

Responsabilidade civil do incapaz. As relações contratuais de fato

Ana Lúcia Granziol

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Objetiva-se com este estudo analisar a mudança trazida pelo Código Civil de 2002 acerca da responsabilidade do incapaz, antes praticamente sem qualquer obrigação de indenizar pelos danos provocados.

O estudo passa por breves considerações sobre a incapacidade, seguindo-se com a análise da responsabilidade dos terceiros guardiões até chegar à obrigação destes, mencionando-se casos concretos.

E de alguma forma ligado à incapacidade, procura-se, ao final, trabalhar um pouco com a teoria das relações contratuais de fato, pouco desenvolvida no Brasil, mas que pode ter aplicação em algumas situações de fato.

Espera-se não seja uma leitura cansativa e o artigo não esgota os temas abordados, mas contribui para o estudo da responsabilidade civil.

1. Capacidade civil no direito atual e no direito romano

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1º, estabelece que toda pessoa, ente que pode figurar como sujeito ativo ou passivo em uma relação jurídica, é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Esta aptidão para adquirir direitos e contrair deveres se denomina capacidade de direito ou de gozo e é inerente a qualquer indivíduo.

Entretanto, no direito romano, nem todas as pessoas podiam ser sujeitos de direitos e deveres. Para tanto, era necessário o preenchimento de certos requisitos, sem os quais o indivíduo não tinha a plena capacidade de gozo.

O primeiro deles é a liberdade, o *status libertatis*. Somente o homem livre podia ser sujeito de direitos e contrair deveres, sem res-

trições. Já os escravos eram apenas objeto de relações jurídicas e não tinham a capacidade de direito. Mesmo libertado, o escravo sofria limitações em seus direitos, notadamente na área do direito privado, pois mantinha uma situação de dependência em relação ao ex-dono, denominada patronato.

Outro estado necessário para a pessoa ser sujeito de direitos e deveres era a cidadania, *status civitatis*. Isso quer dizer que o direito romano valia apenas para o cidadão romano e não para os estrangeiros. A estes se aplicavam as regras de sua cidade relativas ao testamento e à aquisição de propriedades. Somente não podiam usar o seu direito de origem os *pelegrini dediticii*, inimigos vencidos que não tiveram direito e independência política reconhecidos pelos romanos. Perdendo-se a liberdade, perdia-se também a cidadania romana.

O último dos requisitos era o *status familiae*, ou situação familiar, como menciona Thomas Marky (Curso elementar de Direito Romano. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 29/37.). Apenas aquele independente do pátrio poder, pessoa *sui iuris*, podia ter a completa capacidade de gozo se também fosse livre e cidadão romano. As pessoas *alieni iuris* eram as sujeitas ao pátrio poder e tinham alguma capacidade no direito privado. Podiam se casar, desde que com autorização do *paterfamilias*, e tudo que adquiriam o faziam para o detentor do pátrio poder. Thomas Marky ainda menciona que, no campo das obrigações, o *paterfamilias* somente respondia excepcionalmente pelas obrigações assumidas pelo *alieni iuris*. Mas com a evolução do direito romano, segundo o autor mencionado, cresceu a responsabilização do detentor do pátrio poder pelas obrigações de seus familiares.

Ainda no campo das obrigações no direito romano, José Cretella Junior, ensina que:

Era o pai que, na qualidade de responsável, teria que arcar com o dano causado pelo filho ou pelo escravo, salvo se optasse por abandoná-los à mercê do prejudicado em razão do instituo do abandono noxal (noxal, ae, culpa, prejuízo; noxalis, e prejudicial; nocere, prejudicar, causar dano).

Após fazer tal citação, José Fernando Simão afirma que a responsabilidade era independente de culpa do pater. (SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade Civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 62, nota nº 33).

Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira completam:

Ainda que preenchidos todos os ‘status’ acima mencionados, determinadas situações juridicamente estabelecidas limitavam a capacidade plena dos cidadãos, na medida em que o reconhecimento sócio-jurídico da sua integridade psíquica, física e social, não permitia fosse ele considerado plenamente capaz. Assim, havia no Direito Romano determinadas situações que restringiam a capacidade do indivíduo, especificamente, a sua capacidade de ação ou de fato, tais como o sexo, a idade, a prodigalidade, as enfermidades psicofísicas, a infâmia, a turpitude e a religião. A infâmia referia-se à conduta honrosa do indivíduo na sociedade, de modo que “qualquer pessoa que praticasse um ato considerado ofensivo à dignidade pública era considerado ‘infame’ e tinha diminuída sua capacidade jurídica.” A turpitude “era o comportamento indecoroso que ofendia o bom conceito do indivíduo na sociedade”. Por fim, a religião era causa de limitação da capacidade de fato, na medida em que “a partir de Constantino, os não-cristãos passaram a sofrer uma ‘capitis diminutio media’, ou seja, uma diminuição na sua capacidade de praticarem determinados atos da vida civil”, como ser herdeiro ou, em determinadas situações, contrair matrimônio. (*A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria dos incapazes no direito privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 81-82.).

Atualmente, no direito brasileiro, pode-se dizer que, para que se possa exercer por si os atos da vida civil, exige-se que a pessoa consiga “distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial” DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 147.), segundo critérios dados pela lei, ou seja, a lei dirá quais pessoas estão inaptas a exercerem por si os atos da vida civil.

Em consonância com Maria Helena Diniz:

A capacidade jurídica da pessoa natural é limitada, pois uma pessoa pode ter o gozo de um direito, sem ter o seu exercício por ser incapaz, logo, seu representante legal é o que o exerce em seu nome. A capacidade de exercício pressupõe a de gozo, mas esta pode subsistir sem a de fato ou de exercício (Op. cit., p. 147).

A limitação da capacidade no Brasil encontra previsão no Código Civil, que estabelece absolutamente incapazes para a vida civil, primeiramente, os menores de dezesseis anos de idade (art.3º, I).

É que se considera que, em razão da idade, a pessoa não possui o necessário discernimento sobre o lícito e o ilícito e não detém o amadurecimento e entendimento suficiente para não ser influenciado.

Nos dizeres de Zeno Veloso: “entendeu o legislador que o menor, enquanto não completa 16 anos, não tem desenvolvimento físico, amadurecimento psicológico, experiência suficiente para agir na vida civil, para manifestar, segura e eficazmente, a sua vontade” (*Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 42-43.).

Interessante, neste aspecto, o Enunciado nº 138 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil, que dá credibilidade à vontade do menor de dezesseis anos, quando demonstrar possuir capacidade de entendimento. O Enunciado está assim redigido:

Art. 3º: A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto.

Este entendimento, aliás, é o que parece melhor se adequar aos padrões atuais e está em conformidade com as regras e princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente, que identifica como relevante a vontade e opinião das crianças e dos adolescentes para definição de medidas a eles atinentes.

Falando sobre a incapacidade em razão da idade, Maria Helena Diniz cita a diferenciação em relação ao direito comparado, destacando que o Código Argentino estabelece que os menores de catorze

anos de idade têm total abstenção dos atos da vida civil. Já o Alemão considera totalmente incapaz aquele que não atingiu sete anos de idade e o Italiano os menores de dezoito anos, podendo, ainda, em situações especiais, estabelecer idade de 21 anos para a cessação da incapacidade.

Ainda no âmbito do direito comparado, a legislação francesa “não faz qualquer distinção entre capacidade absoluta e relativa dos menores, deixando que o juiz verifique se já chegaram ou não à idade do discernimento” (op. cit., p. 150).

Entretanto, como observa Zeno Veloso, citando Paulo Nader:

Embora seja certo que na prática há adolescentes que adquirem conhecimento e capacidade de determinação com menos idade, da mesma forma que há jovens com mais idade e que ainda não assimilaram o suficiente para uma segura manifestação de vontade: ‘A verdade é que a lei não pode deixar ao alvedrio do julgador a apuração, em cada caso, se a pessoa é portadora ou não de incapacidade absoluta em razão da idade, pois tal prática seria inassimilável pela sociedade e implicaria discriminação contra os jovens, justamente pela incerteza de sua condição’ (op. cit., p 43).

