

NOTAS SOBRE A INDENIZAÇÃO EQUITATIVA POR DANOS CAUSADOS POR INCAPAZES: TENDÊNCIA OU EXCEPCIONALIDADE NO SISTEMA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO?

NOTES ON EQUITATIVE INDEMNIFICATION FOR DAMAGES CAUSED BY INCOMPETENT PERSONS: TREND OR EXCEPTIONALITY IN THE TORT LAW SYSTEM IN BRAZILIAN LAW?

Eugênio Facchini Neto

Doutor em Direito Comparado pela Universidade de Florença (Itália).
Mestre em Direito Civil pela USP. Professor Titular da Faculdade de Direito e do
Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS. Professor e ex-Diretor da
Escola Superior da Magistratura/RS. Desembargador do TJ/RS.

Fábio Siebeneichler de Andrade

Doutor em Direito pela Universidade de Regensburg (Alemanha).
Professor Titular da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação
em Direito da PUCRS. Advogado em Porto Alegre/RS.

Resumo: O artigo 928 do Código Civil regula a responsabilidade civil dos incapazes no Direito Civil brasileiro. De forma específica estabelece a possibilidade de a indenização ser estabelecida por equidade pelo juiz. O presente artigo pretende examinar estas particularidades. Examinam-se os pressupostos para a incidência da responsabilidade do incapaz, bem como as circunstâncias presentes para a fixação da indenização por equidade.

Palavras-chave: Incapacidade; Equidade; Responsabilidade civil.

Sumário: Introdução – **1** Pressupostos para a responsabilidade civil do incapaz – **2** A indenização devida pelo incapaz – Considerações finais

Abstract: Article 928 of the Civil Code regulates the civil liability of the incapacitated in Brazilian civil law. Specifically establishes the possibility of the indemnity being established by fairness by the judge. The present article intends to examine these particularities. It examines the assumptions for the incidence of the responsibility of the incapable, as well as the present circumstances for the determination of the indemnity for equity.

Keywords: Incapacity; Equity; Torts.

Summary: Introduction – **1** Assumptions for the civil liability of the incapable – **2** Indemnification due by the incapable – Final considerations

Introdução

Dentre as inovações do Código Civil de 2002, consta a previsão do artigo 928 referente à possibilidade de se responsabilizar o incapaz pelos danos por ele causados.¹

Trata-se de uma dúplice inovação: a primeira, pela possível responsabilização de incapazes. Não podendo eles conceitualmente agir com culpa, já que lhes falta a imputabilidade, sem o que a culpa tecnicamente não se caracteriza, sua responsabilização se dá de forma objetiva, o que configura uma mudança de paradigma.² A segunda novidade reside, por sua vez, na circunstância de que a indenização, nos casos que se enquadrem na moldura legal, poderá ser equitativamente fixada. Isso implica dizer que eventualmente resultará em valor menor, inferior à totalidade do dano.

Relativamente a esta modificação, é forçoso indicar que o tema da responsabilidade civil do incapaz nunca foi estranho ao Direito Civil brasileiro. Teixeira de Freitas, por exemplo, o havia inserido no art. 808 da sua “Consolidação das Leis Civas”.³

Quando das tentativas de elaboração do Código Civil na segunda metade do século XIX, o problema foi objeto de previsão. O “Projeto” de Felício dos Santos, por exemplo, estabeleceu, no art. 655, §1º, que “si provar-se que o menor de 14 anos, que tiver causado o damno, obrou, com discernimento, seus bens serão sujeitos à indemnização do damno causado”. Também o Projeto de Clóvis Beviláqua tratou do tema: inicialmente, equiparou-se o menor ao maior, para o efeito de ser responsabilizado extracontratualmente, qualquer que fosse sua idade. Durante a tramitação do projeto, posteriormente, restringiu-se tal situação aos menores entre 14 e 21 anos. Prevaleceu, por último, o critério que veio a ser adotado no art. 156 do Código Civil de 1916: a equiparação só abrangeria os menores púberes,

¹ 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 dependem”.

² Nesse sentido, perante norma semelhante do direito italiano, BONVICINI, Eugenio. *La Responsabilità Civile per Fatto Altrui*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 635; TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milano: Giuffrè, 1961, p. 42; DE CUPIS, Adriano. *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*. Vol. II. Milano: Giuffrè, 1979, p. 24: (“tratasi di danno solo obiettivamente antiggiuridico (ma non colposo)”; ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. Vol. II. Milano: Giuffrè, 1980, p. 1. Já Marco Comporti entende que, perante o direito italiano, “la norma... sembra uscire dal sistema della responsabilità anche oggettiva, e sembra determinata dal principio equitativo di voler far ottenere comunque, ed indipendentemente dalle regole di diritto, una certa riparazione al danneggiato” (COMPORTI, Marco. *Il Codice Civile – Commentario. In: Fatti Illeciti: le responsabilità presunte. Artt. 2044-2048*. Pietro Schlesinger; Francesco D. Busnelli (dir.). 2. ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 202.

³ Art. 808: “Serão igualmente obrigados à satisfação do damno, posto que não possam ser punidos: §1º. Os menores de quatorze anos; (...)”.

de idade entre 16 e 21 anos. Fora disso, somente os pais, tutores e curadores teriam responsabilidade pelos atos danosos praticados por seus filhos, pupilos e curatelados, *ex vi* do art. 1.521, inc. I e II, daquele diploma legal.

Em essência, no direito anterior, vigorava a seguinte posição doutrinária, expressa por Sílvio Rodrigues:

provado que o agente causador do dano é um amental, sem capacidade para medir o alcance de seu gesto, não é ele pessoalmente responsável pela reparação do dano causado. Se a responsabilidade não puder ser atribuída à pessoa incumbida de sua guarda e vigilância, ficará a vítima irressarcida, da mesma maneira que ocorreria se o seu infortúnio derivasse de caso fortuito ou de força maior.⁴

Ao ocupar-se da matéria da responsabilidade civil do incapaz, portanto, o codificador de 2002 resgata uma temática que sempre preocupou o legislador nacional. Adotou, porém, uma solução singular no sistema da responsabilidade civil brasileira, na medida em que introduziu uma hipótese de exceção ao princípio classicamente adotado no âmbito da responsabilidade civil, qual seja, o de que à vítima assistiria o direito à integral reparação de seu prejuízo (*restitutio in integrum*). Esta noção, basilar em tema de responsabilidade civil, encontra-se cristalizada no artigo 944, *caput*, do Código Civil, com uma declaração de princípio, segundo a qual “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Uma regra semelhante não existia, de forma expressa, no Código de 1916.⁵

A solução brasileira alia-se a diversos ordenamentos jurídicos que, igualmente, tiveram de disciplinar a questão de como deve ser responsabilizado civilmente pelos danos que causou, quem não possui discernimento, seja por uma questão de enfermidade, seja pelo requisito da idade legal⁶ – e que até recentemente

⁴ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, vol. IV, Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 28.

⁵ A novidade é, porém, apenas aparente, pois o princípio indicado sempre fora acatado doutrinária e jurisprudencialmente. Clóvis do Couto e Silva, por exemplo, extraía tal princípio do próprio art. 1.060, do Código Beviláqua, que entendia aplicável não só à responsabilidade contratual, mas também à responsabilidade extracontratual (COUTO E SILVA, Clóvis do. Dever de indenizar. *RJTJRGs*, Porto Alegre, n. 6, 1967, p. 7). Como exemplo, por sua vez, de decisão, ao tempo do Código Civil de 1916, leia-se a seguinte ementa: “CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANO MORAL E DANO MATERIAL – CUMULAÇÃO. I – Assentado na jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça, o entendimento no sentido de admitir-se a indenização por dano moral e dano material, cumulativamente, ainda que tais danos derivem do mesmo fato. Incidência da Súmula 37/STJ. II – Irrelevante o exercício da Ação após a maioridade dos beneficiários. O caráter alimentar correspondente ao dano material não exonera o causador do dano ao pagamento da verba correspondente ao dano moral, porque obrigado, não por aquele, mas, pela responsabilidade civil decorrente do ato ilícito, a sua *reparação integral* (art. 159 do CC). III – Recurso conhecido e provido” (STJ, 3ª T, REsp 106644/MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julg. 6.10.1998).

