direito¹⁵⁷.

¹⁵⁶ ALVIM, Agostinho. *Da equidade*, p. 3 e 5.

¹⁵⁷ AMARAL, Francisco. *A equidade no Código Civil brasileiro*, in ALVIM, Arruda; CERQUEIRA CESAR, Joaquim Portes de; ROSAS, Roberto. *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*, p. 197-208.

Em nosso direito a responsabilidade por equidade estabelecida pelo Código Civil está de acordo com o princípio da socialidade que norteou sua elaboração, além de outros princípios constitucionais que serão estudados nos próximos itens.

É justamente por isso que alguns autores destacam que o fundamento do novo dispositivo legal repousa nos princípios da garantia e assistência mútua, que sacrifica o direito para a humanidade, visando o restabelecimento do equilíbrio social violado pelo dano¹⁵⁸.

7.3.1. Princípio da socialidade, solidariedade social e justiça distributiva

A socialidade é uma diretriz principiológica do Código Civil de 2002, assim definida por Miguel Reale¹⁵⁹:

“A SOCIALIDADE – É constante o objetivo do novo Código no sentido de superar o manifesto caráter individualista da Lei vigente, feita para um País ainda eminentemente agrícola, com cerca de 80% da população no campo.

Hoje em dia, vive o povo brasileiro nas cidades, na mesma proporção de 80%, o que representa uma alteração de 180 graus na mentalidade reinante, inclusive em razão dos meios de comunicação, como o rádio e a televisão. Daí o predomínio do social sobre o individual”.

¹⁵⁸ NADER, Alexandre Nader. NADER, Ana Rita Nascimento Nery. *Responsabilidade civil do incapaz no novo Código Civil*, Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, v. 6, n. 32, p. 35-39, nov./dez. 2004, p. 38.

¹⁵⁹ REALE, Miguel. *Visão geral do novo Código Civil*, Jus Navigandi, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 02 set. 2008.

O princípio da socialidade altera a visão patrimonialista e individualista do Código Civil de 1916, atribuindo a necessidade de observar a função social de todos os institutos e relações jurídicas previstas, com a prevalência de valores fundamentais da pessoa humana, como igualdade e dignidade¹⁶⁰.

Impõe, também, o dever de respeito à dignidade, boa-fé, boa informação; diligência; respeito à ecologia, ao meio ambiente, dentre outros¹⁶¹.

Referido princípio tem fundamento na Constituição Federal de 1988, que traz em seu bojo os valores sociais básicos, nascidos da própria sociedade, e é por isso que “as pessoas são obrigadas a assim atuar, sob pena de macular o preceito constitucional da solidariedade, de tal sorte que para todas as atividades desempenhadas, seja nos atos sem relevância para o direito, seja no cumprimento de relações obrigacionais, existe uma imposição de cooperação de não se abusar de outrem, de se exercer os direitos de acordo com sua finalidade social etc.”¹⁶².

Ademais, a Constituição é conhecida por seu caráter social, humano e fraterno. Seu fundamento, a dignidade da pessoa humana, traz como princípios norteadores os Direitos e Garantias Fundamentais, buscando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, visando o bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e deficiências, prezando a liberdade e a igualdade dos indivíduos e garantindo a distribuição e circulação de bens (justiça distributiva).

¹⁶⁰ NANNI, Giovanni Ettore. *O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade*. In: NANNI, Giovanni Ettore. (Org.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 5 anos do Código Civil. Estudos em homenagem ao Professor Renan Lotufo*, p. 298.

¹⁶¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado.*, p. 543-546.

¹⁶² NANNI, Giovanni Ettore. *O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade*. In: NANNI, Giovanni Ettore. (Org.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 5 anos do Código Civil. Estudos em homenagem ao Professor Renan Lotufo*, p. 297.

O princípio da socialidade do novo Código está em consonância com o princípio da solidariedade social e da justiça distributiva, previstos no art. 3º, I e III, da Constituição Federal, respectivamente, *verbis*:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Segundo Gustavo Tepedino, a Constituição de 1988 projeta o dever de reparação para além dos confins da conduta culposa dos indivíduos e conclui que é premissa metodológica que a solução de conflitos de responsabilidade civil deve atender aos princípios constitucionais da solidariedade social e da justiça distributiva, impedindo que se reproduza a técnica individualista de reparação¹⁶³.

Destacamos alguns trechos:

“Com efeito, os princípios da solidariedade social e da justiça distributiva, capitulados no art. 3º, incisos I e III, da Constituição, segundo os quais se constituem em objetos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, não podem deixar de moldar os novos contornos da responsabilidade civil. Do ponto de vista legislativo e interpretativo, retiram da esfera meramente individual e subjetiva o dever de repartição dos riscos da atividade econômica e da autonomia privada, cada vez mais exacerbados na era da tecnologia. Impõem, como linha de tendência, o caminho da intensificação dos critérios objetivos de reparação e do desenvolvimento de novos mecanismos de seguro social.

¹⁶³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*.,p. 193 e 204.

Justifica-se assim, inequivocadamente, a preocupação do constituinte em prever, ele próprio, certas hipóteses de responsabilidade objetiva e de seguro social (art. 7º, XXVIII; art. 21, XXIII, c; art. 37, § 6º), bem como a cumulação dos danos morais e materiais (art. 5º, V e X), abrindo caminho para o trabalho do legislador infraconstitucional (basta pensar na Lei 8.078/90, o Código do Consumidor) e da jurisprudência (em sua importantíssima tarefa de definir os critérios de liquidação dos danos) no sentido de ampliar os confins da reparação civil e da repartição social dos danos.

Delinea-se, assim, um modelo dualista, convivendo lado a lado, a norma geral da responsabilidade civil subjetiva, do art. 159, que tem como fonte o ato ilícito, e as normas reguladoras da responsabilidade objetiva para determinadas atividades, informada por fonte legislativa, que, a cada dia, se torna mais volumosa”¹⁶⁴

A responsabilidade civil a partir da idéia de solidariedade reflete a atual tendência do direito de afastar a noção de culpa, evitar a concentração de riquezas e garantir a reparação do dano injusto, mesmo que não seja integral.

O dever de cooperação, enraizado em toda e qualquer obrigação, decorre logicamente do princípio da solidariedade; também atinge o incapaz que convive naquele contexto social, interage e se integra, e, portanto, deverá “cooperar na solidariedade social”¹⁶⁵ independentemente de sua condição peculiar, desde que tenha patrimônio para tanto.

¹⁶⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, p. 193-195.

¹⁶⁵ NANNI, Giovanni Ettore. *O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade*. In: NANNI, Giovanni Ettore. (Org.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 5 anos do Código Civil. Estudos em homenagem ao Professor Renan Lotufo*, p. 300.

7.3.2. Princípio da eticidade

O princípio da eticidade é diretriz do Código Civil e tem como fundamento o valor da pessoa humana como fonte de todos os demais valores, priorizando a equidade, a boa-fé, a justa causa, o justo comportamento de todos os seres humanos e demais critérios éticos¹⁶⁶.

Miguel Reale¹⁶⁷ assim se manifesta sobre o princípio em análise:

“Não obstante os méritos desses valores técnicos, não era possível deixar de reconhecer, em nossos dias, a indeclinável participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, sem abandono, é claro, das conquistas da técnica jurídica, que com aqueles deve se compatibilizar.

Daí a opção, muitas vezes, por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais”.

Verifica-se, portanto, que se trata de um princípio voltado para a estrutura da norma jurídica. É uma diretriz que estabelece o uso de normas genéricas e cláusulas abertas, para garantir a prevalência de valores éticos e conferir ao magistrado bom senso para resolver o caso concreto com justiça, como destaca Giovanni Ettore Nanni ao comentá-lo:

¹⁶⁶ NANNI, Giovanni Ettore. *O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade*. In: NANNI, Giovanni Ettore. (Org.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 5 anos do Código Civil. Estudos em homenagem ao Professor Renan Lotufo*, p. 298; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais inovações no Código Civil de 2002: breves comentários*, p. 5.

¹⁶⁷ REALE, Miguel. *Visão geral do novo Código Civil, Jus Navigandi*, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 02 set. 2008.

“É conferido maior poder ao juiz para encontrar a solução mais justa ou eqüitativa, de acordo com os preceitos éticos, abandonando-se o formalismo de regras normativas expressas na lei, criando-se um sistema aberto e compreensivo”¹⁶⁸.

Cumprir lembrar que na origem de sua concepção a cláusula aberta era tida como a técnica de legislar do direito eqüitativo, com conceitos abertos, em oposição à descrição de comportamentos engessados, que vai além da lei estrita e alcança a Justiça do caso concreto¹⁶⁹.

Para Judith Martins, o Código Civil segue a diretriz da concretude, que significa dizer a observância da situação ética, através de conceitos flexíveis ou fórmulas ordenadoras que permitirão ao aplicador do direito descer do plano das abstrações ao terreno rico e multiforme do concreto¹⁷⁰.

Essa é exatamente a hipótese da obrigação de reparação de danos pelo incapaz fixada com eqüidade. Rompe-se o rigor formal e autoriza-se que o juiz aplique a lei como forma de correção da injustiça para o caso concreto. No caso em exame, o dano injusto causado por incapaz à vítima e não reparado pelo seu responsável.

Assim, sob o prisma da eqüidade, o juiz poderá determinar que o patrimônio do incapaz responda (i) por toda a reparação, (ii) por nenhuma reparação, (iii) ou pela reparação parcial, sempre tendo em mente que a obrigação não poderá prejudicar seu sustento ou o de seus dependentes.

¹⁶⁸ NANNI, Giovanni Ettore. *O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade*. In: NANNI, Giovanni Ettore. (Org.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 5 anos do Código Civil. Estudos em homenagem ao Professor Renan Lotufo*, p. 299.

¹⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*, p. 297.

¹⁷⁰ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*, p. 10-13.

7.3.3. Princípio da dignidade da pessoa humana

A responsabilidade de equidade também encontra amparo no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana previsto no art. 1º, III¹⁷¹, da Constituição Federal.

A dignidade da pessoa humana está ligada à personalidade, à capacidade e à igualdade e essa união leva à identidade do ser humano. A identidade faz com que cada ser humano seja único, com suas dificuldades e facilidades¹⁷².

Segundo o autor Ingo Wolfgang Sarlet¹⁷³, o constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, mas sim, pela primeira vez, na condição de princípio fundamental. Aliás, a positivação na condição de princípio jurídico-constitucional fundamental é, por sua vez, a que melhor afina com a tradição dominante nos modelos mais recentes do mundo e tem caráter normativo e vinculante.

Nesse sentido, o Professor Renan Lotufo destaca:

“A busca da dignidade da pessoa humana há que ser por objetivo permanente de qualquer Estado, como de todo o ser humano”¹⁷⁴.

¹⁷¹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana”.

¹⁷² LODI, Luís Fernando Balieiro. *Inclusão social do surdo*, p. 102.

¹⁷³ *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*.

¹⁷⁴ *Direito civil constitucional – Cadernos I*. p. 149.

É, assim, princípio fundamental indisponível, inviolável, indivisível, inato e de ordem pública, além de pressupor a liberdade e a igualdade perante a lei. Impõe o dever de respeito mútuo entre todos os cidadãos *“no sentido de não-violação”*¹⁷⁵.

