

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

ELCIO NACUR REZENDE

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Elcio Nacur Rezende, Otávio Luiz Rodrigues Junior, José Sebastião de Oliveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-036-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito civil. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

O XXIV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI, ocorrido nos dias 3 a 6 de junho de 2015, em Aracaju, Sergipe, apresentou como objeto temático central Direito, constituição e cidadania: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do milênio. Este encontro apresentou a peculiaridade de ter, pela primeira vez, um grupo de trabalho dedicado ao Direito Civil Contemporâneo, que, de acordo com a ementa oficial, destinava-se ao exame de questões relevantes dessa disciplina jurídica sob o enfoque da metodologia privatística, suas categorias clássicas e sua milenar tradição, mas com a necessária aderência aos problemas de uma sociedade hipercomplexa, assimétrica e com interesses econômicos e sociais contrapostos.

O grupo de trabalho, que ocorreu no dia 5 de junho, no campus da Universidade Federal de Sergipe, contemplou a apresentação de 29 artigos, de autoria de professores e estudantes de pós-graduação das mais diversas regiões do país. Os trabalhos transcorreram em absoluta harmonia por quase sete horas e, certamente, propiciaram a todos bons momentos de aprendizado em um dos ramos mais antigos da ciência jurídica, que hoje é chamado a dialogar com o legado imperecível de sua tradição romano-germânica e com os desafios contemporâneos.

Os artigos reunidos nesta coletânea foram selecionados após o controle de qualidade inerente à revisão cega por pares, em ordem a se respeitar os padrões da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e também para que esta publicação seja útil para os diversos programas de pós-graduação aos quais se vinculam seus autores.

Neste livro eletrônico, o leitor encontrará textos atuais e com diferentes enfoques metodológicos, doutrinários e ideológicos sobre temas de interesse prático e teórico do Direito Civil Contemporâneo.

Na Teoria Geral do Direito Civil, há diversos artigos sobre os direitos da personalidade, a lesão e a interpretação do Direito Civil. No Direito das Obrigações e dos Contratos, destacam-se escritos que dizem respeito à função social do contrato, aos demais princípios contratuais e sua correlação com as cláusulas exoneratórias de responsabilidade, aos deveres anexos da boa-fé objetiva, às distinções entre renúncia e remissão, ao contrato de doação modal, bem assim aos contratos de agência e de representação comercial. A Responsabilidade Civil

também despertou significativo interesse dos participantes do grupo de trabalho, que expuseram suas visões sobre os danos morais, as lesões decorrentes de cirurgias plásticas, as conexões entre a incapacidade e a reparação de danos, a ação direta das vítimas em face das seguradoras, a função punitiva e o Direito de Danos e a reparação por ruptura de noivado.

No Direito das Coisas, o leitor poderá examinar textos sobre a hipoteca, a propriedade aparente e o problema da ausência de procedimento especial sobre a usucapião judicial no novo Código de Processo Civil. No Direito de Família e no Direito das Sucessões, houve um significativo número de artigos, que se ocuparam dos mais variados temas, ao exemplo das famílias mosaico, da Lei de Alienação Parental, das modalidades de filiação e de seu tratamento jurídico contemporâneo, do núcleo familiar poliafetivo, do testamento vital e do planejamento sucessório.

Essa pátina com cores tão diversas, a servir de metáfora para as diferentes concepções jurídicas emanadas neste livro, foi causa de alegria para os coordenadores, que puderam observar que no Brasil não há predileção por qualquer parte do Direito Civil, muito menos se revelaram preconceitos injustificáveis diante das novas relações humanas. Em suma, os temas abordados abrangeram os diferentes livros do Código de 2002, conservando-se os autores atentos à dinamicidade das relações sociais contemporâneas.

Todos os trabalhos apresentados e que hoje se oferecem à crítica da comunidade jurídica refletiram o pensamento de seus autores, sem que os coordenadores desta obra estejam, em maior ou menor grau, a eles vinculados. Trata-se do exercício puro e simples da liberdade e do pluralismo, dois valores centrais de qualquer ambiente universitário legítimo, que se conformam aos valores constitucionais que lhe dão suporte.

Ao se concluir esta apresentação de um livro sobre o Direito Civil Contemporâneo, não se pode deixar de lembrar o que a palavra contemporâneo significa. Para tanto, recorre-se a Giorgio Agamben, tão bem parafraseado por José Antônio Peres Gediél e Rodrigo Xavier Leonardo, quando disse que contemporâneo é algo que pertence verdadeiramente ao seu tempo, é verdadeiramente contemporâneo, aquele que não coincide perfeitamente com este, nem está adequado às suas pretensões e é, portanto, nesse sentido, inatual; mas, exatamente por isso, exatamente através desse deslocamento e desse anacronismo, ele é capaz, mais do que os outros, de perceber e aprender o seu tempo. De tal sorte que, o contemporâneo inevitavelmente será marcado pelo desassossego, que muitas vezes adverte e atenta a fragilidade daquilo que está posto como o estado da arte, malgrado não o ser. (GEDIÉL, José Antonio Peres; LEONARDO, Rodrigo Xavier. Editorial. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v.2., p.17-19, jan-mar.2015. p. 17).

Essa contemporaneidade que se faz necessária no estudo do Direito Civil, sem fechar as portas a um passado rico de experiências e de construções admiráveis, tão bem refletidas no elogio de Franz Wieacker aos pandectistas, sobre os quais afirmou serem suas ideias a base sobre a qual repousam as melhores estruturas do Direito Privado atual (WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. 2., neubearb. Aufl. von 1967. Göttingen : Vandenhoeck und Ruprecht, 1996, §23.) . Mas, sem que sejam os civilistas transformados em estátua de sal, como a mulher de Ló, por só buscarem nas brumas dos tempos idos as soluções que não mais se prestam a um dia colorido por luzes tão diferentes.

Dessa forma, apresentam os coordenadores, orgulhosamente, esta obra cujo conteúdo certamente enriquecerá a cultura jurídica de todos e, em especial, aqueles que cultuam o Direito Civil Contemporâneo.

Prof. Dr. Elcio Nacur Rezende Professor e Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Mestre e Doutor em Direito.

Prof. Dr. Otávio Luiz Rodrigues Junior Professor Doutor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco). Pós-Doutor em Direito Constitucional Universidade de Lisboa, a Clássica. Pesquisador visitante, em estágio pós-doutoral, no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hamburgo, Alemanha), com bolsa de Max-Planck-Gesellschaft.

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira - Coordenador do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999) e pós-doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (2013). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (1984),

A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO DANO CAUSADO PELO INCAPAZ

CIVIL LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED BY INADEQUATE

**Vivian Gerstler Zalcmán
Maisa de Souza Lopes**

Resumo

Com base no direito comparado, as reflexões do presente visam o estudo da responsabilidade civil decorrente do dano causado pelo incapaz. Discutir-se-á a responsabilidade civil daqueles obrigados à vigília dos incapazes nos aspectos objetivo e subjetivo, traçando-se um parâmetro com a responsabilidade por presunção de culpa trazido pelo direito português. Serão suscitadas e estudadas as hipóteses em que os responsáveis não terão a obrigação de indenizar e os limites da responsabilização do incapaz.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, Incapacidade, Dano, Responsabilidade por presunção de culpa, Direito comparado.

Abstract/Resumen/Résumé

Based on comparative law, the reflections of this paper aim the study of civil liability for damage caused by inadequate. It will discuss up-liability of those forced to watch the incapable in objective and subjective aspects, by drawing a parameter with responsibility for presumption of guilt brought by Portuguese law. It will be raised and studied the cases in which those responsible will not have the obligation to indemnify and limits the liability of incapable.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Liability, Disability, Damage, Liability for presumption of guilt, Comparative law.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende abordar a responsabilidade civil do inimputável, desde o dever que incumbe aos pais ou responsáveis de reparar os danos causados por estes, até a responsabilidade pessoal do incapaz.