⁶ Ver, por exemplo, BLANC-JOUVAN, Xavier. La Responsabilité de l’infans. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, vol. 56, 1957, p. 373; WARENBOURG-AUQUE, Française. Irresponsabilité ou Responsabilité Civile

eram genericamente considerados incapazes. De forma exemplificativa, apontam-se aqui soluções normativas que contemplam uma regulação específica sobre o tema, como a do Código das Obrigações suíço (art. 54⁷); a do Código Civil italiano (art. 2.047⁸); a do Código Civil alemão (§829⁹), a do Código Civil português,¹⁰ e,

de l'infans. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 1, 1982, p. 331; NONATO, Orozimbo. Reparação do dano causado por pessoa privada de discernimento. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 83, p. 373.

⁷ Art. 54: "Si l'équité l'exige, le juge peut condamner une personne même incapable de discernement à la réparation totale ou partielle du dommage qu'elle a causé". Em tradução livre: "se a equidade o exigir, o juiz pode condenar uma pessoa, ainda que incapaz de discernimento, à reparação total ou parcial do dano por ela causado".

⁸ Art. 2.047: "Danno cagionato dall'incapace. In caso di danno cagionato da persona incapace di intendere o di volere, il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo chi provi di nona ver potuto impedire il fatto. Nel caso in cui il danneggiato non abbia potuto 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". Em tradução livre: "Dano causado pelo incapaz. Em caso de dano causado por pessoa incapaz de entender ou de querer, é devida a indenização do dano por quem estava obrigado à vigilância do incapaz, a não ser que prove que não pode impedir o ato. No caso em que o lesado não tenha podido obter indenização daquele que era obrigado à vigilância, pode o juiz, levando em consideração as condições econômicas das partes, condenar o autor do prejuízo a uma indenização equitativa".

Aplicando o disposto na primeira parte deste dispositivo, a Corte de Cassação italiana vem adotando um critério mais restritivo, como se vê do seguinte julgamento: "Ai fini del riconoscimento della responsabilità del sorvegliante, a norma dell'art. 2047 c.c., è necessario che il fatto commesso dall'incapace presenti tutte le caratteristiche oggettive dell'antigiuridicità e cioè che sia tale che, se fosse assistito da dolo o colpa, integrerebbe un fatto illecito. Ne consegue che, nell'ipotesi di lesione personale inferta da un minore ad un altro nel corso di una competizione sportiva, occorre verificare, al fine di escludere l'antigiuridicità del comportamento dell'incapace e la conseguente responsabilità del sorvegliante, se il fatto lesivo derivi o meno da una condotta strettamente funzionale allo svolgimento del gioco, che non sia compiuto con lo scopo di ledere e che non sia caratterizzato da un grado di violenza od irruenza incompatibile con lo sport praticato" (Cassazione civile, sez. III, 30 marzo 2011, n. 7247).

Discorrendo sobre a segunda parte do artigo, sustenta Guido Alpa que, quando o responsável pelo incapaz não está em condições de ressarcir o dano (na forma prevista na primeira parte deste artigo), responde diretamente o incapaz. A amplitude da indenização é avaliada equitativamente pelo juiz, tendo em conta as condições econômicas das partes. Cf. ALPA, Guido. *Trattato di Diritto Civile. IV. La Responsabilità Civile*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 667.

⁹ §829: "Wer in einem der in den §§823 bis 826 bezeichneten Fälle für einen von ihm verursachten Schaden auf Grund der §§827, 828 nicht verantwortlich ist, hat gleichwohl, sofern der Ersatz des Schadens nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden kann, den Schaden insoweit zu ersetzen, als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten, eine Schadloshaltung erfordert und ihm nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum angemessenen Unterhalt sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten bedarf". Tradução: "Quem, em um dos casos assinalados nos §§823 e 826, não for, com fundamento nos §§827 e 828, responsável por um dano por ele causado, terá, não obstante, sempre que a indenização do dano não possa ser exigida de um terceiro com dever de vigilância, de indenizar o dano, desde que a equidade, de acordo com as circunstâncias, particularmente, de acordo com as relações entre os interessados, exigir uma compensação, e a ele não sejam tirados os meios dos quais necessita para a sua manutenção conveniente assim como para a realização das suas obrigações legais de alimentos".

¹⁰ Art. 2377 do Código antigo (1867) e art. 489 do Código de 1966: "Art. 489 (Indenização por pessoa não imputável) 1. Se o acto causador dos danos tiver sido praticado por pessoa não imputável, pode esta, por motivo de equidade, ser condenada a repará-los, total ou parcialmente, desde que não seja possível obter a devida reparação das pessoas a quem incumbe a sua vigilância. 2. A indemnização será, todavia, calculada por forma a não privar a pessoa não imputável dos alimentos necessários, conforme o seu estado e condição, nem dos meios indispensáveis para cumprir os seus deveres legais de alimentos".

mais recentemente, no direito latino-americano, a do Código peruano de 1984 (arts. 1975 a 1977¹¹).

O Direito francês, por sua vez, a partir de alteração legislativa de 3 de janeiro de 1968 alterou a solução do Código Civil, que reputava irresponsável o incapaz. Introduziu-se no então artigo 489-2 (atual artigo 414-3,¹² após a recente reforma do Direito Obrigacional francês), a ideia de que a eventual ausência de discernimento do autor do dano é irrelevante, de modo que ele indeniza o dano causado. Os incapazes ficaram absolutamente assimilados às pessoas capazes, para os efeitos da responsabilidade civil.¹³ Relativamente aos menores, por sua vez, o tema não é regulado de forma específica, tendo-se a tendência de considerar que, em geral, incide a disposição do artigo 1384, do Código Civil francês, que reputa os pais responsáveis pelos atos dos filhos menores. Observe-se, porém, que no Direito francês, considera-se possível que o filho menor responda solidariamente com os pais.¹⁴

A inovação introduzida pelo art. 928 do CC, portanto, segue uma tendência presente em importantes ordenamentos jurídicos: a de, por um lado, reconhecer que a responsabilidade civil deve ambicionar uma efetiva tutela da vítima, ampliando as chances de que esta obtenha o ressarcimento pelo prejuízo sofrido; de outro, amparar aquele que se conduz sem o necessário discernimento, na medida em que este fator é reconhecido como pressuposto de uma responsabilidade civil integral.

Nesse contexto, pretende-se, com o presente estudo, analisar a inovação introduzida no Direito Civil brasileiro, bem como verificar a sua efetividade na prática, nos quase quinze anos de vigência do Código Civil de 2002. Estruturou-se, em essência, o trabalho em duas partes: na primeira, um exame sobre os pressupostos

Discorrendo sobre o dispositivo do CC de 1867, substancialmente mantido no vigente CC português, de 1966, esclareceu Jeovanna Viana que “o afastamento da responsabilidade criminal por motivo de pouca idade não afastava o menor de um dever de ressarcir a vítima de seus prejuízos” (VIANA, Jeovanna. *Responsabilidade Civil dos Pais pelos Actos dos Filhos Menores*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 16).

¹¹ Art. 1975: “La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable”; Art. 1976: “No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal”; Art. 1977: “Si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto anterior, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo”.

¹² Art. 414-3: “Celui qui a cause un dommage à autrui alors qu’il était sous l’empire d’un trouble mental n’en est pas moins obligé à réparation”. Tradução livre: “Aquele que causou um dano a outrem, ainda que sob o império de uma perturbação mental, nem por isso deixará de ser obrigado à reparação”.

¹³ VINEY, Geneviève. Reflexions sur l’article 489-2 du Code Civil. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, vol. 68, ano 1970, p. 253-254. No mesmo sentido, FABRE-MAGNAN, Muriel. *Droit des obligations. 2 – Responsabilité civile et quase-contrats*. 3. ed. Paris: PUF, 2015, p. 101: “Atualmente, o alienado deve reparar as consequências danosas de seus atos exatamente da mesma forma como um responsável o faz”.

¹⁴ Ver, sobre o tema, exemplificativamente, YOUF, Dominique. L’enfant doit-il être tenu responsable de ses actes?. *Cités*, n. 6, 2001, p. 240 e segs.

da responsabilidade do incapaz; na segunda, os efeitos de tal responsabilidade, em especial no que concerne ao arbitramento da indenização.

O método utilizado no trabalho é o da pesquisa bibliográfica. Após passar em revista os entendimentos doutrinários mais relevantes a respeito do tema, buscar-se-á assentar as condições e efeitos da responsabilidade direta do incapaz e responder à indagação constante no título.