Já aqueles maiores de dezesseis e menores de dezoito anos são considerados relativamente incapazes e não estão totalmente privados da capacidade de exercício.

A segunda hipótese de proibição total do exercício do direito no Direito Civil Brasileiro é a relacionada aos que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil (CC, art. 3º, II).

Trata-se, pois, de situação que visa salvaguardar pessoas “acometidas de doença mental impediendo de administrar a si e a seus bens”, como menciona Nestor Duarte (*Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. Barueri: Manole, 2012. p. 18.).

O mesmo fundamento pode ser extraído em relação à terceira hipótese de totalmente incapaz, que diz respeito aos que, mesmo por causa transitória, não podem exprimir sua vontade (CC, art. 3º, incisos I, II e

III), como ocorre, exemplificadamente, com aqueles que estão hospitalizados sem possibilidade de expressar sua vontade conscientemente.

Já os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido, ou os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, bem como os pródigos, são considerados relativamente incapazes pelo Código Civil, consoante artigo 4º, incisos II, III e IV, e, assim como aqueles que possuem idade entre dezesseis e dezoito anos, podem praticar por si atos da vida civil, desde que assistidos pelo representante legal.

2. O dano causado por absolutamente incapazes e a obrigação de indenizar

2.1 Responsáveis por atos de terceiros (pais, tutores, curadores)

Tradicionalmente se afirma que são pressupostos da responsabilidade civil o dano, a conduta culposa ou dolosa e o nexo entre o primeiro e o segundo requisitos. Trata-se, pois, da ideia da responsabilidade subjetiva. E para essa doutrina clássica, o absolutamente incapaz é irresponsável, na medida em que não possui o necessário discernimento sobre o certo e o errado.

Exemplo disso é o artigo 2.046 do Código Civil Italiano que estabelece que aquele que não possui capacidade de entender e de querer, não responde pela consequência do fato danoso, salvo se o estado de incapacidade decorrer de culpa do agente. O dispositivo assim dispõe:

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.

Acerca do tema, Angelo Venchiarutti escreveu:

La capacità rappresenta dunque un presupposto indeclinabile della responsabilità. Affinché un atto

umano possa diventare fonte di responsabilità, esso deve essere valutato in funzione dell'atteggiamento psicologico - doloso o colposo - che l'ha determinato, ed essere collegato ad un impulso di libera e effettiva volontà del suo autore VENCHIA-RUTTI, Angelo. La responsabilità dell'incapace. In: ALPA, Guido e BESSONE, Mario (Dir.). *La responsabilità civile una rassegna di dottrina e giurisprudenza*. Torino: U.T.E.T., 1987. v. 1, p. 201-224.)

Em outras palavras, a responsabilidade civil está ligada à imputabilidade, à capacidade de entendimento e determinação, como comumente dizem os penalistas. Nos dizeres de José Fernando Simão, citando Atilio Anibal Alterini, é a:

Ideia de que o agente faz uma opção, um juízo crítico. Assim, é por escolha que transgredir a norma e causar dano a outrem. Exclui-se, em consequência, a responsabilidade quando houver uma incapacidade do agente de efetuar um juízo de valor de sua própria conduta, seja esta situação permanente ou transitória” (op. cit., p. 119).

E seguindo essa linha, que, segundo o autor, encontra base no direito romano, os danos praticados por inimputáveis só são passíveis de reparação por seus representantes ou vigilantes (CC, art. 932, I), posição, todavia, que tem se abrandado, ao menos em termos legislativos, pois, cada vez mais países têm admitido a responsabilidade direta e pessoal do incapaz, o que será posteriormente discutido.

Também outros pressupostos da responsabilidade subjetiva têm sofrido mitigações, como a culpa e o nexo. Anderson Schreiber afirma que o:

Estágio atual da responsabilidade civil pode justamente ser descrito como um momento de ‘erosão dos filtros tradicionais’ da reparação, isto é, de relativa perda de importância da prova da culpa e da prova do nexo causal como obstáculos ao ressarcimento dos danos na dinâmica das ações de ressarcimento” (SCHREIBER, Anderson. *Novos pa-*

radigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 11-12.). Em outras palavras, pode-se dizer que, atualmente, a responsabilidade civil tem como foco o dano e, sobretudo, a vítima prejudicada.

E falando do esmorecimento da culpa, Schreiber aponta que o Código Civil de 2002, atendendo ao comando constitucional da solidariedade social no âmbito da reparação de danos:

Converteu em objetiva a responsabilidade aplicável a uma série de hipóteses antes dominadas pela culpa presumida, como a responsabilidade por fato de terceiro e por fato de animais ” (ob. cit., p. 21).

É o que se verifica ao se analisar o artigo 932 do Código Civil de 2002, que, entre outras coisas, estabelece, nos incisos I e II, que os pais respondem pela reparação ocasionada pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia, assim como os tutores e curadores respondem pelos pupilos e curatelados. E, na sequência, o artigo 933 dispõe que eles respondem, ainda que não haja culpa de sua parte. Ou seja, para o caso dos incapazes, aqueles que os têm em sua guarda e companhia (pais, tutores e curadores), respondem pela reparação objetivamente, não podendo se eximir ainda que demonstrem que não foram negligentes.

Essa previsão legal acaba por tratar de verdadeira hipótese de responsabilidade independentemente de culpa e que não se baseia na teoria do risco contida na cláusula geral do parágrafo único do artigo 927, preocupando-se, na verdade, com o ressarcimento da vítima (reparação integral).

Consoante este pensamento (de que a responsabilidade dos artigos 932, I e II, e 933 não advêm da teoria do risco), posicionou-se Sérgio Cavalieri Filho. O autor entende que o caso tem como fundamento o dever de guarda e vigilância de forma objetiva por imposição legal, não se ligando a um risco.

Contrapõe-se a tal entendimento José Fernando Simão. Para ele, o Código Civil adotou uma nova teoria do risco, denominada “risco

dependência” e fugir disso (do risco) seria se afastar do fundamento da responsabilidade objetiva e de sua evolução histórica (op. cit., p. 71-75).

Segundo expõe, todo inimputável é potencial causador de um dano, justamente por não ter o discernimento do certo e do errado, e necessita de um representante. Os pais, ao optarem pela paternidade ou maternidade, assumem os riscos da dependência dos filhos menores e os tutores ou curadores assim respondem por exercerem um *múnus*.

Como ficou claro em parágrafo antecedente, este não é o nosso posicionamento, pois, para nós, a objetivação no caso foi uma opção do legislador para garantir os interesses legítimos da vítima, para quem, como já mencionado, está voltada, a nosso ver, atualmente a responsabilidade civil, e que teve interesses violados. Não parece coerente encarar esta objetivação da responsabilidade como risco, sob pena de não mais existirem limites, pois tudo oferece um risco: “viver é um risco”.

A previsão legal atual, na verdade, pode ser atribuída à:

Tendência à criação de direitos novos, incluindo aí o emblemático direito à integridade do patrimônio, bem como à ampliação do que se considera dano injusto, a fim de se utilizar a responsabilidade civil como chave para a solução de todos os problemas (cf. citação nº 96 feita por Ana Frazão de (THIENE, Arianna. *Nuovi percorsi della responsabilità civile*. Dalla condotta alio status. Milano: Cedam, 2006, p. 3-4.), no artigo “Principais Distinções e Aproximações da Responsabilidade Civil nos Modelos Francês, Alemão e Anglo-Saxão”) (FRAZÃO, Ana, *Responsabilidade civil contemporânea* - em homenagem a Silvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p. 765.).