O pressuposto máximo é o direito à vida. Vida digna, com o patrimônio mínimo indispensável para o sustento. Como observa Giovanni Ettore Nanni, é *“uma cláusula geral de tutela da pessoa humana. Não se deve apenas tutelar situações patrimoniais, mas é preciso buscar uma proteção qualitativamente diversa, com respeito ao livre e digno desenvolvimento da pessoa”*¹⁷⁶.

Destacamos ainda que a Constituição, ao assegurar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, acaba por impedir qualquer forma de preconceito e discriminação, além de proclamar imperativo da justiça social, elevando todos esses valores à categoria de princípios fundamentais¹⁷⁷.

E é exatamente com observância a esses princípios que nasceu a responsabilidade mitigada e subsidiária do incapaz. Maria Helena Diniz destaca que a obrigação de reparação será eqüitativa, informada pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana¹⁷⁸.

¹⁷⁵ NANNI, Giovanni Ettore. *O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade*. In: NANNI, Giovanni Ettore. (Org.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 5 anos do Código Civil. Estudos em homenagem ao Professor Renan Lotufo*, p. 292.

¹⁷⁶ NANNI, Giovanni Ettore. *O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade*. In: NANNI, Giovanni Ettore. (Org.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 5 anos do Código Civil. Estudos em homenagem ao Professor Renan Lotufo*, p. 292.

¹⁷⁷ *Saúde mental e a atuação do Ministério Público*, in: REIS, Selma Negrão Pereira dos. *Questões de direito civil e o novo Código*, p. 440.

¹⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*, p. 718.

Garantida, portanto, em primeiro lugar, a integração social do incapaz, por aumentar a chance de reparação de eventual vítima dos danos por ele causado.

Melhora, evidentemente, a situação da própria vítima, que aumentou sua chance de ser reparada. A reparação garante a recondução ao direito à dignidade da pessoa humana, como valor máximo, pela imposição do dever indenizatório ao causador do dano.

Confere-se, portanto, dignidade à vítima pela reparação do dano e ao incapaz por lhe conferir o direito de reparar seus atos danosos e integrar-se ao convívio social, pois a sociedade terá maior comodidade em recebê-lo, principalmente no meio trabalhista.

Atualmente o incapaz pode participar ativamente da sociedade, e a imposição de tal obrigação pode ensiná-lo, até mesmo, a sopesar seus atos. O correto castigo aplicado à criança a faz entender, muitas vezes, o caráter reprovável de sua conduta e tem finalidade educativa.

O doente mental também pode ser educado, observadas as particularidades de cada caso e a real possibilidade de interação com o meio. Quem de perto convive com o doente, logo constata que a loucura não é burra e, portanto, a sanção também terá caráter educativo e integrativo ao doente.

Este é o objetivo e o espírito da lei.

E é por isso que Fernando José Simão observa que *“a indenização que é garantida à vítima não poderá significar a ruína do agente incapaz e inimputável. (...) O princípio da dignidade, que permite a indenização, impede a ruína do causador do dano. De nada adiantaria preservar a dignidade da vítima se ofensa houvesse à dignidade do incapaz. O princípio jurídico da dignidade da pessoa humana como fundamento da República exige como pressuposto, e não como consequência, a intangibilidade da vida humana, pois, sem ela, não há pessoa nem dignidade. Assim, até mesmo um princípio fundamental necessita de modelação, porque é preciso compatibilizar a dignidade de uma pessoa com a de outra e, portanto, alguma coisa da dignidade de uma pessoa poderá ficar prejudicada pelas exigências da dignidade de outra”*¹⁷⁹.

Ademais, falamos, na maioria, de crianças e pessoas com deficiências mentais potenciais causadoras de danos pela própria falta de discernimento que lhes é peculiar.

É, por fim, importante a obrigação de reparação de danos pelos incapazes dos prejuízos que causarem para garantir a sua integração na sociedade, que não aceita o dano injusto e manifesta este anseio pela mudança da mentalidade do próprio legislador.

¹⁷⁹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Responsabilidade civil pelos atos de terceiros e pelo fato de coisas*, in *Responsabilidade civil – responsabilidade civil e suas repercussão nos tribunais*, série GVlaw, p. 341-342.

7.3.4. Direito à inclusão¹⁸⁰

Não há dúvida de que referido artigo pretende estimular a inclusão social do incapaz, principalmente daquele acometido por alguma doença mental, como forma de prestigiar a sua dignidade. A melhor forma de conferir dignidade ao incapaz é integrá-lo ao meio social, permitindo que a sua vida seja a mais próxima possível da rotina cotidiana da sociedade.

Por essa razão destacamos o direito à integração como um dos principais fundamentos constitucionais para o dever legal de reparação dos danos pelo próprio incapaz.

A Constituição Federal de 1988 é conhecida por seu caráter social e digno e, nesse espírito, busca a integração¹⁸¹ da pessoa portadora de deficiência mental e de menores de idade na vida social com políticas adequadas para o tratamento da saúde¹⁸², educação, trabalho, transporte, proporcionando uma inclusão com dignidade. Destacamos os seguintes artigos:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem melhoria de sua condição social:

(...)

XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

(...)

¹⁸⁰ Integrar a pessoa portadora de deficiência é um movimento universal, reconhecido pelas Constituições estrangeiras da Itália, Espanha, China e Portugal. (Rulli Neto, Antonio. *Direitos do portador de necessidades especiais*, p. 48)

¹⁸¹ Legislação infraconstitucional: (i) Lei n. 7.853, de 24-10-1989, que dispõe sobre a política nacional de integração da pessoa portadora de deficiência; (ii) Decreto n. 3.298, de 20-12-1999, que a regulamenta e consolida normas de proteção, entre outras providências; (iii) Lei n. 10.436, de 24-4-2002 (LIBRAS – Lei Brasileira de Sinais); (iv) Lei n. 8.899, de 29-06-1994, que concede passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual às pessoas portadoras de deficiência.

¹⁸² Legislação infraconstitucional: Lei n. 10.216, de 6-4-2001, que fixa a proteção da pessoa com transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

(...)

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

*XIV – proteção e **integração social** das pessoas portadoras de deficiência;*

(...)

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

VIII – a lei reservará percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

(...)

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

(...)

*IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua **integração à vida comunitária**;*

V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover sua própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei;

(...)

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

(...)

Art. 227. (...)

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:

(...)

*II – criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de **integração social** do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.*

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

(...)

Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º” (grifamos).

Nos dizeres de Luiz Alberto David Araújo, o direito à integração social da pessoa portadora de deficiência passa obrigatoriamente pelo direito à igualdade, à saúde, ao trabalho, à vida familiar, ao transporte adaptado, à aposentadoria e à eliminação de barreiras arquitetônicas¹⁸³.

Seguindo ainda o pensamento do autor, esses seriam os direitos-meio ou direitos instrumentais. O conjunto desses instrumentos compõe o direito à integração social e, inclusive, formam o conteúdo desse direito¹⁸⁴.

A reparação de danos do incapaz, mesmo subsidiária e mitigada, segue este mesmo espírito. Por exemplo, é importante para a sociedade que oferece emprego ao incapaz saber que o dano por ele causado pode ser por ele suportado. É uma questão de justiça. A sociedade também não quer integrá-lo e assumir o prejuízo pela reparação dos danos que o incapaz causar. É o equilíbrio necessário e indispensável ao sistema jurídico. Ao mesmo tempo em que se cobra uma postura da sociedade para integrá-lo, deve o direito fornecer meios viáveis para esse convívio.

Quanto à integração da pessoa portadora de deficiência, a Constituição destaca que é dever do Estado promover o bem de todos e, com especialidade, cuidar da *“habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária”* (art. 203, IV).

¹⁸³ A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência, p. 45.

¹⁸⁴ No mesmo sentido: *“Os direitos das pessoas portadoras de deficiência não estão desassociados, pelo contrário, estão entrelaçados e são interdependentes, de modo que um determinado conjunto normativo envolve todos os demais. O direito à educação por exemplo, repercute nos direitos que estão situados nos outros ramos, tais como: o direito à saúde, ao trabalho ao transporte, à prevenção de acidentes, à habilitação e à reabilitação. Todos esse direitos perfazem um todo indissolúvel, de modo que eles só podem ser compreendidos adequadamente a partir das suas conexões ou vinculações”* (ASSIS, Olney Queiroz e POZZOLI, Lafayette. *Pessoa portadora de deficiência: direitos e garantias*, p. 307).

Sobre os princípios da Política Nacional para integração das pessoas portadoras de deficiência, destacamos a ação conjunta do Estado e da sociedade civil, de maneira a garantir a plena integração do indivíduo, o pleno exercício dos direitos básicos, o respeito e a igualdade de oportunidades¹⁸⁵.

Entretanto, apesar de o ordenamento brasileiro possuir os dispositivos necessários para integração da pessoa portadora de deficiência, notamos a ausência de políticas sociais eficientes. Destacamos apenas a CORDE – Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência¹⁸⁶, bem como o Programa Nacional de Direitos Humanos desenvolvido pelo Governo Federal, que contempla as pessoas portadoras de deficiência.

A ausência de uma política eficiente pode acarretar no aumento da desigualdade social, em flagrante ofensa às garantias e direitos fundamentais da pessoa humana portadora de deficiência.

A adoção de políticas sociais para integração da pessoa portadora de deficiência tem um cunho fraterno, humano e solidário de defesa e proteção dos direitos e garantias fundamentais.

No direito internacional há diversas declarações de direitos, tratados e protocolos que abordam especificamente as garantias e direitos fundamentais da pessoa portadora de deficiência, destacando, quase sempre, a sua integração ao meio social.

¹⁸⁵ Rulli Neto, Antonio. *Direitos do Portador de Necessidades Especiais*, p. 110.

¹⁸⁶ As principais atribuições do CORDE são coordenar as ações governamentais e medidas, elaborar os planos, programas e projetos para integração e acompanhar sua completa implantação e desenvolvimento, manifestar-se sobre a adequação das políticas adotadas, provocar a ação do ministério público em casos de ação civil, emitir opinião sobre os acordos firmados, promover e incentivar a conscientização da sociedade.

A Declaração dos Direitos do Deficiente é instrumento pouco conhecido. Foi aprovada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU, em 9 de dezembro de 1975, e dispõe sobre a terminologia aplicável, direitos, acesso à informação, proteção e autonomia do deficiente.

O art. 6º de referida Declaração proclama que a pessoa portadora de deficiência tem o direito à formação, à readaptação profissional, com o fito de integrar o portador de deficiência na sociedade. No mesmo diapasão, no art. 7º, reconhece o direito, na medida de suas possibilidades, a obter e conservar um emprego e a exercer uma ocupação útil, produtiva e remunerada¹⁸⁷.

Referido documento é conhecido por destacar a máxima proteção às pessoas portadoras de deficiência, enfatizar a necessidade da integração social e segurança econômica para lhe propiciar uma vida digna.

Essa Declaração refletiu nas legislações dos Estados signatários e no Brasil ocasionou a promulgação da Emenda Constitucional n. 12:

*“Artigo único. É assegurada aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante: I) educação especial e gratuita; II) **assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País**; III) proibição de discriminação inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários; IV) possibilidade de acesso a edifício e logradouros públicos”* (grifamos).

¹⁸⁷ RULLI NETO, Antonio. *Direitos do portador de necessidades especiais*, p.42.

Outro importante instrumento internacional é o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecido como "Protocolo de San Salvador"¹⁸⁸, que determina em seu art. 18¹⁸⁹ a necessidade de atenção especial às pessoas portadoras de deficiência, com o fito de proporcionar o seu bem-estar e a inserção no convívio social, priorizando a sua independência e desenvolvimento de sua personalidade, da qual a dignidade configura decorrência inexorável.