1 Pressupostos para a incidência da responsabilidade civil do incapaz

1.1 A figura do incapaz como causador de dano a outrem

O requisito nuclear do artigo 928 do Código Civil reside na conduta de um incapaz que acarrete prejuízo a outrem. Faz-se mister, portanto, que uma pessoa qualificada pela ordem jurídica brasileira como incapaz acarrete um dano a terceiro, a fim de que se tenha um primeiro elemento de existência do suporte fático do referido artigo.

Um primeiro ponto a ressaltar consiste na questão conceitual presente na solução legislativa: o fato de o dispositivo legal em análise concernir aos incapazes do ponto de vista jurídico permite a conclusão inicial de que o requisito da culpa não é exigido. Falando por todos, Orlando Gomes refere que o conceito de culpa é integrado por dois elementos, a ilicitude e a imputabilidade. A imputabilidade é a “idoneidade psíquica do agente para querer e entender”. Sendo assim, “somente as pessoas nessas condições podem ser consideradas culpadas”. Todavia, prossegue o citado autor, o legislador pode considerar injusto o abandono da vítima e impor a um agente psicicamente inimputável a obrigação de reparar o dano que causou. “Mas, do fato de estatuir essa obrigação, fundada em razões de equidade, não se pode inferir que haja *culpa* no fato do agente”, pois “nem sempre o dever de indenizar resulta da prática do ato culposo”.¹⁵ Observa-se, portanto, que a solução do artigo 928 consagra esta percepção identificada na doutrina brasileira.

Uma segunda questão interessante é a de saber se o incapaz responde apenas pelos danos decorrentes de sua conduta pessoal, ou se também pode vir a responder pela via da responsabilidade pelo fato das coisas e dos animais. O tema foi debatido no Direito francês no âmbito da discussão sobre se os pais do menor responderiam também pelos danos causados pelas coisas e pelos animais que

¹⁵ GOMES, Orlando. *Responsabilidade Civil*. Edição revisada, atualizada e ampliada por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 74.

estivessem sob a guarda do menor. Sabidamente o menor pode ser proprietário e possuidor de bens e animais, já que detém personalidade jurídica. Dependendo da idade do menor, não se pode imaginar que a posse, a guarda e a supervisão do uso de determinados bens de propriedade do menor, possam ser monitorados pelos genitores. Pense-se na bicicleta de um adolescente de 15 anos, ou no seu cachorro de estimação. Suponha-se, portanto, que danos venham a ser causados pelo cachorro ou pela bicicleta do menor, sem que se possa identificar propriamente uma “culpa” deste. Na França, responderiam os pais por tais danos, independentemente de culpa deles ou do menor.¹⁶ Segundo importante acórdão da Corte de Cassação, de 10.2.1966, “considerando que a responsabilidade dos pais supõe que aquela do filho tenha sido estabelecida, a lei não distingue entre as causas que podem dar origem à responsabilidade do filho”.¹⁷

Em célebre acórdão de 1997 (*arrêt Bertrand*, de 19.02.97), envolvendo a reparação de danos sofridos durante a colisão de uma bicicleta conduzida por um menor de 12 anos e uma motocicleta conduzida pela vítima M. Domingues, que sofreu lesões corporais ao cair, a Corte de Cassação francesa afirmou que “somente a força maior ou a culpa da vítima pode afastar a responsabilidade de pleno direito que os pais devem suportar, pelos danos causados pelos filhos menores que com eles residam”.¹⁸

Reputa-se que, da mesma forma que seus genitores, os próprios incapazes poderiam vir a ser responsabilizados pelos danos causados por tais objetos/animais, independentemente da ocorrência de uma culpa, diante da ideia de solidariedade que preside esse tipo de responsabilidade. Pondera-se que todo dano injustamente sofrido por alguém, que possa ser imputado a outra pessoa, deve ser reparado. Quem deu causa ao dano, mesmo que sem culpa (até porque a vítima é menos culpada ainda), deve repará-lo, segundo o princípio da solidariedade, aplicado ao campo da responsabilidade civil.

Um outro tema passível de investigação consiste em que, embora a responsabilidade do incapaz seja objetiva, para que ela se ative, é preciso que o dano por ele causado seja fruto de uma conduta objetivamente ilícita ou antijurídica.¹⁹

¹⁶ Nesse sentido, VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil. In: Les Conditions de la Responsabilité*. Jacques Ghestin (dir.). 3. ed. Paris : L.G.D.J, 2006, p. 1129-1130.

¹⁷ Dalloz, 1966, p. 333.

¹⁸ Sobre o impacto dessa decisão ver FABRE-MAGNAN, Muriel. *Droit des obligations. 2 – Responsabilité civile et quase-contrats*. 3. ed. Paris: PUF, 2015, p. 361.

¹⁹ A França passou a adotar uma posição mais rigorosa, a partir de orientação jurisprudencial adotada pela Corte de Cassação francesa desde o final da década de noventa: *arrêt Bertrand* (de 1997), *arrêt Levert* (de 2001) e acórdão da *Assemblée plénière*, de 13.12.2002. A partir desses acórdãos, passou-se a entender que a responsabilidade dos pais se tornou pessoal e objetiva, pois basta a presença de um fato (*fait*) anormal do menor, que tenha causado o dano, para que surja tal responsabilidade pela reparação, independentemente que tal fato possa ser considerado uma culpa (*faute*). Nesse sentido, LE TOURNEAU,

Ou, nas palavras de Bonvicini,²⁰ “è necessària una valutazione negativa della condotta dell’incapace, in termini di giudizio di disvalore”. Isso porque se estivessem presentes, por exemplo, causas de justificação e de exoneração da responsabilidade (força maior, caso fortuito, ato de terceiro, legítima defesa etc.), não haveria responsabilidade nem do incapaz, nem de seus responsáveis. Impõe-se, portanto, a presença de uma ilicitude objetiva. Perante o Direito brasileiro, sustenta, por exemplo, Cavalieri Filho que “se o inimputável agiu em condições em que não se lhe poderia atribuir culpa algum acaso fosse imputável, não poderá ser obrigado a indenizar”, uma vez que “seria um contrassenso tratar o inimputável, neste aspecto, com maior severidade do que as pessoas imputáveis, exigindo dele uma conduta que a estas se não impõe”.²¹

Merece reflexão igualmente uma questão não tratada explicitamente: saber se a pessoa capaz quando praticou o ato, tornando-se incapaz posteriormente, poderá ou não receber a benesse instituída no parágrafo único do artigo 928, a de ter sua indenização estabelecida pela equidade. Adota-se aqui a orientação negativa: a premissa para a aplicação da regra do artigo 928 é que a pessoa seja incapaz no momento em que causou o dano. Somente a fixação do valor da indenização é que poderá levar em conta a situação patrimonial das partes no momento da liquidação do dano, como se verá adiante.

Cumprir pontuar, igualmente, que o texto legal trata, genericamente, de incapacidade, sem especificar os seus graus classicamente conhecidos, absoluta ou relativa, nem as suas diversas espécies. Quanto a esse aspecto, há que se levar em conta a reforma legislativa levada a efeito pela Lei 13.146/2015, que alterou

Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. Paris: Dalloz, 2010, p. 36-37, 1619 e 1641. Também Geneviève Viney e Patrice Jourdain referem que “desde há muito tempo a Corte de Cassação, em situações faticamente bem diversificadas, tem admitido a condenação dos pais e mães sem exigir a prova da culpa do menor”. Prosseguem, afirmando que “esse afastamento da responsabilidade dos genitores relativamente à exigência de culpa do menor foi oficialmente consagrado e generalizado pela Corte de Cassação a partir de 1984” (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice, cit., p. 1.131). Em outra obra, Geneviève Viney igualmente refere que a alteração do posicionamento da Corte de Cassação remonta a um acórdão de 9 de maio de 1984, quando “a *Assemblée Plénière* da *Cour de Cassation*, tendo que decidir sobre danos causados por três crianças, afirmou solenemente, com reafirmação posterior em vários acórdãos, que a ausência de discernimento não é um obstáculo à responsabilidade, que deve ser apreciada independentemente deste elemento” (VINEY, Geneviève. *Traité de Droit Civil. In: Introduction à la Responsabilité*. Jacques Ghestin (dir.). 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1995, p. 33. Ainda no mesmo sentido se manifesta Muriel Fabre-Magnan, ao comentar o impacto dos acórdãos da Corte de Cassação, acima indicados, mencionando, aliás, que a tendência de facilitar a reparação dos danos sofridos pela vítima de atos praticados por menores remonta ao *arrêt Füllenwarth*, de 1984, no qual se enunciou que para a responsabilidade dos pais, por atos danosos praticados pelos filhos menores, basta que o dano tenha sido causado pelo menor, dispensando-se a prova da culpa, mesmo objetiva (FABRE-MAGNAN, Muriel. *Droit des obligations. 2 – Responsabilité civile et quase-contrats*. 3. ed. Paris: PUF, 2015, p. 358-359).