Por ser interessante e até bem humorada a crítica, vale a pena a transcrição das palavras de Sérgio Cavalieri Filho sobre o tema:

Há quem sustente que a responsabilidade dos pais em relação aos filhos menores e a dos tutores e curadores em relação aos pupilos e curatelados es-

tariam fundadas na teoria do risco. Chegam a dizer que se o pai põe filhos no mundo corre o risco de que da atividade deles surja dano para terceiro. A levar a teoria do risco a tal extremo, tudo passará a tê-la por fundamento, até o próprio nascimento. Parece-nos exagero falar em risco de ter um filho, risco de ser pai, e assim por diante. Na tutela e curatela a impropriedade de se falar em risco é ainda maior, porque representam um ônus para quem as exerce, verdadeiro ‘munus publicum’. O fundamento dessa responsabilidade é realmente outro. É o ‘dever objetivo de guarda e vigilância’ legalmente imposto aos pais, tutores e curadores. Depreende-se isso do próprio texto legal, da expressão “estiverem sob sua autoridade e em sua companhia. Esse dever de guarda e vigilância é exigível daquele que tem autoridade sobre outrem, e enquanto o tiver em sua companhia.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 237.).

Contudo, seja encarando o fundamento da responsabilidade dos pais, tutores ou curadores como decorrentes do risco ou do dever legal de guarda e vigilância (vide art. 1.642, II, CC), indubitável que a responsabilidade a eles atribuída pelo Código Civil de 2002 é objetiva, constituindo-se em inovação em relação à legislação anterior.

É que o Código Civil de 1916 possibilitava ao responsável pelo incapaz a exoneração da responsabilidade, caso comprovasse não ter sido negligente na guarda (o Código Civil de 1916 dispunha em seu artigo 1.521 o seguinte:

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 curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições. III. O patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião deles (art. 1.522). IV. Os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educado-

res. V. os que gratuitamente houverem participado dos produtos do crime, até à concorrente quantia.

Já o 1.523 assim estabelecia: “Excetuadas as do art. 1.521, V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no artigo 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte”, o que acarretava, muitas vezes, que o prejudicado inocente ficasse sem ressarcimento. A previsão legal anterior, portanto, adotava a presunção de culpa, presunção relativa, já que possibilitava sua exclusão.

De forma semelhante à legislação anterior, o Código Civil Italiano (art. 2047) ainda prevê a possibilidade de exclusão da responsabilidade do representante, se este provar não ter podido evitar o fato (*“In caso di danno cagionato da persona incapace d’intendere o di volere (Cod. Pen. 85 e egenti), il risarcimento è dovuto da chi e tenuto alla sorveglianza dell’incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto”*).

Especificamente em relação aos pais e tutores, a legislação italiana dispõe que aqueles são responsáveis pelos danos ocasionados pelos filhos menores não emancipados e os segundos pelos tutelados, desde que vivam em sua companhia. Todavia, em todas as hipóteses é possível a exclusão da responsabilidade se os responsáveis provarem que não puderam evitar o fato danoso. Este o teor do artigo 2.048:

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.

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

Acerca disso discorreu Angelo Venchiarutti, no artigo *La Responsabilità Dell’incapace* (op. cit., p. 218), deixando claro, entretanto,

que cabe ao genitor, tutor ou curador a prova da exoneração da responsabilidade, denotando também preocupação com a vítima:

La persona tenuta alla sorveglianza dell'incapace è, infatti, responsabile per effetto della negligenza dimostrata: risponde cioè per fatto colposo. Si suole tradizionalmente parlare, in questo caso, di culpa in vigilando (Cass., 13-IV-1972, n. 1055, in Rep. Foro it., 1972, voce Resp. civ., n. 100; Id., 15-XII-1972, n. 3617, in Giust. civ., 1973, I, 418; contra RoDOTÀ, Il problema della responsabilità civile cit., 156, 160, secondo cui la norma in esame imputa direttamente «senza il medio di una colpa» il fatto dannoso a persona individuata in base alla sua qualifica).

La vittima del danno cagionato dall'incapace non ha, inoltre, l'onere di provare a culpa del sorvegliante: l'art. 2047, 1 o comma c. c. pone senz'altro a carico dello stesso sorvegliante la responsabilità. Spetterà a quest'ultimo soggetto fornire la prova liberatoria, ossia dimostrare di non aver potuto evitare il prodursi del danno (CORSARO, L'imputazione del fatto danno cit., 150). Per quanto concerne l'ipotesi inversa, il caso in cui cioè a cagionare il danno sia stato il sorvegliante dell'incapace, la Cassazione (Cass. Sez. Un., 6-XII-1951, n. 2732, in Resp. civ. prev., 1952, 334) - in mancanza di specifiche disposizioni e sulla base delle norme generali in tema di rappresentanza legale - ha ritenuto responsabile l'interdetto dell'illecito posto in essere dal suo tutore, il quale aveva agito in nome e nell'interesse del primo (in dottrina v. BRANCA, Responsabilità extracontrattuale e tutela dell'interdetto, in Foro pad., 1952, I, 1311).

No Brasil, como já se disse, não há mais espaço para discussão sobre a possibilidade de o genitor, tutor ou curador se exonerarem da responsabilidade civil demonstrando que não foram negligentes ou que não puderam evitar o fato danoso por ser ela objetiva, desatrelada da culpa.

Entretanto, para existir o dever de reparar, o fato ensejador do dano, praticado pelo incapaz deverá se enquadrar como “culposos”,

abstratamente falando, caso contrário não terão incidência os artigos 932 e 933 do atual Código Civil.

Embora a ideia de culpa esteja ligada à imputabilidade moral (capacidade de entendimento e autodeterminação), quando se diz que deve estar presente a conduta culposa do incapaz para que os pais, tutores ou curadores respondam pelos danos ocasionados por seus filhos, tutelados ou curatelados, quer se dizer que se deve analisar se o ato por estes praticado é coincidente ou não com o direito, ou seja, deve-se verificar se o ato, caso praticado por imputável, nas mesmas condições, seria considerado culposos ou doloso para se aferir a responsabilidade dos representantes. Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves:

Nada impede o magistrado de apreciar o ato do menor inimputável – ato que ocasionou o dano – em face das suas circunstâncias objetivas, externas, para concluir se o ato incriminado foi normal, regular, coincidente com as regras do direito, ou não. Se provado ficar que o ato do menor privado de discernimento, abstratamente considerado, não violou nenhuma obrigação preexistente, força é convir que a ação promovida pela vítima contra o pai do menor inimputável deverá ser prontamente repelida, pois não se compreenderia que os representantes do menor incapaz, culpados por presunção legal, continuassem “culpados” pela prática de um ato que ocasionou um prejuízo, mas não vulnerou nenhuma norma jurídica (Responsabilidade Civil, 12ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 169).

Em outras palavras, para existir o dever de indenizar, deverá haver situação correspondente à da responsabilidade subjetiva em relação ao inimputável, caso contrário o terceiro não responderá.

Um questionamento que se pode fazer acerca da responsabilidade dos pais é se ela subsiste, mesmo quando o filho menor praticar o ato danoso quando não estiver sob sua autoridade ou em sua companhia, circunstâncias mencionadas pelo artigo 932, inciso I, do CC. E a conclusão a que se chega é que essa “restrição” deve ser lida com reservas para que a vítima, por fim, não acabe ficando sem o respectivo ressarcimento, como mais adiante se verá em um julgado.

Sérgio Cavalieri Filho aponta que, para exonerarem-se da responsabilidade, os pais deverão comprovar que perderam, jurídica e justificadamente, o poder de direção sobre o filho menor. Cita os seguintes exemplos:

Pais separados, um deles ausente ou interdito, a responsabilidade será daquele (pai ou mãe) que tem o filho sob sua posse e guarda, que exerce sobre ele o poder de direção. Se, de maneira contínua e fora do domicílio paterno, o menor é confiado à guarda dos avós, de educador, de estabelecimento de ensino, ou trabalha para outrem, a estes caberá a responsabilidade durante o período em que exercerem o poder de direção sobre o menor (op. cit., p. 240).