Os instrumentos internacionais citados foram assinados pelo Brasil e devidamente ratificados pelo Congresso Nacional.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, os tratados terão força de lei ordinária:

“Em consequência, se o Brasil incorporar um tratado que institua direitos ‘fundamentais’, estes não terão senão força de lei ordinária. Ora, os direitos fundamentais outros têm posição de normas constitucionais. Ou seja, haveria direitos fundamentais de dois níveis diferentes: um constitucional, outro meramente legal”¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Premissas norteadoras da legislação brasileira no que tange à obrigação do Estado de adotar medidas para proteger os direitos humanos, obrigação de não-discriminação, não-restrição de direitos, direitos ao trabalho em condições justas, equitativas e satisfatórias, direito à previdência privada, saúde, meio ambiente sadio, alimentação, educação e cultura, direito à constituição e proteção da família.

¹⁸⁹ *“Proteção de deficientes: Toda pessoa afetada por diminuição de suas capacidades físicas e mentais tem direito a receber atenção especial, a fim de alcançar o máximo desenvolvimento de sua personalidade. Os Estados Partes comprometem-se a adotar as medidas necessárias para esse fim e, especialmente, a: a) Executar programas específicos destinados a proporcionar aos deficientes os recursos e o ambiente necessário para alcançar esse objetivo, inclusive programas trabalhistas adequados a suas possibilidades e que deverão ser livremente aceitos por eles ou, se for o caso, por seus representantes legais. b) Proporcionar formação especial às famílias dos deficientes, a fim de ajudá-los a resolver os problemas de convivência e convertê-los em elementos atuantes no desenvolvimento físico, mental e emocional destes; c) Incluir, de maneira prioritária, em seus planos de desenvolvimento urbano a consideração de soluções para os requisitos específicos decorrentes das necessidades deste grupo; d) Promover a formação de organizações sociais nas quais os deficientes possam desenvolver uma vida plena”.*

¹⁹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, p. 99.

Ousamos discordar dessa opinião. Entendemos que os atos devidamente ratificados, por tratarem de direitos humanos fundamentais, têm *status* de norma constitucional, com base no que dispõe o § 3º do art. 5º da Constituição Federal¹⁹¹.

No mesmo sentido, é a opinião da Professora Flávia Piovesan, que apresenta a seguinte classificação:

*“Entende-se que à luz do artigo 5º, parágrafo 2º da Carta de 1988, os direitos fundamentais podem ser classificados em três distintos grupos: a) o dos direitos expressos na Constituição, b) dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta Constitucional; e c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos no Brasil”*¹⁹².

O direito à integração, apesar de mais tímido, também se aplica aos menores de idade.

No mundo moderno as crianças passam os dias em escolas, cursos de idiomas, esportes e dependem de transportes escolares. Durante essa jornada, muitos danos podem ocorrer e as crianças ficam totalmente longe de seus responsáveis, cujo contato, muitas vezes, é mínimo.

Assim, eventual dano causado por esses menores poderá ter seu patrimônio responsabilizado, o que é muito importante perante as famílias modernas e a sociedade.

¹⁹¹ “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

¹⁹² PIOVESAN, Flávia; SOUSA, Douglas Martins de (Coord.). *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*, p.23-24.

Por exemplo, menino órfão de pai herda toda a fortuna de seu avô paterno, sua mãe está desempregada há três anos e não tem liquidez para arcar com os danos causados pelo filho rico, que, diante desse fato, terá de arcar com a reparação, desde que não comprometa o seu sustento.

A melhora da situação da vítima incentiva a integração dos menores ao meio social, o que é indispensável para sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

7.3.5. Princípio da igualdade

Se os agentes capazes integrantes da sociedade respondem pelos danos que causa, porque o incapaz também não responderia se vive no mesmo meio? A única diferença deve ser o regime para a sua imposição, com plena observância do princípio da igualdade.

Todo direito voltado à integração da pessoa portadora de deficiência está calcado no direito fundamental da igualdade entre as pessoas. É o princípio da igualdade (art. 5º da Constituição Federal¹⁹³) que autoriza o tratamento especial concedido a essas pessoas. Nesse sentido, é precisa a lição Luiz Alberto David Araújo:

“A igualdade formal deve ser quebrada diante de situações que, logicamente, autorizam tal ruptura. (...)”

¹⁹³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

Assim sendo, o princípio da igualdade incidirá, permitindo a quebra da isonomia e protegendo a pessoa portadora de deficiência, desde que a situação logicamente o autorize.”

Notamos, assim, que o princípio da igualdade autoriza o tratamento desigual entre pessoas de situações diferentes. Afinal, é o tratamento desigual as pessoas em situações desiguais que proporcionam a verdadeira igualdade. O direito aparece como instrumento de correção dessas desigualdades¹⁹⁴.

Assim, fica amplamente autorizada a reparação de danos do incapaz não atender às regras gerais da reparação civil, como na hipótese de determinar a fixação da indenização por equidade, em vez de garantir a reparação integral do dano.

É uma responsabilidade sem culpa, autorizada com base no princípio da igualdade, dar tratamentos jurídicos diferentes para pessoas diferentes com o fito de obter o reequilíbrio patrimonial das partes.

7.4. Subsidiariedade da reparação de danos pelo incapaz

A obrigação de reparação estabelecida pelo art. 928 do Código Civil de 2002 é subsidiária, visto que o incapaz só irá responder se seu responsável não tiver a obrigação de fazê-lo ou não dispuser de meios suficientes para atender aos reclamos da vítima.

¹⁹⁴ ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette *Pessoa portadora de deficiência: direitos e garantias*, p. 218.

O Código Civil de 2002 trouxe a responsabilidade civil integral dos pais, tutores e curadores, visto que agora respondem independentemente de culpa, nos termos do arts. 932 e 933, como demonstrado no item 5.3 *supra*.

Notamos, assim, que a obrigação principal e primeira (primitiva) de reparar o dano causado pelo incapaz é de seu responsável. Restará ao incapaz a obrigação secundária e acessória apenas na hipótese de aquele não ter obrigação, ou não dispuser de meios materiais para arcar com a reparação.

Como Clóvis Beviláqua destaca, o conceito de obrigação acessória e secundária é quase coincidente.¹⁹⁵

A obrigação acessória depende da obrigação principal como consequência para completá-la ou substituí-la. A *“secundária é a que aparece depois, ou por novação, ou por não-cumprimento da primeira, como no caso da cláusula penal e, em geral, de indenização por não-cumprimento das obrigações contraídas”*¹⁹⁶.

A obrigação do incapaz é, portanto, secundária e acessória, constituindo uma proteção ao incapaz que deve ser respeitada, apesar do aparente prejuízo para a vítima.

A doutrina entende que o novo Código estabeleceu o princípio da responsabilidade mitigada e subsidiária¹⁹⁷ ou da responsabilidade condicionada dos incapazes¹⁹⁸.

¹⁹⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*, p. 79.

¹⁹⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*, p. 78-79.

¹⁹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*, p.15.

Trata-se de uma norma de *“natureza residual, isto é, somente deverá ser utilizada quando o responsável pelo incapaz não possuir patrimônio suficiente para ressarcir o prejuízo causado ao terceiro”*.

O responsável não terá meios materiais para prover a indenização quando não tiver bens suficientes para manter a sua vida digna. É justamente por essa razão que muitos defendem a aplicação extensiva do parágrafo único do art. 928 aos responsáveis, para defender uma indenização por equidade para o responsável e não só para o incapaz, como será abordado oportunamente¹⁹⁹.

De forma mais objetiva, é possível considerar também que os meios suficientes corresponderiam aos bens passíveis de penhora do devedor²⁰⁰, no caso o representante legal do incapaz.

Destacamos também que se a vítima não for integralmente reparada pelos responsáveis por falta de bens suficientes, poderá pleitear o pagamento de indenização subsidiária pelo incapaz, pois tem o direito de buscar a reparação integral do dano para recompor a sua dignidade, recompor a sua esfera jurídica que foi atingida pelo dano. Nada impede que se o responsável só pode arcar com parte do prejuízo, mas o incapaz pode arcar com a outra metade, poderá pleitear a vítima a reparação integral, com o pagamento restante pelo incapaz. Entretanto, se o pagamento integral do restante da indenização for prejudicá-lo ou a seus dependentes, pode a indenização subsidiária ser fixada com equidade pelo magistrado.

¹⁹⁸ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil com comentários ao Código Civil de 2002*, p. 774.

¹⁹⁹ Vide item 7.8.

²⁰⁰ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz busca pela interpretação do sistema*, p. 137.

Nesse sentido, transcrevemos a lição de José Fernando Simão²⁰¹:

“Nada impede, entretanto, que, tendo em vista que optou o legislador por responsabilizar primariamente os representantes e somente subsidiariamente o incapaz, determinasse o juiz que a indenização fosse arcada tanto pelo representante quanto pelo incapaz.

Essa interpretação se harmoniza com o princípio da dignidade da vítima, que será reparada, bem como do próprio incapaz e de seu representante, os quais não serão arruinados pela indenização. Frise-se que a solução não adota a solidariedade, mas, sim, a subsidiariedade: primeiro arcam os representantes, no limite de sua capacidade e sem comprometer a sua sobrevivência, e depois o incapaz, de forma equitativa”.

7.5. Inexistência de solidariedade entre o incapaz e seu responsável

O art. 942 e parágrafo único do Código Civil de 2002, exatamente como o art. 1.518 e parágrafo único do Código Civil de 1916, estabelece que:

“Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932”.

²⁰¹ SIMÃO, José Fernando, *Responsabilidade civil do incapaz busca pela interpretação do sistema*, p. 139.

O *caput* é uma normal geral de reparação que pode ser assim sintetizada: 1 - O patrimônio do autor do dano fica sujeito a reparação. 2 - Se houver mais de um autor, todos respondem solidariamente pela reparação. E o parágrafo único completa, destacando as hipóteses de obrigação de reparação de danos por fato de outrem: 3 – São solidárias as pessoas designadas no art. 932.

Ou, ainda, mais resumidamente, sintetizamos: Quando surge o dever de indenizar do incapaz, nos termos do art. 928, que rege o tema específico, o responsável pelo incapaz será solidário.

A solidariedade estabelecida do parágrafo único é daqueles sujeitos para os sujeitos designados no *caput*. Apenas os responsáveis são solidários ao pagamento da indenização fixada com equidade para o incapaz, mas o incapaz não é solidário ao pagamento da indenização atribuída ao responsável.

A hipótese de solidariedade descrita na norma pode ser assim exemplificada: Se o responsável não tem o dever legal de reparar o dano e surge a obrigação de reparação pelo patrimônio do incapaz, responde solidariamente pela obrigação do incapaz o responsável. Ou, ainda, se tipificado o ato infracional²⁰², “o patrimônio do adolescente responderia direta e solidariamente pelos prejuízos causados, e não apenas subsidiariamente, como nas demais hipóteses, atribuindo o legislador a ele, e não a seu responsável o dever de reparar”²⁰³.

²⁰² Vide item 7.9.1.

²⁰³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição Federal da República*, p. 821.

A intenção do legislador é equiparar as pessoas indicadas no art. 932 ao autor do dano referido no *caput* do art. 942, até porque naquelas hipóteses são os sujeitos enumerados os responsáveis pela reparação do dano. Tal dispositivo era idêntico no Código Civil de 1916 e não gerava a mesma polêmica.