Nesse contexto, surgem inúmeras polêmicas, dentre elas, se existem hipóteses em que os responsáveis não têm obrigação de indenizar, se a responsabilidade do incapaz é subjetiva ou objetiva, o que revela a importância do tema no estudo da responsabilidade civil, ainda mais porque a doutrina sobre o tema é escassa e a jurisprudência não é pacífica.

Ademais, na sociedade atual, dita pós-moderna, se verifica o aumento dos danos causados por incapazes, 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 a agressividade crescente deste – 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 tratamento aplicado às crianças, aos deficientes e aos delinquentes¹, o que também destaca a relevância do tema ora versado.

Pretende-se analisar, mais detidamente, o ordenamento jurídico brasileiro, para compreender a sistemática da responsabilidade civil do incapaz, e concretamente avaliar sua posição nos Códigos Civis de 1916 e 2002, e o ordenamento jurídico português, no período anterior e posterior ao Código Civil de 1966, mas com aporte no estudo de outros direitos estrangeiros, a fim de enriquecer os fundamentos das questões divergentes.

1. A responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz

Propôs-se no presente artigo, a fim de que seja possível registrar a real evolução sofrida pelo tema e melhor compreender o seu estado atual, examiná-la sob a luz dos dois

¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. A responsabilidade civil dos pais pelos fatos ilícitos praticados pelos filhos menores. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, Universidade de Coimbra, v. 71, 1995, p. 403.

códigos civis (revogado e vigente) brasileiros e portugueses, e, ainda, com apoio em outros direitos estrangeiros.

Conquanto o tema seja a responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz, por se tratar de uma matéria muito extensa, focar-se-á na responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos, sem, contudo, deixar de abordar, *en passant*, as demais possibilidades de responsáveis por incapazes.

1.1 No direito brasileiro: a evolução da responsabilidade dos vigilantes de subjetiva à objetiva

No direito brasileiro, no Código Civil de 1916, a responsabilidade civil do incapaz tratou-se de um assunto bastante controvertido, primeiro porque este diploma distinguia as conseqüências dos atos danosos praticados por menores púberes das dos praticados por absolutamente incapazes², o que era questionável, segundo porque durante a vigência do referido *codex* foram editados dois Códigos de Menores, que trouxeram profundas mudanças na seara da responsabilidade civil³.

O artigo 1.521 preceituava que são também responsáveis pela reparação civil, entre outros, os pais pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia e os tutores e curadores pelos atos dos pupilos e curatelados que se acharem nas mesmas condições, desde que, conforme determinava o artigo 1.523, ficasse provado que eles haviam concorrido para o dano com culpa, portanto, está-se diante de uma responsabilidade subjetiva.

Dessa forma, o cerne do problema estava na situação da vítima que não conseguisse provar a culpa *in vigilando* dos representantes do menor causador do dano, pois, nessa situação, a vítima não iria ser indenizada.

Cabe esclarecer, com apoio nas lições de José Fernando Simões, que, conceitualmente, a culpa *in vigilando* ocorre quando há quebra do dever legal de vigilância, de cuidar de determinadas pessoas em razão da imposição legal. Verifica-se nas hipóteses de

² O artigo 156 equiparava o menor entre dezesseis e vinte e um anos ao maior quando se tratava de responsabilizá-lo por atos danosos que praticava, seja dolosa, seja culposamente.

³ BUNAZAR, Maurício. Responsabilidade Civil do Incapaz: objetivação da culpa ou responsabilidade civil objetiva? Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 9 (16-17), jan-dez. 2009, p. 193.

responsabilidade do pai pelo filho, do tutor pelo tutelado, do curador pelo curatelado, do dono de hotel pelo hospede e, ainda, do educador pelo educando⁴.

Com a edição do primeiro Código de Menores (Decreto n° 17.943-A, de 12/10/1927), que estabeleceu uma presunção *iuris tantum* de culpa por parte de seus representantes (artigo 68, §4º), a situação comentada mudou de figura, as vítimas só deixariam de receber a indenização se os representantes dos menores conseguissem se desincumbir do ônus de prova que não haviam agido com culpa.

Mauricio Bunazar comenta que essa situação confortável para as vítimas perdurou até a edição da lei 6.697/79, que revogou expressamente o antigo Código de Menores que revogava tacitamente o artigo 1.523. Desse modo, o único dispositivo aplicável para a responsabilidade dos pais ou tutores por atos dos menores era o artigo 1.521, o que transmudou a responsabilidade dos representantes de subjetiva para objetiva⁵.

Observou-se, assim, a evolução da responsabilidade dos responsáveis pelo incapaz que, nasceu subjetiva, transmudou-se para expressa presunção de culpa e, ao final desse primeiro período (vigência do Código Civil de 1916), transformou-se em objetiva, conquanto existisse muita divergência na doutrina quanto à objetivação da responsabilidade.

O Código Civil de 2002 promoveu profunda alteração na sistemática de responsabilização do incapaz, principalmente quando assentou a possibilidade da sua responsabilização pessoal, tema que será abordado a seguir.

Ainda sobre a responsabilidade dos vigilantes do incapaz, o artigo 933 encerrou o debate com relação à natureza da responsabilidade, convencionou que eles responderão ainda que não haja culpa de sua parte.

José Fernando Simão, que se propôs investigar qual seria o fundamento para que o legislador rompesse com o sistema da culpa, para adotar o sistema da responsabilidade objetiva dos pais, tutores e curadores; comentou que a culpa veio perdendo prestígio no decorrer dos séculos, principalmente com a Revolução Industrial, que causou mudanças

⁴ SIMÃO, José Fernando. Responsabilidade Civil do Incapaz. In Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Silvio de Salvo Venosa. (Coord. Otávio Luiz Rodrigues Junior, Gladston Mamede, Maria Vital da Rocha). São Paulo: Atlas, 2011.

⁵ BUZANAR, Maurício, op cit. p. 194.

profundas na sociedade moderna, e questionou se alguma das teorias do risco (risco-proveito, risco criado, risco integral, risco administrativo, risco profissional) aplica-se à responsabilidade dos pais, tutores e curadores pelos atos dos filhos, pupilos e dos curatelados⁶.

Consequente, o referido autor afirma que na situação em estudo não há qualquer espécie de proveito econômico ou pecuniário, que o risco administrativo não guarda qualquer relação, pois se refere ao Estado e à sua administração, da mesma forma, o risco profissional cuida da relação de trabalho entre empregado e empregador, assim, as teorias do risco atualmente existentes não justificam, por si, a responsabilidade dos representantes pelos atos das pessoas incapazes.

Por fim, afirma que o Código Civil cria uma nova modalidade de teoria do risco, o risco-dependência, pois toda pessoa inimputável necessita de um representante legal do qual será dependente jurídica, econômica ou afetivamente. Assim, ao assumir a tutela ou curatela, ou em razão do poder familiar, surge o risco-dependência. A falta de discernimento do incapaz é fator determinante para que as chances deste causar um dano fiquem potencializadas e, então, a responsabilidade passa a ser objetiva.

Conclui que⁷:

Quem decide pela paternidade ou maternidade assume os riscos de ter sob sua dependência pessoa sem capacidade de discernimento entre o certo e o errado, que, portanto, tem uma maior chance de causar danos a terceiro. Assim, assumindo tal risco decorrente dessa dependência do incapaz, surge o dever de indenizar. Quem tem a alegria de ter filhos, passa a ter o ônus pelos atos destes, independentemente de culpa, pois, antes dos 18 anos, as pessoas são potenciais causadoras de dano. Já os tutores e curadores, por exercerem um múnus, não teriam necessariamente as alegrias, mas apenas a responsabilidade. Em conclusão, para nós, além das clássicas teorias do risco, temos, agora, uma nova, qual seja, o risco-dependência.

No que tange ao direito de regresso, o artigo 934 dispõe que 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. Dessa forma, os

⁶ SIMÃO, José Fernando, op cit., p. 172.

⁷ SIMÃO, José Fernando, op cit., p. 173.

pais e os avós não teriam direito de regresso em decorrência da relação de descendência, todavia no caso da tutela ou da curatela, se forem exercidas por outro parente do incapaz (com quem não tenha relação de descendência), ou mesmo por alguém que não seja seu parente, o direito de regresso seria possível.