²⁰ BONVICINI, Eugenio. *La Responsabilità Civile per Fatto Altrui*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 633.

²¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 42.

profundamente o panorama da incapacidade no direito brasileiro, bem como a questão das esferas de exercício dos incapazes na vida cível.²²

Sobressai que o sentido da regra contida no artigo 928 é de amparar o incapaz, aquele que na ordem jurídica possui uma *capitis deminutio* que lhe subtrai a capacidade, a integralidade da aptidão para exercer pessoalmente direitos e deveres na esfera jurídica. No que concerne à solução do direito brasileiro, poder-se-ia aqui indagar, porém, se foi correta a opção legislativa tão generalizante, que abrange hipóteses tão diversas de incapacidade, sem observar as nuances existentes entre elas, como a que concerne a um menor de dezesseis anos, e que, em princípio terá como responsável os pais, e pessoas maiores, como, por exemplo, os pródigos, que possuem uma problemática não diretamente capaz de lhe subtrair a imputabilidade e, por conseguinte, de lhes configurar uma posição especial quanto ao dever de indenizar.

Acresce que muito embora a disposição do artigo 928, do Código Civil possa ser vista como vinculada à dignidade da pessoa,²³ ela parece estar em desacordo com a diretriz do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que pretende eliminar quaisquer traços distintivos entre a pessoa com deficiência e as plenamente capazes.²⁴

A este respeito, a solução do Direito peruano, adotada em seu Código Civil de 1984 – acima referida – aparenta ser mais cuidadosa ao tratar distintamente de hipóteses que são díspares, ainda mais a partir da referida reforma quanto ao tema da capacidade. Pode efetivamente suceder que a pessoa tenha seu discernimento reduzido para a prática de atos negociais, mas não o tenha para condutas como o ato de dirigir no trânsito (que poderia ser qualificado pelo juízo como um ato existencial e que, portanto, não está abrangido na esfera da curatela). Logo, pode-se indagar se a solução brasileira é a mais adequada ao tratar de modo tão genérico as sutis situações existentes nesta seara e mesmo se ela não estaria “contra a corrente”, ao adotar uma orientação que trabalha, de forma tão genérica, com o conceito de incapacidade, quando o Estatuto da Pessoa com Deficiência introduziu em nosso ordenamento um outro paradigma, que pretende

²² Na atualidade, nos termos do art. 3º, do Código Civil, apenas os menores de 16 são absolutamente incapazes. Quanto aos relativamente incapazes, nos termos do artigo 4º, prevê-se as seguintes hipóteses: a) os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos; b) os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; c) aqueles que, por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade; d) os pródigos.

²³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 823.

²⁴ Esta é a ideia que se pode extrair do art. 84, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que assegura à pessoa com deficiência “o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais”, sendo que no §1º, do referido dispositivo, reputa-se a curatela uma medida excepcional, e, no art. 1.783-A, regula-se a figura da tomada de decisão apoiada.

precisamente desconstruir esta qualificação, a fim de retrabalhar a noção de pessoa, para que, em princípio, apenas o menor de 16 anos tenha a configuração de absolutamente incapaz.

Cumpra referir, nesta parte do trabalho, que a solução para a adequação da opção legislativa brasileira passa pela utilização racional da previsão inserta no parágrafo único do referido artigo, como será exposto a seguir, na parte que outorga ao magistrado o poder de dosar o alcance da redução do valor da indenização, podendo chegar mesmo ao limite de não reconhecer necessidade de qualquer redução, à luz do caso concreto.

Há que se referir que a doutrina nacional teve a iniciativa de cristalizar uma situação de responsabilidade do incapaz no Enunciado 40, das Jornadas de Direito Civil,²⁵ ao tratar da hipótese de ressarcimento devido pelos adolescentes que praticarem atos infracionais, nos termos do art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito das medidas socioeducativas ali previstas.

Acentue-se, aqui, a circunstância de a inimputabilidade do incapaz não afastar seu dever de reparar os danos causados por sua conduta, tendo presente a condição de ser o ato tal que, se praticado por alguém imputável, configurasse a violação de um dever. Se o inimputável agiu em condições em que não se podia atribuir nenhuma culpa caso fosse imputável, não poderá ser obrigado a indenizar. Seria um contrassenso tratar o inimputável, nesse aspecto, com maior severidade do que às pessoas imputáveis, exigindo daquele uma conduta que a estes não se impõe. Há que se ter presente, em suma, a relevante temática da imputação, que também está vinculado à regulação específica da temática da responsabilização do incapaz.²⁶

Todavia, não basta que o incapaz seja teórica e abstratamente responsável pelos danos que diretamente causou. Para que possa ser concretamente responsabilizado, com fulcro no art. 928 do Código Civil vigente, é mister que a indenização não possa ser obtida dos seus responsáveis, pelas razões expostas a seguir.

1.2 Ausência de meios e de obrigação de reparação por parte dos responsáveis pelo incapaz

Consoante a leitura do artigo 928, *caput*, a responsabilidade do incapaz incidirá na hipótese em que o responsável não tiver obrigação de fazê-lo, ou não dispuser de meios suficientes.

²⁵ Nesse sentido, TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, cit., p. 821.

²⁶ Sobre o tema, ver, por exemplo, MAJO, Adolfo di. *Profili della Responsabilità Civile*. Torino: Giappichelli Editore, 2010, p. 7.

Perante o Código Civil de 2002, portanto, a responsabilidade do incapaz será subsidiária, pois somente será acionada se uma das duas premissas acima indicadas estiver presente. Além disso, será potencialmente mitigada,²⁷ em razão da possibilidade de redução do valor da indenização, nos termos abordados mais adiante.

Examinando-se a primeira questão, observa-se que a responsabilidade dos pais, tutores e curadores, pelos atos danosos praticados por seus filhos, pupilos e curatelados é de natureza objetiva, independente de culpa (*ex vi* do art. 933 do C.C.); logo, serão raríssimas as hipóteses em que tais pessoas não terão responsabilidade.²⁸

Embora a hipótese de inexistência de responsabilidade do responsável legal pelo menor seja restrita, alguns casos de responsabilização direta do menor, porém, poderão ocorrer. Pense-se na situação de estar o menor púbere empregado, e, em razão de seu trabalho, vier a causar um dano a terceiros: simule-se o caso do jovem de 17 anos, empregado como *office-boy* (ou seja, em condições tais que não se possa afirmar ter ele “economia própria”, a ponto de ser considerado emancipado, nos termos do art. 5º, parágrafo único, inc. V, do CC), que, burlando a vigilância de seu empregador, retira indevidamente um veículo da empresa e com ele cause um atropelamento. Num caso como esse, os genitores do menor não terão qualquer responsabilidade, pois ela é transferida ao empregador pelos atos danosos relacionados ao emprego. Na hipótese de insolvência do empregador, a vítima poderia ter interesse de ressarcir-se junto ao próprio menor, acaso tivesse patrimônio.

No que concerne à segunda premissa, ausência de meios dos pais, trata-se de circunstância que deverá ser alegada por eles, pois é seu o ônus da prova. Muito embora ainda não se tenha, na vida judiciária, casos concretos a revelar a sua incidência – até porque nosso Código ainda é relativamente recente –, esta não é impossível.

Na sociedade contemporânea, pode acontecer que menores, em algumas áreas, como no entretenimento ou no esporte, desde logo recebam considerável remuneração, direta, ou indireta – por meio de patrocínio –, de sorte que sejam estes menores, incapazes, detentores de patrimônio superior ao de seus responsáveis.

²⁷ É comum a doutrina referir-se à responsabilidade dos incapazes como sendo uma responsabilidade “mitigada e subsidiária”. É o caso, dentre outros, de GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil*. vol. 11 (Arts. 927 a 965). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 394; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, cit., p. 41. As mesmas características se observam no direito italiano; ver, por exemplo, BONVICINI, Eugenio. *La Responsabilità Civile per Fatto Altrui*, cit., p. 633.

²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. IV – Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 21; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil interpretado*. Vol. XII. São Paulo: Atlas, 2009, p. 863.