Como destaca Maria Helena Diniz, “*em se tratando do patrimônio de incapaz e de seu responsável, dever-se-á observar o disposto no art. 928 e parágrafo único*”²⁰⁴.

Ademais, a interpretação do art. 928 deixa evidente o caráter subsidiário e secundário da obrigação de reparação de danos pelo incapaz, sem prejudicar a sua subsistência e a de seus dependentes.

Entretanto, a interpretação inversa dos arts. 928 e parágrafo único e 942, ambos do Código Civil, tem gerado polêmica, pois parte da doutrina entende que o incapaz tem responsabilidade solidária ao responsável quanto à obrigação de reparar pelos danos que causou.

Assim, estaríamos diante de uma antinomia, como conceitua Norberto Bobbio:

“A situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontram os juristas de todos os tempos, e teve uma denominação própria e característica: ‘antinomia’. (...)”

²⁰⁴ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*, p. 731.

*Após essas especificações, podemos definir novamente antinomia jurídica como aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade*²⁰⁵.

É incompatível a responsabilidade subsidiária do incapaz e sua solidariedade com o responsável estabelecida pelo parágrafo único retrocitado. Ou o incapaz é devedor solidário ou ele será devedor subsidiário; a conciliação será impossível.

Na hipótese de solidariedade todos respondem pela integralidade da dívida, individualmente ou não, nos termos do art. 264²⁰⁶ do Código Civil vigente e como é pacífico na doutrina nacional e estrangeira.

Já a obrigação subsidiária (ou acessória) só pode ser executada após a cobrança da obrigação principal, ou seja, o devedor subsidiário só poderá ser cobrado após o insucesso com o devedor principal.

Ao estabelecer que o incapaz responderá apenas se os responsáveis não tiverem a obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes, afasta-se a hipótese de solidariedade.

O regime jurídico da reparação de danos do incapaz, que nasce com a impossibilidade do responsável por não ter meios suficientes para arcar com a reparação dos danos, tem uma causa e por isso não se coaduna com o regime da solidariedade, que possibilita ao credor (vítima) escolher de quem cobrar, além da possibilidade de cobrar tudo.

²⁰⁵ BOBBIO, Noberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 81 e 88.

²⁰⁶ “Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.”

Frise-se, os responsáveis deverão sempre responder em primeiro lugar e o incapaz responde apenas se a vítima não lograr êxito em obter o ressarcimento do responsável direto²⁰⁷. Entendemos que não há solidariedade. Em relação ao incapaz o Código estabeleceu a obrigação de reparação subsidiária, como bem observa Rui Stoco²⁰⁸:

“Estabeleceu-se, como visto, uma responsabilidade não solidária, mas alternativa, quer dizer: ‘ou um, ou outro’, pois, ainda que o incapaz disponha desses meios, o dispositivo legal estabelece, sem margem à dúvida, que ele só responderá se o pai, tutor e curador não estiverem obrigados ou não dispuserem de meios materiais”.

Desse entendimento não destoa Gustavo Tepedino:

“A solidariedade declarada como regra no parágrafo único do art. 942 fica, contudo, prejudicada no caso do autor de o autor dano ser incapaz. O incapaz não responde senão subsidiariamente, pelo dano que causar. (...) Daí afirmar com razão a doutrina que, apesar da redação do parágrafo único do artigo 942, quando se tratar de dano causado por incapaz, a responsabilidade das pessoas indicadas no art. 932 não será solidária, mas substitutiva”²⁰⁹.

Nas “I Jornadas de Direito Civil”, outra não foi a conclusão; a solidariedade prevista é aplicada apenas ao menor de 18 anos emancipado – que não é incapaz –, conforme o enunciado 41²¹⁰:

²⁰⁷ DIAS, Camila Werneck de Souza. *Poder familiar e responsabilidade civil dos pais: enfoque processuais*, p. 59.

²⁰⁸ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil com comentários ao Código Civil de 2002*, p. 776.

²⁰⁹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição Federal da República*, p 857.

²¹⁰ *Jornadas de Direito Civil*. Enunciados.

“41 – Art. 928: a única hipótese em que poderá haver responsabilidade solidária do menor de 18 anos com seus pais é ter sido emancipado nos termos do art. 5º, parágrafo único, inc. I, do novo Código Civil”.

A solidariedade também pressupõe, como regra, o direito de regresso de quem paga em nome do devedor. Essa idéia também não se aplica totalmente ao regime de reparação de danos causados pelo incapaz, pois é vedado o direito de regresso²¹¹ se o causador do dano é seu descendente nos termos do art. 934 do Código Civil de 2002²¹².

Ademais, o próprio conceito de solidariedade impõe a idéia de unidade, dívida única, obrigação única, relação jurídica unificada²¹³, o que não é o caso da hipótese em tela, visto que a obrigação do incapaz apenas emergirá quando seu responsável não tiver meios para pagar a indenização (obrigação principal).

A obrigação principal do responsável poderá ter valor superior à obrigação subsidiária do incapaz, que será fixada com equidade e em momento posterior, fugindo à regra da unidade da prestação. O regime da solidariedade exigiria desde o início o mínimo de unidade na obrigação de indenizar, o que não vislumbramos no próprio regime jurídico aplicado para a reparação de danos do incapaz.

²¹¹ Vide item 5.7.

²¹² “Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz”.

²¹³ GOMES, Orlando. *Obrigações*, p. 63.

Pela análise lógica do ordenamento jurídico sob o critério da especialidade da norma para solução da antinomia, prevalece também a norma contida no art. 928 do Código Civil, que regula o dever de reparação de danos pelo incapaz, em relação à norma geral de solidariedade para todo e qualquer responsabilidade por fato de outrem instituída pelo parágrafo único do art. 942 do Código Civil.

Nesse sentido é a conclusão da tese de doutorado de José Fernando Simão²¹⁴ sobre o tema:

“No caso da responsabilidade civil do incapaz, impossível seria a aplicação do critério hierárquico ou do cronológico. Isso porque a antinomia ocorre na mesma lei, ou seja, no Código Civil. Sobra como derradeiro critério para a solução do problema o da especialidade.

Note-se que o artigo 928 cria a subsidiariedade apenas no tocante à indenização a ser paga pelo representante de pessoa incapaz. É norma especial.

Já o artigo 942, parágrafo único, prevê a solidariedade para toda e qualquer indenização proveniente de ato ilícito praticado por terceiro, ou seja, trata não só dos incapazes mas também do empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; dos donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos. E, por fim, dos que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. É regra aplicável a qualquer pessoa por ato de terceiro.

²¹⁴ SIMÃO, José Fernando, *Responsabilidade civil do incapaz busca pela interpretação do sistema*, p. 159-160.

Em situações de antinomia, resolve-se pela prevalência da regra especial e, portanto, tratando-se de incapaz, aplica-se o artigo 928 e não o parágrafo único do artigo 942”.

Por fim, consignamos que, caso se admita tal solidariedade, a indenização deverá obedecer às condições e restrições impostas à obrigação de reparação de danos pelo incapaz²¹⁵, nos termos do art. 928 e parágrafo único do Código Civil.

7.6. Causa excludente do dever de indenizar do incapaz

Além das excludentes estudadas no item 5.6, que excluirão não só a obrigação de reparação de danos dos responsáveis, mas também do incapaz, com exceção da ausência dos requisitos (autoridade e companhia) próprios do seu regime, o parágrafo único do art. 928 traz uma circunstância excludente: estabelece que só haja o dever de indenizar do incapaz se o valor da reparação não privá-lo do necessário ou o de seus dependentes.

Ao examinarmos o artigo observamos que o legislador é claro e cauteloso. Determinou que a aplicação dessa regra tem como pressuposto inafastável a certeza de que a cominação do dever de indenizar não promoverá a privação do incapaz.

²¹⁵ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil com comentários ao Código Civil de 2002*, p. 909.

Referida isenção legal está intimamente ligada à fixação da indenização por equidade. Caberá ao magistrado observar o limite razoável para indenização que poderá ser suportado pelo incapaz sem prejudicá-lo e, assim, a excludente de responsabilidade ora em exame não será um óbice para a reparação do prejuízo da vítima.

7.7. Fixação por equidade

Como vimos anteriormente, a reparação de danos pelo incapaz é de equidade, visto que autorizada de acordo com os critérios de igualdade, justiça, ordem e equilíbrio social.

A grande celeuma da fixação com equidade é que a reparação inferior ao real prejuízo da vítima dá a falsa idéia de injustiça. A equidade será o tempero que permitirá ao juiz não deixar a vítima sem nenhuma reparação, mas também não exporá o incapaz à situação que prejudique seu sustento ou o de seus dependentes, em busca da justiça pautada na igualdade e proporcionalidade.

Nesse sentido esclarece Francisco Amaral que:

“A sede ‘materiae’ da equidade esta no problema da realização integral da justiça, pelo que a justiça e equidade são inseparáveis. Ora, a justiça é uma virtude que consiste em dar a cada um o que é seu. Representa basicamente uma preocupação com a igualdade e com a proporcionalidade. A primeira implica uma correta aplicação do direito, de modo a evitar-se o arbítrio. A segunda significa tratar de modo igual os iguais e de modo desigual os desiguais, na proporção de sua desigualdade e de acordo com o seu mérito. Equivalência e proporção.”

No conceito de justiça pode ver-se, todavia, uma antinomia, uma contradição, que se manifesta entre a exigência de igualdade e de justiça individual, que surge no processo de realização de direito em um caso concreto. Sendo a norma, em princípio, de natureza geral, pode constituir-se tal atributo, em obstáculo a uma decisão justa se não se observarem as peculiaridades do caso concreto, posto em julgamento. A exigência de igualdade de todos perante a lei, sob o ponto de vista formal, não pode desconhecer a necessidade de uma decisão também materialmente justa, de acordo com as circunstâncias do caso. Entra aqui o conceito de equidade, como critério interpretativo, que permite adequar a norma ao caso concreto e chegar a solução justa daquele caso. Diz-se, por isso, ser a equidade a justiça do caso concreto. E a decisão será equitativa quando levar em conta as especiais circunstâncias do caso decidido e a situação pessoal dos respectivos interessados²¹⁶.

E é por isso que a fixação equitativa exige “*uma proporcionalidade entre a reparação mais completa possível e as possibilidades patrimoniais do incapaz*”²¹⁷ para que seja alcançada a justiça do caso concreto, observadas todas as peculiaridades que a questão impõe.

São esses os critérios de equidade e justiça, prestigiados pelo art. 928 do Código Civil de 2002, que autorizam a reparação mitigada (poderá não ser total) em seu parágrafo único, para que ao menos haja alguma reparação se possível, mesmo que fixada equitativamente pelo juiz e se não houver privação do necessário ao incapaz e a seus dependentes.

²¹⁶ AMARAL, Francisco. *A equidade no Código Civil brasileiro*, in ALVIM, Arruda; CESAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*, p. 199.

²¹⁷ FUJITA, Shiguemitsu. *Responsabilidade civil: indenização por equidade no novo Código Civil*, in HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNIA, Maria Clara Osuna Diaz (Coords.). *Ensaio sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade*.

Essa também é a orientação do direito estrangeiro²¹⁸.

Giselda Hironaka destaca que *“o legislador não deixou de avisar que a aplicação desta regra tem, como pressuposto inafastável, a certeza de que a cominação do dever de indenizar não promoverá a privação do incapaz, relativamente àquilo que minimamente necessita para si próprio”*²¹⁹.