1.2 O direito português e outros sistemas estrangeiros de responsabilidade por presunção de culpa

No Código Civil português de 1867, os artigos 2377^o ao 2379^o regulavam esta matéria. Pelo artigo 2377⁸, Henrique Sousa Antunes ensina que, quando o comportamento fosse penalmente desvalorado, o afastamento da responsabilidade criminal por estado de completa embriaguez ou demência não isentava o agente da reparação civil pelos danos ocorridos, salvo estando sujeito a tutela ou vigilância legal de outrem. Ou seja, bastava a ilicitude do comportamento das pessoas privadas do uso da razão para o nascimento do dever de indenizar, embora, existindo tutela ou vigilância legal, esse dever se tornasse subsidiário: surgiria quando o tutor ou curador provasse a inexistência de culpa da sua parte⁹¹⁰.

No âmbito do artigo 2379¹¹, o mencionado autor explica que, tratando-se de fato penalmente tipificado, o afastamento da responsabilidade criminal pela idade não afasta o menor de um dever de indenizar. Contudo, responderiam civilmente por ele os seus pais ou quem tivesse a guarda e direção do menor, exceto se fosse feita a prova de ausência de culpa ou negligência da parte deles. Neste caso, subsistiria a obrigação do agressor.

⁸ Art. 2377. Se aquele, que causar os prejuízos, for relevado da responsabilidade criminal, por seu estado de completa embriaguez ou demência, não ficará por isso desobrigado da reparação civil, excepto estando debaixo da tutela ou vigilância legal de outrem. Neste caso, a dita obrigação recairá sobre o tutor ou curador, salvo se se provar, que não houve da sua parte culpa ou negligência. § único. Se a irresponsabilidade do tutor ou curador se provar, subsistirá a obrigação do agressor.

⁹ ANTUNES, Henrique Sousa. Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000, p. 87.

¹⁰ A indenização devida calcular-se-ia nos termos do artigo 2378: “Em todos os casos, em que deva haver reparação pelos bens de algum desassistido, serão sempre ressalvados os necessários alimentos, conforme o estado e condição dele.”

¹¹ Art. 2379. A menoridade não releva da responsabilidade civil; mas, se aquele que praticar o dano não estiver, por sua idade, sujeito a responsabilidade criminal, responderão civilmente por ele seus pais, ou responderá aquele, a cuja guarda e direcção estiver entregue o culpado, excepto se provarem, que não houve da parte deles culpa ou negligência. § único. É aplicável aos menores o que fica disposto no art. 2377 e seu parágrafo.

Dessa forma, conclui-se, com apoio na lição de Henrique Sousa Antunes, que é necessária a existência de um nexo causal entre o ato do incapaz e a falta de vigilância, assim, os pais poderiam destruir a presunção de culpa se provassem que o filho é rebelde e incorrigível, pois que têm feito os possíveis esforços para sua boa educação.

No Código Civil vigente, o artigo 491¹² estabelece a responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de outrem, sendo que 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.

Antes de se adentrar na discussão a respeito do fundamento da responsabilidade dos pais e demais vigilantes, necessário se faz tecer alguns comentários sobre o conceito de incapacidade natural do art. 491. Henrique de Sousa Antunes comenta que há autores que identificam o conceito em causa com o da inimputabilidade, outros que defendem o seu alargamento à semi-imputabilidade e a situações em que, tendo o agente entendimento e liberdade, não possui ainda a necessária maturidade e domínio de si, e ainda um setor da doutrina que, por encarar a menoridade um exemplo típico de incapacidade natural, parece não atender a efetiva maturidade do vigilando, antes bastando-se com presunções legais de incapacidade¹³.

Inicialmente, não se pode confundir incapacidade do menor de idade com imputabilidade, a menoridade cessa com dezoito anos, e há presunção de imputabilidade, no domínio da responsabilidade civil, até os sete anos (art. 489, CC). Embora o menor seja capaz de entender e querer, tal condição, não cessa a responsabilidade parental, que decorre do art. 1.877, CC.

A incapacidade natural, enquanto conceito utilizado no art. 491, abrange, simultaneamente, a falta e a impossibilidade de exercício pessoal da aptidão natural, traduzida na capacidade de entender e querer e disposição de conhecimentos suficientes, para o governo da sua pessoa e bens¹⁴.

¹² Art. 491. 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.

¹³ ANTUNES, Henrique Sousa. Op cit, p. 95.

¹⁴ ANTUNES, Henrique Sousa. Op cit, p. 98.

Portanto, além da possibilidade dos responsáveis safarem-se da obrigação de indenizar se mostrarem que cumpriram o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido, há ainda uma outra possibilidade de exclusão da responsabilidade civil, se provarem o afastamento da presunção de incapacidade natural do menor no momento da prática do fato causador do dano.

Consequente, diferentemente do direito brasileiro, o direito português fundamentou a responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de terceiro incapaz na culpa, embora presumida, contudo, são várias as teses que justifiquem a configuração de uma responsabilidade objetiva dos pais.

Nesse sentido, Henrique Sousa Antunes apresenta um esboço das teses que sustentam a objetivação da responsabilidade civil dos pais e demais responsáveis por incapazes e comenta-as, dentre elas:¹⁵

i) Há quem a fundamenta a partir do argumento *ubi commoda ibi est incommoda*. Contudo, há uma dificuldade substancial: o benefício auferido pelos pais teria de revestir um sentido não econômico.

ii) Outro entendimento é o de se basear essa responsabilidade objetiva na criação de perigo para a sociedade: o menor, enquanto tal, é uma fonte de perigo pela sua capacidade limitada de compreensão e de atuação. Contudo, procede-se, desta forma, a um alargamento inaceitável da noção de risco, bem como a uma imputação injustificada da criação do perigo aos pais e não à sociedade.

iii) Por outro lado, teoriza-se a possibilidade de fundar a responsabilidade objetiva em considerações de equidade, sendo mais justo que, em última instância, quem suporte o dano sejam os pais do menor e não o lesado. Não se vê, porém, que a solução de sempre proteger o lesado, em detrimento dos pais, os quais poderiam não estar em condições de evitar o dano, mais corretamente cumpra o desiderato da justiça.

iv) Também se procurou justificar a responsabilidade objetiva com a utilidade e o interesse social, no caso, a proteção da vítima, e a prevenção, porque induz, de forma indireta, a uma maior diligência no cumprimento dos deveres de educação e vigilância. Contudo,

¹⁵ ANTUNES, Henrique Sousa. Op cit, p. 258-269.

pondera-se que o aumento da vigilância seria uma reminiscência da concepção autoritária do poder parental, oposta ao atual direito de família.

v) Há autores que sustentam a objetivação com o princípio da solidariedade familiar, aparecendo a família como uma unidade, quer sociológica, quer econômica. Tal opinião parece contrastar com o fenômeno atual de crise da família, acompanhado da progressiva autonomia e capacidade decisória do menor e da separação do patrimônio do filho.

Verifica-se, assim, a resistência da objetivação da responsabilidade civil dos pais e responsáveis pelos atos dos incapazes, no direito português.

Na experiência comparada, merece alusão o tratamento da matéria no direito espanhol, apesar do artigo 1.903¹⁶ dispor de uma responsabilidade por culpa presumida (culpa *in vigilando*, pelo controle ou supervisão da conduta dos filhos), o *Tribunal Supremo* objetivou a responsabilidade dos pais e entende que, quando os filhos causam um dano, eles são responsáveis, independente de que hajam vulnerado o dever de controlar ou vigiar seus filhos. Podem-se trazer os seguintes exemplos¹⁷:

SAP Barcelona 23.3.2006 (AC 2006/1632): responsabilidad de los padres cuyo hijo agredio a um profesor durante um excursion escolar. Se declara la responsabilidad por culpa in educando de los padres, incluso um actividades extraescolares oraganizadas, si los profesores actuaron com toda la diligencia exigible.