Importante ainda anotar que os pais responderão pelos atos dos filhos se estes forem emancipados voluntariamente. Acerca do tema, o Enunciado nº 41 da Jornada de Direito Civil, que dispõe: “A única hipótese em que poderá haver responsabilidade solidária do menor de 18 anos com seus pais é ter sido emancipado nos termos do artigo 5º, parágrafo único, inciso I, do Código Civil”.

2.2. Responsabilidade do incapaz – responsabilidade subsidiária

Como já salientado, o Código Civil Italiano prevê a responsabilidade daquele sobre quem recai o dever de vigilância. Entretanto, essa regra não é absoluta e encontra mitigação na segunda parte do artigo 2.047, que possibilita ao juiz condenação do autor do dano (o incapaz) a uma indenização equitativa, após considerar as condições econômicas da parte, se a vítima não obtiver o ressarcimento do detentor do dever de vigilância (*“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”*).

O Código Civil Brasileiro de 2002 contém previsão semelhante, responsabilizando diretamente o incapaz, caso os guardiões não tenham condições de fazê-lo. O artigo 928, que cuida da questão, dispõe

em seu *caput*: “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.”

O fundamento para isso é a atenção aos:

Princípios de garantia e assistência social, que sacrificam 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, à custa do ofensor. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 42.).

Embora tal previsão legal esteja contida de forma antecedente ao disposto nos artigos 932 e 933 do Código Civil, o que, por certas regras de interpretação, pode fazer presumir que prevaleça em relação às subsequentes, na verdade trata de responsabilidade subsidiária do incapaz, na medida em que, em consonância com a redação da lei, este somente responderá se aquele por ele responsável não tiver condições financeiras de fazê-lo.

Acerca do tema, oportunas as anotações feitas por Angelo Venchiarutti, na obra já citada (p. 223-224):

Il principio che stabilisce l'irresponsabilità dell'incapace di intendere e di volere (art. 2046 c. c.) viene sensibilmente attenuato, sotto il profilo pratico, dal disposto dell'art. 2047, 2° comma, c. c., che costituisce una novità assoluta rispetto alla precedente legislazione (POGLIANI, op. ult. cit., 126). Nel caso in cui il danneggiato non sia riuscito ad ottenere il risarcimento del sorvegliante, il giudice, in considerazione delle condizioni economiche delle parti, può condannare l'autore del danno di un'equa indennità (secondo PATTI, Ancora sul favor del diritto civile per gli incapaci ci t., 642, l'art. 2047, 2° comma c. c., prevede una disciplina che conferma il favor del diritto civile per gli in-

capaci. In senso critico DE CUPIS, Postilla sul favor del diritto civile per gli incapaci, in Riv. dir. civ., 1984, II, 254 il quale rileva nel 2° comma dell'art. in esame un semplice «fattore di alleviamento» della severità del legislatore, nei confronti dello stesso incapace).

Ispirata a evidenti ragioni equitative, la figura va collocata fra ipotesi di responsabilità oggettiva (COMPORI, op. cit., 237; TRIMARCHI, Illecito (dir. priv.) cit., 110; ALPA e BESSONE, La responsabilità civile, Milano, 1980, 2a ed., II, I) sia pur con la precisazione circa la necessità che nel fatto dell'incapace siano presenti tutte le componenti di cui all'art. 2043 c. c. (LI SERRE, In tema di concorso colposo del danneggiato incapace, cit., 352; CENDON, Il dolo cit., 356, nota 3).

La condanna dell'incapace ha comunque natura sussidiaria: la vittima potrà richiedere l'indennità solo nel caso in cui non sia possibile ottenere il risarcimento dal sorvegliante: o perché il sorvegliante stesso non esisteva, o perché il sorvegliante si è rivelato insolubile, oppure perché questi è riuscito a fornire la prova liberatoria (Cass., 28-1-1953, n. 216, in Giur. it., 1953, I, I, 496, con nota di TRAVI, Indennizzo dovuto dall'incapace; v. anche App. Napoli, 5-V-1957, in Arch. resp. civ., 1968, 178).

É verdade que o artigo 928, além de autorizar a responsabilidade do incapaz quando o pai, tutor ou curador não tiverem bens para a reparação, também dispõe que ele (o incapaz) responderá nos casos em que seu responsável não tiver tal obrigação.

Tal disposição, em princípio, parece permitir a exoneração da responsabilidade dos curadores (termo aqui usado em sentido amplo) em caso de produzir prova liberatória afastando sua negligência, como ocorre no direito italiano. Todavia, esse entendimento não se mostra possível no Brasil, diante da responsabilidade objetiva estipulada pelos artigos 932 e 933.

Carlos Roberto Gonçalves explica:

A afirmação de que o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsá-

veis “não tiverem obrigação de fazê-lo”, tornou-se inócua em razão a modificação da redação do art. 928, caput, retrotranscrito, ocorrida na fase final da tramitação do Projeto do novo Código Civil no Congresso Nacional. O texto original responsabilizava tais pessoas por culpa presumida, como também o fazia o diploma de 1916, permitindo que se exonerassem da responsabilidade provando que foram diligentes. A inserção, na última hora, da responsabilidade objetiva, independente de culpa, no art. 933 do novo Código, não mais permite tal exoneração. Desse modo, como dito anteriormente, a vítima somente não será indenizada pelo curador se este não tiver patrimônio suficiente para responder pela obrigação (op. cit., p. 48).

Apesar dessa explanação, considerando-se que a lei não contém palavras inúteis, essa parte do dispositivo legal não pode ser tida como inaplicável sempre.

Como dispõe o artigo 932, incisos I e II, os pais, tutores e curadores respondem pela reparação civil em razão de danos ocasionados pelos filhos, pupilos ou curatelados, desde que estes estejam sob a autoridade e companhia daqueles.

Isso quer dizer que, se as pessoas elencadas acima comprovarem que não possuem o incapaz sob sua autoridade e companhia, não responderão pelos danos e a indenização deverá ser buscada diretamente em relação ao incapaz. Isso é o que explica Cláudio Luiz Bueno de Godoy ao comentar o artigo 928 do Código Civil (*Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. Barueri: Manole, 2012. p. 928.).

A pergunta que se faz, todavia, é a de que até que ponto os curadores poderão se exonerar da responsabilidade civil com este argumento, ou seja, na ausência de autoridade sob o incapaz, que também não estava em sua companhia no momento da conduta danosa.

Neste aspecto, deve-se averiguar se o ato praticado pelo incapaz, principalmente no que tange aos filhos, decorre de falha no exercício do poder familiar.

É o que se observa ao ser analisado o julgamento da Apelação nº 0003576-07.2010.8.26.0404, pela 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que teve como relator o Des. Francisco Loureiro.

No caso concreto, uma aluna, após ofender a professora em sala de aula, prometeu danificar seu automóvel, o que de fato fez enquanto estava na escola. O Tribunal reconheceu a responsabilidade dos pais, embora a garota não estivesse sob sua autoridade e em sua companhia. Sustentou-se que a responsabilização no caso não decorre do dever de vigilância, que foi transferido à entidade de ensino durante o período letivo, mas, sim, de violação ao dever de formação moral e de educação impostos pelo poder familiar. Desse modo, como não atendidas satisfatoriamente as obrigações decorrentes do familiar, reconheceu-se a obrigação dos pais e não da escola.

Abaixo, transcreve-se a fundamentação encontrada no acórdão:

Poderia se cogitar, ainda, de eventual responsabilidade da escola, e não dos pais, uma vez que na data do fato a menor não estaria sob a autoridade e a companhia dos genitores, requisito expresso no artigo 932, I, do Código Civil.

Impende esclarecer, no entanto, que, no caso dos autos, a responsabilidade dos pais pela conduta da menor não se funda na violação ao dever de vigilância, transferido pelos pais à escola, durante o período letivo.

Na realidade, a responsabilidade dos pais decorre de violação aos deveres de formação moral e de educação, com origem no poder familiar.