Não é necessário que o incapaz seja abastado. Basta que a obrigação de reparar não prejudique seu sustento e o de seus descendentes. Em suma, ele só responderá se estiver em condições financeiras para tanto, pois a indenização não poderá *“deixar o incapaz em situação economicamente difícil, ou mesmo as pessoas que dele dependam”*²²⁰.

Se o incapaz causador do dano for pessoa sem capacidade financeira, se houver sua responsabilização subsidiária, não haverá o dever de reparar e a disposição legal será inócua.

A situação econômica do incapaz deve ser analisada no momento da fixação do valor da reparação, na sentença, objetivando restabelecer o equilíbrio entre o patrimônio da vítima e o causador do dano incapaz, sem comprometer o seu sustento e o de seus dependentes.

²¹⁸ Vide item 7.1 e SOUZA, António Pais de. *Da incapacidade jurídica dos menores interdito e inabilitados*, p. 207.

²¹⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamento e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade*, in HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNIA, Maria Clara Osuna Diaz (Coords.). *Ensaio sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade*, p. 154.

²²⁰ BRAGA NETTO, Felipe P. *Responsabilidade civil*, p. 410.

Ao contrário, o grau de discernimento do agente deve ser analisado no momento da prática do ato danoso²²¹. Agostinho Alvim observa que o sistema nada fala sobre a loucura em intervalos – doente apresenta estados alternados de depressão e excitação (temperamento ciclotímico) e conclui que não há como atribuir imputabilidade a pessoas nessas condições²²². O novo Código também não inovou nesse sentido.

A indenização, sempre que possível, deverá corresponder à reparação integral do dano, desde que não prejudique o sustento do incapaz ou o de seus dependentes. Por exemplo²²³, se um doente mental milionário coloca fogo em um simples barraco, expondo humilde família à miséria, a reparação deverá ser integral, abarcando todos os danos materiais e morais.

Nesse sentido, José Fernando Simão²²⁴ estabelece uma seqüência didática a ser seguida pelo juiz para fixar o valor da reparação pelo incapaz:

“1) A decisão inicia-se com a fixação do valor efetivo do prejuízo sofrido pela vítima, ou seja, segue-se a regra do artigo 944 do Código Civil pelo qual a indenização se mede pela extensão do dano.

2) Faz-se uma análise do impacto econômico para o incapaz e pessoas que dele dependam e, então, conclui-se:

2.1) O valor fixado não priva o incapaz, nem as pessoas que dele dependam do necessário e, portanto, o incapaz pagará a indenização integral (nos termos do caput do artigo 944. Esta é a regra.

²²¹ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, p. 565, e SOUZA, António Pais de. *Da incapacidade jurídica dos menores interdito e inabilitados*, p. 206.

²²² ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, p. 267.

²²³ BRAGA NETTO, Felipe P. *Responsabilidade civil*, p. 410.

²²⁴ SIMÃO, José Fernando, *Responsabilidade civil do incapaz busca pela interpretação do sistema*, p. 103-104.

2.2) O valor é elevado e privará o incapaz ou as pessoas que dele dependam do necessário. Aplica-se a equidade, motivando-se a decisão, e, então, a indenização não será integral, mas, sim, reduzida de acordo com o caso concreto. Nesse caso, indica o juiz que o valor da condenação está adequado ao preceito do parágrafo único do artigo 928, atendendo ao preceito constitucional da dignidade da pessoa humana do incapaz”.

Eqüitativo é o igual, reto, justo. É um princípio ético, por intermédio do qual se visa mitigar o rigor da lei ou atingir seu espírito para alcançar a almejada igualdade e justiça social²²⁵.

Desse modo o magistrado deverá fixar indenização eqüitativa, fundamentando sua decisão, mesmo que não repare todo o prejuízo, analisando a condição econômica das partes, analisando o caso concreto²²⁶. Como destaca Giselda Hironaka, “o bom senso do magistrado (...) levará em conta esta bipolarização de interesses, conjugando-os eqüitativamente, conforme convém à nova arquitetura legislativa”²²⁷.

Nesse sentido, especificamente sobre o tema, sintetiza Rodrigo Mazzei:

“O arbitramento mitigado se dará com eqüidade, ou seja, deverão ser utilizados critérios para se fazer justiça pontual ao caso concreto, razão pela qual a decisão judicial deve trabalhar com motivações que demonstrem que a fixação foi adequada, atendendo não só ao recorte especial da lei, mas também às peculiaridades que envolvem a questão.

²²⁵ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por eqüidade no novo Código Civil*, p. 29.

²²⁶ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil com comentários ao Código Civil de 2002*, p. 774.

²²⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamento e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade*, in HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNIA, Maria Clara Osuna Diaz (Coords.). *Ensaio sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade*, p. 154.

Não é possível, assim, o desprezo aos contornos que envolvem o dano em si e o seu ressarcimento, muito menos a capacidade financeira das partes”.

No cálculo da indenização o juiz deverá observar as necessidades do incapaz, como a de seus dependentes, de forma a não privá-lo. Como necessário entende-se tudo que é indispensável ao seu sustento, habitação, vestuário, educação, dentre outras.

Deverá ainda ser fixada moderadamente, segundo o estado econômico das partes – antes e depois do dano –, o fato causador, a extensão e montante do dano²²⁸, para evitar também o enriquecimento sem causa da vítima.

7.8. Interpretação extensiva do parágrafo único do art. 928 aos responsáveis pelo incapaz

Nas “I Jornadas de Direito Civil”²²⁹, foi adotado posicionamento extensivo quanto ao parágrafo único do art. 928 aos responsáveis do incapaz, *verbis*:

²²⁸ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo Código Civil*, p. 65, 89, 93-95.

²²⁹ I *Jornadas de Direito Civil*. Enunciados.

“39 – Art. 928: a impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização eqüitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Como consequência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas se reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade”.

Rui Stoco assim se manifesta sobre referido enunciado²³⁰:

“É evidente que não há como aceitar esse enunciado nem emprestar-lhe apoio. Nada justifica que a vítima, além de ofendida, não receba de volta o prejuízo que ofensor lhe causou. A interpretação extensiva do direito de reparar apenas parcialmente o dano causado foi facultada ao juiz em favor apenas e tão-somente do incapaz, como resulta do art. 928 do Código Civil.”

Entendemos que referido enunciado era desnecessário, na medida em que incentivar que a indenização seja fixada por equidade também para os responsáveis em casos desnecessários, impedindo a reparação integral do dano.

Giovanni Ettore Nanni destaca que o padrão de justiça que aflora da responsabilidade civil é que a reparação deve ser proporcional ao dano causado, e prossegue:

²³⁰ *Tratado de responsabilidade civil com comentários ao Código Civil de 2002*, p. 776.

*“É imprescindível, portanto, que a reparação seja ponderada por um padrão de equidade, apurada de forma razoável, buscando-se apenas satisfazer o dano causado, na **medida exata de sua extensão**, evitando-se uma excessiva oneração do devedor” (grifamos)²³¹.*

Assim, mesmo na hipótese de responsabilidade civil dos responsáveis pelo incapaz, a regra será da reparação integral do dano, que deve ocorrer pela reposição natural do dano sofrido ou, na impossibilidade, por uma indenização pecuniária em dinheiro²³².

Entendemos que há meios processuais hábeis para garantir ao devedor o mínimo indispensável para sua subsistência, como prescreve a Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, e arts. 1.711 a 1.722 do Código Civil – disposições sobre o bem de família e sua impenhorabilidade – e o art. 649 do Código de Processo Civil, *verbis*:

“Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

²³¹ NANNI, Giovanni Ettore. *Responsabilidade civil do juiz*, p. 289-290.

²³² NANNI, Giovanni Ettore. *Responsabilidade civil do juiz*, p. 290.

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3o deste artigo;

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão;

VI - o seguro de vida;

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança.

XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da lei, por partido político.”

Verifica-se, assim, que há proteção suficiente no sistema para os devedores de qualquer obrigação, com escopo, além da legislação mencionada, no próprio princípio da dignidade da pessoa humana, que não permite a privação do mínimo indispensável para manutenção da vida.

Pela interpretação dos princípios do ordenamento jurídico que fundamentam a fixação mitigada apenas ao incapaz chegamos à mesma conclusão do enunciado, mas apenas quando estritamente necessário, sem alterarmos a legislação vigente e, como regra, no momento processual correto, a execução.

Ademais, é relevante considerarmos os princípios e cláusulas gerais de nosso Código que determinam que a execução será a menos gravosa ao devedor, respeitando a dignidade e valor da pessoa humana.

Em nossa opinião, referido enunciado agrava a situação do incapaz, que poderá ser onerado com a responsabilidade também mitigada dos seus responsáveis.

No tocante aos tutores e curadores, em razão do papel que exercem, maior razão existe para que a indenização seja fixada com equidade, como bem observa José Jairo Gomes²³³, *verbis*:

“Igualmente, em razão da interferência das idéias de solidariedade e cooperação sociais, o dano restará sem reparação se a indenização privar do necessário o incapaz e o seu tutor ou curador.

Por influência dessas mesmas idéias, a indenização a ser suportada pelo tutor ou curador deverá ser fixada com benignidade, atentando-se à evidência de que tanto um quanto o outro exercem ‘munus publicum’, muitas vezes sem qualquer retribuição pecuniária, unicamente em atenção à solidariedade para com o incapaz. A lógica patrimonialista deverá ceder o passo para a visão solidária da relação que aí se encontra instalada”.

²³³ GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*, p. 305.

Cumpramos destacar que a proposta do enunciado é irretocável na sua essência, mas houve uma alteração de seu conteúdo na redação do enunciado. A proposta destacava apenas o princípio geral da dignidade humana da pessoa do devedor e a redação do enunciado sugere desde o início uma mitigação da indenização, razão da nossa crítica.

Abaixo transcrevemos a proposta tal como apresentada, *verbis*:

“Art. 928: A impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no referido artigo, traduz um dever de indenização eqüitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Em conseqüência, há de ser interpretado extensivamente, servindo de parâmetro normativo para o sistema de responsabilidade civil.

Gustavo Tepedino: Procurador Regional da República da 2ª Região e Anderson Schreiber: Professor de Direito Civil da PUC – RJ.

JUSTIFICATIVA

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser eqüitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

Ao tratar da responsabilidade subsidiária do incapaz, o novo Código Civil exige, por meio do parágrafo único do art. 928, que a indenização seja eqüitativa, não podendo privar “do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem”. Embora a redação e a posição topográfica do dispositivo pudessem indicar sua incidência restrita às hipóteses de responsabilidade do incapaz, é preciso reconhecer que a norma consagra um limite humanitário ao valor das indenizações, informada pelos valores constitucionais. Tem, portanto, aplicação ampla, de modo a constituir-se em imperativo da responsabilidade civil contemporânea.

Com efeito, a Constituição de 1988, ao elevar a fundamento da República o princípio da dignidade humana, não impôs apenas a proteção aos diversos atributos inerentes à pessoa, mas exigiu também que se garantam a cada indivíduo os meios necessários para o desenvolvimento da sua personalidade e para a manutenção de uma vida digna. É de se reconhecer, dessa forma, com o apoio da doutrina mais atenta (Luiz Edson Fachin, Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, passim), independentemente de previsão infraconstitucional regulamentar, um núcleo patrimonial imune (e superior) aos interesses de qualquer credor. Necessário se faz, portanto, que não apenas a obrigação de indenizar imposta ao incapaz nos termos do art. 928, mas que qualquer obrigação de indenizar seja eqüitativa, não podendo privar o seu devedor dos meios necessários a uma vida digna, noção que não deve ser interpretada de forma restritiva.