STS, 1º, 1.11.2006 (RJ 2006/7170): responsabilidad de los padres cuyo hijo agredio sexualmente a um menor. Responsabilidad casi objetiva de los padres. No libera de responsabilidad el haber solicitado ayuda de instituciones públicas um caso de personalidad problemática del menor.

SAP Madrid 28.10.2009 (AC 2010/144): responsabilidad de los padres por el incêndio causado por um menor (no se cita la edad) um um camping.

¹⁶ Art. 1903, § 2º: “Los padres son responsables de los danos causados por los hijos que se encuentren bajo su guada.”

Art. 1903, § 6º: “La responsabilidad de que trata este articulo cesará cuando las personas en el mecionadas prueben que emplearon la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el dano.”

¹⁷ FERNANDO, Gomez. Responsabilidad civil de padres y maestros. Disponível em http://www.upf.edu/dretcivil/pdf/mat_fernando/T42008.pdf. Acesso em 19/11/2014.

Questão interessante que se coloca no direito espanhol é a necessidade, para responsabilização dos pais, que os menores se encontrem sob a guarda deles (art. 1.903.2 CC). Fernando Gomez afirma que quando da redação do Código Civil Espanhol, existia um modelo familiar tradicional, portanto, não era difícil apreciar esta relação de guarda. Hoje já não é tão fácil, pois nem todos os pais têm a guarda e é possível que ambos os progenitores não convivam com o menor¹⁸.

A jurisprudência espanhola se posiciona da seguinte forma: Quando ambos os pais têm a guarda, eles são responsáveis. Quando só um ostenta a guarda legal e o direito sobre o filho que causa dano, este é que responderá. Contudo, se não coincide a guarda legal e a situação de direito de controle ou supervisão do menor no momento em que ele causa o dano, prevalece a situação real sobre a guarda legal¹⁹²⁰.

Juan Manuel Abril Campoy esclarece que guarda não pode pressupor necessariamente convivência, até porque existem muitas situações em que certos pais possuem a guarda, mas não convivem com seus filhos, ademais, ainda que não se possa alegar a culpa *in vigilando* no caso em que não há convivência, pode-se fundamentar a responsabilidade na culpa *in educando*²¹.

No direito italiano, são os artigos 2047 e 2048 que tratam do assunto²². O artigo 2047 traz previsão a respeito da responsabilidade pelo dano causado pelo incapaz “de entender ou

¹⁸ FERNANDO, Gomez. Op.cit.

¹⁹ STS, 1º, 11.10.1990 (RJ 1990/7860): un menor cuya guarda legal ostentaba su madre pasa un fin de semana con el padre y provoca un accidente de moto. El perjudicado demanda a la madre y el TS etiene que el responsable es el padre, pues en ese momento ostentaba la guarda de hecho y tenía la posibilidad de controlar el comportamiento del menor.

²⁰ FERNANDO, Gomez. Op cit.

²¹ JUAN Manuel Abril Campoy. La responsabilidad de los padres por los danos causados por sus hijos. Revista Crítica de Direito Imobiliário. Num. 675. Enero – Feberero, 2003. Disponível em <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/responsabilidad-padres-causados-hijos-329167>. Acessível em 20.11.2014.

²² Art. 2047. In caso di danno cagionato da persona incapace di intendere o di volere, Il risarcimento e devuto da chi e tenuto allá sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di nona ver potuto impedire Il fatto. Nel caso in cui Il danneggiato non abbia potuto ottenere Il risarcimento da chi e tenuto allá sorvelianza, Il giudice, in considerazione delle condizioni economiche delle parti, puo condannare l'autore del danno a um`equa indennita.

Art. 2048. Il padre e la madre, o Il tutore, sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati o dele persone soggette allá tutela, che abitano con essi. La stessa disposizione si aplica all'affiliante.

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

de querer”, cuja obrigação pode recair sobre seus vigilantes, salvo se provarem que não podiam impedir o fato, ou sobre os próprios incapazes, em contrapartida, o artigo 2048 trata da responsabilidade dos pais e tutores por danos causados pelos filhos menores e pupilos, como resultado, a responsabilidade dos pais (e sujeito a seus equivalentes) é adicionado ao do filho, chamado a prestar contas com base na cláusula geral da responsabilidade civil do art. 2043 CC, salvo se provarem que não podiam impedir o fato.

Alberto Figone destaca que, a doutrina italiana mais tradicional enquadra o artigo 2048 no regime geral de responsabilidade por culpa, mais precisamente, seria uma dupla presunção de culpa (em educar e/ou supervisionar), que teria o efeito de inversão do ônus da prova em favor da parte lesada, em derrogação dos princípios comuns aplicáveis em matéria de responsabilidade civil por ato ilícito, contudo, já se afirma a objetivação da responsabilidade, assim os pais seriam chamados a prestar contas com base em seu status, ou em razão da “relação qualificada” que os une a seus filhos²³.

O direito francês, não obstante ter sido exposto por último, foi quem deu preferência pela culpa presumida e pela responsabilidade primária do vigilante, que influenciou as legislações de vários Estados da Europa²⁴. O artigo 1384, nas alíneas 1, 4, e 6 a 8 do *Code Civil* que dispõe sobre a matéria em comento²⁵. Consta-se que, a responsabilidade dos pais é presumida, dispensou-se a vítima de ter que provar a culpa dos pais, mas estes podem ser

Le persone indicate daí commi precedenti sono liberate dalla responsabilita soltanto se provano di nona ver potuto impedire Il fatto.

²³ FIGONE, Alberto. Responsabilita civile dei genitore, dei tutori, degli insegnanti e dei maestri d'arte o mestiere. Disponível em: http://www.ambientediritto.it/dottrina/Dottrina_2005/responsabilita_genitori_figone.htm. Acessível em 20.11.2014.

²⁴ ANTUNES, Henrique Sousa, op cit, p. 27.

²⁵ On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.

Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux.

Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.

La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.

En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées, conformément au droit commun, par le demandeur, à l'instance.

isentos dessa responsabilidade, se provar que eles mesmos não cometeram falta pessoal (na maneira de educar e acompanhar a criança)²⁶.

Contudo, observou-se que o Supremo Tribunal Francês optou pela objetivação da responsabilidade dos pais, o que se deu de forma progressiva, segundo M. Jean-Claude Bizot, nos seguintes *leading cases*²⁷:

(i) Julgamento "*Fullenwarth*" de 09 de maio de 1984: representou o anúncio de uma modificação profunda no regime da responsabilidade dos pais. A utilização da expressão "responsabilidade presumida" e a alusão à noção de causalidade entre o fato da criança e o dano aproximaram tal responsabilidade do regime da responsabilidade pelo fato das coisas e já se estava perto de um regime de responsabilidade objetiva.

(ii) *Arret Bertrand*, de 19 de fevereiro de 1997: a decisão assentou que só a força maior ou a culpa da vítima poderia exonerar um pai da estrita responsabilidade incorrida devido aos danos causados por seu filho menor, que vive com ele, nessa situação, o Supremo Tribunal já optou por certa objetivação da responsabilidade.

(iii) Caso "*Minc*" e "*Pouillet*" de 13 de dezembro de 2002: consagrou-se a responsabilidade objetiva dos pais, em razão do risco de se ter filhos menores sob sua vigilância e da obrigação do exercício do poder paternal.

A respeito da necessidade de coabitação do menor com seus pais, para que haja a responsabilização, o referido estudioso ensina que, era uma exigência do antigo art. 1384, 4, suprimida pela Lei 2002-305, de 05 de março de 2000, ademais, a Câmara Cível reforça um conceito mais abstrato de coabitação, que tem pouco a ver com a situação concreta do menor no momento da prejudicial. Citam-se os seguintes exemplos:²⁸

Civ. Segunda, 09 de março de 2000 (Bull n° 44): O fato de que uma criança foi confiada por seus pais por um mês em um centro de saúde mental comunitária dirigida por um mútuo, não havia cessado a

²⁶ BIZOT, M. Jean-Claude. La responsabilité civile des pere et mere du fait de leur mineur: de la faute au risque. Disponível em https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2002_140/deuxieme_partie_tudes_d_oucmnts_143/tudes_theme_responsabilite_145/pere_mere_6112.html. Acessível em 20/11/2014.