De maior frequência prática poderá ser o caso dos pupilos e curatelados, em que se configure a situação na qual o patrimônio destes seja maior do que o daqueles. De fato, não são infrequentes as hipóteses de um órfão que tenha herdado vultoso patrimônio de pais falecidos num acidente, e que, sendo menor, seja colocado sob a tutela de outro parente – tio, por exemplo – que não tenha fortuna. Nessa hipótese, vindo o pupilo a causar danos de monta a outrem (um atropelamento fatal, por exemplo), poderá ele vir a ser diretamente acionado pela vítima, diante da hipótese de não ter o tutor bens suficientes para garantir o pagamento da indenização.

Discorrendo sobre hipótese semelhante no direito italiano, Monateri afirma que a norma constitui uma espécie de *social security* em favor do terceiro, em prejuízo do patrimônio do incapaz. Sua previsão não encontraria outra justificativa que não a própria opção legislativa que a instituiu e que, por isso mesmo, deve ser tida como algo excepcional. E conclui no sentido de que “a indenização prevista na norma tem essencialmente a função de satisfazer as necessidades (*bisogni*) da pessoa lesada”.²⁹

Já Franzoni³⁰ identifica como fundamento de tal responsabilidade, uma “imprescindibile esigenza di solidarietà sociale”, derivada do art. 2º da Constituição italiana, de forma que a liquidação do dano deve ser efetuada de acordo com a equidade, entendida como a exigência de reparar a vítima inocente, ainda que se levando em conta a avaliação comparativa das condições econômicas das partes.

Em nosso direito, a doutrina invoca a ideia de equidade como fundamento da responsabilidade do incapaz, de forma que “nem a vítima do dano fica sem proteção alguma, nem o incapaz é obrigado a indenizar integralmente, ainda que pudesse sucumbir financeiramente à miséria”. Sustenta-se, ainda, que “a solução adotada pelo Código civil de 2002 evidencia uma tendência contemporânea, perceptível em vários sistemas jurídicos”.³¹ Em essência, trata-se de uma solução de equilíbrio, que pretende harmonizar a tutela da vítima, a fim de não deixar sem remédio aquele que sofre um dano injusto, com o resguardo da posição jurídica do incapaz, visto na ótica legislativa como alguém ainda merecedor de proteção jurídica.

²⁹ MONATERI, Pier Giuseppe. Le Fonti delle Oblighazioni. La Responsabilità Civile. Vol. 3. In: *Trattato di Diritto Civile*. Rodolfo Sacco (dir.). Torino: UTET, 1998, p. 942-943. Também a Corte d'Appello de Napoli, em julgamento proferido em 5.5.1967 (*Archivio della Responsabilità Civile*, 1968, p. 178. Piacenza: La Tribuna), refere que “l'equa indennità ha la funzione di soddisfare il bisogno di riparazione della persona danneggiata, tenuto conto delle possibilità economiche della controparte”.

³⁰ FRANZONI, Massimo. *Trattato della Responsabilità Civile. L'Illecito*. Vol. I. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2010, p. 698.

³¹ Nestes termos FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 613, bem como SIMÃO, José Fernando. *A responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 295.

De qualquer sorte, a responsabilização direta dos incapazes só ocorrerá se os recursos necessários ao pagamento da indenização não privarem o incapaz ou as pessoas que dele dependam *do necessário*, segundo a dicção da lei, o que se examinará a seguir. Neste sentido, embora o texto normativo do Código Civil não expresse inequivocamente a ideia de faculdade/discricionariedade judicial, vislumbra-se na solução acima indicada do parágrafo único do art. 928 esta conclusão.

Na medida em que a indenização – que deverá ser equitativa – “*não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem*”, pode-se considerar que também no direito brasileiro é possível que o juiz, ao fim e ao cabo, resolva não condenar o incapaz a indenizar, em razão das circunstâncias do caso *sub judice*. Esta circunstância conduz que o sistema brasileiro – como o direito italiano³² – possui como característica uma certa dose de *discricionariedade judicial* na identificação ou não de um dever de indenizar, bem como a presença de um juízo equitativo para a fixação do valor da indenização.

A diferença que se pode estabelecer entre os dois ordenamentos consiste, substancialmente, no fato de que o critério predominante para a fixação da responsabilidade em si, bem como da dosagem do *quantum* reparatório, reside, no direito italiano, basicamente na indicada comparação das condições econômicas entre as partes (incapaz e vítima), ao passo que no direito brasileiro o juízo de equidade a que se refere o parágrafo único do art. 928 pode envolver todas as circunstâncias do caso.

Por outro lado, apesar de a responsabilidade dos incapazes ser subsidiária, surge a questão de saber como se deve compatibilizar a regra do artigo 928, com o disposto no artigo 942, do Código Civil. Considera, por exemplo, Rizzardo³³ que “o art. 928 não afronta o art. 942, que estabelece a responsabilidade solidária dos incapazes e das pessoas nomeadas no art. 932”, embora refira, mais adiante, que “essa solidariedade, no entanto, deve considerar a limitação constante no art. 928 e em seu parágrafo único”, ou seja, prevalecerá apenas se os responsáveis não tiverem patrimônio suficiente para reparar os danos.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, examinou-se a questão de como harmonizar os dois preceitos acima indicados: decidiu-se que a responsabilidade

³² No direito italiano, por todos, FRANZONI, Massimo. *Trattato della Responsabilità Civile. L'Illecito*, cit., p. 697. Tal posicionamento já remontava a DE CUPIS, Adriano. *Il Danno. Teoria generale della responsabilità civile*, cit., p. 25. Na jurisprudência italiana, teve repercussão uma decisão do Tribunale di Macerata, proferida em 20.05.1986 (publicada no *Il Foro Italiano*, Roma, I, col. 2594, 1986), envolvendo um menino de 10 anos que, brincando com uma zarabatana, lesionou o olho de uma criança de quatro anos. Naquele julgamento, foi dito que “l'equa indennità ex art. 2047, comma 2º, c.c., consiste in un mero indennizzo, che, pur potendo in astratto corrispondere anche all'integrale ristoro, dipende sia nell'an che nel quantum da una valutazione comparativa delle condizioni economiche delle parti”.

³³ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011, p. 119.

do incapaz será subsidiária e não solidária. Ela incide apenas quando os responsáveis não tiverem meios para ressarcir. Em consequência a esta premissa, afirmou-se no Superior Tribunal de Justiça que inexistente no caso litisconsórcio passivo necessário: ou seja, a vítima não é obrigada a litigar contra o responsável e o incapaz.³⁴

Observe-se, porém, que nada impede que a vítima opte por litigar contra ambos, o que configurará uma situação de litisconsórcio facultativo, pleiteando então de modo subsidiário a responsabilidade do incapaz.³⁵

Desse modo, quanto à eventual necessidade de se ajuizar previamente uma ação contra os responsáveis legais para somente depois de acertada judicialmente a inexistência de seu dever legal de indenizar, ou a sua incapacidade econômica para fazê-lo, mover a ação contra o incapaz, a resposta deve ser negativa. Vem sendo afirmado que “ainda nas hipóteses de responsabilidade civil subsidiária, o aconselhável, sob o prisma processual, é a propositura da ação judicial contra todos, responsáveis imediatos e subsidiários. Ainda que isso não tenha sido feito inicialmente, não se descarta a possibilidade de ser feito no curso do processo”.³⁶

Considera-se que a ação direta pode ser desde logo proposta, com a afirmação, na inicial, da irresponsabilidade dos pais, tutores ou curadores, ou afirmação da insolvência destes. Todavia, diante do potencial conflito de interesses entre o incapaz e seus representantes legais – que serão também os seus representantes/assistentes em juízo –, deverá o juiz nomear um curador especial para representar/assistir o incapaz na demanda judicial. Até porque uma das teses da defesa poderá ser a da responsabilidade e solvência de seus representantes legais, contra quem deveria a demanda ser dirigida.

Passa-se, agora, à segunda parte deste ensaio, analisando os efeitos da decisão que entende ser o incapaz responsável pelos danos que causou.

2 A indenização devida pelo incapaz

2.1 O condicionamento da indenização à vítima pelo dano causado pelo incapaz

Nos termos do parágrafo único do artigo 928, do Código Civil, a indenização devida pelo incapaz à vítima do dano por ele causado possui um primeiro requisito:

³⁴ Nesse sentido, STJ, 4ª T., REsp 1.436.401/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 2.2.2017.

³⁵ Nessa linha, o voto do eminente Relator, Luiz Felipe Salomão, no Recurso Especial acima indicado.