Como conseqüência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas quando reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade. Essa a interpretação que deve ser atribuída à expressão “não dispuserem de meios suficientes” contida no caput do art. 928²³⁴.

²³⁴ *Jornadas de Direito Civil*. Enunciados. I Jornada de Direito Civil, coordenação geral do Ministro Milton Luiz Pereira, coordenação científica do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. (STJ). Disponível

7.9. Hipóteses de reparação direta pelo incapaz

Como regra a obrigação de reparação de danos do incapaz será subsidiária quando o responsável não tiver a obrigação de fazê-lo ou não dispor de meios suficientes.

Entretanto, há exceções em que o incapaz poderá ser o responsável principal pelo dano causado, como nas hipóteses de aplicação de medida socio-educativa ao menor por ato infracional cometido ou na ausência de responsável.

Nas hipóteses de responsabilidade direta do incapaz não há a obrigação legal do responsável de reparar os danos causados pelo incapaz (primeira parte do art. 928).

Em nossa opinião, a responsabilidade civil do pródigo²³⁵ e do menor de idade que foi emancipado legalmente²³⁶ não é hipótese de responsabilidade civil direta do incapaz, mas sim hipótese geral de responsabilidade civil, pois são pessoas capazes de exercer os atos ordinários da vida civil, não é discutido seu entendimento sobre suas atitudes, trata-se de pessoas imputáveis pelo nosso ordenamento.

em:<http://www.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/13_responsabilidade_civil.pdf> Acesso em 26.08.2008.

²³⁵ Sobre a capacidade do pródigo, *vide* item 3.2.

²³⁶ A emancipação legal torna o agente capaz: *vide* item 5.6.

7.9.1. Reparação de danos direta pelos adolescentes como medida socioeducativa

O princípio da operabilidade do Código Civil atribui função participativa “com comunicação constante com os microssistemas, permite verificar que a parte inicial do art. 928 não está voltada apenas para o tecido interno do próprio diploma, sendo ‘norma com recepção’ para relações de ordem especial, constante em microssistemas que se intercambiam com a codificação”²³⁷.

Nesse sentido, o art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente²³⁸ determina que, na hipótese de o adolescente²³⁹ praticar ato infracional com reflexos patrimoniais, poderá a autoridade determinar que o adolescente promova o ressarcimento do dano ou, de outra forma, compense o prejuízo da vítima.

Considerando que o Código de 2002 não revogou o Estatuto da Criança e do Adolescente, pois a lei geral não revoga a lei especial, referido artigo do Estatuto da Criança e do Adolescente ainda é aplicado.

Esse é o entendimento consolidado no enunciado 40 das “I Jornadas de Direito Civil”, *verbis*:

²³⁷ MAZZEI, Rodrigo. *Responsabilidade civil do incapaz: considerações panorâmicas sobre o art. 928 do CC*, in DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. p. 488.

²³⁸ Lei n. 8.069/90 – “Art. 116. Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima”.

²³⁹ Lei n. 8.069/90 – “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

40 – Art. 928: o incapaz responde pelos prejuízos que causar de maneira subsidiária ou excepcionalmente como devedor principal, na hipótese do ressarcimento devido pelos adolescentes que praticarem atos infracionais nos termos do art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito das medidas sócio-educativas ali previstas.

Infelizmente, o Código Civil de 2002 suprimiu o disposto no art. 156²⁴⁰ do Código de 1916, estabelecendo apenas que os maiores de dezesseis anos são relativamente capazes²⁴¹.

Entendemos que em alguns casos, verificada a maturidade do incapaz maior de dezesseis anos, o aplicador do direito poderá, por analogia e interpretação aos arts. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, 180²⁴², 186 e 187 do Código Civil, considerá-lo responsável principal pela reparação dos danos que causar.

Nesse sentido, Maria Alice Zaratin Lotufo observa que *“ao reconhecer-lhe discernimento para manifestar a sua vontade, o legislador lhe impõe um agir de boa-fé”*²⁴³.

Não podemos esquecer que muitas vezes o incapaz maior de dezesseis anos pode trabalhar, mesmo que informalmente, e receber mais que os próprios pais, razão que por si só demonstra a sua maturidade e maior condição econômica de reparar os danos que causar .

²⁴⁰ “Art. 156. O menor, entre 16 (dezesseis) e 21 (vinte e um) anos equipara-se ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que for culpado”.

²⁴¹ “Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; (...)”.

²⁴² “Art. 180. O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior”.

²⁴³ LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coordes.). *Teoria geral do direito civil*, p. 228.

Em nossa opinião, os maiores de dezesseis anos deverão responder pelos danos causados por seus atos ilícitos em solidariedade com seus pais ou responsáveis, única hipótese em que se aplicaria o disposto no art. 934, parágrafo único, do Código Civil.

7.9.2. Ausência de responsável pelo incapaz

A obrigação de reparação de danos pelo incapaz será direta, além da hipótese de ato infracional prevista no art. 116 do ECA, quando não houver representante legal para responder pelos seus atos.

Por exemplo, se o representante legal do incapaz falece e não há substituto nomeado ou indicado, o próprio incapaz responderá diretamente por esse dano, mas a fixação da indenização deve observar o critério estabelecido da equidade.

7.9.3. Aplicação de excludentes da obrigação de reparar dos responsáveis

Como vimos no item 5.6, a responsabilidade do responsável pelo incapaz pode ser excluída nas hipóteses de fato exclusivo da vítima ou de terceiro, quando houver caso fortuito ou força maior. Nessas hipóteses, entendemos que não haverá a responsabilidade para os pais, tutores e curadores; também não poderá haver para o incapaz.

A reparação de danos pelo incapaz é subsidiária à do seu responsável, portanto, via de regra, entendemos que foi rompido o nexo para o responsável e, também, para o incapaz.

Entretanto, a opinião acima é de cunho subjetivo e ainda não encontra discussões profundas na doutrina pátria.

Fernando José Simão²⁴⁴, após exemplificar o assunto, conclui que rompido o nexo causal emerge a responsabilidade direta do incapaz:

“Muitas são as situações em que pode ocorrer um ato lesivo praticado por incapaz. Assim como um curador que precisa ministrar ao curatelado diariamente determinado calmante, cuja ausência deixará o doente extremamente agressivo. O remédio é ministrado corretamente, entretanto não produz efeitos porque o laboratório expediu aquele lote com placebo. Naquele dia, o doente saiu de casa e agride certo pedestre. Haveria a responsabilidade do curador? A resposta é negativa, pois ele deu o medicamento. Está-se diante de evidente força maior.

Questão complexa é a do filho menor que, quando o pai viaja, pega o carro deste e acaba causando danos a terceiros, geralmente em razão de atropelamento. É de se questionar se o pai seria sempre responsável pela indenização. A resposta é: depende. Se o pai deixou a chave do carro em local de fácil acesso, do qual o filho menor tinha ciência, evidentemente responderá pelos danos causados. Da mesma forma, se leva a chave principal, mas deixa a reserva à disposição. Também responderá se entregar a chave ao filho e pedir a este que ligue o carro periodicamente para não descarregar a bateria.

²⁴⁴ Responsabilidade civil do incapaz busca pela interpretação do sistema, p. 136.

Para que se rompa o nexu causal, deve-se verificar a ocorrência de caso fortuito ou de força maior. Assim, o pai tranca as chaves do carro em sua gaveta, impedindo o acesso do filho. Nesse caso, se o filho arrebentar a gaveta para pegar as chaves, estase diante de força maior clara, pois o pai fez tudo que podia, no limite do razoável, para impedir o acesso às chaves. Situação semelhante verifica-se quando o pai leva para a viagem as chaves principal e reserva do veículo, mas o filho, de maneira sorrateira, fez uma cópia da chave sem que o pai soubesse e utiliza o carro durante sua ausência.

Rompendo-se o nexu causal em relação aos representantes, o incapaz responderá diretamente pelos danos nos termos do parágrafo único do artigo 928”.

Analisando a primeira hipótese descrita pelo autor (curador ministrou corretamente remédio calmante, mas era placebo), entendemos que estamos diante de um fato exclusivo de terceiro, que impede o nascimento da obrigação de indenizar do curador e também do incapaz.

A responsabilidade perante a vítima é do laboratório que colocou o placebo em circulação. A vítima será equiparada ao consumidor, nos termos do art. 17²⁴⁵ do Código de Defesa do Consumidor, possuindo, portanto, legitimidade para ingressar com ação perante o laboratório.

²⁴⁵ “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”

Já na segunda hipótese descrita (menor que rouba chave de carro trancada em gaveta), verifica-se a prática de verdadeiro ato ilícito cometido pelo menor em face do pai. Dessa forma, vislumbramos que haverá o dever de reparação de danos diretamente pelo menor, mas apenas se aplicada medida socioeducativa prevista no art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente por se tratar de ato tipicamente ilícito²⁴⁶.

A exclusão da obrigação de reparação de danos pelo responsável acarretará o nascimento da obrigação para o incapaz nas hipóteses de ausência dos requisitos legais (incisos I e II do art. 932 do CC), de que o incapaz deve estar sob a autoridade e em companhia do responsável.

A dificuldade será verificar a ausência desses requisitos, tal como demonstrado no item 5.6 sobre a exclusão da responsabilidade dos pais.

Com efeito, Rodrigo Mazzei esclarece que:

“A redação do art. 932, I, autoriza raciocínio de que a questão extrapola a perda do poder familiar pelos pais, imprimindo concepção mais ampla, permitindo que os responsáveis (ali tratados) venham a demonstrar que, no momento do sinistro causado pelo menor, não tinham a ‘companhia’, muito menos a ‘autoridade’ sobre aquele incapaz.”

²⁴⁶ Vide item 7.9.1.

A posição dominante, no código anterior, firmou-se no sentido de que o ponto basilar estava em identificar se, apesar da falta de companhia direta, ocorria a dependência do menor junto aos pais, a permitir uma fiscalização por parte dos genitores²⁴⁷. De fato, poderão surgir situações que os pais não detêm mais qualquer contato com os filhos incapazes, sem a possibilidade de fiscalização, pois suprimida a autoridade em razão de situações fáticas. Diante da intrincada situação, Carlos Celso Orcesi da Costa fez as seguintes ponderações sobre a conjugação do art. 928 com o art. 932, I, a saber:

‘A excludente de responsabilidade deve ser tomada ‘cum grano salis’, isto é com bastante cuidado. Tomada no sentido de impossibilidade de controle vigilância’, o que deverá se analisar é se não faltou diligência! O princípio emergente do Código Civil é a responsabilidade, daí que a ‘falta de obrigação de fazê-lo’ é exceção aplicável a situações incomuns, como por exemplo a dos pais em relação a um filho que, saído de casa aos 12 anos de idade, enveredou pelo caminho do crime, causando dano a terceiro aos 16! Como atribuir àqueles pais a responsabilidade, se de há muito não detêm o poder de direção familiar, se perderam os atos de domínio sobre o menor? Já no caso típico do estudante que disparou uma arma contra espectadores de cinema no Morumbi, pouco importa se usuário de cocaína, se consciente ou não de seu ato (foi condenado criminalmente), os pais tinham obrigação de controlá-lo’^{248 249}.