²⁷ BIZOT, M. Jean-Claude, op cit.

²⁸ BIZOT, M. Jean-Claude, op cit (tradução livre)

coabitação, por isso, pais eram responsáveis pelo prejuízo causado por seu filho para um colega com um lápis durante esta estadia fora.

- *Civ. Segunda, 20 de abril de 2000 (Bull n° 66)*: A responsabilidade do art. 1384 al. 4 não é descartada pelo simples fato de que a criança estava no momento dos factos em uma escola (a menina de 4 anos estava na escola, durante uma aula de tração, perdeu o equilíbrio e um camarada ferido).

- *Civ. Segunda, 05 de julho de 2001 (P. n° 99 D 12 428)* vítima de um acidente de trânsito envolvendo um veículo conduzido por um passageiro de 17 anos de idade, que reivindicou uma indemnização ao pai de alguém que tinha invocado o padrão coabitação, o menor está temporariamente ausente devido a seus problemas de relacionamento, o recurso contra o acórdão de condenação do pai é julgado "uma mera ausência temporária sem uma boa razão, não constituem uma violação da coabitação, que uma criança causa problemas para os pais dele não pode justificar o abandono das suas responsabilidades".

A partir desse panorama, que só se fala na responsabilidade irrestrita dos pais e demais vigilantes pelos atos causados pelo incapaz, há de se observar se existem situações em que os responsáveis não terão a obrigação de indenizar, e, conseguinte, será estudado o que ocorre quando os responsáveis não têm meios de indenizar.

1.3. Hipóteses em que os responsáveis não têm obrigação de indenizar

Não obstante a tendência de se responsabilizar os pais e vigilantes de incapazes de forma incondicional, encontram-se na doutrina e jurisprudência várias hipóteses em que se verifica que o responsável não tem obrigação de indenizar, é o que se propõe estudar nesse tópico.

A primeira exceção verifica-se quando os pais do menor falecem e não lhe é nomeado tutor para sua representação. Também, se o curador de determinado incapaz, em caso de doença, vier a falecer, deixando-o sem a representação devida. Nesses casos, que inexiste a figura do representante legal, a responsabilidade do incapaz é direta²⁹.

No direito brasileiro, o artigo 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) estabelece que, em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a

²⁹ SIMÃO, José Fernando, op cit, p. 174.

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, sendo que se houver manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada. Portanto, estabeleceu-se uma exceção à obrigação dos pais de indenizar.

Para não pairar dúvidas, a I Jornada do Conselho da Justiça Federal se pronunciou da seguinte forma no enunciado n.º. 40:

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. 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito das medidas socioeducativas ali previstas.

Segundo José Fernando Simão, a doutrina aventa mais quatro diferentes possibilidades em que o representante não terá a obrigação de indenizar os danos causados pelo incapaz: o dano causado pelo pródigo, filho menor que não está sob autoridade e na companhia dos pais, emancipação do menor e força maior ou caso fortuito³⁰.

Quanto ao pródigo, sua curadoria não se trata de *cura persona*, mas, sim, de *cura rei*. Cuida o curador do patrimônio e não da pessoa do pródigo, já que este não padece, em princípio, de doença. Aliás, o modelo de curatela do pródigo assemelha-se muito aquele previsto para os ausentes. Assim, não tem o curador qualquer dever de indenizar³¹.

Os pais destituídos do poder familiar não têm mais autoridade e perdem os direitos e deveres em relação ao filho. Da mesma forma, o tutor ou curador que forem destituídos de seu múnus também não respondem pelos danos causados por seus pupilos.

No caso de pais separados, conforme se comentou quanto à solução adotada pelos Tribunais Espanhóis, no direito brasileiro não é diferente, será obrigado a indenizar o pai, que no momento do dano, era responsável pelo filho, independente se o filho estava sob o poder do genitor que tem a guarda unilateral, ou se de quem tem o direito de visita.

A guarda compartilhada, estatuída no direito brasileiro nos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, implica numa obrigação solidária dos pais (artigo 942, parágrafo único) de

³⁰ SIMÃO, José Fernando, op cit, p. 174-175.

³¹ SIMÃO, José Fernando, op cit, p. 174.

indenizar, não importando quem estava vigiando o filho no momento em que foi causado o dano, em razão da sua sistemática de responsabilização conjunta e o exercício simultâneo de direitos e deveres dos pais concernentes ao poder familiar dos filhos.

A emancipação do menor que significa o fim da incapacidade e do poder familiar faz com que o emancipado seja responsável por seus atos, dessa forma, à primeira vista, fica evidente que não existiria dever dos pais em indenizar. Contudo, a jurisprudência brasileira reconhece a solidariedade deles nessas situações, fundamentando que o ato ilícito causado pelo emancipado significaria que o menor não estava pronto para se emancipado, teria havido por parte dos pais verdadeira culpa presumida no ato da emancipação.

José Fernando Simão afirma que esta não é sua opinião, que se evidencia que a doutrina presume como sendo de má-fé toda e qualquer emancipação voluntária, como se fosse apenas atos de exoneração de responsabilidade. “Tal interpretação se afasta do velho brocardo em que: enquanto a boa-fé se presume, a má-fé se prova”. Assim, ele reconhece que na emancipação o menor, agora capaz, responderá pelos danos que causar com exclusividade³².

Com efeito, apesar da objetivação da responsabilidade dos pais e demais vigilantes, há a possibilidade de afastamento do dever por meio da alegação das excludentes genéricas de responsabilidade civil: caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima.

Por fim, impõe-se comentar a questão no sistema português, que resiste a objetivação desta responsabilidade, no qual há apenas a presunção de culpa dos responsáveis pelo incapaz, que pode ser dissuadida com a prova do cumprimento do dever de vigilância, ou seja, “a comprovação genérica de uma boa educação é suficiente para afastar a responsabilidade”³³.

Quando não for possível buscar a reparação do dano causado pelo incapaz de seu responsável, como nos casos acima referidos, em que o vigilante não tem obrigação de indenizar, ou mesmo nas hipóteses em que os responsáveis não têm recursos para indenizar, surge a responsabilidade do próprio incapaz.

2. Responsabilidade do civil do incapaz

³² SIMÃO, José Fernando, op cit, p. 176.

³³ ANTUNES, Henrique Sousa, op cit. P. 234.

A responsabilidade pessoal do incapaz é, atualmente, amplamente reconhecida e, a partir desse mote, surgem também várias polêmicas, como quais são seus requisitos, se trata de uma responsabilidade solidária ou subsidiária, subjetiva ou objetiva, conforme será verificado a seguir.

2.1. Questões suscitadas no direito brasileiro

No ordenamento jurídico brasileiro, o código civil ab-rogado, baseado na teoria da culpa, nada estabelecia sobre a responsabilidade do incapaz. Prevalecia o entendimento de que, faltando idoneidade psíquica para o entender e querer, o incapaz estava inapto para figurar no pólo passivo de uma relação obrigacional. Logo, por suas faltas e danos só poderiam responder as pessoas por ele encarregadas (art. 1.521, I e II). Assim, muitas vezes, a despeito do causador do dano ser uma pessoa abastada, se o encarregado de sua guarda não dispunha de meios para ressarcir os prejuízos ocorridos, ficava a vítima sem reparação, situação extremamente injusta e objeto de preocupação pelos juristas³⁴.

Célia Barbosa Abreu ressalta que se entendia que a atividade da pessoa privada de discernimento era uma força cega, comparável as forças naturais, assimilável ao caso fortuito e, por conseguinte, a ninguém vinculava se, porventura, não tivesse havido infração ao dever de vigilância³⁵.

A exceção se verificava no tocante aos menores púberes, entre 16 e 21 anos, porque, quanto a pratica de atos ilícitos, eram equiparados aos maiores, desde que culpados (art. 156, CC/16). Dessa forma, para esses menores, a lei atribuía evidente imputabilidade, já que eram considerados maiores e teriam o dever de indenizar as vítimas de seus atos³⁶. Nessas situações, os menores a partir de 16 anos e seus responsáveis eram solidários no dever de reparar.