³⁶ Assim se manifestaram FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*, cit., p. 614, bem como, no mesmo sentido, SOUZA, André Pagani de. Aspectos processuais da responsabilidade civil do incapaz. In: *Impactos processuais do Direito Civil*. Cássio Scarpinella Bueno (coord.). São Paulo: Saraiva, 2008, p. 339-361.

ela não ocorrerá se “privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependam”. Ela é, em essência, portanto, condicionada: o arbitramento da indenização pelo magistrado somente ocorrerá após a verificação desta circunstância: afinal, se o incapaz e aqueles que dele dependam forem privados do “necessário”, a indenização simplesmente não terá lugar.³⁷

Superada esta primeira linha de reflexão, é forçoso reconhecer que o conteúdo normativo do artigo não auxilia, suficientemente, o magistrado: afinal, a pergunta sobre o que se deve efetivamente entender por “necessário” pode acarretar questionamento ao intérprete, a fim de conduzir à conclusão última e relevante do parágrafo único do artigo 928.

A este respeito, há que se verificar qual o contorno objetivo do significado da expressão “necessário”, contida no aludido preceito.³⁸ Deverá, por exemplo, o incapaz viver com o salário mínimo legal, estabelecido em nível nacional – ou mesmo estadual em que é domiciliado? Consoante se apontou introdutoriamente, em alguns ordenamentos faz-se menção expressa à noção de alimentos necessários para a subsistência do incapaz, de acordo com sua condição, o que conduz à ideia de uma renda mínima a ser atribuída ao destinatário da norma.

Nesse sentido, considera-se que “o inimputável deva conservar bens em valor superior ao necessário para simplesmente lhe assegurar os alimentos adequados ao seu estado e condição, e os alimentos que legalmente deva a outrem”.³⁹

Considera-se que a referida expressão – necessário – está vinculada à ideia de mínimo existencial,⁴⁰ na medida em que esta tende a tornar mais concreta, e também mais restrita, a noção adotada pelo codificador civil.⁴¹

³⁷ Pode-se, aqui, apenas suscitar se o poder discricionário atribuído ao juiz implicaria que o lesado não disporia de um direito subjetivo à indenização, mas sim de um “mero potere d’azione”. Uma vez avaliadas comparativamente as condições econômicas das partes e determinado o montante do prejuízo sofrido, o juiz poderia então traduzir tal poder de ação em uma indenização. Sobre o tema, ver FRANZONI, Massimo. *Trattato della Responsabilità Civile. L’Illecito*, cit., p. 699 (que também faz referência aos escólios de Venciarutti, Travi e Carnelutti); DE CUPIS, Adriano. *Il Danno. Teoria generale della responsabilità civile*, cit., p. 24. A questão envolve um dos temas mais relevantes da doutrina contemporânea: o eventual redimensionamento do papel e da função do direito subjetivo, que ultrapassa os limites do presente artigo. Cf., por exemplo, GENTILI, Aurelio. A propósito de “Il diritto soggettivo”. *Rivista di Diritto Civile*, Milão, v. 50, n. 3, 2004, p. 351; RUSSO, Ennio. Il Concetto di diritto soggettivo. *Rivista di Diritto Civile, Supplemento Annuale di Studi e Ricerche*, Milão, 2008.

³⁸ Ver, por exemplo, TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 35 e segs.

³⁹ Nesse sentido, CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, cit., p. 41 e DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. XIII. São Paulo: Forense, 2004, p. 161-162.

⁴⁰ Ver sobre o tema, por todos, SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 170 e segs.; e também *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

⁴¹ Nesse sentido FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*, cit., p. 613: “a indenização, na espécie, deverá ser equitativa, e só terá lugar se não privar o incapaz do mínimo existencial”.

Nesse contexto, pode-se indagar, por exemplo, como uma situação prática passível de reflexão, se o incapaz poderia invocar a noção de “necessário”, a fim de evitar ser privado da propriedade do único imóvel residencial, na eventual hipótese em que ele incidir nas exceções previstas na Lei 8.009/90. Pense-se na situação em que o incapaz seja tido como responsável, na esfera penal ou da infância e juventude, por uma conduta apta a gerar indenização, sendo esta circunstância uma exceção especialmente prevista no artigo 3º, VI, da referida Lei 8.009/90.

Reputa-se aqui que, mesmo existindo a previsão especial de impenhorabilidade do bem de família, se o incapaz residir em um imóvel próprio, e não puder alegar o benefício por força da incidência de exceção contida no artigo 3º da Lei 8.009/90, poderá ele então invocar o disposto no parágrafo único, na medida em que a propriedade de um único imóvel residencial se considera como uma concretização do mínimo existencial e deve, portanto, ser reputada como necessária para a manutenção do incapaz.

Vê-se, portanto, que o conteúdo do parágrafo único do artigo 928 contém múltiplos desafios: apresenta, de um lado, a possibilidade de examinar-se o conteúdo do mínimo existencial no Direito Civil, podendo ser considerada uma situação de vínculo com a noção de dignidade da pessoa humana. De outro, porém, é forçoso reconhecer a ausência de indicações maiores para o julgador, por parte do legislador, a fim de que a interpretação não se descaracterize em face de potenciais soluções discricionárias.

Na doutrina, o tema foi objeto de análise, tendo sido proposto o Enunciado n. 39, da I Jornada de Direito Civil, que teve como teor o seguinte texto: “a impossibilidade de privação do necessário à pessoa prevista no artigo 928, traduz um dever de indenização equitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Como consequência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas se reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade”.

Observe-se, aqui, que embora seja louvável a concepção acima exposta, ela não possui pleno amparo legal, na medida em que pretende ampliar a finalidade protetiva do artigo 928, abrangendo a reserva patrimonial também aos responsáveis pelo incapaz, o que pode restringir desmesuradamente a possibilidade de ressarcimento para a vítima do dano e causando a este um duplice questionamento, na medida em que terá de superar a alegação dos responsáveis acerca da extensão do seu patrimônio e, posteriormente, enfrentar o mesmo argumento por parte do incapaz.⁴²

⁴² Não se olvida aqui a posição doutrinária que reputa a indenização como um direito fundamental. Muito embora não se adote esta concepção na sua extensão, considera-se a posição da vítima no quadro do

De qualquer sorte, trata-se de problemática que ainda não foi objeto de concretização na jurisprudência nacional, de modo que o tema ainda permanece no âmbito exclusivamente teórico, dando razão à posição doutrinária que aponta para o caráter excessivamente residual da solução delineada.

2.2 O arbitramento equitativo da indenização como exceção ao princípio da reparação integral

Superado o requisito acima indicado, ou seja, sendo caso de se responsabilizar o incapaz,⁴³ a indenização a que ele estará sujeito deve ser fixada com observância do critério da equidade, especialmente previsto no texto legal.

Consoante indicado na introdução ao presente texto, cuida-se de opção legislativa diferenciada em relação ao princípio clássico adotado no art. 944 do CC/02 (“A indenização mede-se pela extensão do dano”), o da reparação integral, cujo objetivo precípua é pretender “colocar o lesado, na medida do possível, em uma situação equivalente à que se encontrava antes de ocorrer o fato danoso”.⁴⁴

O princípio da reparação integral corresponde a um critério de justiça: quem é responsável por ter causado um dano “x”, tem o dever moral e jurídico de pagar “x”, para, desta forma, neutralizar a perda sofrida pela vítima.

Todavia, esse imperativo de justiça comutativa, de sensata aplicação à generalidade dos casos de danos, pode ceder a outras considerações de justiça. É o que se passa a analisar neste ponto do trabalho.

Antes de se abordar a indenização equitativa, convém analisar, sinteticamente, a noção de equidade.⁴⁵ É comum iniciar essa referência, invocando-se

direito contemporâneo da responsabilidade civil. Sobre o tema, ver, por exemplo, LUTSKY, Daniela. *A Reparação de danos imateriais como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 255 e segs.

⁴³ Nesse sentido, GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. In: *Código Civil comentado*. Doutrina e Jurisprudência. Cezar Peluso (coord.). 5. ed. Barueri: Manole, 2011, p. 935. (Cláudio L. B. Godoy foi responsável pelos comentários aos artigos 653 a 853 e 927 a 954. O trecho citado refere-se aos comentários ao art. 928/CC).