²⁴⁷ “No sentido, Silvio de Salvo Venosa que traz interessante julgado (a seguir transcrito na parte principal): ‘A não-coabitação só isentará o genitor de responsabilidade se ele estiver impedido de fiscalizar e dirigir a conduta de seu filho menor. Se a ausência de coabitação não impedir aquela fiscalização, o genitor, que se achar no exercício do pátrio poder, continuará no dever de vigilância de seu filho menor, permanecendo a sua responsabilidade. Na hipótese, eram os genitores que proviam, segundo as provas, o sustento do filho menor, e que, portanto, tinham condições de continuar a exercer a vigilância que lhes competia (TJSP – Ap. Cível 159371-1, 7-2-92, 5ª Câmara Cível – Rel. Melo Jr.)’ (Direito civil: responsabilidade civil. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 84)”.

²⁴⁸ Código Civil na visão do advogado: responsabilidade civil, p. 225.

²⁴⁹ MAZZEI, Rodrigo. Responsabilidade civil do incapaz: considerações panorâmicas sobre o art. 928 do CC, in DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). Novo Código Civil: questões controvertidas, p. 490-491.

7.10. Requisitos

Sintetizando grande parte do exposto no trabalho, podemos concluir que são requisitos para haver obrigação de reparação de danos pelo patrimônio do incapaz: (i) o ato danoso praticado pelo incapaz também responsabilizaria pessoa imputável em circunstâncias análogas; (ii) nexos de causalidade entre fato e dano; (iii) que o seu responsável não tenha o dever legal de fazê-lo ou não tenha meios para arcar com a reparação; (iv) *“a equidade justifique a responsabilidade total ou parcial do autor, em face das circunstâncias concretas do caso”*²⁵⁰, sem prejudicar o sustendo do incapaz e o de seus dependentes.

Esses requisitos são apontados pela jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, como podemos depreender do julgado resumidamente transcrito:

“Ementa: Indenização - Menor impúbere causador do dano - Responsabilidade direta conforme art. 928, atual Código Civil – Dever do incapaz apenas se os responsáveis não tiverem o dever indenizatório, ou se o tiverem mas não os meios de ressarcimento, ou se também sem esses meios o incapaz os tiver próprios para ressarcir o dano – Falta de prova sobre ausência de dever indenizatório da mãe, presumido diante da moradia da menor com ela; e falta de prova sobre os meios próprios da menor sem prejuízo de sua subsistência para a hipótese da mãe não ter o dever reparatório ou não tiver os meios - Inteligência do art. 928, Código Civil, para responsabilidade indenizatória do incapaz só quando seus responsáveis não devem ou não podem suportar a indenização, e ele puder com meios próprios –

²⁵⁰ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, p. 477-505.

*Illegitimidade passiva reconhecida para o menor - De ofício processo extinto, sem resolução de mérito, prejudicado o recurso.*²⁵¹
(grifamos)

7.11. Restrições quanto ao dano moral

Não nos agrada a idéia de considerarmos que o art. 928 do Código Civil, ao utilizar a expressão “prejuízos”, tenha incluído também o dano moral, sem qualquer ressalva. Não podemos ignorar que não se discute mais que os prejuízos ou danos podem ser de ordem material ou moral.

²⁵¹ Acórdão do recurso de apelação cível com revisão n. 477.510-4, 10ª Câmara de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Dr. Cesar Augusto Fernandes, julgado em 23.05.2007, publicado em 25.07.2007, <www.tj.sp.gov.br>, acesso em 26.09.2008. “Voto: (...) A nova ordem legal prevê que a responsabilidade do incapaz está atrelada a três condições, as duas primeiras alternativas; a última, cumulativa: primeiro, se os seus responsáveis não tiverem a obrigação de ressarcimento, o incapaz responde; segundo, ainda que tenham esse dever ressarcitório, se não tiverem meios para o ressarcimento, também responde o incapaz; terceiro, se a indenização não privar o incapaz do necessário, ou das pessoas que dele dependam, também responde o incapaz.

Se qualquer daquelas exceções estiver presente, por disposição legal não responde o incapaz. E esse é o caso.

Não há prova alguma de que a mãe não tenha o dever de ressarcir. (...)

Caso a mãe não disponha dos meios de ressarcir, aí sim seria cabível a pretensão em face do incapaz. Mas não há prova nenhuma disso.

E, terceiro, também não há prova nenhuma de que o valor indenizatório não privará o incapaz do necessário à sua subsistência. (...)

A intenção do dispositivo legal é bem clara: respondem diretamente os pais; caso eles não tenham o dever de ressarcimento, porque, por exemplo, não tem o filho causador do dano em sua companhia (art. 932, I), então responde o menor se tiver os meios.

Da mesma forma, se os pais, embora responsáveis, não tem meios de suportar o ressarcimento, mas o incapaz tem, por renda ou patrimônio próprios, então ele responde diretamente.

Essa é a intenção legal. Respondem os pais responsáveis pelo incapaz lesionador, em dever por este, exceto naquelas hipóteses previstas legalmente. A regra é o dever dos pais; excepcionalmente, quando eles não devem ou não podem, responde o incapaz se puder. (...)

Para incapaz que mora com a mãe, e não tem patrimônio nenhum próprio, por força dos arts. 928 e 932, 1, a legitimidade para a indenização perseguida pertence à mãe da autora, em nome próprio, e não para a incapaz que, no caso e consoante prova dos autos, não tem dever reparatório direto.

Outra solução nega vigência ao art. 928, Código Civil.

E, por fim, como intentada a ação diretamente contra a incapaz, deveria constar na petição inicial como causa de pedir necessária a narrativa do pressuposto do dever reparatório direto do incapaz, a teor do dispositivo legal citado, ou seja, alegar que os responsáveis não tem dever de reparar ou que não tem meios próprios, e também alegar que o incapaz tem os meios para ressarcir sem prejuízo de sua subsistência. Prova se faz sobre o que se alega. E nem se alegaram aqueles fatos, que são pressupostos do dever indenizatório do incapaz, fosse o caso de prova feita.”

Lembramos, primeiro, que a reparação de danos pelo incapaz se funda na equidade. Em segundo, que a obrigação de reparação do incapaz por equidade nasce para reparar o prejuízo causado pelo incapaz, que, apesar de ter condições financeiras para custear tais prejuízos, era considerado inimputável, e a vítima ficava em situação de extrema desvantagem e injustiça.

Assim, consideramos que o dano moral deve ser de grande repercussão ao ofendido, para caracterizar a reparação pelo incapaz.

Não podemos perder de vista que o ofensor é pessoa desprovida de discernimento e, portanto, não vislumbramos muitas hipóteses em que suas atitudes possam ofender a esfera moral do ofendido.

O dano moral causado por incapaz deve ser fixado em casos evidentes de prejuízo moral à vítima. Por exemplo, quando o incapaz é responsável por morte, danos físicos permanentes, traumas, a vítima sofre violência, dentre outros.

Queremos repelir aquelas hipóteses “aproveitadoras” de dano moral – que em hipótese alguma poderá ser imputada ao incapaz – como insultos orais sem repercussão, sem real ofensa à honra ou aos direitos da personalidade, entre outros incômodos e aborrecimentos do cotidiano.

Destarte, caso o magistrado se depare com pedido de reparação de danos morais causados por incapaz, é necessário equidade, bom senso, analisar a boa-fé do ofendido ao pleitear a indenização, a dimensão da ofensa e, principalmente, a capacidade de discernimento do ofensor.

7.12. Sugestões de redação aos dispositivos analisados

Ao longo de nossa pesquisa nos deparamos com diversas sugestões de alteração dos artigos do Código Civil de 2002²⁵².

Para o autor José de Aguiar Dias, o art. 928 deveria estabelecer que o patrimônio do incapaz constitui garantia da reparação do dano por ele causado e que por essa obrigação responde solidariamente aquele a quem incumbe a sua guarda²⁵³.

Regina Beatriz Tavares da Silva sugere que o art. 928 tenha a seguinte redação: “*Os princípios da responsabilidade civil aplicam-se também às relações de família*” e a inclusão do seguinte parágrafo ao art. 942: “*O incapaz responderá pela indenização, preservando-se os meios indispensáveis para sua sobrevivência*”, de forma a garantir a resolução da suposta antinomia entre os artigos²⁵⁴.

Rui Stoco sugere uma alocação diferente para o art. 928, visto que a exceção veio depois da regra, que é a responsabilidade dos pais, tutores e curadores prevista no art. 932, I e II²⁵⁵.

²⁵² Após o arquivamento do Projeto de Lei n. 6.960/2002, autoria de Ricardo Fiuza, não localizamos nenhuma proposta efetiva: “*O incapaz responde pelos prejuízos que causar, observado o disposto no art. 932 e no parágrafo único do art. 942*”.

²⁵³ Da responsabilidade civil, *Revista do Advogado*, n. 19, p. 33-39.

²⁵⁴ FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*, p. 824 e 838.

²⁵⁵ *Tratado de responsabilidade civil com comentários ao Código Civil de 2002*, p. 777.

8. CONCLUSÃO

O presente estudo monográfico analisou a evolução da responsabilidade civil extracontratual das pessoas privadas de discernimento e os dispositivos que tratam da matéria no Código Civil de 2002.

O Código Civil de 1916 silenciava sobre a responsabilidade civil dos privados de discernimento. Prevalencia o entendimento de que aos incapazes falta-lhes imputabilidade e sem esta inexistente culpa, sobre os que defendiam a ampla responsabilidade dos loucos, principalmente quando abastados de bens.

De acordo com os critérios de equidade, justiça, ordem social, segurança da vítima, equilíbrio social, a doutrina estrangeira e a evolução de nosso direito, o Código Civil de 2002 instituiu a responsabilidade subsidiária e mitigada do incapaz em seu art. 928, atendendo aos princípios constitucionais da solidariedade social, justiça distributiva, dignidade da pessoa humana, igualdade, direito à integração e princípios da eticidade e socialidade.

O incapaz deverá ser responsabilizado apenas quando pessoa imputável responder em situação análoga, de acordo com as regras da responsabilidade subjetiva, observando os critérios de equidade impostos para sua responsabilização subsidiária. Como lhe falta imputabilidade, concluímos que sua responsabilidade é atribuída pela lei, com base na equidade, como exceção à regra da responsabilidade baseada na culpa.

São requisitos para que o patrimônio do incapaz responda pelos danos a que der causa: (i) que o ato danoso praticado pelo incapaz também responsabilize pessoa imputável em circunstância análoga; (ii) que haja nexos de causalidade entre fato e dano; (iii) que o seu responsável não tenha o dever legal de fazê-lo ou não tenha meios para arcar com a reparação; (iv) fixação com equidade em face da impossibilidade de comprometer seu sustento ou o de seus dependentes.

Devemos sempre lembrar que o incapaz causador do dano é, na verdade, uma pessoa capaz de possuir direitos, muitas vezes titular de patrimônio suficiente para sua sobrevivência e indenização dos danos sofridos pela vítima.

Referido artigo veio atender o sentimento de justiça, sob o prisma da equidade – e não da reparação integral do dano, instituindo regime de reparação de danos diferenciado ao incapaz, nos estritos termos autorizados pelo princípio constitucional da igualdade. O art. 928 observou a dignidade da vítima, pois aumentaram suas chances de reparação, e a condição peculiar do incapaz, ao mitigar a indenização.

Caberá ao magistrado observar o limite razoável para indenização que poderá ser suportado pelo incapaz sem prejudicá-lo e, assim, não será um óbice para a reparação do prejuízo à vítima.