³⁴ ABREU, Celia Barbosa. Aspectos constitucionais da responsabilidade civil do incapaz. Disponível em http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_04_1861_1886.pdf. Acessível em 23/11/2014.

³⁵ ABREU, Celia Barbosa, op cit.

³⁶ SIMÃO, José Fernando, op cit., p. 168.

O Código Civil de 2002, no artigo 928³⁷, admitiu a responsabilização pessoal do incapaz, ainda que como exceção, o que rompeu com a idéia consagrada de que o incapaz, por não ter imputabilidade, não pode ser responsabilizado. A respeito da fundamentação desta responsabilidade, Mauricio Bunazar sustenta que³⁸:

[...] a razão que permite a responsabilização pessoal do incapaz encontra raízes na finalidade da indenização, que tenciona, sempre e principalmente, restabelecer o equilíbrio social abalado pelo ato danoso e, só de forma eventual e secundária, desestimular a pratica de atos lesivos. Desse modo, a imputabilidade é elemento acidental na responsabilização civil, afinal, não se busca um juízo de reprovação social de dada conduta, apenas busca-se o retorno da vítima e, mediatamente, do corpo social ao *statu quo ante*.

Referido autor complementa sua fundamentação com análise do tema diante da Constituição Federal de 1988:

Se a responsabilização do incapaz não se dava antes, não era por ausência de culpabilidade, e sim porque estavam alijados da participação social, tendo, inclusive, seus atos comparados com fatos de animais. Ora, diante dessa visão discriminatória, seria um desatino exigir indenização de um incapaz, pois, fazê-lo, seria pô-lo em pé de igualdade com o homem capaz, algo impensável na época.

Porem, com a ordem jurídica inaugurada pela Constituição Federal de 1988, esse quadro havia de ser alterado, mormente em face da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da Republica Federativa do Brasil.

Nesse cenário de ampla responsabilização, surge a necessidade de relacionar harmonicamente “dignidade humana”, “solidariedade social” e “igualdade” – todos valores constitucionalmente protegidos, - o que, segundo cremos, a atual codificação civil logrou fazer.

³⁷ 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 equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependam.

³⁸ BUNAZAR, Maurício, op cit, p. 195.

Sergio Cavalieri Filho fundamenta a responsabilidade do incapaz nos princípios de garantia e assistência social, pois não se despontava justo negar a vítima o direito à reparação³⁹:

Para nossos melhores juristas (Orosimbo Nonato, Aguiar Dias e outros), o fundamento da responsabilidade do amental deve ser encontrado nos princípios de garantia e assistência social, que sacrifica o direito para a humanidade. O restabelecimento do equilíbrio social violado pelo dano deve ser o denominador comum de todos os sistemas de responsabilidade civil, estabelecendo-se como norma fundamental, que a composição ou restauração econômica se faça, sempre que possível, a custa do ofensor.

O mencionado dispositivo, no seu *caput*, traz que o incapaz pode ser responsabilizado pessoalmente por seus atos lesivos, mas verifica-se que sua responsabilidade é subsidiária, só surgirá se aqueles que por ele forem responsáveis não tiverem o dever de fazê-lo ou não possuírem recursos materiais para tanto (“não dispuserem de meios suficientes”).

No parágrafo único do mesmo dispositivo encontram-se dois requisitos para a responsabilização do incapaz, o primeiro é que a indenização deverá ser fixada de modo equitativo, ou seja, o juiz deverá atentar-se para a situação econômica das partes, o segundo é que não haverá indenização se esta privar o incapaz ou as pessoas que dele dependam do necessário para sua sobrevivência digna.

O texto legal fala que se os responsáveis “não dispuserem de meios suficientes”, o incapaz será responsabilizado. Cabe analisar o alcance da aludida expressão. José Fernando Simão destaca que primeiro arcam os representantes, no limite de sua capacidade e sem comprometer sua sobrevivência, e depois o incapaz, de forma equitativa, e que não se trata de solidariedade, mas, sim, de subsidiariedade. Então poderá o juiz determinar que a indenização seja arcada tanto pelo representante quanto pelo incapaz⁴⁰.

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio, DIREITO, Carlos Alberto Menezes, Comentários ao Novo Código Civil, volume XIII, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 160/161, apud MOYSES, Natália Hallit. Análise da responsabilidade civil do incapaz: objetiva ou subjetiva? Disponível em <http://jus.com.br/artigos/25196/analise-da-responsabilidade-civil-do-incapaz-objetiva-ou-subjetiva>. Acessível em 23.11.2014.

⁴⁰ SIMÃO, José Fernando, op cit., p. 177.

Ainda sobre a discussão a respeito da solidariedade ou subsidiariedade da responsabilidade do incapaz, o problema se agrava ao analisar o artigo 942, que parece sugerir a responsabilidade solidária entre o incapaz e o responsável⁴¹. O artigo 942 dispõe que o patrimônio do causador do dano responde pela reparação devida, e se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente, sendo que são solidários as pessoas designadas no art. 932, que menciona os pais, pelos filhos, o tutor e curador, pelos pupilos e curatelados. Celia Barbosa Abreu afirma que na doutrina a tendência é a prevalência da regra contida no art. 928 sobre aquela trazida no art. 942, portanto da subsidiariedade sob a solidariedade⁴², veja-se:

Nesse sentido, também a lição de Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, de acordo com os quais, a questão está decidida, de forma que a regra do art. 928 prevaleceria sobre a do art. 942, parágrafo único, sendo a responsabilidade do incapaz subsidiária. Entendem que a solidariedade prevista na regra no parágrafo único do art. 942 fica prejudicada, caso o autor seja incapaz. O incapaz não responde, senão subsidiariamente (art. 928), pelo dano causado.

Rui Berford Dias comenta o parágrafo único do art. 942, dizendo que, apesar do dispositivo fazer alusão à responsabilidade solidária das pessoas referidas no art. 932, o legislador teria feito uma exceção para o caso dos incapazes, diante da disposição do art. 928 de que o incapaz só responderá pelos prejuízos que causar se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Corroboraria para este entendimento o fato de que o parágrafo único do artigo permitiria denotar a preocupação do legislador com a proteção do incapaz, ao estabelecer que a indenização nele prevista há de ser equitativa.

José Fernando Simao, oportunamente, observa que a antinomia entre as regras do art. 928 e 942, parágrafo único é meramente aparente. Sustenta a sua solução mediante a utilização do critério da especialidade, que faria prevalecer a norma especial (art. 928) sobre a norma geral (art. 942).

⁴¹ 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.

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 na mesma condição.

⁴² ABREU, Celia Barbosa, op cit, p. 1872.

Nota-se que, realmente, a inclinação doutrinária brasileira é pelo acolhimento da regra da responsabilidade subsidiária do incapaz.

Chega-se ao ponto nevrálgico do presente estudo: saber se a responsabilidade civil do incapaz é objetiva ou subjetiva.

Natália Hallit Moyses, no seu estudo sobre o tema, verificou que, quem fundamenta na responsabilidade objetiva entende que, responde o incapaz pelo ato ilícito que praticou, independentemente de culpa subjetiva, porque o dano daí resultante é injusto. Reconduzir-se-ia a culpa a uma noção objetiva, em razão da não conformidade a um modelo objetivo de comportamento diligente, diante dessas considerações, o comportamento do incapaz pode ser qualificado como culposos⁴³.

Outros autores vêm sustentando que o incapaz deve responder objetivamente por seus atos lesivos no seguinte silogismo: o incapaz não pode agir com culpa porque não tem imputabilidade; o incapaz responde por seus atos lesivos; logo, a responsabilidade do incapaz independe de culpa⁴⁴.

Segundo Maurício Bunazar, o incapaz pode sim agir com culpa, considerada essa como a violação de um dever de cuidado que se podia esperar do homem médio dentro das mesmas condições do caso concreto. O que falta ao incapaz é culpabilidade, conceito composto, entre outros, pelo requisito da imputabilidade. Porém, a culpabilidade, na estrutura da deflagração da responsabilidade civil, é, em razão da própria natureza e função da sanção, um elemento secundário e, por que não, dispensável⁴⁵.