Isso porque os atos praticados pela menor indicam, muito mais do que simples traquinagens de criança, grave deformação da personalidade e falha dos pais no dever de educar e instruir a filha. Com efeito, a ré N. demonstrou um preocupante grau de desrespeito a uma de suas professoras, ignorando sua autoridade e a ofendendo verbalmente com palavras de baixo calão. Além disso, danificou dolosamente o veículo da autora, conduta altamente reprovável.

A violação do dever de formação dos filhos menores, ainda que não se encontrem na companhia dos pais no momento do ato ilícito gera o dever de indenizar. Note-se que não se cogita de culpa 'in vigilando' ou 'in ommitendo' dos pais, uma vez que a relação interna entre genitores e os ilícitos praticados por seus filhos é objetiva .

Em outra situação, o C. STJ, ao afastar o interesse recursal do filho menor, também sustentou que a responsabilidade é, em princípio, dos pais, objetiva e decorre do poder familiar. Quanto ao menor, a responsabilidade é apenas subsidiária, afastando-se a hipótese de solidariedade contida no artigo 942 do Código Civil.

A Ministra Nancy Andriighi assim escreveu:

O Código Civil, no seu art. 932, trata das hipóteses em que a responsabilidade civil pode ser atribuída a outrem que não seja o causador do dano. Dentre elas, no inciso I, está a dos genitores pelos atos cometidos por seus filhos menores. Trata-se de responsabilidade objetiva decorrente do exercício do poder familiar.

Conforme mencionado, o recorrente procura justificar seu interesse recursal argumentando que essa responsabilidade é solidária com seu genitor, nos termos do art. 942, parágrafo único, do Código Civil.

Referido dispositivo legal, de fato, prevê que “são solidariamente responsáveis com os autores, os co-autores e as pessoas designadas no art. 932”. Todavia, essa norma deve ser interpretada em conjunto com aquela dos arts. 928 e 934 do Código Civil, que tratam, respectivamente, (i) da responsabilidade subsidiária e mitigada do incapaz e (ii) da inexistência de direito de regresso em face do descendente absoluta ou relativamente incapaz.

Na lição de Maria Helena Diniz, o art. 928 e parágrafo único “substitui o princípio da irresponsabilidade absoluta da pessoa privada de discernimento (em razão de idade ou falha mental) pelo princípio da responsabilidade mitigada e subsidiária (Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 7, Responsabilidade Civil, 26^a ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 558/559).

Assim, o patrimônio dos filhos menores pode responder pelos prejuízos causados a outrem desde que as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. E, mesmo assim, nos termos do parágrafo único do art. 928, se for o caso de atingi-

mento do patrimônio do menor, a indenização será equitativa e não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependam.

Em outras palavras, o filho menor não é responsável solidário com seus genitores, pelos danos causados, mas subsidiário. E “a responsabilidade do pai, portanto, se o causador do dano for filho inimputável, será substitutiva, exclusiva e não solidária” (Carlos Alberto Menezes Direito e Sergio Cavaliere Filho, in *Comentários ao Novo Código Civil*, Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), v. XIII, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 355).

Na hipótese analisada, todavia, nem se chegou a cogitar acerca da atribuição de responsabilidade ao menor recorrente, tendo a ação sido proposta unicamente em face de seu genitor.

Ademais, mesmo que o pai do recorrente venha efetivamente a ressarcir os danos causados à vítima em decorrência das agressões sofridas, cumprindo os termos da sentença condenatória, o patrimônio do recorrente não será atingido porque, embora nos outros casos de atribuição de responsabilidade, previstos no art. 932, seja cabível o direito de regresso em face do causador do dano, o art. 934 afasta essa possibilidade na hipótese de pagamento efetuado por ascendente. Nas palavras de Silvio de Salvo Venosa:

“Essa ação regressiva apenas não está disponível para o ascendente que paga por ato de descendente, absoluta ou relativamente incapaz, pois essa responsabilidade pertence ao rol dos deveres do pátrio poder ou poder familiar. Nesse caso, a obrigação fica restrita ao plano moral” (Direito Civil, v. IV, 11ª ed., São Paulo, Atlas, 2011, p. 89).., p. 89). (REsp nº 1.319.626-MG (2011/00220737-5)).

De forma diferente se entendeu, em outro julgamento, em relação a uma pessoa tida como inimputável em razão de transtorno psiquiátrico, responsabilizando-a diretamente pelos danos provocados, porquanto, na época dos fatos, não possuía curador.

O caso tratado na Apelação nº 0005571-40.2009.8.26.0291, julgada pela 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado

de São Paulo, de relatoria do Des. Carlos Alberto Garbi, diz respeito à conduta de uma pessoa diagnosticada, no processo criminal, como portadora de “transtorno delirante persistente”, que matou o filho dos autores da ação reparatória e foi absolvido na esfera criminal, por conta da inimputabilidade, com imposição de medida de segurança de internação em hospital de custódia.

Entendeu o E. Tribunal que havia responsabilidade direta do incapaz e não de sua esposa, ré também na ação cível, porquanto, na época dos fatos, esta não era sua curadora e não exercia a curatela, já que ele, até o evento danoso, administrava seus bens, cuidava do sustento da família e, embora apresentasse ânimo alterado, não tinha tido nenhum comportamento agressivo. Abaixo, parte da ementa que interessa ao tema aqui mencionado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. HOMICÍDIO PRATICADO POR INCAPAZ. Pretensão dos autores, pais da vítima, à indenização por danos morais e materiais.

1. Embora tenha sido reconhecida a inimputabilidade do réu em incidente de sanidade mental instaurado no juízo criminal, deve ele responder, na esfera cível, pelos danos causados, com fundamento na teoria da responsabilidade mitigada e subsidiária, (art. 928 do Código Civil).

2. O Código Civil de 1916 nada dispunha a respeito da responsabilidade do incapaz. Havia o entendimento de que o incapaz, por não ter a capacidade de autodeterminação, não podia responder pelos danos decorrentes de seus atos, pois não agia com culpa. Assim, a ele não era atribuída responsabilidade.

Entretanto, o novo Código Civil inovou ao reconhecer a responsabilidade do incapaz, responsabilidade esta mitigada e subsidiária. A nova disposição legal manifestou consonância a diplomas legais de outros países, pois passou a ter importância os princípios de garantia e assistência social, de modo que não se revelava justo negar à vítima o direito à reparação. Neste cenário tem menos relevância a culpa ou dolo do ofensor em face do dano sofrido pela vítima, que precisa ser reparado.

A moderna responsabilidade civil já superou há muito a culpa subjetiva para determinar a imputa-

ção do dano e da obrigação correspondente de indenizar, abandonando a rígida ideia de que a culpa requer o reconhecimento de um comportamento socialmente reprovável. Prevalece hoje a ideia de que o dano causado de forma ilícita deve ser reparado pelo autor de um comportamento objetivamente diverso dos parâmetros de valoração social, independentemente da capacidade de entender e agir. Há, portanto, clara separação entre os elementos da culpa e aqueles da imputabilidade do dano.

Responde o incapaz pelo ato ilícito que praticou, independentemente da culpa subjetiva, porque o dano daí resultante é injusto. O ato praticado pelo incapaz é ainda ilícito, mesmo que ele não responda por ele, mas por ele responda terceiro (o curador, os pais ou tutor). É que, reconduzida a culpa a uma noção objetiva, em razão da não conformidade a um modelo objetivo de comportamento diligente, pode o comportamento do incapaz ser qualificado como culposos. Tal comportamento pode ser qualificado objetivamente como antijurídico se ele realiza a hipótese material da violação de uma norma jurídica que tutela um relevante interesse na vida de relação. Ao causar dano injustamente à vítima, o incapaz pratica o ilícito que autoriza a sua responsabilização, independentemente da culpa subjetiva, de forma direta quando não puder responder pela indenização as pessoas que são responsáveis por ele, como é o caso.