No cálculo da indenização o magistrado deverá fixar indenização equitativa, mesmo que não repare todo o prejuízo, observando as necessidades do incapaz e a de seus dependentes, o estado econômico das partes, o fato causador, a extensão e o montante do dano.

Não há solidariedade a ser aplicada ao regime de reparação de danos pelo próprio incapaz, até mesmo porque o art. 934 veda o responsável de reaver do incapaz o que pagou pelos prejuízos por ele causados.

Discordamos do posicionamento extensivo quanto ao parágrafo único do art. 928 aos responsáveis do incapaz. Há proteção suficiente em nosso sistema jurídico a seus responsáveis, e pela interpretação global de todos os dispositivos podemos chegar à mesma conclusão de referido enunciado, apenas quando estritamente necessário, mantendo a regra geral da reparação integral do dano.

Quanto ao dano moral, consideramos que deverá ser de grande repercussão ao ofendido, para caracterizar a reparação de danos do incapaz. Não podemos perder de vista que o ofensor é pessoa desprovida de discernimento e, portanto, não vislumbramos muitas hipóteses em que suas atitudes possam ofender a esfera moral do ofendido.

Apesar de todas as inovações, a vítima ainda poderá ficar sem a devida reparação dos prejuízos que sofreu por ato praticado por incapaz, se o responsável não tiver a obrigação legal ou não dispuser de meios suficientes e o incapaz não tiver condições de arcar com qualquer reparação sem comprometer seu sustento ou o de seus dependentes.

Entretanto, sua condição melhorou, pois aumentaram suas chances de receber pelo menos alguma reparação, mesmo que não integral. O legislador acertou e sopesou a dignidade do incapaz causador de dano e da vítima.

O dispositivo se coaduna com a necessidade da sociedade moderna que, ao recepcionar os incapazes ao convívio e integração, necessita de uma maior garantia de reparação do dano injusto, para que eventual prejuízo não seja suportado pela própria vítima.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACUÑA ANZORENA, Arturo. *Estudios sobre la responsabilidad civil*. La Plata: Platense, 1963.

ALLETTO, F. Bussani et al. *La responsabilità extracontrattuale: le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza*. Milano: Giuffrè, 1994.

ALMEIDA, José Luiz Galvão. *Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito*. In: ALMEIDA, José Luiz Gavião de (Org.). *Temas atuais de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

ALPA, Guido. *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1999.

ALVIM, Agostinho. *Da equidade*, Revista dos Tribunais n .132, fascículo 494, página 3/8.

_____. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

AMIRALIAN, Maria. Conceituando deficiência. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, v. 34, n. 1, 2000. Versão eletrônica disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102000000100017&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 27 de novembro de 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 3. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, 2003.

ARAÚJO, Vaneska Donato. O lugar da culpa e os fundamentos da responsabilidade civil no direito contemporâneo. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNIA, Maria Clara Osuna Diaz (Coords.). *Ensaio sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Magister, 2007.

_____. Responsabilidade por ato de terceiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Orient.); ARAÚJO Vaneska Donato de (Coord.). *Responsabilidade civil: direito civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v. 5.

ARISTÓTELES. *Os pensadores*, v. IV, 1. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1973.

ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. *Pessoa portadora de deficiência: direitos e garantias*. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano: de acordo com o novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2003.

BENACCHIO, Marcelo. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva extracontratual*. Dissertação de Mestrado sob orientação do Professor Doutor Nelson Nery Junior – PUC, 2000.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 8. ed. ver. e atual. por Achiles Bevilaqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves/Paulo de Azevedo, 1954.

BEVILAQUA, Marco Antonio. *As hipóteses de responsabilidade civil pelo fato de outrem do artigo 932 do Código Civil*. Dissertação de Mestrado, PUC-SP, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos.

10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BOGGIO, Giuseppe. *Delle persone fisiche incapaci agli atti civili e di commercio e delle forme abilitative nel diritto*. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1889.

BRAGA NETTO, Felipe P. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva; 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). 14. *Aspectos processuais da responsabilidade civil do incapaz: art. 928 do Código Civil – André Pagani de Souza*. In: *Impactos processuais do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAFAGGI, Fabrizio. *Profili di relazionalità della colpa: contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*. Itália: CEDAM, 1996.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SCAVONE JR., Luiz Antonio (Coords.). *Comentários ao Código Civil artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por eqüidade no novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Incapacidade civil e restrições de direito*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. t. 1 e 2.

CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

DIAS, Camila Werneck de Souza Dias. *Poder familiar e responsabilidade civil dos pais: enfoque processuais*. Dissertação de Mestrado em Direito, PUC – SP, 2005.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 8. ed. Forense, 1987.

_____. Da responsabilidade civil. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 19, 1985.

DINIZ, Maria Helena, *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Código Civil anotado*. 11. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

EOCHA, Arthur. *Actos ilícitos e damno casual: teoria do Código Civil*. Tese de concurso para cadeira de direito civil na Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro. Junho de 1935. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1935 (Biblioteca do Tribunal de Justiça de São Paulo).

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FEDERIGHI, Wanderley José. *A responsabilidade civil dos pais*. Dissertação de Mestrado – USP, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva: 1995.

FERREIRA, Willian Santos. Aspectos materiais e processuais da responsabilidade patrimonial do incapaz. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, v. 55, n. 357, p. 73-89, jul. 2007.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Coord.). *Direitos da pessoa portadora de deficiência*. Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. Max Limonad, 1997.

FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil Comentado*. 1. ed. 8. tir. São Paulo: Saraiva, 2003.

FUJITA, Shiguemitsu. Responsabilidade civil: indenização por equidade no novo Código Civil. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNIA, Maria Clara Osuna Diaz (Coords.). *Ensaio sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Magister, 2007.

GOLDENBERG, Isidoro H. *Relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1989.

GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *A responsabilidade civil subjetiva e objetiva no novo Código Civil*. In: *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11.

_____. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Principais inovações no Código Civil de 2002: breves comentários*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

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

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Lisboa: 1972.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barro Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Responsabilidade civil pelo fato de outrem*. 1. ed. Forense, 1973.

LIMA, Niusarete Margarida de. *Pessoa portadora de deficiência legislação federal básica*. Brasília: Ministério da Justiça/Secretaria de Estado dos Direitos Humanos/Departamento de Promoção dos Direitos Humanos, 2001.

LODI, Luís Fernando Balieiro. *Inclusão social do surdo*. Tese de Doutorado – PUC/SP. São Paulo, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOTUFO, Renan. *Direito civil constitucional: cadernos I*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. *Código Civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232)*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

_____. *Código Civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232)*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

_____. *Curso avançado de direito civil: parte geral*. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore NANNI (Coords.). *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

MANDUCA, Paulo César. Responsabilidade civil e responsabilidade social: a construção da sociabilidade no Brasil de hoje e de amanhã. In: ALMEIDA, José Luiz Gavião de (Org.). *Temas atuais de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Comentários ao novo Código Civil: artigos 304 a 388*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5, t. 1.

MAZZEI, Rodrigo. *Responsabilidade civil do incapaz: considerações panorâmicas sobre o art. 928 do CC*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2006 (Série grandes temas de direito privado, v. 5).

NADER, Alexandre Nader; NADER, Ana Rita Nascimento Nery. *Responsabilidade civil do incapaz no novo Código Civil*. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, v. 6, n. 32, p. 35-39, nov./dez. 2004.

NANNI, Giovanni Ettore. *Responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

NANNI, Giovanni Ettore . *O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade*. In: NANNI, Giovanni Ettore. (Org.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 5 anos do Código Civil. Estudos em homenagem ao Professor Renan Lotufo*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. , p. 283-321.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NETO, Martinho Garcez. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Renovar, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Forense, 1991.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PIOVESAN, Flávia; SOUSA, Douglas Martins de (Coord.). *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Brasília: SEPRIR, 2006.

PORTO, Mário Moacyr. *Temas de responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

RÃO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. 4. ed. anotada, rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 02 set. 2008.

RÊGO, Márcia Cristina dos Santos. *A proteção da pessoa portadora de deficiência pelo Estado brasileiro*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 224, 17 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4834>>. Acesso em: 17 nov. 2006.

REIS, Selma Negrão Pereira dos (Coord.). *Questões de direito civil e o novo Código*. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo/Procuradoria Geral da Justiça/Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cíveis, de Acidentes do Trabalho, do Idoso e da Pessoa Portadora de Deficiência/Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 4; 20. ed. 2000.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Tradução da 6. ed. ital, com notas remissivas aos Códigos Civis brasileiro e português pelo Dr. Ary do Santos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

RULLI NETO, Antonio. *Direitos do portador de necessidades especiais*. Fiuza Editores, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

SIMÃO, José Fernando. Responsabilidade civil pelos atos de terceiros e pelo fato de coisas. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil e suas repercussão nos tribunais*. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2008.

SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz busca pela interpretação do sistema*. Dissertação de Mestrado sob orientação da Professora Doutora Teresa Ancona Lopez – USP, 2007.

SOUZA, António Pais de. *Da incapacidade jurídica dos menores interdito e inabilitados*. Coimbra: Almedina, 1971.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil com comentários ao Código Civil de 2002*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição Federal da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 2.

TORNEAU, Philippe Lê. *As metamorfoses da responsabilidade*. 1997.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *A responsabilidade objetiva no novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.societario.com.br/demarest/svrespobjetiva.html>>. Acesso em 06.06. 2005.

_____. *Direito civil: contratos em espécie e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2001. v. 3.

VIANNA, Ragner Limongeli. *Excludentes da obrigação de reparação de danos*. Dissertação de Mestrado sob orientação do Professor Doutor Renan Lotufo. PUC-SP, 2001.

VIDONHO JÚNIOR, Amadeu dos Anjos. *A nova responsabilidade civil do incapaz pelos atos praticados pela Internet*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 566, 24 jan. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6213>>. Acesso em 06.06.2005.

SITES DA INTERNET SEM AUTOR ESPECÍFICO:

Censo IBGE 2000. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.
<<http://www.acessibilidade.org.br/ibge.htm>>. Acesso em 18.09.2008.

Codice Civile Italiano. <http://www.jus.unitn.it/Cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm>. Acesso em 20.12.2007.

Código Civil español. <<http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/CC/INDEXCC.htm>>. Acesso em 20.12.2007.

Código Civil português. <<http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF>>. Acesso em 14.09.2008.

Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência”. <<http://www.prdc.mpf.gov.br/prdc/legis/docs/tratado>>.

Deficiente visual comemora decisão pela presença de cães-guia no metrô. <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u120027.shtml>>. Acesso em 25.11.2006.

Jornadas de Direito Civil. Enunciados. I Jornada de Direito Civil. Coordenação geral de Ministro Milton Luiz Pereira. "II Jornada de Direito Civil. Coordenação geral do Ministro Ari Pargendler e Coordenação científica do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. (STJ). Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/enunciados.htm>>, Acesso em 14.06.2005; e <http://www.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/13_responsabilidade_civil.pdf> Acesso em 26.08.2008.

Lei das XII Tábuas. <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>>. Acesso em 26.11.06.

Programa Nacional de Direitos Humanos. <<http://www.mj.gov.br/sedh/pndh/menu.htm>>. Acesso em 27.11.2006.

Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão do recurso de apelação cível com revisão n. 477.510-4, 10º Câmara de Direito Privado, Relator Dr. Cesar Augusto Fernandes, julgado em 23.05.2007, publicado em 25.07.2007, <www.tj.sp.gov.br>, acesso em 26.09.2008.