Ademais, referido autor afirma também que é descabido sustentar a responsabilidade objetiva do incapaz, pois fazê-lo seria colocá-lo em uma posição jurídica mais gravosa do que aquela de uma pessoa capaz, em total violação do princípio da isonomia. Sem contar que, a responsabilização objetiva é muito mais severa do que a subjetiva e aplicá-la ao incapaz seria desconsiderar o dever de proteção que a Constituição determina que a ele se dispense.

⁴³ MOYSES, Natália Hallit, op cit.

⁴⁴ BUNAZAR, Maurício, op cit, p. 196.

⁴⁵ BUNAZAR, Maurício, op cit, p. 196.

Dessa forma, se considerar-se que se trata de uma responsabilidade subjetiva, a do incapaz pelos danos que causar, surgiria o dever de indenizar, apenas, se a vítima desincumbir-se do ônus de demonstrar a culpa do incapaz. Parece mais adequado.

2.2. A matéria no direito português e outros direitos estrangeiros

O artigo 488, n.º. 1 do Código Civil Português dispõe que não responde pelas consequências do fato danoso quem, no momento em que o fato ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer, salvo se o agente se colocou culposamente nesse estado, sendo este transitório. O dispositivo n.º. 2 presumiu a falta de imputabilidade nos menores de sete anos e nos interditos por anomalia psíquica. Presunção ilidível mediante prova em contrário, segundo a regra do art. 350º, n.º. 2.

Extrai-se do mencionado dispositivo que o dever de responder só existe se o agente tiver simultaneamente capacidade intelectual e volitiva, ou seja, se for capaz de ponderar o valor dos seus atos e determinar-se em harmonia com o juízo deles feito⁴⁶.

A ausência de imputabilidade seria suficiente para afastar o dever de responder, contudo essa regra não pode ser formulada em termos absolutos, assim, por uma razão de equidade, fundada na proteção do lesado, o art. 489 admite que o inimputável, autor dos danos, pudesse ser condenado a repará-los, total ou parcialmente, na impossibilidade de “obter a devida reparação das pessoas a quem incumbe a sua vigilância” (n.º. 1). De qualquer forma, a indenização será calculada de “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 alimentos” (n.º. 2)⁴⁷.

Vê-se, assim, que, da mesma forma que o direito brasileiro, o direito português adotou o *dever de reparação por equidade*, que, na verdade, teve origem nos direitos de tipo germânico⁴⁸, mas incorporou-se também em alguns direitos latinos e da Europa oriental⁴⁹.

⁴⁶ ANTUNES, Henrique Sousa, op cit, p. 287.

⁴⁷ ANTUNES, Henrique Sousa, op cit, p. 291.

⁴⁸ § 829, BGB alemão: “Quem, segundo os §§ 827 ou 828, não é responsável pelo dano que causa num dos casos designados nos §§ 823 a 826, deve, não obstante, e sempre que a compensação do dano não possa obter-se de um terceiro obrigado à vigilância, reparar o dano na medida em que a equidade segundo as circunstâncias, em

A respeito dos mencionados dispositivos, Henrique Sousa Antunes tece as seguintes considerações⁵⁰:

(i) Se o inimputável atuou de forma diligente, como seria exigível a um imputável, perante as mesmas circunstâncias, e, não obstante, ocasionou um dano, não terá o dever de reparar. Caso contrário, o inimputável seria tratado com maior rigor do que se fosse imputável, o que não é justo nem está no espírito da lei. Donde se retira que o seu entendimento é de que se trata de uma responsabilidade subjetiva.

(ii) No que tange à equidade, afirma que o dever de indenizar deverá ter por base saber se o agente tem bastantes bens por onde responder, se o lesado ficou numa difícil situação patrimonial ou se se verifica um acentuado desequilíbrio nas condições econômicas de lesante e danificado. Assinalem-se, igualmente, as hipóteses de um prejuízo avultado, de uma conduta do agente particularmente grave, ou da circunstância de ter sido bastante séria a violação cometida. Observa-se, assim, que ele coloca justos critérios de valoração.

(iii) A obrigação do incapaz só se verificará se não for possível obter-se a reparação das pessoas obrigadas à vigilância do individuo incapaz. Abrangem-se aqui a impossibilidade jurídica e a impossibilidade de fato. Na primeira situação, o vigilante afastou a responsabilidade pelos meios previstos no art. 491º. Na segunda hipótese, como a própria expressão indica, o lesado não conseguiu obter o que lhe era devido pelos danos causados, em virtude de a pessoa obrigada à vigilância não ter bens à custa dos quais aquele pudesse ser ressarcido. Em ambos os casos, se assim o determinar a equidade, o incapaz responderá com o seu patrimônio próprio.

(iv) Não obstante, pela leitura do item anterior, tenha-se ficado com a impressão que o autor defende a responsabilidade subsidiária do incapaz, conseguinte afirma categoricamente que além da pessoa obrigada à vigilância pode o próprio incapaz ser chamado a responder perante o lesado, em regime de solidariedade (art. 497º)⁵¹.

particular segundo a situação econômica dos interessados, exija uma indenização e não fique privado dos meios de que necessita para o seu adequado sustento, assim como para o cumprimento das suas obrigações legais de alimentos”.

⁴⁹ ANTUNES, Henrique Sousa, op cit, p. 291.

⁵⁰ ANTUNES, Henrique Sousa, op cit, p. 299-303.

⁵¹ Art. 497, 1. Se forem várias as pessoas responsáveis pelos danos, é solidária a sua responsabilidade.

Mafalda Miranda Barbosa propôs analisar se os inimputáveis poderiam ser objetivamente responsáveis. Ora, o juízo da culpa apenas tem sentido se a pessoa a quem se dirige tiver “capacidade natural para prever os efeitos e medir o valor dos atos que pratica e para se determinar em harmonia com o juízo que faça a acerca deles”, assim, só é plausível falar de responsabilidade se e na medida em que a pessoa possa se autodeterminar, donde se exclui a viabilidade da responsabilização delitual dos inimputáveis⁵².

A mencionada autora afirma que se se determinar o ilícito pela violação de direitos subjetivos absolutos, aceita-se que a sua verificação em concreto não esteja dependente da imputabilidade do agente. Já para quem faça depender aquele da presença de um comportamento desvalioso, onde o dolo ou a violação de um dever objetivo de cuidado se afiguram imprescindíveis, a inimputabilidade será determinante não só da ausência de culpa como também da não constatação do caráter ilícito do ato. Percebe-se, assim, que a imputabilidade joga um papel decisivo no que tange a desvelação da ilicitude.

Ao concatenar essas idéias, a autora em pauta desvenda que partindo da idéia de responsabilidade como correlativa da liberdade, aquela há de projetar-se dogmaticamente num esquema que assente, entre outros pressupostos, na ilicitude do ato e na culpa do lesante. A pessoa é responsável se e na medida em que o seu comportamento possa ser objeto de um juízo de censura ético-jurídica, quer objetivo quer subjetivo. De outro modo, o dano deve repousar na esfera do sujeito que o sofre, dando-se cumprimento ao brocardo *casum sentit dominus*, pela falta de uma razão determinante da transferência daquele. Assim, conclui-se pela idéia de excepcionalidade da responsabilidade pelo risco.

Fundamenta essa posição, ainda, nos contornos éticos do instituto que entronca diretamente na consideração da dignidade ética do ser humano, como trave mestra em que assenta todo o direito que verdadeira o queira ser, vai de encontro com a idéia de tipicidade que acompanha toda a responsabilidade pelo risco, atender-se-ia ao agente inimputável, cuja não responsabilização resultaria, em princípio, da necessidade de, face à sua debilidade, o protegermos e à verdadeira intencionalidade jurídica.