⁴⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48. Nesta preciosa obra, faz referência à Resolução n. 75-7, de 14.03.1975, do Conselho da Europa, que disciplina a reparação de danos em caso de lesões corporais e da morte, nas hipóteses regidas pelo direito comunitário, estabelecendo que “a pessoa que sofreu um prejuízo tem direito a sua completa reparação, devendo ser recolocada em uma situação mais próxima possível daquela em que estaria se o evento danoso não tivesse ocorrido” (p. 49-50). Acrescentamos que a Resolução n. 75-7, de 1975, do Conselho Europeu, com sede em Estrasburgo mas aplicável a todos os países integrantes da União Europeia, fixa 19 princípios a serem observados na fixação dos danos corporais e em caso de morte. Informações sobre referidos princípios podem ser obtidos em: <<http://www.association-aide-victimes.fr/RESOLUTION%2075-7%20DU%20CONSEIL%20DE%20L%27EUROPE.htm>>.

⁴⁵ Sobre o tema ver, por exemplo, FROSINI, Vitorio. Nozine di Equità, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XV. Milão: Giuffrè, p. 69 e segs.; ROMANO, Salvatore. Princípio di Equità (dir. priv.), in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XV, p. 83 e segs., cit; NASI, Antonio, Giudizio di Equità, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XV, p. 107 e segs., cit.

Aristóteles que, ao retomar de Sócrates o tema, sobre ele discorreu em duas de suas obras – na *Arte Retórica*⁴⁶ e na *Ética a Nicômaco*.⁴⁷ Tal concepção ainda hoje possui marcante vinculação com a temática da responsabilidade civil extracontratual.⁴⁸

Em Aristóteles, a ideia de equidade está relacionada à adaptação da generalidade das leis às especificidades do caso concreto, nem sempre percebidas pelo legislador, que necessariamente deve atender aos aspectos mais genéricos e repetitivos da conduta humana. Como esclarece Hélio Tornaghi,⁴⁹ a lei, ao regular as relações entre os homens por meio de normas gerais, leva em conta os grupos de casos que têm, entre si, um denominador comum e despreza as diferenças específicas. Em outras palavras, a justiça da lei atenta para o geral; a justiça da equidade atenta para o circunstancial, o peculiar.

Dentre as funções da equidade, destaca Milton Paulo de Carvalho Filho⁵⁰ que “a equidade pode funcionar como fundamento da correção da lei inadequada no caso concreto”. Mas adverte que “ela confere um poder discricionário ao magistrado, não uma arbitrariedade”. Segundo o citado autor, “a autorização é para apreciar, equitativamente, segundo a lógica do razoável, interesses de fatos não determinados *a priori* pelo legislador, estabelecendo uma norma individual para o caso concreto ou singular ou omissivo”.

Observe-se que o fato de o legislador, no parágrafo único do artigo 928, do Código Civil, ter autorizado o juiz a agir com maior discricionariedade e liberdade na fixação da indenização, mediante invocação da equidade, representa certamente uma das manifestações dos princípios da operabilidade e concretude que Miguel Reale buscou impregnar em seu código. Isso significa, naquilo que aqui interessa, que o codificador procura não mais legislar para o sujeito abstrato, existente somente na imaginação do legislador e ausente da vida real, mas sim para o indivíduo situado, concreto.

⁴⁶ Retórica, Livro I, Capítulo XIII. In Aristóteles. *Obras Completas*. Retórica. Biblioteca de Autores Clássicos. Coordenação de Antônio Pedro Mesquita. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005.

⁴⁷ Cf. *Ética a Nicômaco*, Livro V, Capítulo X: “...o equitativo é justo, porém, não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal”; “Portanto, quando a lei se expressa universalmente e surge um caso que não é abrangido pela declaração universal, é justo, uma vez que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade, corrigir a omissão – em outras palavras, dizer o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse conhecimento do caso”; “Essa é a natureza do equitativo: uma correção da lei quando ela é deficiente em razão da sua universalidade”.

⁴⁸ Ver, por exemplo, ZAMORA, Jorge Fabra. Estudo introdutório: Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontratual. In: *La filosofía de la responsabilidad civil*. Carlos Bernardo Pulido; Jorge Fabra Zamora (org.). Bogotá: Universidad Externado Editora, 2013, p. 21, 60.

⁴⁹ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 135.

⁵⁰ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por Equidade no Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 115.

De qualquer sorte, não se pode olvidar a lição de Limongi França,⁵¹ ao referir que “a construção da regra de equidade não deve ser sentimental ou arbitrária, mas o fruto de uma elaboração científica, em harmonia com o espírito que rege o sistema e especialmente com os princípios que informam o instituto objeto da decisão”.

É de se indagar se em todas as hipóteses em que o legislador outorga ao juiz a faculdade de fixar a indenização de forma equitativa, ele o faz dentro da mesma racionalidade, ou se há diferenças entre as situações. Em outras palavras, trata-se de um novo princípio, com atuação independente, ou de uma exceção ao princípio da reparação integral? Ou ambos? A importância prática da distinção aqui apontada reside em que, quando comparece como exceção – e apenas nesse caso –, vale a regra hermenêutica segundo a qual as exceções interpretam-se restritivamente.

Embora o caráter de novidade na solução do artigo 928 em confronto com o direito anterior, faz-se mister apontar que a lógica do recurso à equidade também está presente em outros dispositivos legais do Código de 2002: na esfera contratual, por exemplo aparece na faculdade outorgada ao Juiz de reduzir equitativamente a cláusula penal (artigo 413); poderá reduzir equitativamente a indenização da vítima no contrato de transporte, quando esta houver concorrido para a ocorrência do dano (parágrafo único do artigo 738); e, na esfera do dano extrapatrimonial, está autorizado expressamente o Juiz a fixar, equitativamente, o valor da indenização, nas hipóteses de injúria, difamação e calúnia (parágrafo único do artigo 954).

Mais importante do que as hipóteses bastante específicas acima referidas é a cláusula mais aberta prevista no parágrafo único do art. 944. Após estabelecer, no *caput* deste artigo, o princípio da reparação integral, admite o legislador que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. Mesmo não se podendo fugir do caráter excepcional de tal previsão, fato é que o legislador adotou quase que uma verdadeira cláusula geral, tamanha é a largueza do enunciado. Caberá ao juízo discricionário do magistrado definir qual o montante da “desproporção” entre a gravidade da culpa frente ao dano causado que continuaria a exigir a aplicação do princípio da reparação integral, e quando tal desproporção se tornaria “excessiva”, a ponto de justificar o afastamento de tal princípio, admitindo-se uma indenização equitativa.

Nesse sentido, há que se reconhecer a afirmação de uma tendência pela equidade, no âmbito do Código de 2002, ao prever a adoção deste critério na

⁵¹ FRANÇA, R. Limongi. Verbete “Aplicação do direito positivo”. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 205.

apreciação da responsabilidade pelo incapaz, “no sentido de considerar-se não só o *prejuízo em si*, como também outros elementos informadores, na fixação do *quantum* objeto da justa indenização”.⁵²

Pode-se, porém, ponderar que em relação à situação específica da responsabilidade civil do incapaz – para utilizar a denominação genérica adotada pelo codificador brasileiro – poderia este ter dotado a regulação da matéria de alguns critérios específicos – o Código italiano pede a atenção para a condição econômica das partes –, ou então explicitar que o juiz deveria atentar para todas as particularidades do caso, a fim de indicar que o intérprete da norma deve pautar-se pela atenção a diretrizes objetivas, em face da peculiaridade da questão regulada pelo artigo 928, parágrafo único.⁵³

É também cabível a indagação sobre qual a ponderação a ser exercida no caso concreto, em face das diversas situações de incapacidade abrangidas pelo *caput* do artigo – como acima se apontou. Pontua-se que não se olvida, aqui, a necessidade acima já apontada de considerar a figura da vítima – que poderá ser inclusive tão ou mais necessitada do que o incapaz –, caso em que eventualmente justificar-se-ia uma decisão que condenasse este a indenizar integralmente o dano sofrido pela vítima.⁵⁴ Uma interpretação que conduza, por exemplo, a uma indenização insignificante, em relação ao dano, deverá ser evitada, na medida em que contradiz a concepção intrínseca da responsabilidade civil, que é de propiciar a reparação de danos na forma mais integral e completa possível.