Não obstante o reconhecimento do ilícito e consequentemente a responsabilidade do incapaz pelo dano que causou, a lei brasileira se orientou bem quando estabeleceu uma forma mitigada de responsabilização nesse caso. É que a despeito da crítica feita pela doutrina a uma norma que isenta o incapaz da responsabilidade, porque incompatível com a moderna visão da responsabilidade civil que olha mais para a vítima do que para o autor do fato danoso e que defende antes a tutela da vítima do que a sanção ao causador do dano, o que se deve ter em conta não é somente o interesse do prejudicado, mas o interesse do incapaz.

Não há nos autos elementos a respeito da capacidade econômica do réu. Por esta razão, as indenizações ora concedidas, deverão ser objeto de liquidação de sentença, a fim de que possam ser eventualmente ajustadas em consonância aos recursos do réu, incapaz, que não pode ser privado do necessário à subsistência e tampouco seus dependentes (art. 928, parágrafo único, do Código Civil). Esse é o princípio que deve prevalecer neste caso e para o qual deverá estar atendo o D. Magistrado na liquidação da sentença, assegurando-se que a execução da dívida não possa retirar do incapaz o que lhe é necessário para viver.

3. No que tange à responsabilidade da corré, que seria curadora do réu e, por isso, deveria responder pela falta de cuidado no exercício da curatela, fato que, segundo alegaram os autores, concorreu para os danos sofridos (art. 932, inc. II, do CC), a prova oral produzida esclareceu que o réu, conquanto acometido por doença psiquiátrica, tinha vida normal. Administrava as atividades de seu sítio. Produzia safras de limão e garantia o sustento de sua família. As testemunhas ouvidas também confirmaram que, embora estivesse com o ânimo alterado à época dos fatos, não tinha, até então, apresentado qualquer comportamento agressivo, razão pela qual seus familiares sequer intencionaram propor sua interdição. Nessas condições, não se exigia que a ré guardasse estreita vigilância de seu marido, pois cumpriu o papel que lhe incumbia, como esposa, ao conduzi-lo a tratamento psiquiátrico. Neste ponto, portanto, deve ser mantida a sentença, que reconheceu a ilegitimidade passiva da corré. Logo, tampouco se cogita da responsabilidade subsidiária da ré que, por não ser curadora, não tem obrigação de reparar o dano causado, o que confirma, portanto, a responsabilidade exclusiva do réu incapaz (art. 928, primeira parte, do Código Civil).

Analisando-se estes julgados, o que se percebe, na verdade, é que o pensamento jurisprudencial atual acompanha a tendência mundial em proteger o interesse da vítima, foco da responsabilidade civil.

Entretanto, não se descuida também do interesse do incapaz, cuja importância social se mantém e não deve ser olvidado. Daí porque a previsão de que, no caso de responsabilidade direta do incapaz, a indenização deverá ser equitativa.

3. Indenização equitativa

Conforme já exposto, o artigo 928 do Código Civil prevê a responsabilidade direta, embora subsidiária, do incapaz. Entretanto, o dispositivo legal impõe que a indenização será equitativa e não poderá privar o incapaz, ou as pessoas que dele dependam, do necessário para a sobrevivência.

Equidade, segundo Milton Paulo de Carvalho Filho:

Possui várias conceituações e uma delas é a de que se trata de “princípio ético por meio do qual se visa a mitigar o rigor da lei ou buscar atingir seu espírito - fins sociais e bem comum - para que a igualdade e a justiça prevaleçam no caso concreto. CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 29.)

E aquela tratada no artigo 928, parágrafo único é classificada por Arruda Alvim como judicial e ocorre quando o legislador incumbe ao juiz utilizá-la na decisão do caso concreto, analisando:

Circunstâncias não estabelecidas pela lei, como por exemplo, a extensão e o montante do dano causado à vítima do ato praticado pelo incapaz, sua situação financeira após a prática desse fato e a condição econômica do amental na época em que cometeu o ato ilícito. (op. cit., p. 88-89).

Embora se estabeleça que a indenização devida pelo incapaz, em caso de responsabilidade direta, deva se pautar na equidade, não significa que ela será sempre reduzida, ou seja, que será em valor menor que o prejuízo sofrido pela vítima. O que deve ser observado, para se

fixar a indenização equitativa, nesses casos, é principalmente a condição econômica do ofensor.

Isso quer dizer que, se o incapaz tiver patrimônio abastado, superior ao montante dos danos acarretados, poderá ser condenado a reparar a vítima integralmente, desde que isso não o prive do necessário para a sobrevivência, assim como aqueles que dele dependam, nos termos da parte final do parágrafo único do artigo 928 do CC.

Assim agindo o juiz não estará atuando contra a equidade. Ao contrário, ele a estará observando, vez que a vítima não ficará privada daquilo que realmente faz jus, ou seja, da reparação integral, proporcionando-se, assim, justiça no caso concreto.

Este é o entendimento esposado por Cláudio Luiz Bueno de Godoy nos comentários ao artigo em estudo:

Lembre-se que o fundamento do dispositivo está na injustiça da falta de reparação da vítima diante de um incapaz com condição de fazê-lo, sem risco a si ou a quem dele dependa. Bem por isso, e ainda que a posição se possa tornar minoritária, não se considera que essa indenização equitativa deva ser necessariamente menor que a extensão do dano; nem que sua fixação em importe integral sirva a equiparar o tratamento do incapaz ao do capaz, tal qual se vem sustentando. Cuida-se apenas de dar cabo à exigência da equidade e não olvidar a situação específica de um incapaz que, preenchidos os requisitos legais possa reparar completamente a vítima, que é a finalidade do sistema, sem nenhum dano maior à sua existência digna. De resto, quando quis uma indenização equitativa reduzida, o Código Civil o mencionou, como no art. 944, parágrafo único [...] (*Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. Barueri: Manole. p. 928.).

No mesmo sentido, aponta Milton Paulo de Carvalho Filho que a indenização pode reparar total ou parcialmente os danos. Sendo possível, o julgador deverá conceder o ressarcimento integral para reconstituição da vítima no estado anterior (op. cit., p. 94), posto que este é o objetivo da responsabilidade civil e isto não prejudicará o autor do

dano, mostrando-se relevante a análise de cada caso para que o juiz obtenha a melhor solução.

Significa dizer que não há uma regra fechada e decisões diferentes podem ser proferidas sobre o mesmo tema, não de forma conflitante, mas sempre em atenção ao caso concreto. É isso, na verdade, que possibilita a equidade: o juiz poderá fixar a indenização integral ou não, em consonância com o caso em análise, sobretudo no que toca à condição financeira do incapaz, suas necessidades e de sua família ou daqueles que dele dependam, sem deixar de se atentar para vítima.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, o juiz deve:

Procurar expressar, na solução do caso, aquilo que corresponda a uma ideia de justiça da consciência média, que está presente na sua comunidade. Será, em suma a justiça do caso concreto, um julgamento justo, temperado, fundado no sentimento comum de justiça. (*Programa de responsabilidade civil*, op. cit., p. 159).

4. Relações Jurídicas de Fato e a responsabilidade civil

A doutrina que adota a teoria dualista diferencia a responsabilidade civil contratual da extracontratual. Além de outras, Carlos Roberto Gonçalves aponta como um dos elementos diferenciadores a capacidade do agente causador do dano (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 61.).

Referido autor cita e concorda com Jousserand, que:

Entende que a capacidade sofre limitações no terreno da responsabilidade simplesmente contratual, sendo mais ampla no campo da responsabilidade extracontratual. A convenção exige agentes plenamente capazes ao tempo de sua celebração, sob pena de nulidade e não produzir efeitos indenizatórios. Na hipótese de obrigação derivada de um delito [extracontratual], o ato do incapaz pode dar origem à reparação por aqueles que legalmente são encarregados de sua guarda (op. cit.).