No direito espanhol, a responsabilidade direta dos menores e incapazes não é menos controvertida. Na vigência do Código Penal anterior, o artigo 20.1 propunha uma

⁵² BARBOSA, Mafalda Miranda. O papel da imputabilidade no quadro da responsabilidade delitual: breve apontamento. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. 82, Coimbra, 2006, p. 508.

responsabilidade subsidiária do menor, quando seus pais tivessem atuado com diligência ou fossem insolventes. Na atualidade, com a promulgação da Lei Orgânica 5/2000, se determina, para os ilícitos penais cometidos por um menor de idade, entre quatorze e dezoito anos, a responsabilidade direta do menor e solidária com seus pais, se por partes destes tiver havido culpa ou negligência. O Código Penal vigente também consagra a responsabilidade direta dos incapazes (art. 118 e 120.1)⁵³.

Henrique Sousa Antunes apresenta o panorama da questão: Quando o menor ou incapacitado é imputável e, não sendo o ato danoso penalmente tipificado, houver culpa da sua parte, responde nos termos do art. 1902 do Código Civil. Para alguns autores, o menor ou incapacitado imputável apenas responde subsidiariamente em reação aos obrigados à sua vigilância (art. 1903, Código Civil e com fundamento, ainda, no art. 20.1 do Código Penal anterior). Para outro setor da doutrina, a vítima da lesão pode acionar diretamente, quer o vigilante, quer o menor ou incapacitado, pois ambos respondem solidariamente (art. 61.3 LO 5/2000), do que resulta o direito de regresso do vigilante em relação ao vigilando (art. 1904 do Código Civil)⁵⁴.

Quando se trata, porém, de um ato tipificado como delito, rege o art. 116.1 do Código Penal de 1995 que o indivíduo penalmente imputável responde civil e diretamente pelas consequências dos seus atos lesivos. Outrossim, entende-se que se aplica a responsabilidade do art. 1903 do Código Civil⁵⁵ (subsidiária dos obrigados à sua vigilância).

No direito italiano, a semelhança dos outros sistemas, o art. 2047.2 do Código Civil estabelece a responsabilidade do incapaz pelo dano por ele causado, se não for possível obter o ressarcimento da pessoa obrigada à sua vigilância, sendo que ele poderá ser condenado a pagar a indenização, mas de forma equitativa, considerando a condição econômica das partes.

No direito francês é curioso notar que, diferentemente dos outros ordenamentos jurídicos comentados, não se encontra disposição a respeito da responsabilidade direta, seja subsidiária seja solidária, do incapaz.

CONCLUSÃO

⁵³ JUAN Manuel Abril Campoy, op cit.

⁵⁴ ANTUNES, Henrique Sousa, op cit, p. 76.

⁵⁵ ANTUNES, Henrique Sousa, op cit, p. 77.

Constatou-se que a responsabilidade civil decorrente dos danos causados pelo incapaz é tema de grandes controvérsias. O presente estudo tinha como objetivo analisar o tratamento jurídico da matéria no ordenamento jurídico pátrio e verificar se existia uma unidade com a ordem jurídica internacional e as transformações sociais.

No direito brasileiro, verificou-se a evolução da responsabilidade dos vigilantes dos incapazes, que passou de subjetiva, no Código Civil de 1916, para assunção de presunção de culpa, no Código de Menores de 1927, até chegar à responsabilidade objetiva consagrada no Código Civil de 2002.

Os doutrinadores brasileiros entendem que não poderia ser diferente, já que o incapaz não é mais considerado uma pessoa que deve ser isolada do convívio social, ademais, estimulando-se o convívio social, necessária a criação de regras prevendo a indenização pelos danos que o incapaz pudesse causar, bem como impondo mais rigidez a seus representantes⁵⁶.

Dessa forma, quando da ocorrência de um dano causado por um incapaz, a pessoa detentora da sua vigilância será chamada para indenizar a vítima, contudo, admite-se a responsabilização pessoal do incapaz, ainda que como exceção, o que se deu com a regra estabelecida no art. 928 do Código Civil de 2002, que rompeu com a idéia consagrada de que o incapaz, por não ter imputabilidade, não pode ser responsabilizado.

Em comparação com o direito português, observou-se que neste não há que se falar em responsabilidade objetiva dos pais e demais responsáveis pelos atos dos incapazes, a responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de terceiro incapaz está fundada na culpa, embora presumida, que pode ser ilidida se mostrarem que cumpriram o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido.

Por outro lado, assim como no direito brasileiro, o direito português admitiu a responsabilização direta do incapaz. O art. 489 admite que o inimputável, autor dos danos, possa ser condenado a repará-los, total ou parcialmente, na impossibilidade de se “obter a devida reparação das pessoas a quem incumbe a sua vigilância” (nº. 1). De qualquer forma, a indenização será calculada de “forma a não privar a pessoa não imputável dos alimentos

⁵⁶ SIMÃO, José Fernando, op cit., p. 178.

necessários, conforme o seu estado e condição, nem dos meios indispensáveis para cumprir os seus deveres legais de alimentos” (n.º 2)⁵⁷.

Abordou-se, ainda, a experiência comparada, bem como outras questões polêmicas, como os requisitos dessas responsabilidades civis, tanto quanto à obrigação dos vigilantes, quanto à pessoal do incapaz, as hipóteses em que não se verificaria a obrigação dos vigilantes em indenizar, se a responsabilização do incapaz é subsidiária ou solidária, subjetiva ou objetiva.

A par de toda divergência doutrinária e dos diferentes sistemas jurídicos, que contribui para o enriquecimento do tema, o objetivo do presente artigo não era esgotar o referido estudo, até mesmo diante da dificuldade que se teria para atingi-lo, pois a doutrina sobre a matéria é insuficiente e a jurisprudência não é uníssona.

REFERÊNCIAS

ABREU, Celia Barbosa. **Aspectos constitucionais da responsabilidade civil do incapaz**. Disponível em http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_04_1861_1886.pdf. Acessível em 23/11/2014.

ANTUNES, Henrique Sousa. **Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000.

BARBOSA, Mafalda Miranda. **O papel da imputabilidade no quadro da responsabilidade delitual: breve apontamento**. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. 82, Coimbra, 2006.

BUNAZAR, Maurício. **Responsabilidade Civil do Incapaz: objetivação da culpa ou responsabilidade civil objetiva?** Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 9 (16-17), jan-dez. 2009.

BIZOT, M. Jean-Claude. **La responsabilité civile des pere et mere du fait de leur mineur: de la faute au risque**. Disponível em https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2002_140/deuxieme_partie_tudes_documents_143/tudes_theme_responsabilite_145/pere_mere_6112.html. Acessível em 20/11/2014.

⁵⁷ ANTUNES, Henrique Sousa, op cit, p. 291.

FERNANDO, Gomez. **Responsabilidad civil de padres y maestros**. Disponível em http://www.upf.edu/dretcivil/_pdf/mat_fernando/T42008.pdf. Acessível em 19/11/2014.

FIGONE, Alberto. **Responsabilità civile dei genitore, dei tutori, degli insegnanti e dei maestri d'arte o mestiere**. Disponível em: http://www.ambientediritto.it/dottrina/Dottrina_2005/responsabilita_genitori_figone.htm. Acessível em 20.11.2014.

JUAN Manuel Abril Campoy. **La responsabilidad de los padres por los danos causados por sus hijos**. Revista Crítica de Direito Imobiliário. Num. 675. Enero – Feberero, 2003. Disponível em <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/responsabilidad-padres-causados-hijos-329167>. Acessível em 20.11.2014.

MOYSES, Natália Hallit. **Análise da responsabilidade civil do incapaz: objetiva ou subjetiva?** Disponível em <http://jus.com.br/artigos/25196/analise-da-responsabilidade-civil-do-incapaz-objetiva-ou-subjetiva>. Acessível em 23.11.2014.

SIMÃO, José Fernando. **Responsabilidade Civil do Incapaz**. In Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Silvio de Salvo Venosa. (Coord. Otávio Luiz Rodrigues Junior, Gladston Mamede, Maria Vital da Rocha). São Paulo: Atlas, 2011.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **A responsabilidade civil dos pais pelos fatos ilícitos praticados pelos filhos menores**. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, Universidade de Coimbra, v. 71, 1995.