Veja-se que inexistente, também, na solução brasileira, qualquer referência acerca do eventual incremento do patrimônio do incapaz, após a tramitação do processo, o que pode suscitar eventual questionamento por parte da vítima que recebesse indenização inferior ao dano. Diante do fato de a demanda anterior não haver reparado a integralidade do dano, tendo tal solução sido adotada exclusivamente em face da pouca expressão do patrimônio do incapaz na época, é de se indagar se poderia aquela vítima ajuizar nova demanda, alegando, por exemplo, que o valor por ela recebido, por não ter reparado integralmente o dano, deve ser majorado, tendo em vista o aumento do patrimônio do incapaz, em momento posterior. É pouco provável, porém, que uma tal demanda seja aceita, em razão

⁵² CAHALI, Yussef Said. Indenização segundo a gravidade da culpa. In: *Dano e Indenização*. São Paulo: Revista dos Tribunais e AJURIS (coedição), 1980, p. 136. Isso é particularmente verdadeiro em se tratando de danos imateriais, pois, como afirma Miguel Reale, “não se mede o dano moral segundo critérios quantitativos e numéricos, porque há sempre que levar em conta o espírito de equidade e a boa-fé com que se praticou ou se deixou de praticar o ato” (REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil – Situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 8).

⁵³ No mesmo sentido, indagando-se acerca de quais os critérios para o juiz decidir por equidade, cf. GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, cit., p. 935-936.

⁵⁴ Como sustenta, por exemplo, GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, cit., p. 935.

da necessidade de estabilização da solução de conflitos, cujo ponto culminante é a garantia fundamental da coisa julgada.

É certo, também, que as condições econômicas das partes, para efeito da fixação do montante da indenização, devem ser aferidas no momento da liquidação da indenização, e não no momento do evento danoso, devendo ser seguido, neste aspecto, a lição italiana diante de semelhante situação.⁵⁵

Considerações finais

O sintético panorama sobre o tema versado permite apontar que a inovação contida no art. 928 do Código Civil enfrenta um problema que foi objeto de regulação por outros ordenamentos jurídicos, mas sobre o qual se omitia o codificador brasileiro.

A aludida previsão configura uma das significativas inovações do Código Civil, pois, de um lado, estabeleceu a possibilidade de se responsabilizar diretamente o incapaz, inclusive os absolutamente incapazes, o que não era possível à luz do direito anterior; por outro lado, como uma espécie de compensação, mitigou-se o princípio da reparação integral, admitindo uma hipótese de indenização equitativa, ou seja, não necessariamente integral.

Em boa parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos há muito já se aceita a responsabilização direta dos incapazes, sujeitando seu patrimônio pessoal à reparação dos danos por eles causados, ainda que inimputáveis, por razões equitativas.

Ou seja, como cada vez mais a responsabilidade civil compromete-se com a reparação/compensação dos danos sofridos pela vítima, a questão se resolve num confronto entre patrimônios, buscando-se restaurar o equilíbrio rompido com a lesão causada por um incapaz. Não se trata de puni-lo pelo ato praticado, mas simplesmente de compeli-lo a reparar o dano causado, sempre que tal reparação não possa ser alcançada por seus responsáveis legais. Considerando, porém, a racionalidade que sustenta esta responsabilidade objetiva, o dever de reparar o dano não precisa necessariamente alcançar a totalidade do prejuízo, podendo ser limitada, mediante equânime avaliação do julgador.

As recentes mudanças legislativas ocorridas na temática da incapacidade permitem, é certo, uma reflexão sobre o acerto da disciplina do codificador de 2002, ou mesmo sobre o cuidado do legislador especial ao alterar a matéria da incapacidade, sem atentar para o ponto objeto de disciplina no artigo 928. Com

⁵⁵ FRANZONI, Massimo. *Trattato della Responsabilità Civile. L'Illecito*, cit., p. 701.

efeito, embora o tema não seja objeto central do presente trabalho, há que se pontuar para a circunstância de que uma reforma da temática da capacidade deveria ter levado a uma análise por parte do legislador especial acerca da hipótese de responsabilidade civil prevista no artigo 928 e em seu parágrafo único.

Quanto ao tema específico da responsabilidade civil do incapaz, muito embora se saiba que o foco atual da matéria, pelo que se percebe da sua evolução histórica e tendências doutrinárias, reside cada vez mais no imperativo de indenizar ou compensar o dano injustamente sofrido, reputa-se que o espírito de tutelar aquele que não possui capacidade plena é, ainda hoje, meritório, em face das peculiaridades da condição pessoal do causador do dano.

É certo que ressalvas podem ser feitas para a circunstância de que se poderia ter agregado à moldura legislativa do artigo 928, parágrafo único, alguns critérios mais objetivos que servissem de referência ao julgador, a fim de que este se sentisse mais seguro e capacitado para aplicar o novel dispositivo em maior amplitude.

Respondendo, por fim, à indagação posta no título deste ensaio, sobre se a novidade introduzida no art. 928 do CC/02 configura uma tendência ou, ao contrário, representa uma exceção, há que primeiramente se chamar a atenção para o aspecto de que referido dispositivo legal, na verdade, introduziu em nosso direito duas exceções: a primeira delas em relação ao princípio de que incapazes não são responsáveis por seus atos, por lhes faltar a natural imputabilidade; a segunda, em relação ao princípio da reparação integral.

Quanto à primeira exceção, trata-se inquestionavelmente de uma tendência, no sentido de relativizar-se a necessidade da presença da culpa para se poder responsabilizar alguém. No âmbito da responsabilidade civil, o foco não mais reside no agente causador do dano e na necessidade de se identificar na sua conduta um elemento de reprovabilidade moral (a culpa). Cada vez mais a atenção da responsabilidade civil desloca-se para a vítima e para a necessidade de sua proteção quando ela não deu causa ao seu dano (ideia de *danno ingiusto*, tão cara à cultura jurídica italiana). Se nem o agente causador do dano, nem a vítima do mesmo, agiram com culpa, o direito civil deve inclinar-se para a proteção desta última, pois o fator desequilibrador consiste em que o dano foi causado por aquele. Não se trata de punir alguém. Trata-se apenas de fazer com que quem agiu e causou um dano, venha a se responsabilizar pela reparação do mesmo.

Já em relação ao segundo questionamento, o do afastamento do princípio da reparação integral mediante a utilização da equidade, observa-se que, embora não se trate de uma solução isolada no sistema brasileiro, há que ser qualificada como tendo um caráter excepcional, a ser aplicada somente quando todas as condições legais estejam presentes. Ou seja, sempre que possível, a indenização a ser paga deverá ser suficiente para efetivamente neutralizar os danos, reparando integralmente o prejuízo causado. As dúvidas, portanto, devem ser resolvidas no sentido de se prestigiar o princípio da *restitutio in integrum*.

Esta premissa harmoniza-se, porém, com a percepção de que o artigo 928 robustece a ideia de que a equidade pode ser um critério de decisão perfeitamente adequado ao campo da responsabilidade civil contemporânea, exatamente pela maior porosidade do tema objeto de disciplina no dispositivo indicado. Isto é, frente à opção de deixar a vítima sem nenhuma indenização, nas hipóteses em que o potencial responsável civil não tiver patrimônio capaz de suportar tal responsabilidade, e a opção de se responsabilizar integralmente o incapaz, que moralmente não pode ser responsabilizado por seus atos, ao ponto de eventualmente comprometer seu próprio futuro, o legislador pátrio, inspirado em experiências estrangeiras, adotou o caminho do meio: presentes algumas condições, é possível se responsabilizar o incapaz pelos danos que ele diretamente causou, mas não de forma integral.

A preocupação com o tema talvez deva ser relativizada, seja em face da escassa aplicabilidade prática da matéria, seja pela ampla abrangência da responsabilidade objetiva atribuída aos pais, pelos atos dos filhos menores, mesmo quando não estejam diretamente sob sua guarda.⁵⁶

Estes fatores explicam o fato de o regime da equidade permanecer substancialmente sem aplicação pelo Judiciário, quando na verdade, em face da maior abertura concedida pelo codificador de 2002, poderia ser percebido como um mecanismo que eventualmente possibilitaria uma mais justa composição de litígios envolvendo danos praticados por incapazes, compatibilizando a necessidade de se reparar integralmente o dano sofrido pela vítima, com a necessidade de proteção dos incapazes, tutela esta que sempre se deu mediante diversas formas em nosso Direito, e que agora se espraia também para o tema da reparação de danos.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FACCHINI NETO, Eugênio; ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Notas sobre a indenização equitativa por danos causados por incapazes: tendência ou excepcionalidade no sistema da responsabilidade civil no Direito brasileiro? *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 13, p. 93-115, jul./set. 2017.

Recebido em: 26.04.2017

1º parecer em: 29.04.2017

2º parecer em: 08.05.2017

⁵⁶ Ver, por exemplo, o seguinte julgado, acima citado: STJ, 4ª T., REsp 1.436.401/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 2.2.2017.