Na linha desse pensamento, e em conformidade com o artigo 166, inciso I do Código Civil, os negócios jurídicos praticados pelos incapazes são considerados nulos e o reconhecimento dessa nulidade implica em fazer com que as partes retornem ao estado anterior.

Isso é o que pondera Antonio Junqueira de Azevedo ao falar desse resultado, diferenciando os negócios nulos dos atos ilícitos: “o nulo diz respeito a ato preceptivo e sua consequência é a volta ao ‘statu quo ante’, o ilícito é o ato reprovado pelo sistema e sua consequência habitual é o pagamento de perdas e danos” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 30.).

Entretanto, entendimento um pouco diverso deve ser adotado em relações denominadas “relações contratuais de fato” ou “relações para-contratuais”, termo mencionado pelo saudoso Professor da USP, em que uma aparente nulidade não faz com as partes retornem ao estado anterior, aplicando-se as mesmas regras de uma relação contratual comum.

A teoria das “relações contratuais fáticas” foi algo desenvolvido pelo alemão Günter Haupt e ele considerou que, “sem um acordo negocial válido, relações jurídicas de direito contratual se estabeleciam em razão de que uma ‘fatispécie social vinculante para os envolvidos que se realiza conforme a praxe cotidiana’” (LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956). Tradução de Alessandro Hirata. *Revista Direito GV*, v. 2, n.1, p. 57, jan.-jun. 2006.).

O primeiro deles refere-se às relações contratuais fáticas “em virtude de contatos sociais”, que dizem respeito, na visão do autor, aos deveres de cuidado e consideração pré-contratuais, estabelecidos pela entrada nas negociações contratuais.

O segundo grupo diz respeito às denominadas “coletividades fáticas”, que, apesar da nulidade do contrato, a relação é estabelecida em razão de uma prestação de fato realizada, como no contrato de trabalho e de sociedade.

O terceiro grupo mencionado por Haupt refere-se às “relações contratuais fáticas em virtude de uma obrigação de prestar social”, afetas principalmente aos contratos de transporte “que se realiza por meio da utilização de um bonde ou de um outro meio de transporte público” (LARENZ, Karl, op. cit., p. 57).

Esta denominação comum para três categorias diversas é criticada por Karl Larenz, por entender que são “manifestações bastante

diversas” (op. cit.). Para Larenz, as relações obrigacionais tratadas decorrem de comportamentos sociais típicos, referindo-se, em seu artigo, ao transporte público, pelo qual a empresa está obrigada a prestar os serviços e não pode recusar um passageiro sem um motivo real. Segundo apontou, a relação obrigacional entre eles somente estará estabelecida se o usuário de fato fizer uso do transporte. Neste caso, embora inexistam um acordo prévio de vontades, as partes passarão a ter “deveres de prestação e de comportamento” e a “relação de transporte” se baseará em dois atos correspondentes de ambos os envolvidos (empresa de transporte e usuário), assemelhando-se ao aperfeiçoamento de um contrato (por isso o alargamento do conceito de contrato para alguns autores mencionado por Larenz), sem com ele se confundir (op. cit., p. 58-59).

O autor justifica seu pensamento argumentando que o comportamento do usuário não se baseia em expressão de vontade própria de se obrigar, não há declaração de vontade, mas será entendido em conformidade com os usos do tráfego, servindo como “‘resposta’ ou ‘reação’ social típica à oferta e tem, por isso, o significado socialmente típico de uma fonte de obrigação”. A consequência para o usuário, com a utilização do serviço, é o pagamento da “contraprestação de costume”, segundo as tarifas fixadas (op. cit., p. 60).

Larenz pontua que, por se entender que não há declaração de vontade nessas relações, os vícios a ela atrelados não têm qualquer importância. Do mesmo modo, os dispositivos relacionados à capacidade são irrelevantes. Neste tocante (em relação à capacidade de fato), entretanto, observa que o usuário deve ter ao menos a “capacidade de reconhecer o significado social típico”, sob pena de não poder exigir dele a contraprestação costumeira, pois aqui prevalece a proteção ao incapaz (ob. cit. p. 61). Assim, cita que, se uma criança que não sabe do dever de pagar pela passagem viajar por brincadeira em um bonde, o cobrador não poderá exigir dela o valor correspondente.

No Brasil essa teoria foi pouco desenvolvida. Antônio Junqueira de Azevedo mencionou essa matéria em sua obra “Estudos e Pareceres” e, para ele, os contatos sociais, primeiro fato típico mencionado por Haupt, não se caracterizam como relação contratual de fato. Apenas as demais podem ser consideradas como relações paracontratuais e têm como ponto comum serem “relações sinalagmáticas de longa duração” (op. cit., p. 31).

Apesar de pouco desenvolvida, a teoria já foi aplicada em um caso concreto pelo Supremo Tribunal Federal. Abaixo transcreve-se a ementa do julgado:

Agravo de Instrumento. 2. Trabalhador rural ou rurícola menos de quatorze anos. Contagem de tempo de serviço. Art. 11, VII, da Lei 8.213. Possibilidade. Precedentes. 3. Alegação de violação aos arts. 5º, XXXVI, e 97, da CF/88. Improcedente. Impossibilidade de declaração de efeitos retroativos para o caso de declaração de nulidade de contratos trabalhistas. Tratamento similar na doutrina do direito comparado: México, Alemanha, França e Itália. Norma de garantia do trabalhador que não se interpreta em seu detrimento. Acórdão do STJ em conformidade com a jurisprudência desta Corte. 4. Precedentes citados: AgRAI 105.794, 2ª T., Rel. Aldir Passarinho, DJ 02.05.86 e RE 104.654, 2ª T., Rel. Francisco Rezek, DJ 25.04.86. 5. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AI 529.694-1/RS, DJ 11.03.2005).

Conforme se infere da referida ementa, o caso dizia respeito à possibilidade da contagem do tempo de serviço exercido por menor de quatorze anos para fins previdenciários, em razão da proibição constitucional da realização de qualquer trabalho por pessoas com esta idade.

No caso, o Ministro Gilmar Mendes, confirmando o que havia sido decidido pelo STJ, reconheceu a contagem de tempo de serviço do trabalhador rural menor de 14 anos e citou em seu acórdão a doutrina alemã das “Relações Contratuais Fáticas” para dar soluções ditas adequadas às consequências de contratos nulos, principalmente nas “relações de engajamento”, considerando como tais os contratos de sociedade e de trabalho.

Extrai-se do acórdão que eventual nulidade do contrato de trabalho não pode inviabilizar a pretensão aos benefícios previdenciários. Segundo apontou, não se mostra adequado considerar que o contrato não se verificou, aplicando-se a teoria clássica da nulidade dos negócios jurídicos, devendo prevalecer como válido, ao menos enquanto foi executado, até porque as partes não podem ser repostas ao estado

anterior (consequência da nulidade). Sobre este ponto, no corpo do julgado, considera que a energia empregada na realização do trabalho não pode ser devolvida e, pela teoria em estudo, a relação seria válida, pelo menos no que diz respeito ao passado.

O Ministro refere que Flume ensina que:

A despeito da invalidade, há de se reconhecer significação jurídica ao negócio que venha sendo executado pelas partes nos casos em que as normas relativas ao enriquecimento sem causa (Bereicherungsrecht) se mostram inadequadas, como ocorre nos contratos de sociedade, nos contratos de prestação de serviços e de trabalho.

E continua citando o autor:

Constitui entendimento amplamente majoritário que o menor que, sem autorização de seu representante legal, celebra um contrato de trabalho ou de prestação de serviço, tem pretensão ao salário ou à remuneração pela execução do trabalho, como se o contrato tivesse sido eficazmente celebrado, subsistindo seus direitos com fundamento nas normas jurídicas de proteção. Em geral, essa problemática é tratada sob a epígrafe das ‘relações de trabalho fáticas’ (‘faktisches Arbeitsverhältnis’). Como a lei determina a ineficácia de contrato celebrado pelo menor sem a anuência de seu representante legal tendo em vista precipuamente a proteção do incapaz, não pode corresponder ao sentido do preceito a recusa à legitimidade das pretensões oriundas dos contratos, em caso de sua execução (do contrato). Daí porque se deve limitar as consequências de ineficácia ao efetivo sentido da lei. Fundamento das prestações não é apenas o trabalho como fato, senão o próprio contrato.

A abordagem também é feita no âmbito do direito francês, para o qual, “considerando o caráter sucessivo do contrato de trabalho e a necessária proteção ao salário”, não se admite, em princípio, a retroatividade dos efeitos da nulidade, mesmo quando infringidos princípios

de ordem pública. E no direito italiano, menciona que se exclui a retroatividade da nulidade do contrato de trabalho, salvo quando ilícito o objeto ou a causa.

E no caso julgado, pontua que, ainda que se declare inválida a relação de trabalho, as pretensões dela decorrentes devem ser consideradas legítimas, sob pena de se aplicar uma norma protetiva contra os interesses do protegido, no caso, do menor.

Todavia, há diversos autores que criticam a teoria e o próprio Larenz chegou a mudar seu discurso, como apontam alguns. Antunes Varela é um dos críticos e sustenta que as figuras já criadas pela legislação (no caso, portuguesa) são suficientes para regular essas situações. Diz:

Não se demonstra, porém, que seja indispensável recorrer a uma figura especial, distinta do contrato, como seja a das (faktischen Vertragsverhältnisse) relações contratuais de facto para cobrir as soluções fundadamente propugnadas por HAUPT e seus continuadores.

No tocante à primeira categoria, bastará observar que o princípio básico da boa fé se estende, não apenas à execução do contrato (ao cumprimento da obrigação e ao exercício do correlativo direito de crédito: art. 762º, 2), mas também ao período da preparação e formação do contrato (cfr. art. 227º, 1).

Relativamente à segunda, cumpre também salientar que ao conceito naturalístico da nulidade (*quod nullum est nullum producit ifectum*) e à própria concepção da invalidez do negócio como um direito de crítica se sobrepõem os conceitos normativos (ou valorativos) da nulidade, da anulabilidade ou da inoponibilidade, perfeitamente amoldáveis, não apenas pelas suas causas, mas também pelos seus efeitos, à extrema variedade das situações jurídicas a que se aplicam.

E continua:

Maiores dificuldades pode suscitar o enquadramento dogmático das situações incluídas na terceira categoria, ou seja, *das relações contratuais abreviadas ou simplificadas*, em que é fértil o comércio

jurídico de massas do mundo contemporâneo, perante o esquema clássico do contrato.

Há, todavia, uma disposição especial da nossa lei civil (o art. 234.º, correspondente ao § 151, I do Código alemão), que ajuda a compreender e enquadrar uma parte importante desse fenómeno negocial.

Diz-se nesse preceito que «quando a proposta, a própria natureza ou circunstâncias do negócio, ou os usos tornem dispensável a *declaração de aceitação*, tem-se o contrato por concluído logo que a conduta da outra parte mostre a intenção de aceitar a proposta».

Trata-se, por conseguinte, de casos em que, mercê de circunstâncias especiais (tiradas da proposta contratual, da sua natureza, das circunstâncias concomitantes do negócio ou dos próprios usos), a lei tem o contrato por concluído sem *declaração de aceitação*, embora se não prescindia da vontade de aceitação (da intenção de aceitar).

E completa:

Por outro lado, quem pratica qualquer daqueles actos a que LARENZ chamava, antes da última edição da sua obra sobre a parte geral do direito civil (2), *formas de comportamento social típico* - muitos dos quais, pelo menos, cabem no conceito amplo de *declaração negocial* expressa ou tácita aceite na nossa lei (art. 217.º, 1) - não pode naturalmente pretender que o acto não seja interpretado (e qualificado) de harmonia com o sentido que ele reveste aos olhos do grande público (e da contraparte), vista que a sua reacção não passaria de *uma protestatio facto contraria* (ou de um *venire contra factum proprium*, condenado no art. 334º do Cód. Civil) (VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina. v. 1, p. 222-224).

Seja como for, o que interessa, na verdade, é tornar certas determinadas obrigações que, a rigor, seriam nulas por não existir declaração de vontade ou por esta não ser, em princípio, válida. Como escre-

veu Luis Renato Ferreira da Silva (*Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 124.):

Efetivamente, em havendo uma nulidade no contrato, em muitas situações, mormente aquelas de trato sucessivo, surgem efeitos que se mantêm (no caso dos exemplos tradicionalmente citados do contrato de trabalho de fato e da sociedade de fato). A rigor, estando ausente a declaração de vontade, porque nula, dever-se-ia extrair a consequência do desfazimento. Porém, via de regra, não só em relação aos terceiros (para quem a explicação poderia estar na confiança gerada pela aparência), mas em relação às próprias partes, validam-se as obrigações.

Para referido autor a relação contratual de fato decorre não da declaração de vontade, mas de um deslocamento patrimonial, gerando obrigação:

A existência de uma relação contratual de fato decorreria da presença de outro elemento do contrato que não a declaração, qual seja, o deslocamento patrimonial. Denominar-se isto de comportamento social típico significa procurar-se o que está tipificado e parece ser a relação de reciprocidade, pois é típico que de um deslocamento patrimonial (que não seja liberalidade) decorra o correspectivo (op. cit., p. 135).

E é esse deslocamento patrimonial e a correspectividade que devem ser verificados nas relações contratuais de fato e que devem subsistir. Analisa-se, como pontua Antônio Junqueira de Azevedo, a equivalência objetiva da prestação e da contraprestação ou o “equilíbrio entre os deslocamentos patrimoniais, nas relações entre duas pessoas que ou não contrataram ou não contrataram validamente” (op. cit., p. 31).

Mantêm-se, na verdade, válidas essas relações, sobrevindo daí as mesmas consequências daquelas decorrentes de relações contratuais desprovidas das causas que poderiam ensejar conclusão de nulidade ou inexistência. O que se busca, como último fim, é o equilíbrio e a justiça.

5. Conclusão

A sociedade se modificou e institutos jurídicos também. É em decorrência dessa alteração social que novos fundamentos passaram a existir no âmbito da responsabilidade civil. Não se justifica mais, nos dias atuais, a visão individualista outrora existente e a proteção a determinadas pessoas, sem se preocupar com contexto integrativo entre todos os componentes da sociedade.

É em decorrência disso que, adequadamente, sem se olvidar das necessidades do incapaz, estabeleceu-se a possibilidade de responsabilizá-lo, sobretudo quando abastado e a responsabilidade não possa ser atribuída ao seu guardião, porquanto inviável manter a vítima irressarcida apenas por não ser possível identificar o elemento volitivo na prática do ato danoso.

Mais que falar em culpa, deve-se atentar à solidariedade estabelecida pela Constituição Federal, à dignidade da pessoa humana e ao equilíbrio social que deve haver para ser possível a vida em sociedade, concretizando-se isso com a responsabilidade do incapaz, ainda que subsidiariamente e com equidade.

É também voltada para esses valores que se deve reconhecer a validade de comportamentos sociais típicos, como nas relações contratuais de fato, sob pena de se inviabilizar o próprio interesse tutelado. Busca-se, em última análise, o ideal de justiça.

Referências bibliográficas

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

FRAZÃO, Ana. *Responsabilidade civil contemporânea - em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LARENZ, Karl, O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956). Tradução de Alessandro Hirata. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, jan.-jun. 2006.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

PELUSO, Cezar (Coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. Barueri: Manole, 2012.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria dos incapazes no direito privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina. v. 1.

VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VENCHIARUTTI, Angelo. La responsabilità dell’incapace. In: ALPA, Guido e BESSONE, Mario (Dir.). *La responsabilità civile una rassegna di dottrina e giurisprudenza*. Torino: U.T.E.T., 1987. v. 1.

Sites consultados

www.stj.jus.br

www.tjsp.jus.br

www.stf.jus.br